

El Poder Legislativo

EL PODER LEGISLATIVO

Aportes para el conocimiento
del Congreso de la Nación Argentina

Jorge Horacio Gentile (compilador)

Porfirio A. Aquino, José Luis Amestoy, Juan F. Armagnague, Diego Hernán Armesto, Gregorio Badeni, Daniel Fernando Baraglia, Víctor Bazán, Ana María Bestard, Carlos María Bidegain, Guillermo A. Calandrino, Walter F. Carnota, Susana G. Cayuso, Alberto Dalla Via, Gustavo Javier Daverio, Sergio Díaz Ricci, Oscar Flores, Carmen Fontán, Pedro José Frías, Efraín Rodolfo Gastesi, Jorge Horacio Gentile, Diego A. Giuliano, José Daniel Godoy, Eduardo R. Graña, Ricardo Haro, José Raúl Heredia, Víctor Enrique Ibáñez Rosaz, Santiago Lemos, Marcelo López Alfonsín, Carlos Daniel Luque, Carlos Fernando Machado, Jorge Luis Maiorano, Pablo Luis Manili, Juan Carlos Maqueda, Patricio Alejandro Maraniello, Luis Alberto Martínez, Andrea Mensa González, Mario A. R. Midón, Félix Alberto Montilla Zavalía, Ricardo Alberto Muñoz, Alberto A. Natale, Enrique Fernando Novo, Silvia B. Palacio de Caeiro, Eugenio Luis Palazzo, Osvaldo A. Pérez Sammartino, Pablo Riberi, Hugo Ismael Rizo, Federico Justiniano Robledo, Alejandra Rodríguez Galán, Ricardo Daniel Rovner, Daniel Alberto Sabsay, Néstor Pedro Sagüés, Guillermo Carlos Schinelli, María Cristina Serrano, Mario D. Serrafero, Juan Vicente Sola, Roberto Sukerman, Adriana Tettamanti de Ramella, Jorge Reinaldo Vanossi, Susana N. Vittadini Andrés.



**ASOCIACIÓN
ARGENTINA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL**



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica/Montevidéo

© 2008 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Gisela Elsner

Asistentes de Redacción

Agustina González

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Corrector

Alejandro Coto

Paginado, impreso y encuadernado

en **Mastergraf srl**

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 346.290 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN

Impreso en Uruguay – Printed in Uruguay

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

(Período 2005-2007)

Presidente:	Néstor Pedro Sagüés
Vicepresidente:	Alberto Dalla Via
Secretario general:	Víctor Bazán
Tesorero:	Jorge Horacio Gentile
Vocales titulares:	Porfirio Aquino, José Manuel Benvenuti, Sergio Díaz Ricci, Alejandro Pérez Hualde y Daniel Sabsay.
Vocales suplentes:	Eduardo P. Jiménez, Adelina Loiano, Marcelo López Alfonsín, Luis Alberto Martínez y Marcela Amalia Rodríguez.
Revisor de cuentas:	Eugenio Palazzo
Revisor de cuentas suplente:	Martín Pancallo D'Agostino.

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

(Período 2007-2009)

Presidente:	Alberto Dalla Via
Vicepresidente:	Susana Cayuso
Secretario general:	Jorge Horacio Gentile
Tesorero:	Alberto García Lema
Vocales titulares:	Mario Midón, María Gabriela Ábalos, Víctor Bazán, Mariela Uberti y Sergio Díaz Ricci
Vocales suplentes:	Pablo Riberi, Adelina Loiano, Eugenio Palazzo, Marcela Basterra y Pablo Garat
Revisor de cuentas:	Alejandro Pérez Hualde
Revisor de cuentas suplente:	Horacio Rosatti
Director de Publicaciones	Adrián Ventura

Subdirectores de Publicaciones	Marcelo López Alfonsín Alberto Antonio Spota
Responsable de página web	María Laura Clérico
Comité de Redacción	Armando Aquino Britos Sofía Sagüés Pablo Manili Armando Mario Márquez Calogero Pizzolo Eve Rimoldi de Ladmann María Cristina Serrano Martín Pancallo D'Agostino Marcela Amalia Rodríguez Enrique Stoller Adriana Tettamanti de Ramella Alfredo Vítolo Alberto Zarza Mensaque Federico Robledo
Consejo Consultivo	Carlos María Bidegain Pedro José Frías Segundo V. Linares Quintana Augusto Mario Morello Néstor Pedro Sagüés Jorge Reinaldo A. Vanossi Dardo Pérez Guilhou Ricardo Haro Iván J. M. Cullen Humberto Quiroga Lavié María Angélica Gelli Gregorio Badeni
Consejo Académico	Beatriz Alice Alberto Bianchi Antonio María Hernández Daniel Sabsay

ÍNDICE

Presentación	15
Exordio.....	17
Prefacio	21

COMENTARIOS LIMINARES

Algunas sabias reflexiones del Congreso, el derecho parlamentario y un caso de votación empatada <i>Carlos María Bidegain</i>	27
El Poder Legislativo <i>Pedro José Frías</i>	35
El Poder Legislativo, sus circunstancias <i>Porfirio A. Aquino</i>	37

Capítulo 1

HISTORIA DEL PODER LEGISLATIVO

Evolución histórica del Poder Legislativo <i>Hugo Ismael Rizo</i>	43
El Congreso nacional de Paraná (1854-1861) <i>Félix Alberto Montilla Zavalía</i>	55
La participación del Congreso nacional en las intervenciones federales a la provincia de Santa Fe <i>Gustavo J. Daverio / Santiago Lemos</i>	73

Capítulo 2

EL CONGRESO DE LA NACIÓN

El Congreso y la voluntad popular en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia <i>Néstor Pedro Sagüés</i>	93
El significado constitucional de los Congresos y Parlamentos <i>Jorge Reinaldo Vanossi</i>	103
¿Modernización parlamentaria? <i>Jorge Reinaldo Vanossi</i>	115
El Poder Legislativo: de la división de poderes a la confusión de poderes <i>Juan Vicente Sola</i>	125
Comisiones investigadoras <i>Gregorio Badeni</i>	139
Representación y autoridad en un Congreso sin Parlamento <i>Pablo Riberi</i>	151
Comisiones parlamentarias <i>José Daniel Godoy</i>	165
Las comisiones parlamentarias. Un repaso sobre su funcionamiento <i>Ricardo Daniel Rovner</i>	197
La información y el Poder Legislativo <i>Juan Luis Amestoy</i>	207
El asesoramiento legislativo <i>Gustavo J. Daverio / Santiago Lemos</i>	217
Causas y efectos del traslado del Congreso nacional: la capitalidad bifurcada <i>Diego A. Giuliano</i>	229

Capítulo 3

CÁMARA DE DIPUTADOS

La Cámara de Diputados de la Nación <i>Jorge Horacio Gentile</i>	235
El reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación <i>Guillermo Carlos Schinelli</i>	261

Capítulo 4

SENADO

El reglamento del Senado de la Nación <i>Guillermo Carlos Schinelli</i>	293
El acuerdo del Senado <i>Alejandra Rodríguez Galán</i>	317

Capítulo 5

DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CÁMARAS

La justiciabilidad de decisiones de las Cámaras del Congreso negando la incorporación de un legislador: nuestras reflexiones y la doctrina de la Corte Suprema <i>Ricardo Haro</i>	327
Las Cámaras del Congreso como jueces de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores <i>Oswaldo A. Pérez Sammartino</i>	343
Incorporación de legisladores electos. ¿Cuestión política no justiciable (<i>political question</i>)? <i>Silvia B. Palacio de Caiero</i>	363
La pertenencia de las bancas legislativas <i>Juan F. Armagnague</i>	379
Inmunidades parlamentarias y Estado democrático de derecho <i>Carmen Fontán</i>	393

Inmunidad de expresión	
<i>Oscar Flores</i>	417
La interpelación parlamentaria	
<i>Mario D. Serrafiero</i>	435

Capítulo 6

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

Nuevamente sobre las clasificaciones de las atribuciones del Congreso	
<i>Eugenio Luis Palazzo</i>	453
Las atribuciones del Congreso de la Nación en la Constitución nacional	
<i>Enrique Fernando Novo</i>	469
Atribuciones constituyentes del Congreso nacional.	
La jerarquización constitucional de tratados de derechos humanos como poder constituyente delegado al Congreso	
<i>Ricardo Alberto Muñoz</i>	487
La función preconstituyente del Congreso nacional	
<i>Carlos Fernando Machado</i>	505
El Congreso y las reformas constitucionales	
<i>Diego Hernán Armesto</i>	535
El rol del Poder Legislativo frente a las facultades legislativas del Poder Ejecutivo	
<i>María Cristina Serrano</i>	551
La delegación de facultades legislativas	
<i>Luis Alberto Martínez</i>	565
Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo	
<i>Ana María Bestard</i>	579
Establecimientos de utilidad nacional (artículo 75, inciso 30, Constitución nacional)	
<i>Pablo Luis Manili</i>	597

El anterior artículo 67, inciso 27, y el nuevo artículo 75, inciso 30, de la Constitución nacional <i>Efraín Rodolfo Gastesi</i>	625
El comportamiento del Congreso ante las cláusulas constitucionales del juicio por jurados <i>José Raúl Heredia</i>	641
El Congreso nacional frente al mandato (¿vigente?) del constituyente histórico de establecer el juicio por jurados <i>Oscar R. Puccinelli</i>	653
El diseño del Poder Judicial <i>Eduardo R. Graña</i>	683

Capítulo 7

FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

La ley en la Constitución <i>Sergio Díaz Ricci</i>	701
El imperio de la ley como fundamento de la seguridad jurídica e institucional <i>Alberto Ricardo Dalla Via</i>	723
La técnica de la decisión legislativa <i>Alberto A. Natale</i>	751
La formación y sanción de las leyes <i>Juan Carlos Maqueda</i>	761
Reflexiones sobre el proceso de formación y sanción de las leyes <i>Horacio Rosatti</i>	781
La promulgación parcial de normas y su procedimiento reglado <i>Patricio Alejandro Maraniello</i>	791
Inconstitucionalidad por defectos en el procedimiento legislativo. El caso de la ley 25326 <i>Roberto Sukerman</i>	803

Capítulo 8

AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El rol del Congreso de la Nación y la reforma a la ley 24156
de administración financiera y sistemas del control del sector
público nacional

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz 813

Capítulo 9

DEFENSOR DEL PUEBLO

El Defensor del Pueblo de la Nación.

Consecuencias de su reconocimiento constitucional

Susana G. Cayuso 831

El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal

Federico Justiniano Robledo 853

El Defensor del Pueblo en América Latina:

la necesidad de fortalecerlo

Jorge Luis Maiorano 871

El Defensor del Pueblo y sus funciones

Walter F. Carnota y Guillermo A. Calandrino 881

En busca de un rol más comprometido

con la sociedad argentina

Carlos Daniel Luque 897

Capítulo 10

OTROS TEMAS CONSTITUCIONALES REFERIDOS

AL PODER LEGISLATIVO

Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección:
entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso

Víctor Bazán 903

Los <i>presupuestos mínimos de protección ambiental</i> son leyes especiales <i>Marcelo Alberto López Alfonsín</i>	937
El ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo <i>Daniel Alberto Sabsay</i>	945
DNU: una ley más próxima al desencanto que a la ilusión <i>Mario A. R. Midón</i>	959
Reglamentación legislativa de los DNU. La consagración del poder, la alternativa unicameral o la consulta popular <i>Daniel Fernando Baraglia</i>	975
La atribución presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia como violación al principio de división de poderes <i>Andrea Mensa González</i>	987
Juicio político: ¿mecanismo de control o factor de distorsión? <i>Adriana Tettamanti de Ramella</i>	997
Pasado y presente del juicio político <i>Susana N. Vittadini Andrés</i>	1029

Presentación

Contribuir a la defensa de las instituciones democráticas, la promoción del Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos son algunos de los objetivos del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. Desde nuestra oficina en Montevideo procuramos contribuir a tales fines a través de la realización de proyectos con contrapartes en nueve países de Sudamérica, ya sea mediante seminarios, talleres y jornadas de diverso tipo, dirigidas a distintos operadores del derecho, como por medio de publicaciones jurídicas.

La edición de publicaciones es uno de los aspectos más relevantes de nuestro trabajo pues, contando con una adecuada difusión, ellas adquieren un alcance muy importante y llegan a instituciones y juristas de todo el continente.

En esta ocasión tenemos el agrado de presentar una nueva publicación, con motivo de los cien años de la inauguración de la casa del Congreso argentino. La obra versa sobre un tema de suma trascendencia en las sociedades democráticas, a saber, el Poder Legislativo, el más representativo de la ciudadanía, cuyos integrantes son elegidos directamente por el pueblo y son el reflejo de distintas ideologías y concepciones políticas, esencia misma de la democracia.

En ocasiones, lamentablemente, el Poder Legislativo queda relegado a un segundo plano, detrás del Poder Ejecutivo que, en algunos casos, se ha atribuido competencias que deben pertenecer al Parlamento. Estas situaciones, entre otras, son el disparador de crisis de institucionalidad que afectan gravemente al Estado de derecho.

Para evitarlas resulta fundamental contar con Parlamentos fuertes, con representantes que defiendan las atribuciones propias del Poder Legislativo, haciendo efectiva la garantía de la separación de poderes y evitando así la concentración de poder en manos del Ejecutivo.

En esta oportunidad, prestigiosos autores argentinos han aunado esfuerzos para realizar un análisis serio y profundo que abarca diversos aspectos jurídicos relacionados con el Poder Legislativo; desde su historia y aspectos institucionales, hasta el análisis de sus competencias, el estudio del proceso de formación y sanción de las leyes, e inclusive un capítulo dedicado a un tema de trascendencia como son las Defensorías del Pueblo.

Finalmente, quisiera dedicar un especial agradecimiento a todos los autores, así como al compilador de la publicación, por el esfuerzo y la dedicación con la que trabajaron para que este libro pudiera publicarse.

Sin duda esta obra constituirá un aporte muy importante a los juristas argentinos y latinoamericanos y, especialmente, a quienes tienen el honor de representar a la ciudadanía argentina en el Congreso. Esperemos que ayude también a revalorizar la importancia del Poder Legislativo y la función de los parlamentarios, así como crear conciencia en estos últimos de la responsabilidad con la que deben llevar a cabo la importante tarea que les ha sido encomendada.

Gisela Elsner

Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Oficina Regional Montevideo
Fundación Konrad Adenauer

Exordio

Para la Asociación Argentina de Derecho Constitucional es un hecho altamente significativo y satisfactorio a la vez presentar este libro sobre *El Poder Legislativo*, coordinado por nuestro secretario general, profesor doctor Jorge Horacio Gentile y editado por la prestigiosa Fundación Konrad Adenauer, que tantos aportes realiza para la consolidación de las instituciones democráticas en nuestra región latinoamericana.

Nuestra entidad reúne a más de trescientos cincuenta profesores de derecho constitucional de distintas universidades, públicas y privadas en nuestro país y, desde su fundación en tiempos de transición a la democracia, mantenemos una activa presencia en América Latina a través de nuestra participación en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, como también en la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Nuestro primer presidente fue el profesor Adolfo Rouzat, a quien sucedieron los profesores Pedro José Frías, Alberto Antonio Spota, Ricardo Haro, Antonio María Hernández y Néstor Pedro Sagüés. El doctor Germán José Bidart Campos ocupó la vicepresidencia durante varios períodos y en los Consejos Consultivos y Académicos se encuentran los decanos del constitucionalismo argentino, profesores Segundo V. Linares Quintana y Carlos María Bidegain, así como los distinguidos profesores Jorge Reinaldo Vanossi, Gregorio Badeni, Iván José María Cullen, Humberto Quiroga Lavié, María Angélica Gelli, Alberto B. Bianchi, Daniel A. Sabsay y Beatriz Alice, quienes a junto a muchos otros han prestigiado y prestigian con sus aportes intelectuales una tradición constitucional de muchos años.

Nuestras publicaciones frecuentes abarcan los más diversos temas de interés institucional relacionados con nuestra materia. Para eso contamos con una dirección de publicaciones que supervisa y elige los temas y los autores, que ha estado a cargo del doctor Alberto García Lema durante varios años y que actualmente dirige el profesor Adrián Ventura con la colaboración de los profesores Marcelo López Alfonsín, Alberto A. V. Spota y María Laura Clérico, asistidos por un Consejo de Redacción de jóvenes y expertos constitucionalistas.

En esta oportunidad se expresa el marcado interés de los profesores argentinos de derecho constitucional por destacar y resaltar el rol que le cabe a los Parlamentos en la articulación de la democracia deliberativa. El Congreso es el ámbito natural de los grandes debates nacionales y cuando su papel es soslayado se pagan costos institucionales, sobre todo en términos de seguridad jurídica. Es una realidad cruda pero que conocemos muy bien, sobre todo a partir del notable incremento que ha tenido el uso frecuente de instrumentos *paralegislativos* por el Poder Ejecutivo, especialmente los denominados reglamentos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa. Cuando el Congreso ha debatido temas de gran interés para la sociedad, como ocurrió hace muchos años con la ley de divorcio o la ley de reforma sindical, o como sucedió hace pocos meses con el debate sobre las retenciones al sector agropecuario, la ciudadanía se mostró interesada y pendiente de los discursos parlamentarios y de las votaciones, revalorizando el papel del Legislativo como *caja de resonancia* del Estado constitucional de derecho.

La crisis de 2001-2002 tuvo en Argentina dimensiones dramáticas, no solamente en lo económico y social sino también en lo político-institucional y se recurrió a sucesivas medidas de emergencia. La salida de esa crisis mostró un fortalecimiento de la autoridad de los Poderes Ejecutivos, tanto a nivel federal como de las provincias, reeditando un comportamiento sociológico verificado en distintas oportunidades de nuestra historia, esto es: que ante la dramática opción entre anarquía y orden, la preferencia ciudadana se inclinó hacia el fortalecimiento de la autoridad del presidente y de los gobernadores, entre quienes se desarrolló en buena medida el juego agonal de la política en los últimos años, en desmedro de un cierto debilitamiento institucional de los otros dos poderes del Estado y, en especial, del Legislativo toda vez que el Poder Judicial inició una etapa de relativo fortalecimiento a partir de la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El juego dialéctico entre los poderes estrictamente políticos indica que el excesivo protagonismo del Poder Ejecutivo disminuye el papel del Poder Legislativo, y viceversa.

Pero el fortalecimiento del Poder Legislativo no solo depende de la legitimidad que le dispensa la confianza de la ciudadanía (la democracia es, en definitiva, un sistema de creencias compartidas), sino también de la eficiencia en el ejercicio de una función cada vez más difícil en realidades complejas. La reforma constitucional de 1994 ha introducido reformas en el funcionamiento parlamentario que dan lugar a nuevos mecanismos. Estos son cuidadosamente estudiados por los autores que participan de esta obra, a los efectos de dar respuesta a uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo en el ámbito del derecho constitucional y la ciencia política, cual es conciliar representatividad con eficiencia; y de ello depende en buena medida el prestigio del Congreso como cuerpo esencialmente representativo. En nuestro caso, como en el de muchas democracias contemporáneas, se trata también de conciliar y

actualizar los paradigmas del sistema representativo con la participación política y el pluralismo.

Un tema de la mayor trascendencia es el referido al procedimiento de formación y sanción de las leyes al que los anglosajones denominan *law making process* y que ha sufrido importantes modificaciones, tanto en la reforma constitucional de 1994 como en la práctica política, de manera que al incremento de los reglamentos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa se agregan los vetos y promulgaciones parciales; el resultado es que muchas veces resulta borroso el límite de competencias entre los poderes políticos. El tema es de particular relevancia cuando se advierte que no adscribimos a un modelo parlamentario sino a un modelo presidencialista con marcada división de poderes; de allí también que resulte muy necesario incrementar los debates y los trabajos técnicos sobre a quién corresponde la sanción de las leyes en la Argentina.

El tema no es menor si entendemos —como enseñaba Rousseau— que la ley es la expresión de la *voluntad general*. La pregunta es, entonces, quién es el que mejor representa a esa voluntad general. De acuerdo con nuestra Constitución nacional, la respuesta solo puede ser una: el Congreso. Por otra parte, no solo tenemos un sistema presidencialista, sino que también somos un país federal; nuestro preámbulo constitucional refleja que el poder constituyente originario se produjo “por voluntad y elección de las provincias”. También en el Congreso es en donde las provincias están representadas y donde tienen una cámara específica, que es el Senado; de manera que cuando los actos de gobierno soslayan la participación del Congreso también están desconociendo la voz de las provincias, afectando la plena vigencia del federalismo a favor de un centralismo que distorsiona la letra de la Constitución.

En ese orden, el debate sobre el régimen de coparticipación federal es una de las grandes deudas que mantiene el Congreso con los mandatos del constituyente de 1994. Por ese motivo, en fecha muy reciente, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizó un seminario sobre el tema con la comisión respectiva en el Senado de la Nación. Nuestro objetivo no es la mera especulación intelectual sino poner la teoría al servicio de la práctica.

Pero como la realidad y la teoría constitucional no siempre van juntas, sino que a veces presentan abismos en términos de *ser* y de *deber ser*, vuelve a plantearse en nuestro medio un debate clásico entre el *parlamentarismo* y el *presidencialismo* que fue muy fuerte a mediados de la década de los ochenta, en la etapa de la transición a la democracia, y que ahora se reedita a raíz de las experiencias políticas transcurridas. La Fundación Konrad Adenauer se ha preocupado de ese tema en distintas publicaciones y en nuestro país tuvo un marco protagónico en el Consejo para la Consolidación de la Democracia que funciona como órgano asesor del presidente Raúl Alfonsín, bajo la coordinación del doctor Carlos S. Nino, tempranamente fallecido.

Resulta paradójal que la edición de este libro se realice precisamente al cumplirse veinticinco años de la recuperación de la democracia en Argentina, cuando tales debates comenzaban a asomar de manera muy temprana. Resulta auspicioso también que esos veinticinco años hayan sido de democracia ininterrumpida y que en este libro expresemos, con sólidos aportes, nuestra fe en la democracia, en el derecho, en la Constitución y en las leyes.

Alberto Ricardo Dalla Via

Presidente

Asociación Argentina de Derecho Constitucional

Buenos Aires, octubre de 2008.

Prefacio

Este libro, cuya redacción y publicación fue decidida por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional en el año 2006, cuando era presidida por el profesor doctor Néstor Pedro Sagüés, está dedicado al Poder Legislativo, ejercido por la institución más importante de la República, el Congreso de la Nación, al que la Constitución Argentina le dedica una sección, con siete capítulos y 43 de sus 129 artículos —un tercio de estos—, y a cuya magnífica sede actual, ubicada en la Ciudad de Buenos Aires, se trasladó hace cien años. En homenaje a este acontecimiento se resolvió publicar este libro, el que ha sido editado por la Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho, a cuyos directivos agradecemos esta importante contribución a la democracia constitucional de Argentina y América Latina. El presidente José Figueroa Alcorta inauguró el palacio que hoy ocupa el Congreso, el 12 de mayo de 1906, y en su discurso ante la Asamblea Legislativa, presidida por el senador Benito Villanueva, expresó: «Quedáis instalados en vuestro palacio, la nueva casa de las leyes, en cuyo recinto nos es dado esperar que no se escucharán sino acentos elocuentes de controversia y debates concordantes con la tradición de intelectualidad y cultura de los Congresos argentinos».

La construcción de esta *casa política*, como muchos años después la llamó el diputado César *Chacho* Jaroslavsky, fue dispuesta por la ley 3187, de 1894. Un decreto del presidente José Evaristo Uriburu, de 1895, creó una comisión «encargada de correr con todo lo relativo a la construcción del edificio [...] entre las calles Entre Ríos, Victoria (hoy Hipólito Yrigoyen), Pozos y Rivadavia, para la ejecución de las obras proyectadas». Esta comisión adjudicó el primer premio al proyecto del arquitecto Víctor Meano, a quien se contrató para dirigir la construcción por otro decreto de 1896. La obra fue licitada, y un decreto de 1897 aprobó el contrato con el señor Pablo Besana y compañía, quien comenzó a construirla a principios de 1898, bajo la dirección de Meano. La obra concluyó definitivamente recién en 1946.

El palacio, de estilo grecoromano, ocupa una superficie de nueve mil metros cuadrados, cuenta con siete mil metros cuadrados de oficinas, más de cuatrocientos treinta metros cuadrados de patios y supera las mil cien aberturas, entre puertas y ventanas. Tiene subsuelo, piso bajo y tres pisos superiores. El piso bajo constituye un

basamento de granito gris sobre el cual apoya un intercolumnio de orden corintio que abarca la altura de los dos pisos siguientes. El tercero forma el ático en que remata el edificio. Una amplia escalinata flanqueada por la rampa para carruajes conduce a un peristilo hexastilo con frontón triangular. Sobre el peristilo se destaca una hermosísima cuadriga de bronce, obra del escultor italiano Víctor de Pol, descendiente de Marco Polo y que esculpiera también la estatua del obispo Trejo y Sanabria, que luce actualmente en el patio principal de la sede central de la Universidad Nacional de Córdoba. En el ápice de los pabellones esquineros se elevan gráciles victorias aladas con sus largas trompetas. Los grupos escultóricos de Lola Mora ocupan los laterales de la escalinata principal.

La cúpula del Congreso es lo más atrayente del edificio y de la Ciudad de Buenos Aires. Sobre el basamento cuadrado que emerge del centro del edificio se apoya un tambor circular de veinte metros de diámetro, con intercolumnios jónicos y cuatro cuerpos salientes coronados de frontones. Ese tambor sirve de arranque a la cúpula de cobre ornada con nervaduras y focos de iluminación. Esta termina con una corona profusamente decorada y un grupo de figuras quiméricas que forman pie al cuerpo del pararrayos. El piso del balcón que rodea a este último se encuentra a ochenta metros de altura sobre el nivel de la acera, en el eje de la entrada principal.

Desde la entrada de honor, que se usa solo en los actos solemnes, se alinean el peristilo de acceso con su portal de cariátides, el vestíbulo, el hall, el Salón Azul, la Sala de Pasos Perdidos, y, por último, el hemicycle de la Cámara de Diputados.

El Salón Azul, intercameral, es un recinto de planta octogonal de gran amplitud, ricamente recubierto con mármoles de variados colores, en el que se destacan cuatro nichos ocupados por sendos jarrones de bronce de severo clasicismo. Allí está el templete con el libro en que fue manuscrito el texto original de la Constitución de 1853 por el convencional constituyente Juan del Campillo, que lleva al pie la firma de los veintitrés convencionales que la aprobaron el 1.º de mayo de 1853. Allí fueron velados en 1974 los restos de Juan Domingo Perón, el último presidente fallecido en ejercicio de su mandato. En lo alto, un balcón circular contiene en su ámbito la bóveda de casetones, que abierta en su centro deja ver a gran altura el intradós de las grandiosa cúpula de 59,50 metros de alto sobre el nivel del piso, de la cual pende la hermosa araña de bronce de gran riqueza decorativa.

En la Sala de Pasos Perdidos se exhiben dos grandes telas que representan el debate de los constituyentes del 21 de abril de 1853 (3,60 metros de alto y 5,42 de ancho), del pintor argentino Antonio Alice, siempre reclamada por la Legislatura de Santa Fe; y la apertura del período legislativo de 1886, hecha por el presidente de la Nación, Julio Argentino Roca, en el edificio de calle Victoria (3,47 metros de alto y 6,02 de ancho), obra del pintor uruguayo Juan Manuel Blanes.

Luego viene el recinto de sesiones de la Cámara de Diputados, de forma semi-circular y veintiséis metros de diámetro. En elevación comprende un piso basamento revestido de mármoles, en el cual se encuentran las portadas de acceso al local, un

intercolumnio y un ático que contiene englobadas arquitectónicamente tres galerías superpuestas para público, con los correspondientes balcones. Un *plafond* de casetones y un amplio *vitraux* desplegado en abanico forman el techo del local. El motivo decorativo central de aquel lo constituye un gran escudo nacional que abre sus rayos flamígeros rojoamarillentos, dando una nota de cálido color al ambiente. Frente al hemiciclo ocupado por las 257 bancas, la mesa de los ministros y la mesa de taquígrafos, se encuentra a mayor altura el imponente estrado del presidente de la Cámara, y, a ambos lados, los palcos bandeja.

El Senado está en el ala derecha del edificio, sobre la calle Hipólito Yrigoyen. Su recinto para los 72 senadores es más reducido que el de Diputados y está cubierto también por un *vitraux*, dos galerías divididas en numerosos balcones apoyan sobre un basamento de mármoles blancos y rosadoamarillentos, donde se encuentran las puertas de acceso al recinto. Cuenta con el estrado para el vicepresidente de la Nación, que preside ese cuerpo, asientos para ministros y taquígrafos. Todo su mobiliario ha sido ejecutado en olivo de Italia.

La plaza ubicada a su frente, donde está el monumento a los dos Congresos —el de 1813 y el de 1816—, construido en Bruselas por el arquitecto Eugenio Duicque y el escultor Julio Lagae, completa la magnificencia del palacio. Al discutirse la ley 6286, de 1909, que dispuso su construcción, el diputado cordobés Ponciano Vivanco propuso «un monumento al Congreso de Tucumán de 1816, y otro al Congreso Constituyente de Santa Fe, de 1853», lo que fue aceptado por su colega comprovinciano Jerónimo del Barco, en nombre de la Comisión, y luego lo aprobó la Cámara; pero el Senado suprimió ese párrafo e injustamente la Asamblea de Santa Fe quedó fuera del monumento; como la Constitución, muchas veces, de la memoria de los argentinos.

En cien años, por esta Casa pasaron ilustres diputados y senadores, que libraron inolvidables debates, sancionaron importantes leyes, tramitaron juicios políticos, escucharon a presidentes, jefes de gabinete, ministros y jefes de Estado de países extranjeros. Pero también se vivieron momentos difíciles, como cuando el mismo presidente que la inauguró, Figueroa Alcorta, la clausuró con el auxilio de los bomberos, desde enero a mayo de 1908. En la interpelación de Lisandro de la Torre al ministro de Hacienda por el comercio de las carnes en 1835 fue asesinado en el Senado Enzo Bordabehere. Un asalto, nunca esclarecido, dañó muebles durante la crisis de 2001. El Congreso, según recuerda Carlos María Bidegain, estuvo cerrado veintitrés años, dos meses y dieciocho días en el siglo XX, durante los gobiernos de facto. En los últimos años la función legislativa fue absorbida por el Poder Ejecutivo; mediante el uso y abuso de decretos de necesidad y urgencia, y de leyes o *superpoderes*, inexplicablemente delegados por el propio Congreso. No se dictaron las leyes exigidas por la reforma de la Constitución de 1994. Las sesiones y debates se hicieron menos frecuentes, especialmente cuando hubo elecciones, lo que permitió ironizar a algunos sobre que la Constitución no rige en los *bisiestos* años electorales. El jefe de gabinete

no cumple con su deber constitucional de comparecer a informar mensualmente ante las Cámaras. Los legisladores se dividen en innumerables bloques y partidos, de los que se mudan con poca vergüenza. La comisión bicameral permanente creada por la Constitución en la reforma de 1994 recién acaba de ser reglamentada e integrada. La ley de coparticipación federal, exigida al Congreso por dicha reforma, es posible que nunca se dicte.

En estos tiempos duele escuchar aquello de que el Congreso se convirtió en una *escribanía*, que protocoliza las leyes que quiere el Ejecutivo y que muchas de sus bancas son ocupadas por quienes reniegan de la «tradición de intelectualidad y cultura de los Congresos argentinos». Espero que estas críticas, en la medida que son ciertas, sean un mal estacional y que este centenario, homenajeado por este libro escrito por profesores y hombres dedicados al estudio de la Constitución, sirva para recordarle a diputados y senadores que en el edificio más importante de la República se alojan, además de distintas voces y elocuentes silencios, de brillantes luces y misteriosas sombras, las esperanzas más caras de los argentinos.

Jorge Horacio Gentile

COMENTARIOS LIMINARES

Carlos María Bidegain*

Algunas sabias reflexiones del Congreso, el derecho parlamentario y un caso de votación empatada

Dije en uno de mis trabajos: «de lo que he escrito y publicado, que no es tanto como lo que debió ser en los muchos años que llevo consumidos, un montón de páginas fueron dedicadas al Congreso». Este, y su producto jurídico para uso interno, el derecho parlamentario, serán otra vez las principales cuestiones de este artículo, hecho con «trapos viejos», como esas colchas de retazos.

Es que, como a cada uno nos ha pasado en los años indecisos de la juventud, mediaron en la mía circunstancias volátiles, esas que, sin embargo, marcan el rumbo de una vida. Y así fue como un buen día, bajo un brazo el flamante título de abogado, cuando empezaba a recorrer el vigesimosegundo año de edad, traspuse los anchos portones del Congreso para prestar servicios en uno de los bloques de la oposición. Por esos portones salí —los de la avenida Rivadavia 1850— para no volver, cuando había acumulado casi un cuarto de siglo más de experiencia.

En el Congreso de esa época (entre los años 1938 y 1962) pude tantear las cumbres y las hondonadas del menester político, medir la brecha que lo separa de la política como reflexión científica, y supe de grandezas y mezquindades, que de ellas puede saciarse el historiador. Pero el recuerdo y el olvido que decantan de impurezas al pasado y nos dejan para paladear morosamente la miel de las alegrías, de los afectos compartidos con amigos que son recuerdos, dejaron el sedimento transferido a esa institución, lo que no deja de ser raro, porque es de las que no cosechan muchas simpatías.

* Doctor en Jurisprudencia. Profesor universitario. Autor del libro *El Congreso de los Estados Unidos de América*, entre otras publicaciones.

[...] Entre 1930 y 1983, el Congreso quedó sordo y mudo varias veces por esa enfermedad que descabeza a los gobiernos constitucionales, endémica en la América latina. Nos creíamos inmunes a ella, pero después de casi setenta años la fiebre nos pescó, intermitente y con qué virulencia, durante casi un cuarto del siglo que termina. Sin el Congreso, hemos aprendido, pudimos seguir teniendo un gobierno, con las muletas de los gobiernos de facto, pero no un Estado y un gobierno democráticos, con todo lo bueno, lo que no es tan bueno y lo difícil que ello implica, con las consiguientes satisfacciones y las rabietas que nacen de la conducta de los hombres. La falta del Congreso no afecta al «ser» de un gobierno sino a su *modo de ser y hacer*.

Por su calidad representativa utilizamos la trillada metáfora de «espejo de la nación». Lo es, si no somos demasiado puntillosos en la comparación. El proceso de sanción de las leyes, público y relativamente lento, permite a la opinión pública obtener adecuada información, evitando los inconvenientes de los actos secretos e inconsultos. Puede ser un censor temible de la conducta de los magistrados, funcionarios y de los mismos legisladores. Ejerce el control político de todo el gobierno y de cada una de sus partes. Es el foro apropiado para la discusión de los grandes temas, unos perennes, otros fugaces. Cumple una función docente, de educación pública sobre las cuestiones que a todos debe interesar. Es escuela superior en la que se forman dirigentes políticos, proyectando a algunos hacia planos más elevados de la conducción partidaria y del *cursus honorum* en los gobiernos nacional y provinciales. En situaciones de graves crisis políticas e institucionales es el ámbito adecuado para la búsqueda de transacciones y compromisos. No son pocos los servicios que un buen Congreso puede prestar al país.

[...] En el Congreso, el derecho parlamentario tiene su razón de ser y su principal campo de acción. [...] Nuestro derecho parlamentario y el de la mayoría de los Estados que tienen una legislatura reconocen su ascendencia en el Parlamento inglés, donde empezó su existencia hace la friolera de unos siete siglos. De él toma su denominación, aceptada aun para gobiernos que, como el nuestro, no es parlamentario sino presidencial o, como prefería llamarlo Woodrow Wilson, congresional.

[...] Distingo dos partes: una de preceptiva constitucional o sustancial, y otra reglamentaria, procesal o adjetiva. Sin esquivarla, rozo la cuestión de si es una *rama del derecho*, con pretensión de autonomía, y me pronuncio por la negativa. Acepto al respecto el criterio de no discernirle la categoría de rama autónoma, porque no constituye una construcción jurídica sistemática completa y cerrada, sino más bien un *recuadro o ramal especializado* (cf. Aftalión, García Olano y Vilanova, *Introducción al derecho*, [Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales], 1972, p. 535). Además cabe admitir que la división no es tajante y que en la práctica se comprueba la necesidad de entretejer hilos de muchas madejas.

La primera parte se aplica al estudio profundizado de una porción del derecho constitucional, la relativa a los artículos 44 a 86 de la Constitución, más sus pertinentes conexiones con toda la normativa de ese documento. Se ocupa de la estructura, organización y facultades políticas y normativas del Congreso. Es la parte mejor estudiada en tratados, cursos, manuales del derecho constitucional y en sentencias y trabajos especiales. Pero hay mucho más que hacer.

La otra parte, que he llamado reglamentaria, procesal o adjetiva, estudia los reglamentos de las Cámaras del Congreso, las normas, costumbres, prácticas y tradiciones que rigen su funcionamiento. «Este pariente pobre en la familia jurídica argentina [...], nuestro derecho parlamentario, pende de la Constitución como de un cordón umbilical por el que recibe su alimento de validez, de las cinco palabras iniciales del artículo 66: “Cada Cámara hará su reglamento [...]”». El lector de ese documento que varias veces se ha detenido a contemplar algunas de sus cumbres conceptuales y

estéticas, pasa por esas palabras deslizándose como por un campo de hielo. No le dicen nada. Sin embargo, consagran un requisito elemental para que el Poder Legislativo afirme su calidad de independiente de los otros poderes supremos, en un régimen de coordinación y relativo equilibrio. [...] Los reglamentos de las Cámaras pertenecen al tipo de las «leyes complementarias de la Constitución», en razón de que su sanción está ordenada por la ley fundamental.

Jefferson, siendo vicepresidente de los Estados Unidos, entre 1799 y 1801, presidió el Senado. Pronto sintió la necesidad de capacitarse para el desempeño de esa tarea, nada fácil. Y elaboró para su propio uso lo que se conoce como *El manual de Jefferson*, que perdura como una de las fuentes de interpretación de los reglamentos. [...] Lo inició recordando el pensamiento de un lejano y prestigioso *speaker* de la Cámara de los Comunes, quien desde joven había escuchado, de viejos miembros del cuerpo, que nada tiende más a arrojar en manos de la mayoría y del Gobierno, que la aplicación negligente o el apartamiento de las reglas de procedimiento, siendo estas las que actúan como frenos y contrapesos de la mayoría contra los atentados del poder. La estricta adhesión a lo que ellas disponen, concluye Jefferson, es la única arma con que cuenta la minoría para defenderse de las medidas inconvenientes de quienes tienen el poder.

[...] Estas reflexiones, se me ocurre, ponen al descubierto al menos una de las causas del raquitismo de nuestro derecho parlamentario. La conclusión es obvia: la aplicación correcta del reglamento no ha interesado a las mayorías prepotentes que, de tanto en tanto, han desfilado por nuestras Cámaras. Si el reglamento incluye entre sus fines la protección de la minoría, es mejor no quedar trabado en su manejo según convenga a la mayoría».¹

El 27 de agosto de 1997, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional rindió merecido homenaje al Dr. Segundo V. Linares Quintana y no sé por qué razón o error asoció mi nombre al del distinguido constitucionalista.

Debí pronunciar algunas palabras después de las del doctor Pedro J. Frías, que me hizo el honor de considerarme algo así como un hermano menor, lo que puede justificar algunos conceptos sobre mi persona, fruto de ese cordial sentimiento, que es recíproco.

Era mi oportunidad de agradecer la buena influencia que en pasos por el derecho constitucional tuvo el doctor Segundo V. Linares Quintana, recordando nuestros primeros encuentros, que tanta importancia tuvieron para mí. Dije entonces, después de algunos párrafos iniciales:

Ahora me sumo a todos ustedes para rendir homenaje al doctor Linares Quintana. Bien recuerdo la tarde en que lo conocí, en el salón de lectura de la Biblioteca del Congreso, frente a la plaza, yo flamante abogado, recién incorporado al personal de un bloque político y él editor de la publicación de esa biblioteca, ya por entonces —calculo: año 1938— ampliamente conocido por su labor escrita y docente. Maestro por vocación, me vio y me atrapó, inocente criatura, rata de biblioteca lanzada tras el *gruyère* que se le ofrecía. Me condujo por intrincados pasillos hasta su oficina y, a partir de entonces, en largas tenidas que yo buscaba con avidez, recibí enseñanzas y

¹ Este texto fue extractado del discurso pronunciado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que se encuentra publicado en sus *Anales*, segunda época, año XLIV, n.º 37, 1999, pp. 42-55.

amistad. Desde ese encuentro muchas veces se cruzaron nuestros rumbos y siempre salí con ganancias. Compartir con él, yo la cola del cometa, ha sido un premio inesperado e inmerecido.

En tren de agradecimientos, agregué a continuación:

Desde mi puesto en una de las Cámaras del Congreso, transité por las altas zonas del poder político, en las que conocí a hombres con los mismos nombres que hoy tienen muchas calles de esta ciudad —entre ellos José Luis Cantilo, José P. Tamborini, Ricardo Balbín, Emilio Ravignani, Arturo Frondizi—. Y en la más alta cumbre, en el ejercicio de mi función de asesoramiento jurídico con que me honró, traté muy de cerca de un presidente constitucional, cuyo nombre —lo he mencionado— y figura tienen destino de bronce. El país tendrá que pagar esa deuda algún día.²

De un trabajo que duerme el sueño de los justos en uno de los gruesos volúmenes de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (*Anales*, 1990, pp. 659-668), titulado «Notas sobre el derecho parlamentario argentino», recojo el párrafo inicial, con alguna enmienda.

Nuestro Congreso se ofrece casi inexplorado por quienes cultivan la ciencia política, el derecho, las técnicas de la legislación y de la administración. Sus diarios de sesiones son yacimientos inagotables para historiadores, periodistas y estudiosos de la política. Hay en ellos materiales para psicólogos y sociólogos. En estado de pureza o mezclando la ficción con hechos reales, suministra temas atractivos para piezas teatrales y guiones cinematográficos (como el del filme *Asesinato en el Senado de la Nación*). Los pintores Planes y Alice encontraron dos momentos de la historia del Congreso para perpetuarlos en los grandes cuadros que impactan en el Salón de los Pasos Perdidos, en la Cámara de Diputados, y quien fue jefe de taquígrafos del Senado, Ramón Columba, hizo reír con sus caricaturas de personajes y de episodios ocurridos en el pasar del tiempo dentro de los gruesos muros de nuestra fábrica de leyes (y mucho antes, me reprocharán muchos desde sus tumbas, *El mosquito*, la revista de Enrique Stein). Las modernas técnicas de la informática tienen aplicaciones todavía no desarrolladas en toda su amplitud. Encontramos, por fin, en el Congreso, en sus hombres, en su obra, en sus falencias, incitaciones para meditaciones políticas, sociológicas, filosóficas, éticas y de otras layas. [...] ³

No he sido yo, sino otro muy cercano a mí por el afecto de tío y padrino de bautismo, quien cubrió muchos de los espacios que dejé vacíos. Fue concurrente frecuente a las oficinas de la Dirección de Información Parlamentaria, donde fue tratado como si fuera uno de los suyos —favores que en mi tiempo recibí cuando era su director el doctor Enrique Landmann, un alemán que defendió a capa y espada

² Véase la publicación especial de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas: *Carlos María Bidegain y Segundo V. Linares Quintana. Homenaje de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, 1997, pp. 13-16.

³ Academia de Ciencias Morales y Políticas: *Anales*, 1990, de un artículo titulado «Notas sobre el derecho parlamentario argentino».

el ingreso y los ascensos por concursos de oposición, como en la Oficina de Taquígrafos, dos hermosas islas en un cuadro burocrático en el que campean el reparto y la recomendación— N. Guillermo Molinelli quedó atrapado por la atracción de ese selecto conjunto de jóvenes inteligentes —y de otros mayores que sumaban la experiencia a esa calidad— y encontró en sus colecciones de *Diarios de Sesiones* y en sus modernos instrumentos de información, un apoyo firme a su natural incitación hacia ese género de estudios. Abogado, distinguido profesor a cargo de una de las cátedras de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos dejó como legado y testimonio de su entusiasta, optimista, cariño por las instituciones de la república planeada por los constituyentes de 1853-1860, algunos libros, muchos artículos periodísticos sobre el Congreso y un enorme trabajo de investigación que en más de setecientas páginas, en colaboración con las doctoras M. Valeria Palanza y Graciela Sin, y bajo el título *Congreso, Presidencia y justicia en Argentina* (ed. Fundación Gobierno y Sociedad) nos presentó un día de noviembre de 1999, pocos días antes de partir en viaje de descanso hacia el Sur, que fue el de su descanso eterno. No puedo dejar de recordarlo, emocionado.

Pongo término a este artículo (si es merecedor de ese nombre), con un caso puntual de derecho parlamentario: el de una votación empatada en el Senado cuando la presidía un senador en su carácter de presidente provisional, por ausencia del titular, el vicepresidente de la Nación.

La cuestión fue planteada a la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en forma de consulta por un letrado. De conformidad a su estatuto, la Academia solo da curso a consultas que sobre materias de su especialización le formulen los poderes públicos, las universidades, los institutos docentes, técnicos o científicos y que sean de interés general. No obstante, la mesa directiva consideró conveniente promover excepcionalmente el estudio del caso planteado, que se refería a la validez o invalidez de una ley recientemente sancionada. Ese estudio nos fue confiado al académico Dr. Alberto Rodríguez Varela y al autor de este artículo. El informe, que reproduciré aquí, omitiendo algún párrafo de esos que se escriben «a mayor abundamiento» y que mejor fuera decir «a mayor aburrimiento», me pertenece solo como coautor solidario, pero en ese carácter me hago responsable y por haber sido publicado en los *Anales* de esa Academia Nacional me tomo la licencia de reproducirlo en este escrito.

El texto de nuestra nota dirigida al doctor Horacio A. García Belsunce, entonces presidente de esa Academia, sigue a continuación.

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted para darle cuenta del estudio que la mesa directiva nos encomendara sobre la cuestión a que se refiere la carta-documento del doctor [...]. Considera en ella que el Senado de la Nación incurrió en una sanción irregular del proyecto de ley por el que se derogó la ley n.º 20840, sobre subversión económica.

La irregularidad consistiría en que el senador que presidía esa Cámara en su capacidad de presidente provisional votó dos veces: en primer término como senador y, al producirse un empate en la votación, emitió un voto de desempate, que resultó decisivo para la conversión en ley del proyecto antes referido.

La legalidad del primer voto, emitido por el presidente provisional en razón de su condición de senador, es indudable. La cláusula final del artículo 54 de la Constitución dice que «cada senador tendrá un voto». Se preserva así la igual representación de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires (artículos 44 y 54 de la Constitución).

En lo que se refiere al voto de desempate, el artículo 57 lo concede específicamente al vicepresidente de la Nación cuando cumple la función de presidente del Senado. Fija como regla general que no tiene voto, porque no es senador, pero lo habilita a votar en caso de empate de la votación. Lo primordial es que el Senado resuelva la obstrucción a su poder de decisión creada por una votación empatada. Ello justifica la excepción a la regla general que niega la emisión del voto al vicepresidente. Pudo la Constitución adoptar otra manera de deshacer el *impasse*, pero sus autores han preferido la de dar un voto de desempate al vicepresidente en su carácter de presidente del Senado. El hecho de que la norma otorgue esa prerrogativa al vicepresidente de la Nación no obsta para que por la interpretación armónica y razonable de esa y otras normas constitucionales, se llegue a extenderla a quien lo reemplace en el ejercicio de sus funciones en el sitio de la presidencia del Senado.

El reemplazo del vicepresidente en el ejercicio de esa función durante sus ausencias está previsto en el artículo siguiente: «artículo 58. El Senado nombrará un presidente provisorio que lo presida en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando este ejerce las funciones del presidente de la Nación». En esa eventualidad el senador presidente provisional entra a reemplazar al vicepresidente en su rol de presidente del Senado plenamente con todas sus atribuciones y deberes, a falta de norma expresa que establezca excepción alguna y, especialmente, el de desempatar una votación.

[Se omite un párrafo en el que se hace un examen de los casos en que, durante algo más de treinta años, por diversas causas, no ha habido vicepresidente de la Nación en el sitio de la presidencia del Senado y ha sido reemplazado de conformidad a lo dispuesto por la Constitución].

Otra norma constitucional tiene mucha importancia para dilucidar la cuestión que nos ocupa. La cláusula inicial del artículo 66 impone a las Cámaras un deber: «Cada Cámara hará su reglamento». Ese deber y esa prerrogativa son coherentes con la efectiva vigencia del principio de separación e independencia de los poderes, inherente al sistema de gobierno republicano (artículos 1 y correlativos). Ese principio requiere amplia libertad de las Cámaras del Congreso, en todo lo que atañe a la adopción y aplicación de su régimen interno de actuación para el cumplimiento de las funciones que la Constitución se les atribuye.

A partir del Reglamento de Debates y Policía Interior de la Cámara de Senadores de la República Argentina, sancionado el 8 de agosto de 1861, el Senado se ha dado reglamentos que invariablemente han incluido un artículo que otorga al *presidente del Senado* —sin distinción del título de quien ocupa ese cargo— un voto de desempate ante una obstinada igualdad en votaciones del cuerpo. Ese deber se encuentra consagrado con meridiana claridad en los artículos 34 y 216 del texto vigente del reglamento del Senado, en los términos que se transcriben a continuación:

«Artículo 34. El presidente no discute ni opina sobre el asunto que se delibere. Sólo vota en caso de empate. En los casos en que la presidencia del cuerpo sea ejercida por un senador, corresponde que el mismo vote en las cuestiones sometidas a resolución de la Cámara, ejerciendo en caso de empate de la votación, el derecho de decidir la misma, conforme a lo dispuesto por el artículo 216».

«Artículo 216. Si una votación se empatara se abrirá una nueva discusión, se repetirá enseguida la votación, y si esta volviera a resultar empatada, decidirá el voto del presidente.

Podrán participar en la segunda votación los senadores que hubieren estado presentes en la nueva discusión».

La nota finaliza con una conclusión obvia, después de lo explicado: el senador que ocupa el cargo de presidente provisional del Senado tiene la facultad de desempeñarse en reemplazo del vicepresidente sustituido, pero ello no lo puede privar del voto como senador que le corresponde por derecho propio.⁴

Cabe hacer presente que el letrado causante involuntario de estas reflexiones, al conocerlas no aceptó nuestra opinión e insistió en la suya, su indiscutible derecho.

⁴ El texto completo del informe puede consultarse en *Anales*, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, segunda época, año XLVII, n.º 40, 2002, pp. 434-436.

Pedro José Frías*

El Poder Legislativo

1. El bien común —el de todos los todos del todo social— tiene sus bases en los valores de la sociedad misma, pero es construido institucionalmente por el Poder Legislativo.

2. Un régimen electoral sano lo integra a través de los partidos que articulan las tendencias sociales en una confrontación que busca consensos a pesar de las oposiciones.

3. Frecuentemente el Poder Legislativo se subordina a la mayoría pero debiera prevalecer en él la independencia de criterio cuando está en juego el bien común.

4. Las facultades sancionadoras arraigan en la conciencia de cada legislador, por lo que las decisiones de los bloques es bueno que prevalezcan, pero sin impedir la discrepancia por razón ética o de prudencia política.

5. Ninguna militancia debe prevalecer al momento de ejercer el derecho de nombrar para cargos judiciales o de control: la idoneidad, solo la idoneidad.

6. Dictar la ley es un atributo excepcional porque regula los derechos y deberes de cada ciudadano; no admite argumentos de oportunidad, sino excepcionalmente; exige razones de conciencia y prudencia política.

7. La sociedad no gana con muchas leyes, sino con las necesarias para evitar discrecionalidad, conflictos y vacíos normativos.

* Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

8. El protagonismo se construye en la función legislativa con discursos cortos, lealtad entre compañeros, trabajo asiduo en las comisiones, compartiendo las iniciativas valiosas, con moderación en la oposición inevitable.

9. La oposición es un aporte valioso en la función legislativa para evitar la hegemonía, desbaratar la concentración de poder y para testimoniar que hay vida democrática.

10. Si el Legislativo cede sus facultades de normación y control, el Estado de derecho desaparece, y con él la seguridad jurídica.

Porfirio A. Aquino*

El Poder Legislativo, sus circunstancias

Lo que se llama el Poder Legislativo toma su nombre de su origen norteamericano. Como se sabe, Estados Unidos conformó un Estado original emplazado sobre tres poderes, entre los que se destaca de los otros dos el Congreso de la Nación, que en su momento histórico tuvo primacía sobre los demás, hasta que se afirmaron por su parte la Presidencia, con su despliegue de poder, y el Poder Judicial a partir de 1803, cuando la Suprema Corte estableció el famoso fallo que demostró su intervención en las causas judiciales como parte del control de constitucionalidad.

La forma de trabajo de esta Corte, distinta de la nuestra, es muy original e importante. En Estados Unidos, los Estados miembros siguieron el modelo nacional o federal (cuestión terminológica aún no resuelta) de modo tal que constituyeron también sus legislaturas como uno de los trípodes del poder estatal.

La nación argentina se inspira fundamentalmente en la Constitución norteamericana, aunque en muchos puntos se aparta de ella. Por señalar algunos: desde un comienzo se dio primacía a un fuerte Poder Ejecutivo y por medio de la Constitución se otorgó el poder de intervención a los Estados federales. En realidad, hay diferencias que podemos marcar pero que no son objeto de este trabajo.

* Doctor en derecho, profesor extraordinario. Director de curso de posgrado en Ciencias Políticas. Autor de varios libros.

1. Las provincias en Argentina

En nuestro país, luego de distintos ensayos de tono unitario, al conformarse la Constitución de 1853-66 se adoptó el sistema de doble cámara siguiendo a los Estados Unidos, aunque en esta nación el sistema se había impuesto por razones específicas.

El Estado federal estaba formado por las catorce provincias y existían amplios territorios en diversos confines de la nación. El Estado federal administraba estos espacios nombrando autoridades delegadas residentes: gobernador, secretario de la Gobernación. Tierra del Fuego fue el último territorio en alcanzar el rango de provincia. En oportunidad de provincializarse los llamados territorios nacionales, el proceso fue acompañado en todos ellos por el unicameralismo.

Luego de una entramada reforma constitucional, en varias provincias, por ejemplo Córdoba, se volvió al unicameralismo. Hoy se mantiene el bicameralismo en Corrientes, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fe, Buenos Aires, Catamarca, Salta y San Luis. Consecuentemente, las otras provincias se pronunciaron por el unicameralismo, esto es, el Poder Legislativo concentrado en una única Cámara.

En aquellas provincias que conservaban el sistema bicameral se atribuía al Senado, entre otras funciones, el nombramiento de los jueces a propuesta del gobernador, y también la resolución del juicio político promovido por la Cámara de Diputados, lo cual resulta complejo en los sistemas unicamerales.

En el Chaco, por ejemplo, se resolvió dividir la Cámara única en dos partes: una sala acusadora y la otra juzgadora. De más está decir que no participo de este criterio, en la medida que la procedencia de los legisladores tiene la misma fuente electoral o, mejor dicho, son elegidos por el mismo sistema.

Pedro Frías, maestro en derecho público provincial fundamentalmente, pero en realidad con conocimiento constitucional, ha propuesto alguna vez, y parece con mucho acierto, que la mitad de los diputados —en el caso de Cámara única— sean elegidos de manera diferenciada a través de un sistema electoral simple pero muy completo.

Este problema se agrava en cuanto, como en el caso de Corrientes, se dispuso por la Constitución de 1913, artículo 36, inciso 3, que el territorio de la provincia se dividiera en secciones y distritos electorales a los efectos de la organización y funcionamiento de los comicios. Específicamente, quien ejercía la mayoría en el Poder Legislativo era árbitro primario, originario, del resultado electoral posterior. Esto es así porque la agrupación de los departamentos de la provincia era absolutamente distribucional, y en algunos casos, arbitraria.

De esta forma, había una sobrerrepresentación de las fuerzas afines al gobierno e inversamente los votos de la oposición no quedaban computados para elegir representantes.

Este caso se revirtió recién con la reforma parcial de la Constitución de 1993, cuando se estableció un distrito único para la elección de senadores y de diputados (artículo 36, inciso 3.º, Constitución provincial).

2. El sistema de doble Cámara

En aquellos distritos que constituyen el Estado federal, se atribuía al Senado la facultad de designar, a propuesta del Poder Ejecutivo, a los magistrados judiciales y otras autoridades según preveían las Constituciones de algunos Estados miembros. También específicamente en el caso de la provincia de Corrientes, el Senado juzgaba a los acusados, en juicio político que promovía la Cámara de Diputados.

En el caso de esta provincia, el propio gobernador se autolimitó y estableció la designación de los jueces a través de una terna incorporada por un Consejo de la Magistratura, instituida provisoriamente, porque el tema está incluido en el proyecto nuevo de reforma constitucional.

En cambio, en otras provincias ya está establecido el Consejo de la Magistratura y el jurisdicción. Reitero que, en el caso de Corrientes, formando parte de la Constitución, hubo una autolimitación del gobernador.

De este modo, algunas provincias tienen resuelta la forma de elección de sus magistrados judiciales. Corrientes conserva el sistema tradicional de reforma de la Constitución que, como dije precedentemente, actualmente está en trámite.

Hay en cambio algunas provincias que admiten la reforma parcial, es decir de una cláusula de la Constitución, por vía de la intervención directa de la legislatura, luego sometida a referéndum popular. Tal es el caso de Chaco, Formosa, Misiones, Buenos Aires, San Juan y Río Negro. Por excepción, Chubut puede modificar hasta dos cláusulas.

3. La Constitución de la provincia de Corrientes

La primera Constitución de la provincia de Corrientes data de 1821. Es dable destacar que en ella se reconoce el derecho de reunión pacífica para tratar asuntos públicos o privados y repudia toda intervención de autoridades que interfieran en esas reuniones. Es una recepción constitucional de la teoría de la resistencia, que se dio en el gran pensador inglés Locke, padre del liberalismo histórico.

Desde el principio, a partir de 1810, el Cabildo, generador de pronunciamiento histórico, a través de sucesivos pasos estableció los principios fundamentales de un Estado liberal constitucional de derecho.

Así, la primera Junta estableció el principio de su responsabilidad ante el Cabildo de Buenos Aires (principio de responsabilidad). En segundo término, remitió una circular a los cabildos del interior para que enviaran representantes a una asamblea general (principio de federalismo y representación). *La Gazeta*, fundada el 27 de junio de 1810 por Mariano Moreno, publicaba los actos de gobierno (principio de publicidad).

Se entendía desde un comienzo que las provincias debían enviar sus representantes a la asamblea a la que eran convocadas (principio de periodicidad), esto es la

propia Junta de Mayo. Se preveía su disolución y una recomposición más amplia, con representantes de los cabildos del interior.

Debemos remarcar que la renovación que hace a la periodicidad es enfrentada por las elecciones indefinidas de sus gobernantes. Esperamos que ello sea definitivamente dejado fuera del marco constitucional.

Capítulo 1

HISTORIA DEL PODER LEGISLATIVO

Hugo Ismael Rizo*

Evolución histórica del Poder Legislativo

1. El Poder Legislativo

Hacer referencia a nuestro Poder Legislativo seguramente implica incursionar en senderos de magníficos paisajes que reflejan la luz que solo proviene de aquellas instituciones llamadas a ser verdaderas depositarias de la representación ciudadana. Aquí se encuentra la esencia de la República; si no, recordemos las expresiones del Dr. Mariano Moreno al hacer referencia al Congreso convocado para organizar la naciente patria, cuando indica:

Esta asamblea respetable formada por los votos de todos los pueblos, concentra desde ahora todas sus esperanzas, y los ilustres ciudadanos, que han de formarla, son responsables a un empeño sagrado, que debe producir la felicidad o la ruina de estas inmensas regiones.¹

Por supuesto que, al igual que cualquier elaboración del hombre, la función parlamentaria requiere de constantes reajustes que le permitan completar los más altos objetivos de su magna tarea. Para esto se hace imprescindible la participación de los representados, ya que como decía el prócer antes mencionado, «es justo que

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

¹ Ricardo Levene: *El pensamiento vivo de Mariano Moreno*, Buenos Aires, Losada, 1942, p. 96.

los pueblos esperen todo bueno de sus dignos representantes, pero también es conveniente que aprendan por sí mismos lo que es debido a sus intereses y derechos».²

Nuestra nación, desde sus albores en las gloriosas jornadas de Mayo, siempre tuvo, cual faro que guía la nave a puerto seguro, a la participación de la ciudadanía como una materia indelegable para la toma de decisiones y la conformación de las instituciones destinadas a regir los destinos del país.

Entre estas se erige el Poder Legislativo, representativo de la más sólida tradición democrática. En él caben todas las ideas, todos los pensamientos, todos los sueños y aspiraciones de las personas.

Por cierto que tan gigante obra puede ser analizada y estudiada desde distintos puntos de vista, pues sus aristas son variadas. No obstante, se hace indispensable conocer de sus orígenes para poder comprender en su verdadera esencia e importancia tan vasto legado que nos han dejado las generaciones que nos precedieron. También lo es para que tomemos el compromiso de colaborar en su constante accionar, procurando que quienes nos sucedan tengan la posibilidad de apreciar tan magna institución.

2. Origen y definitiva Constitución

La instauración del Congreso, por cierto, no constituyó una tarea libre de obstáculos y dificultades; por el contrario, ella significó un proceso arduo pero imbuido de la más ferviente fe republicana.

En los momentos posteriores al primer grito de libertad no se encontraban claramente establecidas las funciones legislativas. Así, el cabildo abierto que se inició el 22 de mayo de 1810 y culminó el día 25, convocaba en el acta de constitución de la Primera Junta Gubernativa a los demás pueblos a enviar representantes para la conformación de un congreso que determinaría la forma de gobierno más conveniente. De este modo postulaba la conformación de un cuerpo de carácter deliberativo y no ejecutivo. No obstante esta claridad de concepto, luego deja paso a una cierta confusión en los roles, que se vislumbra cuando se observa la circular que la Junta envió a los distintos cabildos, según la cual se establecía que los diputados se irían integrando a ella a medida que arribaran a Buenos Aires, lo que generó un grave conflicto con el Dr. Mariano Moreno, uno de los secretarios de la Junta.

Con la definitiva incorporación de todos los representantes el 18 de diciembre de 1810, finalizó la actuación de la primera Junta e inició sus funciones la Junta Provisional Gubernativa, conformada con los miembros de la Junta de Mayo y los diputados enviados por las distintas ciudades.

Durante su actuación como tal, las funciones legisferantes y ejecutivas continuaron siendo llevadas adelante por un único cuerpo, que al tener las características

² Ricardo Levene: *El pensamiento vivo de Mariano Moreno*, o. cit.

de deliberativo y dado el número importante de miembros, incidió en forma directa en su acción de gobierno y requirió por lo tanto el pronto deslinde para permitir el mejor cumplimiento de cada una de ellas.

Esto se logró cuando se hizo imperioso, en razón de las urgencias del momento, poseer un Ejecutivo reducido que decidiera con celeridad sobre todos los despachos puestos a su consideración. Así, con fecha 23 de septiembre de 1811, previa consulta a la comisión encargada para legislar sobre la mejor forma de gobierno, se creó el Triunvirato y surgió a la vida institucional la Junta Conservadora conformada por los miembros de la anterior Junta Grande. A esta corresponde el dictado del Reglamento Provisional del 22 de octubre de 1811, primer ensayo constitucional sancionado en nuestro país y por el cual el Poder Ejecutivo sería desempeñado por el Triunvirato y encargándose a la Junta Conservadora el Poder Legislativo. Dable es determinar el alcance del texto del reglamento de referencia, ya que, además de las facultades legislativas, reservaba para la Junta el derecho de nombrar a los tribunales y de juzgar su conducta, así como las atribuciones de declarar la guerra y firmar la paz, crear impuestos y celebrar los tratados de límites y comercio. Esto generó gran disconformidad en el Triunvirato en razón de que quedaban reducidas de modo sustancial sus facultades. Y lo llevó, previo examen del Cabildo de Buenos Aires, a anular el Reglamento y disolver la Junta Conservadora por decreto del 7 de noviembre de 1811 que también determinó la supresión de los nombres de «Poder Ejecutivo» y «Legislativo». Acontecido esto, el Triunvirato promulgó el 22 de noviembre de ese año el Estatuto Provisional del Gobierno Superior de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en el que se determinaba el modo de elección de quienes se integrarían como triunviros y ejercerían el Poder Ejecutivo; en tanto que una Asamblea, con facultades muy acotadas, llevaría adelante el Poder Legislativo. También se obligaba a tomar todas las medidas necesarias tendientes a la reunión de un Congreso nacional que, mediante el dictado de la Constitución, determinaría la forma de gobierno que organizaría definitivamente el país.

No obstante las limitaciones impuestas por el Estatuto Provisional, la Asamblea en reunión del 4 de abril de 1812 resolvió que a ella le correspondía la autoridad suprema sobre toda otra constituida en las Provincias Unidas del Río de la Plata, lo que significó que fuera disuelta por el Poder Ejecutivo el 9 de abril de 1812.

Mientras tanto, se sucedían distintos acontecimientos: la llegada al puerto de Buenos Aires del general José de San Martín, la situación política en el Alto Perú, Paraguay, Uruguay y Europa, la conspiración de Martín de Álzaga y la pérdida del apoyo del partido demócrata. Además, la victoria del general Manuel Belgrano en Tucumán el 24 de septiembre de 1812, conseguida desobedeciendo con firmeza las órdenes del Ejecutivo, hicieron caer al Triunvirato en el descrédito, a tal punto que sus integrantes fueron acusados, entre otras causas, de despotismo por haber disuelto la Junta Conservadora y no haber convocado a la reunión de un Congreso. Ello coadyuvó a que el 8 de octubre de 1812 el pueblo se reuniera en la plaza de la

Victoria para que un cabildo abierto exigiera la inmediata sustitución del Triunvirato. Se tenía en miras la organización de un congreso que cumpliera con lo manifestado el 25 de mayo de 1810.

Las nuevas autoridades se abocaron decididamente a sus tareas y el 24 de octubre de 1812 en la fortaleza de Buenos Aires mediante decreto convocaron a todos los pueblos para que procedieran a efectuar elecciones a fin de designar sus representantes a una asamblea general constituyente que acometería las trascendentes empresas de sancionar la Constitución y declarar la independencia.

El 31 de enero de 1813, a las nueve de la mañana, la asamblea se inauguró solemnemente y los diputados, con el acompañamiento de los miembros del Triunvirato y gran cantidad de público, asistieron al oficio religioso celebrado en la catedral.

Instalada la asamblea, se eligieron sus autoridades y se estableció el reglamento que ordenaría su funcionamiento, pero ante todo se proclamó *soberana*, o sea, por encima de cualquier otra autoridad y con facultades para obrar con total independencia. De inmediato dispuso que el Poder Ejecutivo sería confiado provisoriamente al Triunvirato, que debería concurrir ante la Asamblea para prestar juramento de fidelidad a todas sus resoluciones.

En función de sus actos, en la asamblea se pueden diferenciar claramente dos posiciones. Por una parte, quienes siguiendo el pensamiento del general San Martín y fieles a los objetivos impuestos en la convocatoria, bregaron fervientemente por la proclamación de la independencia y la sanción de la Constitución; por la otra, los que pretendían posponer la concreción de esos fines basándose en la situación imperante en nuestras tierras debido a los reveses en el campo militar, y en Europa, con Napoleón.

El 22 de enero de 1814 se modificó la forma de gobierno, que hasta ese momento había sido colegiado, creándose el Directorio, que sería unipersonal, y el 26 de enero se reformó el Estatuto, adaptándolo a la nueva realidad; se designó como director supremo a Gervasio Antonio Posadas, quien asumió el 31 de enero de 1814. En su período se creó la primera escuadra argentina, que resultó victoriosa en el ataque a Montevideo al mando del almirante Guillermo Brown.

Cuando designó a Alvear como general en jefe del Ejército del Norte, los oficiales de este se resistieron, pues exigían la continuación de Rondeau, lo que precipitó la renuncia de Posadas, el 9 de enero de 1815. Lo sucedió Alvear, pero la resistencia que generó, sumada a la sublevación acaecida en Fontezuelas a cargo del coronel Álvarez Thomas, quien tomó prisionero al ministro de guerra, general Viana, hicieron que el Cabildo asumiera el gobierno exigiendo la renuncia de Alvear y obligándolo finalmente a abandonar el país en abril de 1815.

Estos acontecimientos acarrearón como consecuencia que la asamblea concluyera sin poder declarar la independencia ni sancionar la Constitución y quedaran sin tratamiento los proyectos presentados por la comisión especial y por la Sociedad Patriótica. No obstante ello, la obra legislativa desarrollada fue de gran valor. Así,

se pueden destacar estas medidas: eliminó el uso de tormentos, suprimió la servidumbre, proclamó la libertad de vientres y dispuso que los esclavos que ingresaran al país fueran libres, legisló sobre la libertad de prensa, reconoció la bandera creada por Manuel Belgrano, creó el Escudo Nacional, declaró fiesta cívica el 25 de mayo, adoptó el Himno Nacional, anuló los títulos de nobleza.

El Cabildo, mediante un bando, comunicó que nombraría un gobierno provisional hasta tanto se reuniera otro Congreso nacional. Luego de discutir profundamente, decidió que el gobierno continuara siendo unipersonal y designó como director al general José Rondeau, quien continuó al frente del Ejército del Norte y, como consecuencia de ello, se nombró interinamente al coronel Ignacio Álvarez Thomas. Además, designó un cuerpo deliberativo que recibió el nombre de Junta de Observación, compuesto por siete miembros y que el 5 de mayo de 1815 dictó el Estatuto Provisional para la dirección y administración del Estado, en donde establecía que el Poder Legislativo, hasta la determinación del Congreso General de las Provincias, sería ejercido por esa Junta de Observación, «para los objetos necesarios y urgentes».

También cumpliendo con el Estatuto mencionado, la Junta expidió un bando, el 12 de agosto de 1815, convocando a elección de diputados para conformar el Congreso General que debía reunirse en Tucumán.

Entretanto, la situación de Álvarez Thomas al frente del Directorio se encontraba cada vez más amenazada —cabe recordar la sublevación encabezada por el general Díaz Vélez— y culminó con su renuncia el 9 de abril de 1816. Consumados los hechos, se nombró en forma interina al general Juan Ramón González Balcarce y, pocos días después, el 3 de mayo de 1816, asumió como director supremo Juan Martín de Pueyrredón.

El Congreso nacional se instaló definitivamente el 24 de marzo de 1816 en la ciudad de San Miguel de Tucumán, cumpliendo así con lo establecido en el Estatuto Provisional dictado por la Junta de Observación.

A pesar de los graves males que aquejaban al país, dos hombres de extraordinario valor y probado patriotismo se yerguían cual pilares para ser el soporte necesario en la tarea de construir el edificio de la nación: José de San Martín y Manuel Belgrano. En aquellas horas aciagas ellos promovieron de modo decidido la declaración de la independencia y la definitiva organización del país.

Se estableció un reglamento de votación por el cual se distinguían «asuntos constitucionales», «asuntos graves» y «asuntos simples». Un conjunto de diputados elaboró un plan de trabajo con las distintas materias a tratar, entre las que sobresalían la declaración de la independencia y la sanción de la Constitución. Otros temas eran las atribuciones y duración del Congreso, el funcionamiento de la justicia, la educación, el régimen agrario, etcétera. El 9 de julio de 1816, con gran júbilo, se procedió a cumplir con uno de ellos, la Declaración de la Independencia.

Con posterioridad, el Congreso decidió el traslado a la Ciudad de Buenos Aires, en función de dos razones; la primera, el peligro cierto de invasión por las fuerzas

realistas; la segunda, para permitir que los poderes Ejecutivo y Legislativo se encontraran más próximos y se pudiera, de ese modo, proveer a la mejor realización de las tareas de gobierno.

Las sesiones en Buenos Aires se iniciaron el 19 de abril de 1817 y ante la gran cantidad de cuestiones puestas a su tratamiento, se resolvió sancionar, hasta tanto se dictara la Constitución, el Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado, el 3 de diciembre de 1817, tomando como modelo el dado por la Junta de Observación, con algunas modificaciones y conservando dentro de sus facultades las del Poder Legislativo.

Con este reglamento en vigencia, se dispuso a estudiar y sancionar la Constitución. Para esto se encargó la redacción del proyecto a una comisión compuesta por cinco diputados, la cual, al concluir su tarea, puso el proyecto a tratamiento del Congreso. Efectuado este, culminó con la sanción de la Constitución, el 22 de abril de 1819, y su posterior jura, el 25 de mayo de dicho año. En ella se organizó por primera vez un Poder Legislativo bicameral —originario del Parlamento del Reino Unido—³ compuesto por una Cámara de Diputados y otra de Senadores.

Cumplido este objetivo, Pueyrredón presentó la renuncia y, ante la solicitud del Congreso para que reviera su decisión, insistió con su postura, por lo que se designó en su lugar al brigadier general José Rondeau. Ante el descontento que había provocado la letra de la carta magna, Rondeau se vio obligado a enfrentar a los opositores de esta en el combate de la Cañada de Cepeda, el 1.º de febrero de 1820, donde fue derrotado, y con ello se produjo la disolución del Congreso y la renuncia del director, el 11 de febrero.

Este hecho inició una etapa en donde cada provincia procuró concretar su organización interna, dictando constituciones, reglamentos y estatutos, pero siempre con la vocación de integrarse todas ellas en unidad para conformar una sola nación. Con este propósito se sucedieron distintos intentos de reunir un Congreso. Así, en virtud del Tratado del Pilar, del 23 de febrero de 1820, se promovió la conformación de un Congreso en San Lorenzo, pero este se frustró. Otro intento fue el del gobernador Juan Bautista Bustos, que pretendía que se realizara en Córdoba, pero no se concretó en razón de que la Junta de Representantes de Buenos Aires retiró a sus delegados y la posterior celebración del Tratado del Cuadrilátero, firmado el 25 de enero de 1822 entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes, hizo que sus signatarios procedieran en igual sentido.

Por ley del 27 de febrero de 1824, la Junta de Representantes facultó al gobernador general Martín Rodríguez a invitar a las demás provincias a reunirse en Congreso en el lugar que determinara la mayoría. Con el voto favorable de doce de

³ Jorge H. Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pp. 32 y 33. «Originariamente el Parlamento era una sola asamblea, pero en 1341, en Easter, se constituye la Cámara de los Comunes, distinta de los Lores, con lo que se funda el bicameralismo».

las catorce provincias, la sede elegida fue la Ciudad de Buenos Aires. Este Congreso se instaló el 16 de diciembre de 1824 con la convicción de dictar la Constitución. Entre sus decisiones se encuentran el proyecto presentado por el diputado Bedoya que culminó con la sanción de la ley de creación del Poder Ejecutivo nacional, y la posterior designación de Bernardino Rivadavia para ocuparlo. Abocado el Congreso a concretar el anhelado sueño de dictar la Constitución, procedió a su sanción el 24 de diciembre de 1826. Pero, al igual que la dictada en 1819, recibió la reprobación de quienes se entendían excluidos de su letra.

A todo esto, Rivadavia, jaqueado por cuestiones externas e internas, abandonó la presidencia en 1827 y fue sucedido provisionalmente por Vicente López y Planes, quien también, ante la imposibilidad de dar solución al caos, dimitió pocos días después. El Congreso siguió la misma suerte y cayó el 18 de agosto de 1827.

Ante el fracaso de las autoridades nacionales y, recobrada la autonomía de Buenos Aires, se eligió gobernador al coronel Manuel Dorrego, quien invitó a las provincias a instalar la Convención Nacional, en virtud de una ley sancionada por el frustrado Congreso nacional. Esta Convención, convocada en Santa Fe, pretendía ser la antesala de la reunión de un nuevo congreso constituyente.

Los sucesos que culminaron con el fusilamiento de Dorrego impidieron la continuación de este proceso y la Convención se declaró en receso el 14 de octubre de 1829.

Se llegó así a un período en donde se reinició el método de los pactos interprovinciales. Entre ellos se destacan:

- el tratado de paz, amistad y alianza ofensiva y defensiva celebrado en Córdoba el 5 de julio de 1830, imbuido del espíritu unitario y por el cual se convino que los signatarios tomaban como causa común la Constitución del Estado y la organización de la República.
- las provincias litorales firmaron el tratado de alianza ofensiva y defensiva (Pacto Federal) el 4 de enero de 1831, en el que se dispuso, cuando las provincias de la República estuvieran en plena libertad y tranquilidad, reunir un congreso general federativo. Este pacto conformó, años más tarde, un importante documento para la definitiva organización nacional.

Durante esta etapa, la figura del general Juan Manuel de Rosas, gobernador de Buenos Aires, se erigió en el centro de la vida política del país. Elegido por la Legislatura para ocupar el Poder Ejecutivo, gobernó durante un primer mandato desde diciembre de 1829 al mismo mes de 1832 y, luego de un lapso en donde se sucedieron los generales Juan Ramón González Balcarce y Juan José Viamonte, regresó por designación de la Legislatura en junio de 1834.

Igualmente, como sucedió años antes, las provincias se dictaron para sí constituciones, estatutos y reglamentos.

El pronunciamiento de Urquiza, del 1.º de mayo de 1851, su posterior victoria en la batalla de Caseros, el 3 de febrero de 1852, y la firma del Acuerdo de San Nicolás, el 31 de mayo del mismo año, por el que se convocaba a un congreso general constituyente, abrieron paso a la definitiva organización del país.

El congreso se instaló el 20 de noviembre de 1852 y designó el día 24 a una comisión que tenía por tarea la redacción del proyecto de Constitución. Este fue presentado el 18 de abril de 1853. En la sesión del día 20, ante la presentación hecha por el diputado Zuviría solicitando el aplazamiento de la sanción, se generó un fuerte debate.

El día 21 se inició la discusión en particular y el 1.º de mayo de 1853 se reunió en sesión extraordinaria procediéndose a la lectura del texto definitivo de la sanción, aprobación de las actas y firma de la Constitución.

El Congreso General Constituyente continuó sus actividades a los efectos de instalar el Poder Ejecutivo, hecho que sucedió el 5 de marzo de 1854, disolviéndose dos días después. El Poder Legislativo, conformado por las Cámaras de Diputados y Senadores, se instaló el 22 de octubre del mismo año.

Con posterioridad a la batalla de Cepeda, se iniciaron tratativas entre el gobierno de la Confederación y la provincia de Buenos Aires, las cuales concluyeron con la firma del Pacto de San José de Flores, el 11 de noviembre de 1859, y el Convenio del 6 de junio, en cuya virtud se concretó la esperada integración de Buenos Aires al conjunto de las demás provincias.

A continuación, y sobre la base de los acuerdos antes mencionados, se convocó a una convención provincial para examinar la Constitución sancionada en 1853. Llevó adelante sus tareas entre el 5 de enero y el 12 de mayo de 1860, y concluyó proponiendo algunas enmiendas.

Posteriormente, una convención nacional reunida en Santa Fe, y de la que participaron los representantes por Buenos Aires, aprobó por aclamación el despacho de la comisión. La posterior jura de la Constitución por el pueblo de la provincia de Buenos Aires consolidó la definitiva unidad nacional.

3. Localización

3.1. *Sede de la Ciudad de Paraná*

En una primera etapa, el Congreso desempeñó sus funciones en Paraná, extendiéndose desde la solemne apertura producida en el templo de la Matriz, el 22 de octubre de 1854 —previamente se habían cumplido las sesiones preparatorias que cada Cámara inició el 17 de octubre— hasta el 12 de diciembre de 1861 en que, por decreto dictado por el vicepresidente Pedernera, se declararon en receso los poderes nacionales.

Durante este lapso, la Cámara de Diputados sesionó en el local de la calle Representantes. Mientras tanto, el Senado se desempeñaba en un primer momento ocupando el mismo edificio, lo que obligaba a ambos cuerpos a reunirse en días alternados. Luego, en el año 1859, se trasladó a su nuevo edificio que linda con el templo de la Matriz.

3.2. Sede de la legislatura de Buenos Aires

Cuando se dejó atrás definitivamente el conflicto entre la Confederación y la provincia de Buenos Aires, el Poder Legislativo se trasladó a la Ciudad de Buenos Aires e inauguró sus sesiones el 25 de mayo de 1862. Lo hizo en un principio compartiendo la sede de la Legislatura de Buenos Aires, pero esto generaba importantes inconvenientes.

3.3. Sede de la calle Victoria

En razón de esta situación, y ante la compartida preocupación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, este envió un mensaje al Congreso el 18 de octubre de 1862 solicitando su autorización para invertir hasta la suma de cincuenta mil pesos fuertes a los efectos de procurar un local adecuado para las sesiones del Parlamento. Efectuado el tratamiento en el Senado, este lo aprobó e inmediatamente fue enviado a la Cámara de Diputados donde también se aprobó, quedando de este modo sancionada la ley número 31. Con posterioridad, y en cumplimiento de lo dispuesto por esa norma, el Congreso se trasladó en el año 1864 a la nueva sede ubicada en la calle Victoria. Pero el nuevo edificio contaba solo con un recinto, lo que implicaba que ambas Cámaras tenían que sesionar en días alternados y, cuando era necesario llevar adelante sesiones en forma simultánea, los senadores debían reunirse en las antesalas o en el salón de la Presidencia.

En este período, en un breve interregno que se extendió entre el 8 de junio de 1880 y el 29 de septiembre del mismo año, el Congreso debió trasladarse provisionalmente hasta Belgrano, que en aquel momento era un municipio de la provincia de Buenos Aires. En esta sede se sancionó la ley número 1029 que declaraba, en su artículo 1.º, capital de la República el municipio de la Ciudad de Buenos Aires.

3.4. Palacio del Congreso nacional

Con el proyecto que firmaron el presidente de la Cámara de Diputados, doctor Tristán Achával Rodríguez, y los vicepresidentes 1.º y 2.º, doctores Delfín Gallo y Pedro Goyena, respectivamente, se inició el 17 de mayo de 1882 el camino hacia la construcción del edificio donde funcionaría el Poder Legislativo.

El proyecto solo preveía una sede en donde sesionarían los diputados, pero cuando pasó en revisión al Senado, este lo aprobó introduciendo modificaciones, que Diputados aceptó, sancionándose así la ley número 1349 que establecía en su primer artículo que el Poder Ejecutivo mandaría levantar los planos y presupuestos necesarios para la construcción de un edificio que se constituiría en sede del Congreso de la Nación.

El 21 de octubre de 1887 se sancionó la ley número 2204, que establecía, entre otros aspectos, que el Poder Ejecutivo procedería a llamar a concurso, dentro y fuera del país, para la presentación de planos para la construcción de la sede del Congreso de la Nación, cuyo costo no podría exceder los seis millones de pesos moneda nacional; también establecía premios para los mejores proyectos y en su artículo 11 indicaba que el edificio se construiría en la manzana de propiedad de la nación, situada en la calle Callao entre Paraguay y Charcas, y en la limitada por las calles Callao, Río Bamba, Paraguay y Charcas, que se declaraba de utilidad pública, debiendo el Poder Ejecutivo proceder a su expropiación.

Con posterioridad, la apertura de la Avenida de Mayo originó la necesidad de cambiar la ubicación del edificio, ya que para el año 1889 las obras de la magnífica arteria habían dejado de ser un proyecto para pasar a la ejecución acelerada. Así, se sancionó la ley número 2461, del 5 de julio de 1889, que situó al Palacio del Congreso en la manzana ubicada entre las calles Rivadavia, Entre Ríos, Victoria y Pozos. El Poder Ejecutivo quedó facultado para concretar la adquisición a los hermanos Juan, Esteban y David Spinetto y a Casilda C. de Piaggio.

En virtud de que esta norma, por razones de índole política y económica, no pudo ser llevada a cabo en muchos de sus aspectos, se hizo necesario el dictado de una nueva ley —proyecto ingresado en el Senado y revisado en la Cámara de Diputados con modificaciones que fueron aceptadas en la Cámara alta—, con el número 3187, del 20 de noviembre de 1894, por la cual se autorizaba al Poder Ejecutivo a invertir hasta la suma de seis millones de pesos moneda nacional por cuotas de cien mil pesos mensuales, en la construcción del edificio que se ubicaría en la misma manzana indicada por la ley anterior y que se adquirió con dicho objeto.

Por decreto del Poder Ejecutivo del 20 de febrero de 1895, se abrió un concurso para la presentación de planos, con plazo hasta el 12 de octubre de dicho año. Se crearon cuatro premios y una comisión de cinco ciudadanos; también se encargó al Ministerio de Hacienda depositar mensualmente cien mil pesos a la orden de la comisión, a contar desde el 1.º de enero de 1896 y se fijó la localización del Congreso indicada en la ley.

Por decreto del 31 de septiembre de 1896, se aprobó el contrato celebrado por la comisión con el arquitecto Víctor Meano. Posteriormente también se aprobó el contrato realizado con la empresa constructora ganadora de la licitación, perteneciente a los señores Pablo Besana y Compañía.

Las obras dieron inicio en 1898 y durante su concreción fue asesinado, el 1.º de septiembre de 1904, el arquitecto Meano. Hacia la segunda mitad del año 1905,

la construcción se encontraba muy avanzada, lo que llevó a que el senador Eriberto Mendoza mocionara el 12 de diciembre —luego aprobada— para facultar a la Presidencia de la Cámara a efectuar el traslado pertinente. Lo mismo aconteció en la Cámara de Diputados ante la solicitud efectuada por su presidente Ángel Sastre.

En las sesiones preparatorias del año 1906, los miembros del Congreso fueron convocados a reunirse en el nuevo edificio. En la sesión de Asamblea del 12 de mayo de 1906, en la cual asumió como presidente de la República el Dr. José Figueroa Alcorta, en razón del fallecimiento del Dr. Manuel Quintana, se inauguró oficialmente el majestuoso palacio.

Las obras restantes se realizaron con posterioridad y concluyeron en el año 1946, con el revestimiento externo de la Cámara de Diputados.⁴

4. Conclusión

Como síntesis final, y luego de analizar los distintos aspectos y contingencias por los que ha transcurrido el Poder Legislativo, podemos notar que ha acompañado, como no podía ser de otro modo, la vida de la nación. Participó durante las jornadas de gran fervor y en las que los espíritus se encontraban más apaciguados. Presenció los encuentros y desencuentros de los argentinos. Procuró ser el ámbito en donde todos se encontraran comprendidos y se sintieran a resguardo de las inclemencias.

En él conviven todas y cada una de las partes en las que está compuesto el cuerpo social. En él son oídas todas las voces.

⁴ Recopilación histórica basada en las siguientes obras: Carlos Alberto Silva: *El Poder Legislativo de la Nación argentina*, tomos I, primera y segunda partes, II y III. Buenos Aires, Cámara de Diputados de la Nación, 1937; *El Parlamento argentino*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1948, con prólogo del presidente de la Cámara de Diputados, Dr. Ricardo C. Guardo; Enrique Lavié: *Manual del Congreso Argentino*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1971; Manuel E. Macchi: *Primera presidencia constitucional argentina*, Buenos Aires, Museo y Monumento Nacional «Justo José de Urquiza», serie III, n.º 13.

Félix Alberto Montilla Zavalía*

El Congreso nacional de Paraná (1854-1861)

1. La organización nacional y la crisis con Buenos Aires

El triunfo del general Justo José de Urquiza en la batalla de Caseros (3 de febrero de 1852) marcó el hito determinante para proveer la organización nacional de la Confederación Argentina unificada.¹

El carisma de Urquiza y su firme decisión política de concluir con las luchas internas marcaron el inicio de un breve período histórico, en el cual el vencedor de Caseros tuvo la generosidad de convocar a la elite política, sin importar la condición de unitario o federal, para construir un nuevo orden fundado en la observancia de las normas jurídicas. Su proyecto ofrecía paz, organización, progreso y gloria.²

Mas los acontecimientos que se sucederían luego marcarían el inicio de un nuevo tipo de hostilidades políticas en la República Argentina. La entrada triunfal del general Urquiza en la ciudad de Buenos Aires había generado recelo entre los

* Abogado. Doctorado en Derecho Público y Economía de Gobierno (Universidad Nacional de Tucumán). Director de Control y Gestión del Poder Judicial de Tucumán. Profesor en la Universidad del Norte «Santo Tomás de Aquino», Católica de Tucumán. Miembro del Instituto Justo José de Urquiza de Estudios Históricos, del Instituto de Historia Militar Argentina y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

¹ Álvaro Cartelli: «El general Urquiza y la organización nacional», en *Urquiza ante la historia*, publicación editada por la Academia Argentina de la Historia y el Instituto Urquiza de Estudios Históricos, Paraná, 2001, p. 23.

² Augusto Golletti Wilkinson: «Semblanza de Urquiza en la década 1845-1854», en *Urquiza ante la historia*, o. cit., p. 111.

porteños, y su victoria sobre la «tiranía» rosista no se acogió con simpatía, pues al ingresar a la ciudad principal de la Confederación lo había hecho «llevando poncho, sombrero de felpa»³ y con un lujoso apereo.⁴

En el mismo momento, la legislatura bonaerense, a instancias del propio Urquiza, designaba gobernador a Vicente López y Planes (5 de febrero).⁵

De hecho, la capital de la Confederación se estableció en la ciudad de Buenos Aires. Desde allí, Urquiza y sus colaboradores intentaban programar la organización constitucional. No había dudas de que la sede del gobierno debía ser tal ciudad, ya que, según lo declaraba Alberdi, «las capitales son obras de las cosas, no se decretan [...] a ese origen debe la República Argentina la capital, que tiene hace doscientos años [...]»,⁶ refiriéndose a Buenos Aires.

Entonces, por *invitación especial*⁷ del gobernador entrerriano, se firmó en San Nicolás de los Arroyos el célebre acuerdo⁸ entre los representantes de la mayoría de las provincias argentinas,⁹ incluida Buenos Aires. Este acuerdo exhumaba el olvidado tratado federal celebrado entre los gobiernos de Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos, en 1831, y brindaba las bases legales para organizar la Confederación Nacional bajo el imperio de una Constitución que sería sancionada por un congreso general constituyente formado por dos diputados por cada provincia —consagrando de *jure* la igualdad entre ellas. El convenio, además, establecía las facultades de los constituyentes, de la Asamblea, y el plazo que durarían sus funciones.

³ Ricardo Levene: *Lecciones de historia argentina*, Buenos Aires, 1919, p. 436. La «entrada triunfal», como se designa irónicamente a este acontecimiento histórico, fue el día 19 de febrero.

⁴ Félix Luna (dir.): *Historia integral de la República Argentina*, tomo 6 «La nación argentina», Buenos Aires, 1996, p. 40.

⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶ Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista Alberdi, capítulo XXIV, Valparaíso, mayo de 1852, p. 147. Tal postura se mantuvo en la segunda edición de la obra, pero luego fue rectificada por el mismo Alberdi en un sentido completamente contrario (capítulo XXVI, titulado «De la Capital de la Confederación Argentina. Todo Gobierno Nacional es imposible con la capital en Buenos Aires»); argumentaba, en síntesis, que los porteños asumían una conducta egoísta e individualista que imposibilitaba la persecución del bien común en la Confederación Argentina, y que, por eso mismo, habían sido complacientes con el gobierno del general Rosas.

⁷ Tal cual reza el comienzo del tratado: «los infrascriptos, Gobernadores y Capitanes Generales de las Provincias de la Confederación Argentina, reunidos en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, por invitación especial del Excmo. Señor Encargado de las Relaciones Exteriores de la República, Brigadier General don Justo José de Urquiza [...]».

⁸ El texto oficial del tratado puede ser consultado en el *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, Buenos Aires, 1882, n.º 2941, p. 13.

⁹ Los representantes fueron: Justo José de Urquiza, por las provincias de Entre Ríos y Catamarca; Vicente López, por Buenos Aires; Benjamín Virasoro, por Corrientes; Pablo Lucero, por San Luis; Nazario Benavides, por San Juan; Celedonio Gutiérrez, por Tucumán; Pedro p. Segura, por Mendoza; Manuel Taboada, por Santiago del Estero; Manuel V. Bustos, por La Rioja; y Domingo Crespo, por Santa Fe.

Se fijó como sede de la Constituyente la ciudad de Santa Fe y para cumplir plenamente el cometido se otorgaron poderes especiales al encargado de las Relaciones Exteriores, general Urquiza, a quien —además— se le confirió el título de director provisorio de la Confederación Argentina.

Finalmente, por un artículo adicional, se dispuso que los gobiernos y las provincias que no hubiesen sido representadas serían invitadas a adherir a las disposiciones del tratado.¹⁰

Entretanto, la nueva «oficialidad» porteña se mantuvo aliada al general Urquiza hasta la firma del Pacto de San Nicolás de los Arroyos ocurrida el 31 de mayo de 1852. Días después, el 14 de junio, el gobernador López y Planes decidió remitir el acuerdo con un mensaje explicativo a la Legislatura provincial a los efectos de su aprobación, produciéndose entonces un agitado debate entre Mitre, Portela, Ortiz Vélez, Estévez Seguí, Gamboa y Vélez Sarsfield, por un lado, y el ministro de Gobierno de la Provincia, Vicente Fidel López¹¹ (hijo del gobernador), por otro. Las sesiones parlamentarias giraban en torno a las amplias facultades concedidas a Urquiza, y a la igualdad que se establecía entre todas las provincias al fijar la elección de dos diputados constituyentes sin diferenciar a la de Buenos Aires. La acalorada discusión concluyó con el rechazo legislativo del Acuerdo de San Nicolás.

En vista de los resultados adversos, el 23 de julio, el gobernador y su gabinete en pleno presentaron la renuncia.¹² La crisis política se tornó inmanejable para Urquiza y los porteños. Se hizo cargo de la Cámara y del gobierno de Buenos Aires el general Martín Pinto, pero a las horas de conocida tal determinación, el presidente provisorio de la Confederación dio un golpe de Estado, cerró la Legislatura y volvió a nombrar a Vicente López como primer magistrado provincial. Este renunció a las pocas semanas (23 de julio) y Urquiza tuvo que nombrar en esa magistratura al general Galán.¹³

Mientras duraba el statu quo, el 8 de agosto el gobierno porteño eligió como constituyentes a Eduardo Lahitte y a Salvador María del Carril.¹⁴ Ante la inminencia del inicio de actividades de la Convención Nacional Constituyente convocada en la ciudad de Santa Fe, el general Urquiza decidió partir hacia la sede de la Asamblea. A cuatro días de su ausencia, el 11 de septiembre de 1852, en Buenos Aires se gestó una revolución que convocó a la disuelta Legislatura y se designó gobernador «provisorio» al general Pinto; luego eligieron en «propiedad» a uno de los cabecillas

¹⁰ Luego se adhirieron Salta, Jujuy y Córdoba.

¹¹ El ministro Vicente Fidel López achacó a los legisladores porteños el haber creado la dictadura de Rosas, y por ende les negó autoridad moral para oponerse a Urquiza. Félix Luna (dir.): *Historia integral de la República Argentina*, tomo 6, o. cit., p. 43.

¹² Ricardo Levene: *Lecciones de historia argentina*, o. cit., p. 439.

¹³ *Ibidem*, p. 440.

¹⁴ Mariano A. Pelliza: *Historia de la organización nacional*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1897, p. 66.

de la revuelta: el doctor Valentín Alsina. En el mismo instante, por ley del 21 de septiembre, se decidió «cesantear» a los diputados constituyentes nombrados por Buenos Aires y la provincia se escindió, quedando aislada y separada de la Confederación Argentina y entregándose a los azares de una política incierta.¹⁵

El Congreso Constituyente había sido convocado para el 20 de noviembre en la ciudad de Santa Fe; ya desde el 15 de noviembre los diputados se reunían en sesiones preparatorias. El día señalado, 20 de noviembre, a las 9.30 de la mañana en el Cabildo de la ciudad de Santa Fe, los representantes eligieron presidente de la asamblea al salteño Facundo Zuviría.

Mientras tanto, el general Urquiza había salido a campaña por el asunto de Buenos Aires, por lo que mandó su mensaje al gobernador Crespo, de Santa Fe, encargándole reemplazarlo en la solemne apertura. Por su parte, Zuviría pronunció una alocución, luego de la cual se procedió a levantar la sesión para concurrir a la misa y al *Te Deum*, en la iglesia matriz. El Congreso comenzó inmediatamente sus tareas con el examen y aprobación de la memoria presentada por el general Urquiza en la que rendía cuentas de sus funciones. Luego trató la situación de Buenos Aires¹⁶ y finalmente se fijó el día 20 de abril de 1853 para iniciar la tarea constitucional sobre la base de un proyecto que debía elaborar la Comisión de Negocios Constitucionales.

La discusión del proyecto de la comisión ocupó las sesiones siguientes,¹⁷ hasta el día 30 inclusive, y el 1.º de mayo fue firmada por los constituyentes, reunidos para ese efecto en sesión extraordinaria.¹⁸ Urquiza promulgó la ley suprema el 25 de mayo, y fijó el 9 de julio para que el pueblo de la República jurara respetar, obedecer y defender la Constitución política de la Confederación Argentina.¹⁹

La Asamblea de Santa Fe continuó con su tarea legiferante y el 20 de febrero de 1854 se reunió para realizar el escrutinio de la primera elección constitucional del país y la consiguiente proclamación de los ciudadanos que habían resultado electos: presidente, el general Justo José de Urquiza, y vicepresidente, el doctor Salvador María del Carril.²⁰

¹⁵ *Ibíd.*, p. 67.

¹⁶ La Convención Constituyente sancionó una ley, el día 22 de enero de 1853, por la cual se autorizaba al general Urquiza para que «empleando todas las medidas que su prudencia y acendrado patriotismo le sugieran, haga cesar la guerra civil en la provincia de Buenos Aires, y obtenga el libre asentimiento de esta al pacto nacional del 31 de mayo de 1852» (Tratado de San Nicolás). *Registro Nacional 1852-1856*, o. cit., p. 61.

¹⁷ El proyecto fue presentado el día 18 de abril. Emilio Ravignani, *Asambleas constituyentes*, tomo VI, 2.ª parte, Buenos Aires, 1939, pp. 779 ss.

¹⁸ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3052, p. 65.

¹⁹ *Ibíd.*, n.º 3054, p. 76.

²⁰ Ley del Congreso nacional Constituyente del 20 de febrero de 1854. *Registro Nacional 1852-1856*, p. 101.

Ambos funcionarios se trasladaron el 5 de marzo a Santa Fe para jurar sus cargos y tomar posesión de ellos. En ese momento, el congreso constituyente declaró concluida su misión y se disolvió.²¹

En tanto la Confederación Argentina había dictado la Constitución nacional, la provincia de Buenos Aires se organizaba en *Estado*, dictando para sí su propia Constitución, que fue sancionada el 12 de abril de 1854.

La cuestión Buenos Aires fue un obstáculo político insalvable para la Confederación Argentina y mantuvo en vilo a la clase dirigente provinciana y paranaense, impidiendo que se tomaran trascendentales decisiones de gobierno durante casi todo el período comprendido entre 1854 y 1861.

2. El Poder Legislativo según la Constitución de 1853

La Constitución nacional consagró el sistema republicano de división del poder del Estado en tres órganos. El Poder Legislativo fue reglamentado en la parte segunda «Autoridades de la Confederación», título primero «Gobierno federal», sección primera «Del Poder Legislativo», artículos 32 a 70.

Se estableció un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la nación y otra de senadores de las provincias y de la capital (artículo 32.º).

El artículo 33.º dispuso que la Cámara de Diputados se compondría de

[...] representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, y de la capital a simple pluralidad de sufragios y que el número de representantes sería de uno por cada veinte mil habitantes o fracción que no baje de diez mil y que después de la realización de cada censo, el Congreso fijaría la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

Por su parte, el artículo 34.º establecía que los diputados para la primera legislatura se nombrarían en la siguiente proporción:

Por la capital, seis (6); por la provincia de Buenos Aires, seis (6); por la de Córdoba, seis (6); por la de Catamarca, tres (3); por la de Corrientes, cuatro (4); por la de Entre Ríos, dos (2); por la de Jujuy, dos (2); por la de Mendoza, tres (3); por la de La Rioja, dos (2); por la de Salta, tres (3); por la de Santiago, cuatro (4); por la de San Juan, dos (2); por la de Santa Fe, dos (2); por la de San Luis, dos (2), y por la de Tucumán, tres (3).

También se establecía que luego se realizaría un censo general para «arreglarse al número de diputados; pero este censo solo podrá renovarse cada diez años» (artículo 35.º). Igualmente se estipulaba que la Cámara se renovarían por mitades cada bienio (artículo 38.º) y que el mandato de cada diputado sería de cuatro años.

²¹ Ley del Congreso Nacional Constituyente, del 7 de marzo de 1854. *Registro Nacional 1852-1856*, o. cit., p. 106.

En cuanto al Senado, este se compondría de dos senadores por cada provincia, elegidos por sus legislaturas a pluralidad de sufragios, y dos de la capital, elegidos en forma prescrita para la elección del presidente de la Confederación (artículo 42.º). Su mandato duraba nueve años y el Senado se renovaría por terceras partes cada tres años.

El vicepresidente de la Confederación sería el presidente del Senado, pero no tendría voto sino en el caso de empate en la votación (artículo 45.º). Como autoridad también contarían con un *presidente provisorio* que presidiría el Senado en caso de ausencia del vicepresidente, o cuando este ejerciera las funciones de presidente de la Confederación (artículo 46.º).

El capítulo tercero regulaba las «Disposiciones comunes a ambas Cámaras» (artículos 52.º a 63.º), estableciendo que se reunirían por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el 1.º de mayo hasta el 30 de septiembre, pudiendo ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la Confederación, o prorrogadas sus sesiones (artículo 52.º). Este capítulo consagraba también dos importantes garantías legislativas en los artículos 57.º y 58.º; el primero establecía: «Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molesto por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador», en tanto el segundo artículo expresaba: «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».

El artículo 61.º vedaba a los Congresistas recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala. Otra norma prohibitiva estaba dirigida a los eclesiásticos *regulares*: se les vedaba integrar el Congreso, al igual que a los gobernadores de provincia, «por la de su mando» (artículo 62.º).

El capítulo cuarto fijaba las «Atribuciones del Congreso» a lo largo de los 28 incisos del artículo 64.º Finalmente, el capítulo quinto «De la formación y sanción de las leyes» estipulaba una serie de pautas procedimentales para la realización de la tarea legisferante (artículos 65.º a 70.º).

3. La función del Congreso (1854-1861)

3.1. *El primer período legislativo (1854)*

Con sumo entusiasmo *institucional*, el vicepresidente de la Confederación Argentina, doctor Salvador María del Carril, señaló el día 25 de mayo de 1854 para la elección de diputados y senadores de toda la República, y el día 9 de junio del mismo

año para la apertura solemne del Congreso nacional en Paraná, capital provisoria.²² Días más tarde, el 3 de mayo de 1854, se ordenó hacer la elección de diputados y senadores en el territorio federalizado de la provincia de Entre Ríos.²³

El Congreso no se pudo instalar el día pautado, por numerosos inconvenientes políticos derivados de la situación hostil de Buenos Aires y otros de carácter funcional debidos, principalmente, a que muchas provincias no pudieron enviar a tiempo sus representantes. Tales hechos determinaron al presidente a dictar, el 11 de octubre de 1854, un decreto designando al día 22 de ese mes como fecha de apertura del Congreso, e invitando a los diputados y senadores presentes en la ciudad a reunirse en sesiones preparatorias.²⁴

Con alguna tardanza institucional (la Constitución había estipulado el día 1.º de mayo) se constituyó el Poder Legislativo de la Nación el día indicado. La Cámara de Diputados eligió como presidente al representante salteño José Benito Graña y fue designado en la secretaría parlamentaria Felipe Contreras. En tanto, la Cámara de Senadores, dirigida por el vicepresidente de la Confederación, doctor Salvador María del Carril, designó al senador Carlos María Saravia como su secretario.²⁵

La jornada siguiente, el 23 de octubre de 1854, se sancionó una ley por la cual se declaraban extraordinarias las sesiones del año 1854 por haberse «reunido fuera del término constitucional»²⁶ y se ordenaba a las provincias que proveyeran el nombramiento de diputados y senadores nacionales *suplentes*.²⁷

El primer año legislativo se prorrogó hasta el 3 de diciembre de 1854, fecha en se *clausuró* el Congreso.²⁸ Durante las escasas semanas de tarea se habían dictado 21 leyes nacionales, todo un logro que mostraba las ansias por construir instituciones sólidas y forjar el espíritu cívico nacional, tan desmoralizado luego de cuarenta años de desorganización.

Muchos de los legisladores y funcionarios del gobierno de Paraná habían recibido por la prensa porteña el mote despectivo de «alquilones». Esto porque representaban intereses que le habían confiado provincias de las que no eran naturales,

²² Decreto del día 29 de marzo de 1854. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3116, p. 108.

²³ El decreto fijó, además, algunas pautas electorales. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3123, p. 110.

²⁴ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3295, p. 162. El mensaje presidencial puede consultarse en *Congreso Nacional. Cámara de Senadores, actas de las sesiones del Paraná 1854*, Buenos Aires, 1883, pp. III-XXXIII.

²⁵ Congreso Nacional. *Cámara de Senadores: Actas de las sesiones del Paraná 1854*, Buenos Aires, 1883, p. 3.

²⁶ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3233, p. 167.

²⁷ Ley del 28 de noviembre de 1854, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3332.

²⁸ Ley del 25 de noviembre de 1854, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3330.

o que siendo bonaerenses cumplían un mandato en beneficio de la Confederación Argentina.²⁹

3.2. *Sueldos*

Ya en receso el Poder Legislativo, el presidente dictó el 13 de febrero de 1855 un decreto fijando los sueldos mensuales de los funcionarios de la Confederación. Cada senador percibiría la suma de \$ 250; el secretario de la Cámara, \$ 150; el oficial primero, \$ 80; dos escribientes, a \$ 50 uno y \$ 40 otro; y un conserje, \$ 30.

En tanto, los diputados percibirían mensualmente \$ 200 cada uno; el secretario, \$ 150; tres escribientes, \$ 40 cada uno; dos oficiales, a \$ 40 uno y \$ 30 el otro; y el portero \$ 12.³⁰

Este decreto ponía en evidencia no solo la escueta estructura administrativa del Congreso de la Nación, sino además la sutil diferencia de estatus entre las Cámaras, considerándose a la de senadores como de mayor importancia y, por ende, con mayor presupuesto.

Posteriormente se dictó la ley asignando nuevos sueldos al conserje y al sirviente de la Cámara de Diputados³¹ y, meses después, la Cámara sancionó otra ley por la cual se asignaba una dieta de \$ 2400 anuales a cada diputado y senador por igual, por los meses de octubre a diciembre de 1856.³² Al año siguiente, otra ley dispuso que los \$ 2400 fueran pagaderos en cinco mensualidades durante las sesiones ordinarias hasta la clausura del Congreso.³³

3.3. *El funcionamiento en 1855*

En 1855, el Congreso inició sus sesiones tardíamente, el 25 de mayo, por falta de legisladores suficientes en Paraná.³⁴ Al cabo de unos meses, el 10 de julio de 1855, los diputados dictaron el Reglamento de Debates y Policía de la Cámara. La norma contenía 121 artículos dispuestos en trece títulos y establecía disposiciones de índole funcional y protocolar.³⁵

²⁹ José María Rosa (h.): «Nos los representantes del Pueblo», en *Revista del Instituto de Investigaciones Históricas Juan Manuel de Rosas*, n.º 10, julio-agosto de 1942.

³⁰ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3411, pp. 197 y 198.

³¹ *Ibidem*, n.º 3604, p. 303.

³² Ley del 26 de septiembre de 1856, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3906, p. 413.

³³ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, Buenos Aires, 1882, n.º 4205.

³⁴ El Poder Ejecutivo lo convocó por decreto del 24 de mayo de 1855. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3472, p. 217.

³⁵ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3514, pp. 233 ss.

Ese año se autorizó a que uno de los diputados, el representante de Tucumán, doctor Uladislao Frías, aceptara las funciones de contador 2.º de la Confederación, y a que pudiera gozar de ambos emolumentos.³⁶

Por decreto del 27 de septiembre de 1855 se señaló el día 30 de septiembre de ese año para la clausura del Congreso.³⁷ El segundo período legislativo había arrojado un saldo de treinta y ocho leyes sancionadas, algunas de las cuales habían llevado aparejado un profundo trabajo de estudio ya que implicaban el ejercicio del control constitucional de las cartas magnas provinciales, conforme lo facultaba el artículo 5.º de la Ley Suprema de 1853.³⁸

Aquel año ejercieron la presidencia de la Cámara de Diputados el representante de Mendoza, Baltasar Sánchez, y el diputado por Salta, José B. Graña. En la secretaría fue nombrado Benjamín Igarzábal, y en la prosecretaría (oficial 1.º) Tomás Larguía.

La Cámara de Senadores continuó presidida por el doctor Salvador María del Carril; fue nombrado presidente provisional el senador por Jujuy, Ramón Alvarado, y vicepresidente el senador por Entre Ríos, José L. Acevedo. En la Secretaría Legislativa permaneció el señor Carlos María Saravia.

3.4. *El Congreso entre 1856 y 1861*

Año 1856

El año de 1856 fue el primer y único período legislativo que pudo iniciar las sesiones en el plazo constitucionalmente estipulado. En efecto, el 1.º de mayo se constituyó la Asamblea. Ese año, a raíz de numerosas licencias solicitadas por los legisladores que eran convocados para ocupar puestos en el Poder Ejecutivo de la Confederación, se sancionó una ley declarando la incompatibilidad del cargo de ministro de Estado con el de senador y diputado.³⁹ Otra ley de importancia parlamentaria

³⁶ Decreto del 16 de julio de 1855, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3520, p. 238.

³⁷ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3592, p. 295.

³⁸ Textualmente, el artículo 5.º disponía: «Cada Provincia Confederada dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria gratuita. Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación. Bajo de estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada Prov. el goce y ejercicio de sus instituciones». Se revisaron las Constituciones de Mendoza, La Rioja, San Luis, Catamarca, Salta, Córdoba y Jujuy.

³⁹ Ley del 28 de mayo de 1856, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3764, p. 351.

dictada por el Poder Legislativo fue la que acordó algunas formalidades que debían tener las sanciones y notas generadas por el Congreso.⁴⁰

El año 1856 también tuvo a los legisladores atareados con la trascendental tarea de contralor de la constitucionalidad de las Cartas provinciales.⁴¹ Cuando se clausuró el período legislativo, el 30 de septiembre de 1856,⁴² se habían sancionado cuarenta y ocho leyes nacionales.

Las diversas preocupaciones del gobierno nacional, y muy especialmente el conflicto con Buenos Aires, impidieron la realización del censo general que ordenaba la Constitución en sus artículos 33.º y 35.º, y que repercutiría en la próxima integración de la Cámara de Diputados de la Nación. La medida recién se pudo ordenar el día 1.º de diciembre de 1856,⁴³ aunque posteriormente se prorrogaría.⁴⁴

Año 1857

Aquel año nuevamente el Congreso inició sus sesiones fuera de la fecha prevista por la Constitución. Recién el día 25 de mayo estuvo la mayoría de los congresales en Paraná.⁴⁵ En esa oportunidad fue elegido presidente provisorio del Senado el representante de Mendoza, Francisco Delgado, y permaneció en la secretaría Carlos María Saravia. En Diputados fue electo como presidente de la Cámara el representante de Entre Ríos, Juan José Álvarez,⁴⁶ manteniendo a Igarzábal y Larguía como secretario y prosecretario respectivamente.

Ese año el derecho parlamentario se nutrió de una importante norma que venía a ordenar que los senadores y diputados obtuvieran una licencia de su Cámara para retener o aceptar empleos o comisiones.⁴⁷ Otra disposición de mucha trascendencia fue la Ley de Elecciones Nacionales sancionada el 16 de septiembre.⁴⁸

⁴⁰ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3817, p. 366.

⁴¹ Constituciones de las provincias de Santa Fe, Santiago del Estero, Tucumán, San Juan y Corrientes.

⁴² Decreto del 28 de septiembre de 1856, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3911, p. 416.

⁴³ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1852-1856, o. cit., n.º 3986, p. 439.

⁴⁴ La prórroga fue dispuesta por decreto del 17 de abril de 1857. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, Buenos Aires, 1882, n.º 4080, p. 19.

⁴⁵ El decreto que convocó a los legisladores fue dictado el día 21 de mayo de 1857. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4122, p. 27.

⁴⁶ *Actas de las Sesiones de la Cámara de Diputados 1857-1858*, Buenos Aires, 1891, pp. 1 y 2.

⁴⁷ Sancionada el 15 de septiembre de 1858. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4235, p. 50.

⁴⁸ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4269, pp. 60-64.

Las sesiones concluyeron el 1.º de octubre⁴⁹ y se puso en conocimiento del Poder Ejecutivo la nómina de los diputados que concluían sus mandatos y cuyas vacantes debían llenarse para la próxima renovación de la Cámara,⁵⁰ lo cual instó al presidente a convocar las elecciones para elegir los reemplazantes, conforme a las leyes de cada provincia por no poder hacerlo con la Ley Nacional de Elecciones de reciente promulgación.⁵¹

El año 1857 dejó un salto de sesenta y tres leyes sancionadas y promulgadas.

Año 1858

En 1858 tampoco se iniciaron las sesiones del Congreso conforme a las disposiciones constitucionales. El presidente de la Confederación, por decreto del 17 de mayo de ese año, fijó la solemne apertura del Poder Legislativo para el día 20 de mayo.⁵²

Uno de los hitos de la Cámara de Diputados fue la renuncia del legislador «alquilón» Emilio de Alvear, que representaba a Santiago del Estero sin ser natal de allí. Ante ello, el primer magistrado nacional solicitó al gobernador santiagueño que se eligiera a su reemplazante.⁵³ El ungido fue el coronel Alfredo M. du Graty —igualmente «alquilón», por no haber nacido en Santiago del Estero—, pero cuando se trató su diploma, el 11 de mayo, fue rechazado por la Cámara de Diputados de la Nación,⁵⁴ por lo que se procedió a efectuar una nueva elección provincial.⁵⁵

Dos importantes leyes fueron dictadas ese año: la primera, de Organización de la Justicia Federal,⁵⁶ y otra que pasó a integrar el derecho parlamentario que fijaba

⁴⁹ Decreto del día 1.º de octubre de 1857, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4250, p. 57.

⁵⁰ Concluyeron su mandato bienal el Dr. Uladislao Frías y José Posse (Tucumán), Dr. Luis Cáceres, Dr. Luciano Torrent y José M. Cabral (Corrientes), Dr. Guillermo Rawson y Dr. Saturnino Laspiur (San Juan), G. F. de la Fuente (Santa Fe), Jorge Pintos (Jujuy), Mauricio Daract y Carlos M. Pizarro (San Luis), Baltasar Sánchez (Mendoza), Dr. Juan José Álvarez (Entre Ríos), Dr. Manuel Lucero y Borjas Ruiz (Córdoba), Miguel Boedo y Pedro Olachea (Santiago del Estero), Tristán Achával (Catamarca) y Pedro Uriburu (Salta). *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4253, p. 57.

⁵¹ Decreto del Poder Ejecutivo del 20 de octubre de 1857, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4295, p. 72.

⁵² *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4450, p. 123.

⁵³ Decreto del 7 de junio de 1858, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4471, páginas 124.

⁵⁴ *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados 1857-1858*, o. cit., p. 380.

⁵⁵ Ordenada por decreto del Poder Ejecutivo del 10 de junio de 1858. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4473, p. 124.

⁵⁶ Ley del 28 de agosto de 1858, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4565, p. 147. Esta ley fue aclarada por otra ley del 29 de septiembre de 1858, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4573, p. 150.

las formalidades para *contestar* el discurso del presidente de la República en la apertura del Congreso.⁵⁷

Aquel año ocupó la presidencia provisional de la Cámara de Senadores el santafesino Pascual Echagüe⁵⁸ y la presidencia de la Cámara de Diputados el cordobés Mateo Luque.⁵⁹

El 30 de septiembre se clausuró el Congreso⁶⁰ habiéndose dictado solamente treinta y dos leyes nacionales.

Año 1859

El 9 de mayo de 1859, con algunos días de retraso, el presidente convocó al Congreso para que el día 15 de mayo iniciara sus sesiones.⁶¹ Entre las sanciones más importantes que se incorporaron al derecho parlamentario aquel año figura la nueva Ley de Elecciones Nacionales, del 1.º de septiembre.⁶²

La cuestión de Buenos Aires se agravó notablemente y terminó por desencadenar la batalla de Cepeda, librada el 23 de octubre de 1859, y en la cual las fuerzas de la Confederación vencieron a las de Buenos Aires. El proceso de incorporación de la provincia díscola se inició luego de la firma del pacto de San José de Flores (11 de noviembre de 1859), la posterior reforma de la Constitución nacional (1860) y una nueva crisis que concluyó con la Confederación Argentina.

Las sesiones finalizaron el 30 de septiembre de 1859.⁶³ Este fue el año de menor trabajo para las Cámaras, ya que se sancionaron solo veintitrés leyes debido, principalmente, al clima político hostil causado por la cuestión bonaerense.

Aquel año ocupó la presidencia provisoria de la Cámara de Senadores el senador por Santa Fe,⁶⁴ Manuel Leiva, y la de Diputados continuó presidida por Mateo Luque. El senador Saravia permaneció en su puesto de secretario legislativo y en Diputados se designó a Teófilo García.⁶⁵

⁵⁷ Ley del 3 de septiembre de 1858. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4559, p. 145.

⁵⁸ Congreso Nacional. Cámara de Senadores, *Actas de las sesiones del Paraná 1858*, Buenos Aires, 1885, p. 28.

⁵⁹ *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados 1857-1858*, o. cit., p. 377.

⁶⁰ Decreto del 28 de septiembre de 1858, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4600, p. 158.

⁶¹ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4753, p. 159.

⁶² *Ibidem*, n.º 4782, pp. 200 ss.

⁶³ Decreto del 11 de octubre de 1859, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4867, p. 228.

⁶⁴ Congreso Nacional. Cámara de Senadores: *Actas de las sesiones del Paraná 1859*, Buenos Aires, 1886, p. 4.

⁶⁵ *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados 1859-1860*, Buenos Aires, 1922, p. 8.

Año 1860

El año se inició con una distensión política importante debido al triunfo de Cepeda. La elección del sucesor del general Urquiza fue, al inicio del año, la única preocupación institucional. El candidato que logró el triunfo entre las provincias fue el ministro del Interior de la Confederación, doctor Santiago Derqui.

Por decreto del 5 de febrero, el Congreso fue convocado a sesiones extraordinarias para efectuar el escrutinio de las elecciones presidenciales.⁶⁶ Constituidos los legisladores bajo la presidencia provisional del senador por Tucumán doctor Salustiano Zavalía,⁶⁷ los congresales eligieron como vicepresidente de la Nación, en sesión del 6 de febrero, al brigadier general Juan Esteban Pedernera.⁶⁸ Y el 8 de febrero consagraban al doctor Derqui como presidente de la Nación.⁶⁹ Un mes más tarde, el 5 de marzo, se clausuraban las sesiones extraordinarias.⁷⁰

Las sesiones ordinarias, como ya era costumbre, fueron convocadas pasados algunos días del plazo constitucional, para el 17 de mayo de 1860.⁷¹ El temario político más importante que se trató aquel año fue la habilitación de la reforma constitucional conforme a las exigencias del gobierno de Buenos Aires. Se sancionó con premura⁷² la ley que declaraba la necesidad de reforma y convocaba a una convención constituyente ad hoc (inconstitucional, por lesionar la manda estipulada en el artículo 30.º de la Constitución nacional).⁷³

La nueva Constitución, promulgada el 2 de octubre de 1860, en lo que al Congreso nacional se refería, modificaba algunas disposiciones tales como la cantidad de diputados y los requisitos para acceder a una función legislativa.

El artículo 38.º disponía que:

Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la provincia de Buenos Aires doce; por la de Córdoba seis; por la Catamarca tres; por la de Corrientes cuatro; por la de Entre Ríos dos; por la de Jujuy dos; por la de Mendoza tres; por la de La Rioja dos; por la de Salta tres; por la de Santiago

⁶⁶ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4961, p. 264.

⁶⁷ Congreso Nacional. Cámara de Senadores: *Actas de las sesiones del Paraná 1860*, Buenos Aires, 1887, p. 3.

⁶⁸ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4962, p. 264.

⁶⁹ Congreso Nacional. Cámara de Senadores, *Actas de las sesiones del Paraná 1860*, o. cit., pp. 5 ss. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4969, p. 265.

⁷⁰ Decreto del 3 de marzo de 1860, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 4991.

⁷¹ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 5091, p. 302.

⁷² *Ibidem*, n.º 5132, p. 314.

⁷³ El artículo 30.º rezaba que «La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los pueblos. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto». La jura se había producido el día 9 de julio de 1853, por lo que la reforma solo se podía habilitar luego del 9 de julio de 1863.

cuatro; por la de San Juan dos; por la de Santa Fe dos; por la de San Luis dos; y por la de Tucumán tres.

Asimismo, se intentaba terminar con los funcionarios «alquilones» al imponer como obligación para la elección de los diputados el «ser natural de la provincia que elija, o con dos años de residencia inmediata en ella» (artículo 40.º); idéntico recaudo se tomó respecto de los senadores (artículo 47.º).

Estas disposiciones generaron gran perturbación y desencadenaron un conflicto que culminó con el rechazo de los diplomas de los doce primeros diputados nacionales de Buenos Aires y una nueva lucha civil, que concluiría con la batalla de Pavón (17 de septiembre de 1861).

El año legislativo finalizó el 30 de septiembre⁷⁴ habiéndose sancionado un total de treinta y ocho leyes.

Año 1861

El año legislativo se perfiló muy complejo por la incorporación de Buenos Aires a la Confederación. Ni bien habían terminado de sesionar en el período legislativo anterior, el presidente Derqui convocó al Congreso federal a sesiones extraordinarias para el 1.º de abril de 1861.⁷⁵ Aquellas sesiones serían memorables por la trascendencia de las decisiones tomadas: la Cámara de Senadores admitió a los representantes porteños Valentín Alsina y Rufino de Elizalde, en tanto la Cámara de Diputados de la Nación, luego de arduas discusiones e intrigas políticas, rechazó los doce diplomas de los legisladores porteños «por no ajustarse su elección a las normas constitucionales».⁷⁶

Los diputados Emilio Castro, Adolfo Asina, Manuel Quintana, Emilio Mitre, Manuel Augusto Montes de Oca, Francisco de Elizalde, José María Gutiérrez, Antonio C. Obligado, Francisco Javier Muñiz, José Mármol y José María Cantilo, junto a los senadores nacionales Alsina y Elizalde abandonaron Paraná y con ellos la escasa concordia que, parecía, había traído paz a la Confederación.

Luego de aquel turbulento episodio, el Congreso entró en receso hasta que fue convocado a las sesiones ordinarias el 12 de mayo de 1861.⁷⁷ Durante este año ocupó la presidencia provisional de la Cámara de Senadores el representante riojano Ángel Elías; continuó en la secretaría parlamentaria Carlos M. Saravia, y fue presidente de la Cámara de Diputados el legislador salteño José Sixto García Izasa;⁷⁸ ocupó la secretaría Benjamín de Igarzábal.

⁷⁴ Decreto del 28 de septiembre de 1860, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 5204, p. 329.

⁷⁵ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 5252, p. 351.

⁷⁶ José María Rosa: *Historia argentina*, tomo 6, Buenos Aires, 1969, p. 333.

⁷⁷ *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 5412, p. 392.

⁷⁸ *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados 1861*, Buenos Aires, 1922, p. 8.

El Congreso de la Confederación Argentina concluyó su tarea el 30 de septiembre,⁷⁹ sin saber, pero quizás presintiéndolo, que su función finalizaba ya que unos días antes Buenos Aires había ganado la batalla de Pavón (17 de septiembre) y el general Mitre se disponía a tomar las medidas de facto para organizar el país según los lineamientos porteños.

De este modo se cerraba la primera etapa de la historia parlamentaria argentina, ya que en 1862 se disponía de *facto* la cesantía de los funcionarios legislativos y se instalaba un nuevo Congreso nacional en Buenos Aires.⁸⁰ En aquel año de 1861 solo se produjeron veintiocho leyes nacionales.

4. Las Cámaras de Senadores y de Diputados

Durante el período 1854-1861 las Cámaras de Diputados y Senadores se integraron con prestigiosos políticos provinciales que representaban, en la mayoría de los casos, a la clase «más acomodada» de la sociedad de aquel tiempo. Muchos habían cumplido —o lo harían a posteriori— importantes funciones políticas en las provincias y en el gobierno nacional de Paraná y de Buenos Aires.

Entre los años de 1854 y 1861 integraron la Cámara de Senadores de la Nación: Agustín Justo de la Vega (Tucumán), Agustín Roca (Córdoba), Ángel Elías (La Rioja), Antonio Crespo (Santiago del Estero), Antonio María Taboada (Santiago del Estero), Baldomero García (Entre Ríos), Benjamín Villafañe (Tucumán), Bernabé López (San Luis), Carlos Juan Rodríguez (San Luis), Ciríaco Díaz Vélez (La Rioja), Cleto del Campillo (Córdoba), Dámaso Uriburu (Salta), Daniel Domínguez Videla (San Luis), Demetrio Icart (Entre Ríos), Diógenes José de Urquiza (Entre Ríos), Estanislao Rodríguez (San Luis), Eugenio Núñez (Entre Ríos), Facundo de Zuviría (Corrientes), Federico de la Barra (San Juan), Fernando Arias (Salta), Francisco Delgado (Mendoza), Gerónimo Espejo (Mendoza), José Benito Barcena (Jujuy), José Casiano Gotilla (Salta), José Hilario Carol (Santiago del Estero), José Leonardo Acevedo (Entre Ríos), José Manuel Figueroa (San Luis), José Miguel Galán (Entre Ríos), José Vicente Saravia (Corrientes), Juan de Dios Usandivaras (Salta), Juan de Rosas (Mendoza), Juan Esteban Pedernera (San Luis), Juan Francisco Borges (Santiago del Estero), Juan Gregorio Pujol (Corrientes), Luciano Torrent (Santa Fe), Manuel Leiva (Santa Fe), Marcos Paz (Tucumán), Mariano Fragueiro (Córdoba), Marín Zapata (Mendoza), Medardo Ortiz (Mendoza), Miguel Vidal (Santa Fe), Nicolás Antonio Calvo (Corrientes), Pascual Echagüe (Santa Fe), Pedro Ferre (Cataramarca), Plácido Sánchez de Bustamante (Jujuy), Ramón Alvarado (Jujuy), Ruperto

⁷⁹ Decreto del día 28 de septiembre de 1861, en *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 5524, p. 414.

⁸⁰ El presidente de facto, Bartolomé Mitre, dictó el decreto convocando a elecciones legislativas nacionales el 15 de marzo de 1862. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomo 1857-1861, o. cit., n.º 5556, p. 424.

Godoy (San Juan), Salustiano Zavalía (Tucumán), Saturnino Tejada (Salta), Severo González (Córdoba), Tomás Arias (Salta), Tomás Guido (San Juan) y Vicente del Castillo (Santa Fe).⁸¹

En cuanto a la Cámara de Diputados de la Confederación Argentina, ocuparon bancas durante los años 1854 y 1861 los siguientes legisladores:⁸² Abel Bazán (La Rioja), Absalón Ibarra (Santiago del Estero), Alejo Carmen Guzmán (Córdoba), Alfredo du Graty (fue diputado suplente por Tucumán y su diploma como diputado por Santiago del Estero fue rechazado), Amado Laprida (San Juan), Avelino Ferreira (ejerció dos mandatos representando a Córdoba), Baltasar Sánchez (Mendoza), Baltasar Vico (Tucumán), Benjamín Victorica (Santiago del Estero), Borja Ruiz (Córdoba), Calixto María González (diputado suplente por San Luis), Candor Lascano (diputado suplente por Catamarca), Carlos María Pizarro (San Luis), Cecilio Lucero (San Luis), Damián Torino (ejerció dos mandatos representando a Salta), Daniel Aráoz (fue diputado suplente por Jujuy y luego ejerció dos mandatos como diputado por esa provincia), David Zambrano (Salta), Demetrio Ieart (diputado suplente por Entre Ríos), Diógenes José de Urquiza (capital federal Paraná), Domingo F. Sarmiento (San Juan), Domingo Navarro (Santiago del Estero), Domingo Palacio (Santiago del Estero), Emiliano García (diputado suplente por Córdoba), Emilio de Alvear (ejerció dos mandatos representando a Santiago del Estero y a Corrientes), Eulogio Cruz Cabral (Corrientes), Eusebio Ocampo (ejerció dos mandatos representando a Santiago del Estero y a Corrientes), Eusebio Rodríguez (Tucumán), Federico Corbalán (Mendoza), Filemón Posse (Tucumán), Francisco Borja Rius (Córdoba), Genaro Feijoo (fue diputado suplente por Salta y luego titular por esa misma provincia), Gregorio F. de la Puente (Santa Fe), Guillermo Rawson (San Juan), Indalecio Chenaut (fue diputado suplente por Mendoza y luego diputado titular por La Rioja), Joaquín Ramiro (diputado suplente por Mendoza), José Antonio Álvarez de Condarco (ejerció dos mandatos representando a Santiago del Estero y San Juan), José Benito Graña (Salta), José de la Quintana (diputado suplente por Jujuy), José Manuel Arias (fue diputado suplente por Salta) José María Cabral (Corrientes), José María Zuviría (ejerció dos mandatos representando a Catamarca y a Santiago del Estero), José Navarro (Catamarca), José Olegario Gordillo (La Rioja), José Posse (Tucumán), José Sixto García Isasa (Salta), Juan de Dios Usandivaras (Salta), Juan Francisco Borges (Santiago del Estero), Juan Francisco Seguí (Santa Fe), Juan Gualberto Godoy (San Juan), Juan José Álvarez (Entre Ríos), Juan María Gutiérrez (Santiago del Estero),

⁸¹ Información extraída de los tomos de la obra: Congreso Nacional. Cámara de Senadores, *Actas de las sesiones del Paraná*, correspondientes a los años 1854-1860, publicados en Buenos Aires durante los años 1883 a 1887. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomos 1852-1856 y 1857-1862 (ambos editados en Buenos Aires en 1882).

⁸² Información de *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados 1854-1856, 1857-1858, 1859-1860 y 1861*, publicados en Buenos Aires en 1922. *Registro Oficial de la República Argentina*, tomos 1852-1856 y 1857-1862, o. cit.

Justiniano Posse (ejerció dos mandatos por Córdoba), Lucas Gonzáles (Mendoza), Luciano Torrent (Corrientes), Lucio V. Mansilla (diputado suplente por Santa Fe), Luis Cáceres (Corrientes), Luis Warcalde (Tucumán), Macedonio Graz (ejerció dos mandatos por Jujuy), Manuel Antonio Durán (diputado suplente por San Juan), Manuel José Navarro (ejerció dos mandatos por Catamarca), Manuel Lucero (ejerció dos mandatos representando a Córdoba y San Luis), Manuel Puch (Salta), Mariano Comas (Santa Fe), Mariano Iriarte (diputado suplente por Jujuy), Martín Cossio (Mendoza), Mateo José Luque (ejerció tres mandatos por Córdoba), Matías Carreras (Corrientes), Mauricio P. Daract (ejerció dos mandatos por San Luis), Miguel Boedo (Santiago del Estero), Pedro Antonio Pardo (Salta), Pedro Ávila (Córdoba), Pedro Igarzábal (Corrientes), Pedro Lucas Funes (Santa Fe), Pedro Pablo Olaechea (Santiago del Estero), Pedro Pondal (Santa Fe), Pedro Rodríguez del Fesno (Santa Fe), Pedro S. Díaz Rodríguez (Santiago del Estero), Pedro Uruburu (Salta), Próspero García (Tucumán), Quintín del Valle (Catamarca), Ramón Amenábar (Córdoba), Ramón Gil Navarro (ejerció dos mandatos representando a Catamarca y La Rioja), Ricardo López (Entre Ríos), Saturnino María Laspiur (ejerció dos mandatos representando a San Juan), Serapio Gallegos (diputado suplente por Salta), Severo Soria (Catamarca), Tiburcio López (diputado suplente por Córdoba), Tomás Garzón (ejerció dos mandatos representando a Córdoba), Tristán Achával (ejerció dos mandatos representando a Catamarca), Uladislao Frías (ejerció dos mandatos representando a Tucumán), Vicente G. Quesada (ejerció dos mandatos representando a Corrientes), Vicente Gordillo (ejerció dos mandatos representando a La Rioja), Wenceslao Colodrero (Corrientes), Pedro Pablo Olaechea (Santiago del Estero), Juan Ballestero (Entre Ríos), Santiago Quiroga Álvarez (San Juan), Eusebio Ocampo (ejerció tres mandatos representando a Corrientes, Santiago del Estero y Paraná y territorio federalizado) y Damián Torino (ejerció dos mandatos representando a Salta).

5. Conclusión

El Congreso de la Confederación (1854-1861) se caracterizó por su integración con un nutrido grupo de juristas, intelectuales y políticos más representativos de la sociedad argentina.

Su tarea, limitada por períodos de aguda crisis política causada principalmente por la cuestión de Buenos Aires, dejó provechosos antecedentes de cultura cívica: legisladores en su mayoría preocupados por la buena marcha de los asuntos públicos de la República, parlamentarios sacrificados que dejaron las comodidades de sus ciudades de residencia para trasladarse a la húmeda Paraná transitando dilatadas distancias para cumplir con sus deberes constitucionales para el progreso de la Nación.

El Congreso de Paraná concluyó sus funciones honrosamente el 30 de septiembre de 1861 y pasó a la historia, escrita con posterioridad a la presidencia del general Mitre, sin que se le reconocieran sus méritos.

Gustavo J. Daverio*
Santiago Lemos**

La participación del Congreso nacional en las intervenciones federales a la provincia de Santa Fe

1. Introducción

Revivir debates parlamentarios lleva necesariamente a explorar las circunstancias en que tales debates se produjeron. Se corre con muchos de los peligros con que cargan algunos historiadores que, al querer hacer revivir, solo logran reconstruir. Paul Ricoeur enseña que es sumamente difícil querer convertir las cosas en contemporáneas y, al mismo tiempo, restituir la distancia y la profundidad de la lejanía histórica.

Numerosos estudios sobre el discurso parlamentario hablan acerca del texto y el contexto,¹ en relación con aquella sensación que hace parecer que muchas de las expresiones utilizadas *adentro* (el escenario, el recinto) por los legisladores, en realidad tienen más que ver con lo que está sucediendo *afuera* (el entorno sociocultural, político e histórico en que se desarrolló).

* Abogado. Jefe de Trabajos Prácticos en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal a cargo del Dr. José Manuel Benvenuti, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

** Abogado. Jefe de Trabajos Prácticos en la Cátedra de Derecho Constitucional a cargo del Dr. Roberto Vicente, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

¹ Paul Bayley (1998, 1999), Teresa Carbó (1995), Cornelia Ilie (1995), Wick Miller (1997, 1998), Teun van Dijk (2000 y 2004) y Ruth Wodak (2000), entre otros.

El profesor van Dijk² define el contexto como el tipo de situación social en la que los discursos son producidos. También, la representación mental o el modelo que los interlocutores que participan de tal situación construyen, a partir de lo que consideran relevante en un momento dado y en una situación social determinada.

Estos modelos contextuales no son representaciones mentales estáticas, sino estructuras dinámicas continuamente elaboradas, actualizadas y reelaboradas, según la naturaleza del debate y el modo en que se desarrolla. El lugar siempre será el mismo. Un debate es debate parlamentario precisamente porque tiene lugar en la institución del Parlamento, porque forma parte del proceso legislativo y porque representa una particular forma de actuación política.

Aunque los contextos son por definición personales y únicos, en el caso específico de los debates parlamentarios tienen importantes dimensiones sociales y políticas. De hecho, los legisladores comparten gran parte de su conocimiento y de las creencias sobre los contextos que construyen; además conocen cómo piensan y razonan la mayoría de los otros parlamentarios.

Así, los debates parlamentarios reflejan una mezcla de opiniones personales, de identidad personal, de pertenencia e identidad grupal, de expresión de sentimientos y afectos, de poder, de dominio, de solidaridad, de búsqueda de consenso, de sentido común, etcétera.³

Este trabajo, que pretende explorar la participación del Congreso nacional en las intervenciones federales a la provincia de Santa Fe, a través del estudio de los debates parlamentarios, también refleja esa complejidad de análisis que el tema requiere y es por esa razón que recurrentemente volverá sobre el contexto histórico, político y sociocultural de la época.

2. Las intervenciones federales a la provincia de Santa Fe

Las intervenciones constituyen una alteración tan grave en el régimen federal que solo parece justificado su uso exclusivamente en casos extremos.

La historia de muchas de ellas no significan nada más que una relación estéril de complicidades políticas y violaciones constitucionales cometidas por algunos presidentes de la República, que apelaron al recurso extremo del artículo 6.º para cimentar más expeditivamente su exclusivo predominio, avasallando sin escrúpulos la autonomía de las provincias. Eso sí, con consecuencias muchas veces trágicas.

Santa Fe desde siempre formó parte del grupo de provincias celosas defensoras de los intereses locales, que no siempre veían con buenos ojos la tutela ejercida

² Teun Van Dijk: «Texto y contexto de los debates parlamentarios», mimeo, Universidad de Amsterdam, 2000.

³ Van Dijk habla de funciones intrapersonales, funciones emotivas, funciones de grupo, funciones intergrupales y funciones culturales del lenguaje, el discurso parlamentario y la retórica.

desde Buenos Aires. Más aún, que veían en la resistencia al centralismo porteño el germen del federalismo político.

No obstante, no integra el grupo de provincias que ostenta el triste privilegio de haber sido más intervenidas, entre las que podemos mencionar a Catamarca, Corrientes, Santiago del Estero, La Rioja y San Juan, todas ellas con más de quince intervenciones cada una.

Siguiendo la tradición argentina, la mayoría de las intervenciones a la provincia de Santa Fe fueron enviadas por el Poder Ejecutivo nacional e instrumentadas a través de decretos presidenciales.⁴

La primera, en el año 1856, estuvo a cargo de Santiago Derqui y tuvo por objeto restablecer el orden perturbado por el derrocamiento de las autoridades locales. Luego hubo dos intervenciones limitadas territorialmente solo a la ciudad de Rosario, una en 1857 y otra en 1861, ambas destinadas a conservar el orden, la seguridad y la tranquilidad; evitar la guerra civil y garantizar la vida y la propiedad de sus ciudadanos.

Otra posterior, encabezada por don Francisco Pico, que había sido asesor general del gobierno de la provincia de Buenos Aires y que después fue interventor federal en la provincia de Entre Ríos, comenzó en la Navidad de 1867 y tuvo por objeto restablecer las autoridades que habían sido depuestas por la sedición.

Luego vinieron las intervenciones de 1911, a cargo del Dr. Anacleto Gil, y de 1949, con Dalmiro Adaro, para reorganizar los poderes Legislativo y Ejecutivo. Y la de 1929, muy particular porque solo intervinieron los poderes Legislativo y Judicial.

Finalmente, las de 1893, mediante ley n.º 2950, y de octubre de 1935 estuvieron destinadas a organizar los poderes públicos. A estas se hace referencia a continuación.

Solo en estas dos oportunidades la decisión política de los respectivos gobiernos nacionales abrió paso a que el Congreso federal fuera escenario del correspondiente debate, aunque en una de ellas el proyecto no pudo concluir su tratamiento y se agotó en una media sanción.

⁴ Graciano Reca: «Inamovilidad de los jueces. El Poder Judicial de las provincias frente a la intervención federal», mimeo, Buenos Aires, 1933. El autor las clasifica en: a) enviadas por ley; b) enviadas por decreto y aprobadas o proseguidas por ley; c) enviadas por decreto y retiradas por ley o por no haberse sancionado ley aprobatoria del decreto; d) enviadas por el Poder Ejecutivo; e) practicadas de hecho por el Poder Ejecutivo; f) enviadas por los gobiernos provisionales «de facto».

3. La intervención federal de 1893. El gobierno «revolucionario» y «provisorio» del Dr. Mariano Candiotti. La Corte Suprema y el caso *Cullen c/ Llerena*

A esta altura de los acontecimientos, la práctica de la intervención seguía funcionando como un hábito de comportamiento al servicio del poder central, aunque con algunos matices diferenciadores. Natalio Botana, en su magnífica obra *El orden conservador*, relata:

A partir de 1880, la intervención federal representará un papel diferente. Persistirá como instrumento de control pero cambiará la naturaleza de su objeto; antes se engarzaba con conflictos territoriales que volcaban sobre el escenario una recurrente crisis de identidad; ahora, asentada sobre el poder político federal obrará con más parsimonia y seguirá los dictados de gobiernos que buscaban controlar las oposiciones emergentes dentro y fuera del régimen institucional. Por un lado, la lucha para fundar una unidad política; por el otro, la tarea más rutinaria para conservar un régimen.⁵

La presidencia de Juárez Celman había marcado un punto de inflexión y las frías políticas entre el Partido Autonomista Nacional (PAN) y la Unión Cívica Radical (UCR) ya formaban parte de la cotidianeidad de la vida política argentina, fundamentalmente a partir de la decisión de los radicales liderados por Hipólito Yrigoyen de abstenerse de participar en las distintas disputas electorales.⁶ La decisión de la convención nacional del radicalismo y la acusación de fraudulento al nuevo gobierno precipitaron los acontecimientos. El gobierno y la presidencia de la fórmula *acuerdista* de Luis Sáenz Peña y José Evaristo Uriburu, que habían asumido el poder el 12 de octubre de 1892, a poco menos de un año ya exhibían una debilidad asombrosa. Fue en este contexto que Santa Fe pasó a engrosar el listado de provincias «apuntadas» por el gobierno nacional, en un intento por recuperar la iniciativa política perdida.

El 30 de julio de 1893, y como corolario de una serie de hechos desestabilizadores sobre el gobierno provincial, el Dr. Mariano N. Candiotti encabezaba una revolución en la ciudad de Rosario. Diez y ocho días duró su *gobierno provisorio*, hasta que refugiado y cercado en la denominada Aduana Vieja, tuvo que deponer las armas. Los libros de gobierno registran sus gestiones oficiales a partir del 3 de agosto y hasta el 21 del mismo mes.

A la par de estos acontecimientos, el Congreso nacional comenzaba la discusión acerca de la posibilidad de intervenir la provincia. El debate transcurrió en dos

⁵ Entre 1854 y 1880 (veintiséis años), sobre un total de cuarenta intervenciones federales, solo cinco fueron realizadas por ley. Entre 1880 y 1916 (treinta y seis años), también sobre un total de cuarenta intervenciones federales, veinticinco de ellas fueron realizadas por ley y quince por decreto. Natalio R. Botana: *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, nueva edición con estudio preliminar, Buenos Aires, Sudamericana, 1994.

⁶ El otro sector era el denominado «bernardista» o «coalicionista», liderado por Bernardo de Irigoyen.

momentos claramente definidos. El primero se desarrolló en la Cámara de Diputados al comenzar el mes de agosto, en torno al tratamiento de una media sanción enviada por el Senado, con origen en un mensaje del Ejecutivo planteando intervenir las provincias de Buenos Aires, San Luis y Santa Fe. La mayor parte de las discusiones transcurrieron alrededor de un conflicto de competencias planteado entre ambas Cámaras, acerca de a cuál de ellas correspondía tener la iniciativa legislativa en esta materia: un *incidente de prioridad* promovido por el Senado, que a criterio de la Cámara de Diputados chocaba con las prescripciones de la Constitución, las prácticas parlamentarias argentinas y los antecedentes universales en la materia.

Los diputados pasaron por alto la cuestión de privilegio suscitada, en aras de las «graves circunstancias por las que atraviesa el país», pero rechazaron por mayoría el proyecto que había remitido la Cámara alta. Aristóbulo del Valle, quien era el ministro fuerte del gabinete nacional —ocupando la cartera de Guerra y Marina—, presentó su renuncia y su actitud fue imitada por la totalidad de sus colegas ministeriales.

El segundo debate, a la postre el definitivo, se dio el 15 de agosto y volvió a tener como escenario la Cámara de Diputados. El oficialismo se mostró mucho más decidido. Presidida por el representante por la Capital Federal, Dr. Francisco Alcobendas, se abrió la tercera sesión extraordinaria con la presencia de cuarenta y seis diputados, y con tan solo dos expedientes en los asuntos entrados: un nuevo mensaje del Poder Ejecutivo nacional que llevaba la firma del presidente Luis Sáenz Peña, que planteaba la declaración de estado de sitio del territorio de la República por el término de sesenta días, en virtud de la situación de conmoción interior existente a partir de los acontecimientos de Buenos Aires, San Luis y Santa Fe; y un despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Cámara expidiéndose a favor de declarar intervenidas puntualmente las provincias de Santa Fe y San Luis.

Rápidamente se dio lectura a los dos asuntos. Un solo debate para aprobar dos proyectos. Los temas estaban íntimamente relacionados. El oficialismo impulsaba sin demoras el tratamiento sobre tablas.

El presidente de la Nación respaldaba su mensaje con la presencia en el recinto de la casi totalidad de su renovado gabinete, en un intento por retomar el protagonismo político necesario que brindara estabilidad a su gobierno.⁷ Llevaba la firma, además, de su ministro del Interior. La decisión política de avanzar en la sanción era tal que sorpresivamente, y para asombro de la oposición, quien abrió el debate no fue un legislador oficialista, sino el mismísimo Manuel Quintana.

Cuando hay tres provincias con sus poderes derrocados; cuando la violencia se ha hecho sentir en otra más [territorio de la Pampa Central, sujeto a jurisdicción nacional]; cuando se anuncia de todas partes que fuerzas armadas de unas provincias

⁷ Presentes los ministros de Interior, Manuel Quintana; de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Eduardo Costa; de Hacienda, José A. Terry; y de Guerra y Marina, general Luis María Campos. Ausente el ministro de Relaciones Exteriores, Valentín Virasoro.

amenazan la paz de las otras; cuando la capital de la República, el asiento augusto de la autoridad nacional, se convierte en plaza de guerra y no se logra todavía devolver la tranquilidad a sus habitantes; cuando gobernadores de territorios nacionales denuncian oficialmente conatos revolucionarios, yo pregunto: ¿se necesitan más pruebas para demostrar que atravesamos una época luctuosa que amenaza por su base el régimen de las instituciones y el respeto a las autoridades? Las facultades solicitadas son amplias, pero son constitucionales y no son ilimitadas. El Sr. presidente de la República usará de la ley con toda la discreción de su carácter, con toda la templanza de sus sentimientos, con toda su elevación de magistrado.⁸

El presidente de la Cámara avanzaba: «si ningún señor diputado hace uso de la palabra, se va a votar». Fue justo en ese instante que se escucharon las voces de los diputados opositores. Comenzó el diputado José Miguel Olmedo, quien fundando su voto contrario al proyecto de declaración de estado de sitio, se dispuso a recordar la incipiente doctrina constitucional comenzada a construir a partir de un mensaje similar enviado años atrás por el entonces presidente Carlos Pellegrini:

El estado de sitio —decía Olmedo— no procede sino en el caso de invasión exterior o de conmoción interior, cuando uno de estos dos hechos se haya caracterizado por sucesos o hechos concretos, públicos y notorios, que no admitan discusión y que justifiquen esta medida extrema de abandonar el régimen del derecho común, para establecer el régimen especial, anormal, extraordinario, del estado de sitio.⁹

Recurriendo a las enseñanzas de Sarmiento y Avellaneda, sostenía que era conveniente dejar que se produjeran los hechos de violencia, por más sangrientos y luctuosos que fueran, para luego dar lugar a la actuación del gobierno nacional. A su entender era preferible dejar que se produjeran, antes que prevenir con medidas como el estado de sitio el uso y aun el abuso de las libertades, de las garantías y de las franquicias que la Constitución acuerda a los ciudadanos en el ejercicio y goce de todos sus derechos políticos. Era un convencido de discutir las facultades mismas y la oportunidad de darlas, antes que el uso que el Poder Ejecutivo pudiera hacer de ellas.

A su turno, el diputado Pascual Beracochea también apuntó sus argumentos a derrumbar las *razones de estado* sostenidas por el oficialismo. Haciendo uso de una extraordinaria habilidad para el debate parlamentario, marcó las contradicciones del ministro del Interior recordándole sus propias palabras en oportunidad de ser senador nacional en el año 1870:

Un ilustrado y elocuente senador doctor Manuel Quintana nos decía que el estado de sitio en manos del presidente de la República, en un país donde las facultades extraordinarias están condenadas por sus antecedentes históricos y por la letra expresa de la constitución, es el *non plus ultra* de la autoridad que puede depositarse en manos del presidente, es el arma de castigo para esgrimirla sobre los inocentes o culpables. Y

⁸ *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, Sesiones ordinarias*, publicación revisada por la Oficina de Taquígrafos, Buenos Aires, 1893, p. 431.

⁹ *Ibidem*, p. 433.

digo sobre inocentes o culpables, porque es tan absoluta como irresponsable la facultad que da el estado de sitio, y porque todo queda librado al acierto o al error, siempre posible, del hombre.¹⁰

El legislador capitalino, opositor al gobierno de Sáenz Peña, desgranaba de manera implacable los antecedentes en la materia. Ponía de manifiesto que todos los precedentes nacionales en materia de intervención requerían que se hubiera producido previamente la conmoción, es decir, la rebelión. Manifestaba que era la primera vez que el Congreso nacional iba a decretar el estado de sitio en previsión de trastornos; y que más allá de que había doctrinarios que sostenían la teoría de la facultad preventiva, lo cierto era que siempre, producidos los trastornos, había venido el estado de sitio y nunca de manera inversa.

Sostenía que esa era la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde siguiendo las tradiciones de «la Inglaterra», solo se contaba con la suspensión del acta de hábeas corpus, al cual, en cien años, solo dos veces se había recurrido. Una en 1807, cuando la conspiración del coronel Burr, matador de Hamilton; otra cuando la gran guerra de secesión, en 1863; y aun en esa oportunidad, si el presidente Lincoln hubiera procedido a usar de las facultades anexas a la suspensión del acta de hábeas corpus en una localidad en que no se hubieran producido hechos de rebelión, habría procedido de mal modo y sería responsable ante el Congreso por tal situación. También de «la Francia», que en sus leyes de 1878 sobre estado de sitio había establecido, de una manera terminante, que era menester que se hubiera producido el hecho de rebelión, el hecho de fuerza, el hecho actual, y que recién ahí y no de otra manera se podía decretar el estado de sitio. Finalmente Bélgica, cuya Constitución era más expresa todavía, pues no decía conmoción sino claramente rebelión. Finalmente, concluía su intervención diciendo: «Esta es la jurisprudencia de todas las naciones en donde se rinde culto a las libertades y a los derechos individuales».¹¹

El primer debate ya estaba llegando a su fin; solo faltaba una breve intervención del ministro Quintana, a quien se le permitía hablar nuevamente por haber sido aludido. Sus palabras, sin embargo, no fueron suficientes para justificar su repentino cambio de opinión.

La votación en general resultó afirmativa. La votación en particular, de igual modo. La totalidad del proyecto se aprobaba sin observaciones. Se retiraron del recinto los ministros. La sesión avanzaba presurosamente hacia el tratamiento del segundo tema. Se aproximaba la intervención federal a las provincias de San Luis y Santa Fe. El proyecto oficialista estaba a punto de obtener media sanción de la Cámara de Diputados.

Lucas Ayarragaray, diputado por la provincia de Entre Ríos, fue el encargado de fundamentar el dictamen de la mayoría. El legislador entrerriano sostuvo que

¹⁰ *Ibíd.*, p. 434.

¹¹ *Ibíd.*, p. 435.

quizás en otra época y en otras circunstancias se podría haber considerado a este tipo de movimientos subversivos en las provincias como obedeciendo a propósitos y a causas puramente locales, y quizá una alta y trascendental política habría aconsejado dejar que esas revoluciones siguieran su ciclo hasta fundar gobiernos de hecho. Seguramente —continuaba Ayarragaray— se entendía que en materia de intervenciones, primero había que proceder a estudiarlas, a discutir las y luego a aplicarlas con criterio puramente político y nunca exclusivamente jurídico.

Para el oficialismo estaba absolutamente claro que en las provincias de San Luis y Santa Fe había desaparecido todo vestigio de forma republicana de gobierno o, mejor dicho, todo gobierno. Observaban que las autoridades locales constituidas habían sido disueltas por la revolución, y la suma de la soberanía pública, distribuida y ejercitada por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, había ido a parar a manos de los caudillos triunfantes, por el «derecho de la victoria y al amparo de la fuerza».

No obstante, el argumento central de la exposición estaba centrado en la idea de que la garantía que la Constitución nacional ofrece a las provincias garantizándoles la forma republicana de gobierno, se hace extensiva también a la estabilidad de sus poderes legales y constituidos, porque esos poderes son justamente la manifestación ostensible del goce y ejercicio de las instituciones.

Yo me pregunto: ¿ha de estar siempre la libertad del lado de la revolución y no ha de estar nunca del lado del orden? Señor presidente: ¡que vaya la intervención a Santa Fe y a San Luis, que organice sus autoridades, que restablezca las garantías públicas y privadas desconocidas, porque están las cárceles llenas de ciudadanos! Porque asistimos a este curioso fenómeno político: que la revolución, hecha gobierno, está temiendo a su vez a la revolución! ¡Que restablezca las garantías públicas y privadas porque, fuera de esas condiciones, la libertad es un vano, un imposible y sangriento delirio! (aplausos).¹²

El final del discurso estaba dirigido a la tribuna. La barra se mostraba dividida. Desde la presidencia se volvía a escuchar: «si ningún señor diputado va a hacer uso de la palabra».

«Antes de que se vote, quisiera fundamentar brevemente mi voto». El diputado santafesino José García González sintió la necesidad de argumentar por qué razón votaba afirmativamente la intervención federal a su propia provincia. Dedicó su tiempo a refutar punto a punto lo manifestado por aquellos que se oponían al proyecto.

Frente a la afirmación de que la intervención del poder federal en una provincia que tiene un gobierno de hecho, importa violar un artículo constitucional que establece que toda provincia debe darse su gobierno propio sin intervención del poder central, García González sostuvo que la minoría también debía dar cuenta del artículo 5.º, aquel que dice que las provincias se dan su Constitución y tienen todos

¹² *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional. Sesiones ordinarias, o. cit., p. 438.*

los poderes que ellos establecen, menos aquellos que hubiesen delegado al poder federal. Entendía que la intervención era necesaria en los casos establecidos por la Constitución de la Nación, para mantener el orden y el imperio de las instituciones de provincia que ella misma garante.

Otro de los argumentos utilizados por la oposición era que las intervenciones tenían por objeto apoyar los gobiernos que no estaban constituidos con base en la opinión pública, a lo que el legislador respondía que la intervención no iba a Santa Fe a sostener gobierno alguno, ni a deponer los que había llevado la revolución, sino que iba únicamente a garantizar todos los derechos ciudadanos.¹³

Para García González las libertades y los derechos no estaban de ningún modo garantizados de manera plena y prueba de ello era que aún se encontraba preso don Luciano Leiva, quien formaba parte del gabinete del gobernador depuesto, a la vez de haber sido recientemente nominado por la Convención partidaria como candidato para la futura gobernación de la provincia.

Se votó en general y en particular el proyecto en discusión, de manera afirmativa y sin mayores discusiones, salvo un pequeño planteo acerca de la innecesariedad del artículo segundo, teniendo en cuenta que tal autorización [la de movilizar tropas] ya se le había concedido al gobierno nacional al declararse el estado de sitio en toda la República.

Se agotaron los dos asuntos de la reunión. La sesión extraordinaria quedaba levantada. Eran las cuatro y veinte de la tarde.

Al otro día, la primera comunicación oficial que figuraba en los asuntos entrados de la 19.^a sesión ordinaria, de fecha 16 de agosto de 1893, refería textualmente: «El señor presidente del Honorable Senado comunica que esa Cámara ha aprobado el proyecto de ley, en revisión, autorizando la intervención en las provincias de Santa Fe y San Luis, comunicándolo al Poder Ejecutivo».¹⁴ De esta manera, el mismo día en ambas Cámaras se sancionaba de manera definitiva la ley n.º 2950.¹⁵

El apuro oficialista impidió que se discutieran otros temas, fundamentalmente el marco de atribuciones en el que el interventor federal debía desarrollar su tarea. El propio interventor Llerena, en su informe de intervención elevado al Ministerio del Interior, reconoció posteriormente:

¹³ El tema fue objeto de duros cuestionamientos por las autoridades depuestas, quienes sostenían que el interventor federal debía restituirlos en todos los cargos, no correspondiendo en absoluto la convocatoria a nuevas elecciones.

¹⁴ *Ibidem*, p. 443.

¹⁵ Artículo 1. Decláranse intervenidas las provincias de Santa Fe y San Luis, a efecto de organizar sus poderes públicos dentro de las prescripciones de la Constitución nacional y de las leyes de la provincia. Artículo 2. Autorizar al Poder Ejecutivo para movilizar la guardia nacional, en cuanto lo considere necesario a la ejecución de esta ley. Artículo 3. Autorízasele igualmente para hacer los gastos que se requieran, con imputación a la presente. Artículo 4: El Poder Ejecutivo dará cuenta oportunamente al honorable congreso. Artículo 5: Comuníquese, etcétera. Agosto 15 de 1893.

Las instrucciones recibidas fueron amplias: considerar caducos todos los poderes públicos de la provincia; como consecuencia de esto asumir el mando de la misma, y proceder, con arreglo a las leyes provinciales y nacionales a la organización de todos los poderes; observar y hacer observar estricta imparcialidad en los procedimientos para las elecciones de los poderes que emanan del voto popular.¹⁶

José Vicente Zapata completó esta tarea reorganizando el Poder Judicial mediante el nombramiento de jueces según el «consejo de militares retirados»; llamó a elecciones para conformar el Poder Legislativo y para elegir electores de gobernador, según el mecanismo de elección indirecta.

El radicalismo ganó luego las elecciones. Asumió Luciano Leiva, aquel que fuera ministro del depuesto gobernador Cafferatta y que sugestivamente había quedado detenido por un grupo de revolucionarios en la estación de trenes de Baradero, cuando regresaba desde la Capital Federal, a donde había ido a protestar por el desarme del gobierno provincial, ordenado por el Ministerio de Guerra, que le había impedido hacer frente a los emplazamientos de los revolucionarios.

Los hechos de la intervención antes relatados dieron origen al *leading case Cullen c/ Llerena*, en donde el abogado personal de Candiotti accionó ante la Corte Suprema de Justicia contra el interventor federal Baldomero Llerena, realizando un planteo de inconstitucionalidad de la ley que declaraba la intervención a la provincia, que había sido sancionada pocos días después de haberse rechazado un proyecto de similar contenido, lo que aparecía como claramente enfrentado con las disposiciones del artículo 71 de la Constitución histórica, actual artículo 81.

Fue la primera oportunidad en que la Corte reconoció la existencia de cuestiones de naturaleza política sobre las cuales ella no tiene jurisdicción: «las facultades que la Constitución nacional ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes, son privativas de estos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio».¹⁷

En voto disidente, el Dr. Luis V. Varela sostuvo en síntesis que «cuando una ley del Poder Legislativo o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución nacional consagra, siempre surgirá un caso judicial que podrá ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada».¹⁸ Aunque años después se retractó de esta posición, para Ricardo Haro entre otros, el juez Varela fue el propulsor de la verdadera tesis en la materia.

¹⁶ «Informe intervención a Santa Fe», mimeo, publicación oficial, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1894.

¹⁷ CSJN, *Fallo Cullen Joaquín c/Llerena Baldomero*. Para ampliar, entre otros, Ricardo Haro: *Las cuestiones políticas: Prudencia o evasión judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <www.acader.unc.edu.ar>.

¹⁸ Luis V. Varela, *Estudios sobre la Constitución nacional. Introducción e intervención federal en las provincias; artículos 5 y 6 de la Constitución*, Buenos Aires, Félix Lajouane, 1896.

4. La intervención federal de 1935. Las necesidades políticas de Justo. El gobierno provincial demócrata progresista. La Constitución santafesina de 1921

El día 3 de octubre del año 1935, el presidente Justo dictó el decreto de intervención a la provincia de Santa Fe. Una situación particular precedía a esta decisión presidencial. Durante los días 29 y 30 de setiembre el Senado de la Nación se había constituido en el escenario privilegiado, donde el bloque mayoritario representado por los legisladores de la Concordancia¹⁹ había actuado de ariete de una nueva ofensiva de los máximos representantes de la década infame.

La verdadera intención de los senadores justistas era avanzar, a como diera lugar, con la idea —necesidad política— de intervenir la provincia. Se discutió durante toda la tarde en torno a la aceptación o no del diploma del senador electo por Santa Fe, Gregorio Parera. El ingreso a la Presidencia de un telegrama proveniente desde Santa Fe anunciando su renuncia, frustraba el debate. Esta circunstancia empujó al oficialismo a tomar la decisión de intentar votar expresamente lo que hubiera resultado siempre implícitamente.

Se reanudó la sesión luego de un inesperado cuarto intermedio. Eran las veintidós y cincuenta y cinco minutos del 29 de setiembre de 1935. Once años después, la discusión en torno a la validez o no de lo resuelto por la convención reformadora del año 1921 en Santa Fe, amenazaba con instalarse nuevamente en la Cámara alta del Congreso Nacional. Alberto Arancibia Rodríguez daba inicio al debate.

El senador puntano, representante del sector demócrata nacional advertía que el proyecto que acababa de ingresar estaba firmado por los representantes de todos los bloques políticos de la Concordancia. Adelantaba que la mayoría del Senado había resuelto presentar el proyecto de intervención amplia que acababa de ser leído. Quedaba al descubierto, de esta manera, la verdadera intención del pronunciamiento, que rechazaba el diploma de Parera. Esto, en los hechos, importaba declarar que Santa Fe estaba fuera del pacto constitucional, que no estaba amparada por el artículo 6.º al no haber cumplido con la obligación impuesta por la cláusula del artículo 5.º, que imponía la condición de darse una Constitución.

Sin rodeo alguno, Arancibia Rodríguez se dispuso a abordar la situación institucional y política de la provincia que, según su propia convicción, no era más que sostener la ilegalidad manifiesta de la Constitución que se había puesto en vigor.

¹⁹ La Concordancia constituyó el bloque político interpartidario con el que Justo ganó las elecciones presidenciales de fines de 1931. Sin conformar una organización estable e institucionalizada, funcionó en los hechos como un acuerdo parlamentario de los bloques políticos pertenecientes a los distintos partidos conservadores provinciales (por entonces ya reunidos en el Partido Demócrata Nacional), el Antipersonalismo Radical y el Socialismo Independiente. Una más extensas crónicas de la época puede verse en Darío Macor, «El poder político en la Argentina de los años treinta», en *Temas de Humanidades*, n.º 8, Santa Fe, Centro de Estudios Sociales Interdisciplinarios del Litoral, Facultad de Formación Docente en Ciencias, Universidad Nacional del Litoral, noviembre de 1999.

Sostuvo que se configuraba, en primer lugar, un caso de nulidad de sanción y, por otro, de absoluta y total inexistencia material de la Constitución misma, ya que no se encontraba en ninguna parte su original, no existiendo libro de actas ni texto oficial de ella.

Se agregaba al expediente una versión taquigráfica de las primeras catorce sesiones, que llegaba hasta los primeros artículos, y un texto oficializado como auténtico, que había sido presentado por un «particular»,²⁰ después de terminadas las tareas de la convención.

El texto original de la Constitución llevaba la firma de cuarenta y seis convencionales: del total de sesenta, catorce no firmaron. Estos últimos, en su mayoría, eran radicales que respondían a Irigoyen, quien mandaba a desconocer la Constitución y amenazaba a Mosca con intervenir la provincia. Otros, no muchos, eran demócratas progresistas acentuadamente católicos, que habían hecho cuestión del artículo que establecía la neutralidad religiosa y que abandonaron la convención sin asistir a las últimas sesiones.

El vocero oficialista, en su extensa exposición dio paso, uno a uno, a los antecedentes que concurrían en apoyo de sus planteos: un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe, otro de un tribunal rosarino en conformidad con un dictamen emitido por el Dr. Carlos Arzeno, opiniones doctrinarias para el caso particular de Manuel Montes de Oca, González Calderón, Clodomiro Zavalía en su libro *Derecho público provincial y municipal*, Arturo M. Bas y Zenón Martínez, ex rector de la Universidad del Litoral. Todos adherían de manera unánime a la tesis de que las legislaturas tenían potestad suficiente para reglamentar el funcionamiento de las asambleas reformadoras y limitar la existencia de estas, en coincidencia con las enseñanzas de los más reputados maestros extranjeros, tales como Cooley, Jameson, Holcombe, y los nacionales como Luis V. Varela, el general Mitre y Bernardo de Irigoyen, entre otros.

Era un claro ejemplo de retórica avalada con argumentos de autoridad; en términos de Perelman, aquel en el que se apela a la opinión de un doctrinario o científico unánimemente reconocido, a una teoría o ciencia en general, de la que se desprende una fuerza inapelable y descendente.²¹

La discusión parecía terminada. Se podrá decir muchas cosas de los legisladores de la Concordancia, menos tildarlos de improvisados. Sabían claramente adónde querían llegar y lo estaban consiguiendo. Todas las miradas se dirigían entonces hacia la banca del único representante por la provincia de Santa Fe.

²⁰ El «particular» al que se refería Arancibia Rodríguez era el mismísimo Manuel Menchaca, ex presidente de la Convención Constituyente, quien conservaba en su poder una copia del original del texto.

²¹ Ch. Perelman y Olbrechts-Tyteca: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Biblioteca Románica Hispánica, Madrid, Gredos, 1994.

Si alguna virtud tenía don Lisandro de la Torre era su tenacidad y perseverancia. Su personalidad estaba forjada al calor de años de resistencia, peleando en la Revolución del Parque, de 1890, y abrazando fervientemente la disidencia radical planteada por Alem a Mitre para combatir la política del acuerdo con el general Roca, contra el que luchó sin tregua.

Pero al promediar el año 1935, «el fiscal de la Nación» ya comenzaba a exhibir una nostálgica mezcla de agotamiento y desánimo. En las elecciones realizadas el 8 de noviembre de 1931, el binomio de la Concordancia había triunfado con más de 600.000 votos contra 487.955 de la Alianza (Lisandro de la Torre - Nicolás Repetto), sin que se recuerde elección en el país que haya sido más escandalosa y fraudulenta: voto sin cuarto oscuro, secuestro de libretas de identidad, robo de urnas. Argentina retrocedía a los años previos a la ley Sáenz Peña de 1912.

A esa altura del año ya cargaba sobre sus espaldas con varios debates de fuste, siempre denunciando al gobierno y los negociados de Justo y Roca (h). El famoso debate sobre el comercio de las carnes, el cobarde asesinato de su compañero de banca Enzo Bordabehere, las demoras y los obstáculos para aprobar el título de su reemplazante y ahora esto, la intervención a la provincia.

El oficialismo no retrocedía. Guillermo Rothe, presidente de la Comisión de Negocios Constitucionales, intentaba explicar por qué no habían podido despachar el asunto referido al diploma del senador electo por Santa Fe. Según Rothe, si la comisión despachaba favorablemente aseguraba la perpetuación de la inestabilidad jurídica e institucional de la provincia; y si rechazaba el diploma —despacho negativo—, creaba una suspensión momentánea de la autonomía de la provincia, que obligaba a buscar, mediante la convocatoria de una convención reformadora de la Constitución, la reorganización de las instituciones y la elección de un nuevo gobierno.

El senador cordobés sostenía la nulidad de la Constitución santafesina, por extralimitación de facultades de la convención al prorrogar el plazo de duración de su mandato. Defendía igualmente la doctrina de que las legislaturas de provincia carecían de facultades para poner en vigencia una Constitución o para derogarla; que carecían de atribuciones para declarar otra autenticidad que no fuera la que resulta del texto mismo de la Constitución o de las formalidades que para sancionarla se establecieron. Sostuvo Rothe:

Dicho procedimiento es inconstitucional. Es peligroso. Queda la suerte de las leyes fundamentales librada a las mayorías que por azar se formen en las legislaturas; quedan las instituciones fundamentales a merced de los gobernadores de provincia y con eso, en condición precaria la estabilidad de los derechos, de la administración, de los municipios y de los magistrados judiciales.²²

²² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, Sesiones ordinarias*, o. cit., p. 749.

Para don Lisandro se trataba lisa y llanamente de un atropello a la autonomía provincial, preparado por un partido político que se había adueñado del poder central y que bajo el pretexto de la invalidez de la Constitución, tenía propósitos exclusivamente electorales. El senador demócrata progresista inició su exposición preguntándose si una convención constituyente podía o no prorrogar sus sesiones. Introducía al debate los argumentos utilizados en setiembre de 1922, cuando ocupaba por segunda vez una banca en la Cámara de Diputados de la Nación. Sus argumentos se orientaban a demostrar que, en realidad, ninguno de los casos que se habían querido presentar como dudosos por el oficialismo significaba desconocer la validez de una Constitución, aunque hubiera sido sancionada excediendo el término de duración previsto en la ley de convocatoria, toda vez que ese término de duración no había emanado de una cláusula constitucional. Afirmó De la Torre:

Las facultades implícitas son las que necesita esencialmente el cuerpo para llenar las funciones para las que ha sido creado. Son facultades limitadas a la esfera de acción de las otras entidades que van a ser afectadas por su ejercicio; como todo sistema de gobierno es, ante todo, una combinación de derechos, de deberes y de funciones. De manera que si dos cuerpos legislativos que ejercen delegación de la soberanía popular, están en el terreno de la aplicación de las facultades implícitas, debe averiguarse a cuál de los dos corresponde esencialmente la facultad cuyo ejercicio se discute.²³

Sostuvo que para que una reforma constitucional se diera, no era esencial que la legislatura tuviera la facultad exclusiva de fijar el término de duración de las sesiones. Sí lo era que, llegado el término de duración fijado por una ley reglamentaria sin haber podido concretar la reforma, la convención tuviera la facultad de seguir sesionando el tiempo necesario para poder realizarla. Es decir, prevalecía la facultad que salvaba la existencia del cuerpo y el cumplimiento de la voluntad popular; cedía la que lo llevaría al fracaso.

Ello resultaba la aplicación práctica de las enseñanzas de George Paschal, en *The Constitution of the United States*. Sin dudas que había llegado a manos de De la Torre alguna traducción al español de aquella vieja edición de Morrison William, de 1882. En ella, Paschal sostenía que cuando los poderes implícitos de un poder llegan a ponerse en contacto con los poderes implícitos o medios usados por otros poderes en ejecución de poderes o derechos investidos en ellos, el menos importante debe ceder al más importante, lo conveniente a lo útil, y ambos a la salud y seguridad.

El bloque oficialista no parecía conmoverse, a pesar de que nunca había sido desconocida la validez de una Constitución, porque la convención constituyente hubiera excedido el período que le fijaba la ley de convocatoria, si la legislatura no ejercía facultades constitucionales para fijar ese término y para establecer la caducidad del mandato en caso de ser excedido.

²³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, Sesiones ordinarias, o. cit., p. 752.*

Tampoco se conmovían por haber tergiversado las opiniones de John Alexander Jameson, quien defendía la supremacía de las legislaturas sobre las convenciones, pero siempre pensando en impedir la obra de segregación de los estados del Sud. Por lo demás, en su obra había reconocido la posibilidad de que las convenciones pudieran sesionar más allá del término fijado. En ocasión de que la Convención de Nueva York del año 1867 había continuado sus sesiones más allá del día señalado por la convocatoria, el cuerpo consultó al procurador general y este opinó que carecía de autoridad emanada de la ley para proceder de esa manera, pero que la ley tampoco le prohibía continuar sesionando.

Pero el argumento que más seducía a don Lisandro era aquel que admitía la posibilidad de que las legislaturas pudieran sancionar leyes interpretativas. Su amigo, el profesor Dr. Bergallo Andrade, le había hecho llegar un dictamen que sostenía que negar como facultad implícita de una legislatura —la que había restituido la vigencia de la Constitución del 21— el derecho de interpretar sus propias leyes, significaba una enormidad jurídica, como así la de sostener que esa misma Cámara no tenía facultades suficientes para aclarar lo dudoso, para «desvanecer lo oscuro» y, sobre todo, para hacer posibles sus propios poderes.

Quizás una de las razones políticas más fuertes para intervenir la provincia era la proclamación de la candidatura a gobernador de De la Torre. La democracia progresista había ganado las elecciones de 1931 incluyendo en su plataforma electoral el reconocimiento de la Constitución reformada y planteando su voluntad de ponerla en vigencia si accedían al poder. Para los seguidores de Justo ello resultaba intolerable. No querían, no podían consentir la subsistencia de un gobierno que respetara las libertades públicas. Pretendían volver a la situación anterior a la ley Sáenz Peña, el «viejo régimen».

El legislador santafesino lo vivía como una revancha por el debate sobre la investigación del comercio de carnes, por haberse atrevido a cuestionar a un monopolio imperturbable que saqueaba la riqueza del país. No le perdonaban el episodio del asesinato de Bordabehere durante una interpelación ministerial, en un atentado que lo tenía como destinatario. Una locura. Habían asesinado a su compañero de lucha, a su amigo. Era la venganza.

Soy un hombre político cansado de la vida pública. No me envanecen los éxitos ni me enervan los contrastes. Miro pasar los acontecimientos con frialdad, pero conservo la fe en la capacidad del pueblo argentino para sacudir el yugo de cualquier despotismo y volver serenamente al cauce de los gobiernos respetuosos de la ley. Que se extremen entonces los recursos ilícitos; que se suprima todo conato de disimulo; y que desde arriba se grite en alta voz: no tenemos ningún respeto que nos contenga, no queremos la soberanía del pueblo, no queremos elecciones libres y honradas. Que se diga, y así se derrumbará más pronto el poderío de los usurpadores de las libertades públicas. (Aplausos en las galerías).²⁴

²⁴ *Ibidem*, p. 763.

Estaba advirtiéndolo acerca de su final. Muy pocos querían escucharlo.

El debate llegaba a su fin. Los senadores entrerrianos, que también habían sufrido los embates del gobierno federal contra la autonomía de su provincia, acercaban los últimos argumentos en contra de la intervención: expresiones de Bernardo de Irigoyen, siendo senador en el debate de intervención a la provincia de Santiago del Estero en 1882; de Vélez Sársfield y Mitre, en la convención reformadora del año 1860; párrafos del proyecto Justo-Melo intentado reglamentar las intervenciones federales, que fuera enviado al Congreso el 22 de setiembre de 1932; pero fundamentalmente del proyecto de Nicolás Matienzo, que había recibido media sanción del Senado.

Eguiguren y Laurencena entendían que esa media sanción al menos debía obligar moralmente a los senadores, al indicar un concepto sumamente válido para guiar las futuras interpretaciones. El proyecto propuesto por el maestro mendocino establecía que, a los efectos del artículo 6.º de la Constitución, había lugar a garantizar en una provincia la forma republicana de gobierno, cuando el pueblo hubiera sido privado de elegir, en elección directa o indirecta, los poderes públicos, o cuando cualquier persona o grupo de personas, impidieran el libre funcionamiento de alguno de esos poderes o existiera acefalía total de ellos. Ninguna de estas circunstancias se verificaba en el caso santafesino.

Ya nadie escuchaba. Se votaba nominalmente. La mayoría a favor. Por la negativa, los senadores Sánchez Sorondo, De la Torre, Eguiguren y Laurencena. Eran las 4 y 15 minutos del día 30 de setiembre.

La media sanción nacía herida de muerte. La reunión n.º 39 de la Cámara de Diputados, que debía recibir lo sancionado por el Senado, avanzaba como sesión en minoría y la siesta ya hacía estragos entre los legisladores presentes. El diputado Contte insistía en saber cuántos diputados estaban en el Palacio. Eran sesenta y ocho. Se continuaba llamando.

«Siendo la hora reglamentaria y no habiendo número en el recinto, queda diferida la reunión».²⁵ El presidente de la Cámara, Dr. Manuel Fresco, sentenciaba el período ordinario de sesiones y con ello la posibilidad de darle sanción definitiva al proyecto de ley para intervenir la provincia de Santa Fe. Eran las 15.30 horas del 30 de setiembre de 1935.

Tres días después se conocía el decreto del Ejecutivo Nacional. Manuel Alvarado sería el interventor hasta el 9 de enero de 1936 y Carlos Bruchmann —senador santiaguense de la Concordancia— continuaría hasta abril de 1937. Faltaban pocos meses para que Luciano Molinas terminara su mandato. Pero esto ya forma parte de otra historia.

Agobiado, aislado, fuertemente afectado por el asesinato de su compañero, De la Torre renunció a su banca en enero de 1937. El suicidio de Alem y la muerte

²⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, Sesiones ordinarias*, o. cit., p. 802.

repentina de Aristóbulo del Valle, sus grandes maestros, ocurridas un tiempo antes, también lo habían impresionado hondamente. Dos años después, el 5 de enero de 1939, en la soledad de su departamento de Esmeralda 22, se quitó la vida.

5. Al final

Pocas cláusulas constitucionales se han presentado tan oscuras (‘poco iluminadas, faltas de claridad’) y complejas como la que hemos hecho referencia en este trabajo. Esto es reconocido por la casi totalidad de la doctrina nacional especializada.

Nuestro estudio deberá entonces volver recurrentemente a las fuentes de nuestro derecho, de nuestra propia estructura jurídico-institucional y a nuestros propios antecedentes históricos.

El fortalecimiento de nuestro sistema federal, la importancia de las autonomías provinciales, el abandono de la práctica sistemática de la utilización del instituto como elemento de disciplinamiento político y —definitivamente a partir de la reforma constitucional del año 1994— la jerarquización de las competencias legislativas y del debate parlamentario por sobre las necesidades y urgencias del Ejecutivo deben ser los principios rectores al momento de analizar y comprender la dinámica de la intervención federal.

El Congreso nacional siempre se ha abocado a la discusión puntual de los proyectos de intervención federal, pero todavía arrastra la deuda de no haber podido consensuar una ley general, a pesar de los interesantes proyectos presentados.

Por nuestra parte, tan solo hemos intentado rememorar los debates parlamentarios, aceptando de antemano los riesgos que esta tarea implicaba. Hemos emprendido el camino de reflexionar acerca de los hombres, su pasado y el contexto en que les tocó actuar. Hemos tratado de bucear en los antecedentes y, al mismo tiempo, observar las consecuencias. Hemos avanzado en el camino de aclarar los hechos y, al mismo tiempo, comentarlos.

Ningún método es exclusivo ni obligatorio. Tal como sostiene el profesor Luis Alberto Romero, «examinar el pasado es una actividad libre, no restringida por exigencia alguna de verdad histórica. Las sociedades, igual que los individuos, con todo derecho recuerdan y olvidan lo que quieren, y entre ambos extremos se relacionan con su pasado de muchas maneras: interpretan, combinan, tergiversan, subliman».²⁶

Confesamos pues que hemos seleccionado. También hemos aclarado. Seguramente habremos omitido.

²⁶ Luis Alberto Romero, en prólogo a Rogelio Alaniz: *Hombres y mujeres en tiempos de revolución. De Vértiz a Rosas*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005.

Capítulo 2

EL CONGRESO DE LA NACIÓN

Néstor Pedro Sagiés*

El Congreso y la voluntad popular en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

1. Introducción. Pautas de la Corte Suprema de Justicia

Este trabajo está motivado por algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia argentina, relativos a cómo divisa ese tribunal un dato sociológico significativo y discutido a la vez: la presencia de voluntad popular en las leyes y otros pronunciamientos decisivos del Congreso.

Si nos ceñimos a la doctrina sentada en el voto mayoritario (vale decir, sin incluir aquí votos individuales), en *Cocchia Jorge Daniel contra Nación argentina*, una sentencia pronunciada el 3 de diciembre de 1993, referida a la posibilidad de fijar límites por ley del Congreso (o por un decreto del Poder Ejecutivo reglamentario de ella), a lo que pueda discutirse en un convenio colectivo de trabajo, el citado tribunal, en el considerando 14 de su sentencia, desliza al pasar la siguiente tesis: «*El legislador define la materia que quiere regular, la estructura y sistematiza, expresa su voluntad, que es la voluntad soberana del pueblo [...]*». Tal afirmación guarda cierto paralelismo con lo sustentado en el mismo veredicto, en el considerando 10, cuando menciona a «*las políticas decididas por el pueblo a través de sus representantes*».¹

La encarnación, por las leyes, de la voluntad popular, cuenta con otros fallos aprobatorios. Por ejemplo, en *Sisto* (sentencia del 5 de febrero de 1998), y con

* Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Académico nacional. Ex presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

¹ CSJN, *Fallos*, 316:2624, pp. 2641 y 2648. La cursiva es nuestra.

referencia al acuse de inconstitucionalidad del nuevo artículo 230 del Código Civil, que dispone la nulidad de toda renuncia de los cónyuges a solicitar el divorcio vincular, la Corte dijo:

[...] Que la existencia de una legislación civil independiente de las distintas formas matrimoniales derivadas de las diversas creencias religiosas profesadas en el país, aparece evidentemente fundada en la actual convicción de la sociedad argentina, *consolidada por la sanción de la ley mediante la cual se concreta el poder que ejerce —en nuestro sistema político— la auténtica e inmediata representación de la voluntad popular.*²

Años después, el 1.º de junio de 2006, en *Moliné O'Connor*, al tratar un recurso extraordinario interpuesto contra un fallo del Senado que había removido a un juez de la Corte Suprema, esta última, conformada por conjueces, sostuvo en el considerando 22 del voto mayoritario que rechazó aquella impugnación, lo siguiente:

[...] no se puede dejar de destacar, asimismo, que para la destitución del recurrente se pronunciaron en función acusadora los dos terceros partes de la Cámara de Diputados y adoptaron la decisión de destituirlo las dos terceros partes del Senado de la Nación; *desconocer la voluntad de tal abrumadora mayoría implica desconocer la voluntad popular expresada por sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas.*

Poco después, en el considerando 23, y en posible sintonía con el considerando anterior, el mismo voto mayoritario habla de «[...] las Cámaras legislativas *investidas de la voluntad soberana de quienes las eligen y expresada a través de la mayoría de los dos tercios de votos en cada Cámara.*»³

Decimos en *posible* sintonía con el considerando 22, porque en el 23 no queda del todo claro si las salas del Congreso están investidas *por* la voluntad soberana de los electores, o *de* esa voluntad soberana. En el primer caso, se trataría solamente de un acto de designación por el cuerpo electoral, que por su libre y absoluta (*soberana*) voluntad habría nombrado a los congresistas. Ello no implica (necesariamente) que a partir de la elección y posteriormente, la voluntad de los representados coincida con la de los representantes. En el segundo, estos últimos a) poseerían el derecho de expresar la voluntad suya como, jurídicamente, voluntad de los representados; o, en cambio, b) transmitirían y reproducirían, en sus actos y decisiones, la voluntad de dichos votantes. Las diferencias entre estas hipótesis pueden ser por cierto muy significativas. El criterio judicial mayoritario, cabe repetirlo, habla de «[...] las Cámaras legislativas investidas *de* la voluntad soberana de quienes las eligen [...]».

² CSJN, *Sisto, Fallos*, 321-92.

³ CSJN, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-496. La cursiva es nuestra. En otros casos, ciertos votos individuales han tratado igualmente el tema. Por ejemplo, en *Mill de Pereyra*, el juez Moliné O'Connor se ha referido al presidente y al Congreso como representantes de la voluntad popular expresada en las urnas (CSJN, *Fallos*, 324:3219, esp. p. 3264), y en *Cossio*, el juez Maqueda aludió al «sagrado ejercicio de la representación de la voluntad popular» (CSJN, *Fallos*, 327:138, esp. p. 164).

A mayor abundamiento, en otros fallos la Corte ha hablado de la voluntad del pueblo genuinamente emitida en los comicios,⁴ o de la canalización de la voluntad popular a través de los partidos, en la elección de senadores nacionales.⁵ Se trata, no obstante, de temas distintos al que aquí proponemos considerar: la presencia de la voluntad de la comunidad en las leyes y demás decisiones del Congreso.

2. Reexamen. Dimensión normativa

El tema de la presencia de la voluntad popular en las leyes y, en general, en los pronunciamientos del Poder Legislativo, merece un doble análisis. Normativo el primero, sociológico el segundo.

En la dimensión normativa, bueno es constatar que actualmente son escasas las Constituciones que determinan que las leyes son expresión de la voluntad popular.

El antecedente más significativo puede hallarse en el período revolucionario francés. Principia con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, que preambula la Constitución de 1791, y que integra asimismo la actual. Su artículo 6.º, con evidentes huellas rousseauianas, aunque sin guardar una total coincidencia con el pensamiento de este autor,⁶ proclama que «la ley es la expresión de la voluntad general». También en Francia, la Constitución de 1793 reiteró en el artículo 4.º que: «La ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general», mientras

⁴ CSJN, *Novello, Fallos*, 314:1784. En *Ponce*, sentencia del 24.2.2005 (*Jurisprudencia Argentina*, 2005-II-474), considerando 16, la Corte subraya el valor del principio constitucional de soberanía popular y destaca que para cumplir con este cabe poner «su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación», pero parece referirse básicamente al respeto por los resultados de los comicios más que al tema de la presencia de la voluntad popular en las leyes.

⁵ CSJN, *Alianza Frente por un Nuevo País, Fallos*, 326:1778.

⁶ Seguimos en la cita de estos textos a Louis Tripier, «Constitutions qui ont régi la France depuis 1789», en *Bulletin de la Législation Française*, París, 1872, pp. 10, 74, 99. En el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau, la idea de *voluntad general* es sumamente importante, ya que según las reglas del contrato social, todos se subordinan a ella. Esa voluntad general es soberana, y de hecho, concluye siendo la voluntad de la mayoría. Una de las estipulaciones del contrato social, en efecto, es que la minoría se halla sometida a la mayoría. Por eso, hay diferenciar entre la *voluntad de todos* y la *voluntad general*. Véase al respecto Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, trad. por José Lion Depette, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 876 ss. Ahora bien, bueno es advertir que si bien Rousseau señala que la ley expresa auténticamente a la voluntad general, se está refiriendo a leyes aprobadas por el pueblo. En concreto, escribe: «La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula». Cf. Juan Jacobo Rousseau, «El contrato social o principios de derecho político», en *Obras selectas de Juan Jacobo Rousseau*, trad. por Everardo Velarde, Buenos Aires, El Ateneo, 1966, pp. 799 y 803. En definitiva, entonces, la ley aprobada solamente por representantes no encarna, para tal pensador, la voluntad general.

que el artículo 6.º del texto constitucional de 1795 matizó parte del enunciado: «La ley es la voluntad general, expresada por la mayoría de los ciudadanos o de sus representantes».

Pero ha sido el constitucionalismo marxista el más afecto a identificar los pronunciamientos legislativos del Estado comunista con la presunta voluntad, en este caso, del proletariado.⁷ Así, por ejemplo (los hay muchos más), la Constitución de Albania de 1976 indicó que: «las leyes [...] expresan la voluntad de la clase obrera y de las demás masas trabajadoras» (artículo 12), o la de Bulgaria de 1971: «La Asamblea Nacional es el órgano representativo supremo que expresa la voluntad del pueblo y su soberanía» (artículo 66). La de Polonia de 1952 manifestó en su artículo 8.º: «Las leyes [...] son la expresión de los intereses y de la voluntad del pueblo trabajador». La de Cuba de 1992, en su artículo 69, instruye que: «La Asamblea Nacional del Poder Popular es el órgano supremo del poder del Estado. Representa y expresa la voluntad soberana de todo el pueblo».

La mayoría de estas normas son *declarativas*. Parte de la doctrina juzga a ese tipo de preceptos como carentes de contenido jurídico, al agotarse en el simple acto de una declaración y carecer de coacción posterior.⁸ No obstante, en el caso que tratamos pueden cumplir un significativo rol ideológico-político, tanto para procurar la legitimación de las normas y del Parlamento, como también para sostener la tesis del autogobierno del pueblo. Se encuentran muy ligadas, entonces, a la justificación de un régimen.

Las normas declarativas pueden proclamar una ficción o una realidad, según retraten o no algo cierto. La respuesta a esos interrogantes se encuentra en la esfera fáctica o existencial del derecho constitucional (véase *infra*, punto 4). Es sugestivo en este punto, y como ya observamos, que lo habitual sea que los textos constitucionales vigentes eviten pronunciarse sobre la presencia de la voluntad popular en las normas que aprueba el cuerpo legislativo.

Otras Constituciones actuales indican que el Poder Legislativo representa al pueblo (v. gr., España, artículo 67), pero no expresan que las leyes que sancione sean portadoras de la voluntad popular. La de Portugal, por su parte, asevera que es una república soberana, «basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad

⁷ Para el caso de la ex URSS, por ejemplo, puede leerse en N. G. Alexandrov y otros (*Teoría del Estado y del derecho*, trad. por A. Fierro, México, Grijalbo, 1962, pp. 254, 261 y 285), lo siguiente: «para ser erigida en ley, es decir, para convertirse en Derecho, la voluntad de la clase obrera y de sus aliados de clase debe ser expresada como voluntad estatal»; «[...] la ley es la expresión directa de la voluntad, organizada y dirigida por el Partido Comunista, del pueblo soviético encabezado por la clase obrera [...]»; el derecho soviético es la expresión de la voluntad de todos los trabajadores [...].

⁸ Véase Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova: *Introducción al derecho*, tomo I, 5ª. ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1956, p. 32, nota 43. Nos hemos referido al tema en nuestra *Teoría constitucional*, primera reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 260.

popular» (artículo 1.º), aunque sin afirmar, tampoco, que las leyes encarnen necesariamente a esa última.

3. El caso argentino. Constitución vigente

La presente Constitución argentina prevé dos tipos de leyes, que hemos denominado *congresionales* y *populares*, respectivamente, según quién las sanciona.

Leyes congresionales. Son las sancionadas por el Poder Legislativo. Su trámite está contemplado por los artículos 77 a 84 de la Constitución nacional. En ningún momento la Constitución expresa que esas leyes contienen o transmiten la voluntad popular.

Es verdad que quienes las dictan son formalmente «representantes». Así, los diputados, según el artículo 45 de la Constitución, son «representantes elegidos directamente por el pueblo». Pero su representatividad política formal es *sui generis*: no se encuentran ligados por ningún mandato específico con sus electores (no existe en la Constitución el «mandato imperativo», sino, en el mejor de los casos, el «libre», que no genera obligación alguna para el elegido); los votantes no están constitucionalmente autorizados para impartirles instrucciones, ni pueden reclamarles jurídicamente algo acerca de su gestión, ni tampoco pueden removerlos. Además, no se sabe quiénes son en concreto los eventuales electores de cada diputado, vale decir, quiénes los han votado, ya que el sufragio es secreto (artículo 37 de la Constitución). A su turno, los senadores no son en sentido constitucional preciso representantes políticos del pueblo, sino de las provincias (artículo 44, Constitución nacional).

En ese contexto, la Constitución ni pretende ni presume que los representantes congresionales sean portadores, cuando votan las leyes y desarrollan otros actos constitucionales a su cargo, de la voluntad popular. No prohíbe, desde luego, que ellos transmitan los deseos y aspiraciones de quienes presuntamente los han votado; pero no los obliga al respecto. Hasta es posible entender como encomiable tal correspondencia entre el elector y el elegido, en el ámbito axiológico, pero ella puede en muchos casos no existir (incluso por desconocimiento del elector sobre temas que votan diputados y senadores). La teoría del «representante-micrófono» no es compulsiva para el derecho constitucional argentino, ni está propiciada por él.⁹ Tampoco, por lo común, en el derecho constitucional comparado, salvo por el constitucionalismo marxista.

La Constitución guarda silencio, igualmente, sobre algún convenio tácito, en sentido muy lato, según el cual los inscriptos en el padrón electoral, cuando votan por los legisladores, les estarían confiriendo una suerte de poder general y en blanco

⁹ Sobre la doctrina de la representación por medio de la subordinación del representante hacia el representado, y su cuestionamiento, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *Representación política*, Rosario, Orbir, 1973, pp. 29 ss.

en virtud del cual lo que los parlamentarios decidan, vale como voluntad de los sufragantes. Tal mítico pacto social no figura en la Constitución, no existe en los hechos y no hay por qué inventarlo.¹⁰ La Constitución dispone que aquello que voten los representantes-legisladores, elegidos por el cuerpo electoral, vale como voluntad del Estado, y eso es técnicamente correcto y suficiente.

Leyes populares. La reforma constitucional de 1994 abrió una interesante posibilidad, todavía sin experiencia concreta en nuestra realidad constitucional: el sometimiento por el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, de un proyecto de ley, a una consulta popular obligatoria. Ello importa una hipótesis de *sanción popular de leyes*. La Constitución agrega, en su artículo 40, que: «El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación la convertirá (a la iniciativa) en ley y su promulgación será automática». Hemos llamado a estas normas sancionadas por el pueblo, *leyes populares*, para diferenciarlas de las *congresionales*.¹¹ Son una muestra evidente de una versión democrática nueva, incorporada por la aludida enmienda de 1994: la democracia *participativa*, que supera la añeja democracia *representativa* programada por el texto original de 1853-60, donde el pueblo no era órgano de gobierno (artículo 22), sino solamente de designación.

En tal caso, esa sanción popular evidencia, obviamente, que tal ley sí encarna la voluntad popular (mayoritaria) de aprobar la norma. Es una hipótesis cierta de autogobierno.

4. Dimensión sociológica

En el ámbito existencial, fáctico o vivencial del derecho constitucional, las leyes y demás actos protagonizados por el Poder Legislativo pueden contar efectivamente con adhesión social, en cuyo caso puede afirmarse que sí expresan, traducen o contienen voluntad popular. Tal adhesión, cuando exista, prácticamente nunca alcanzará la unanimidad; pero si es la mayoritaria, es factible atribuirle a aquellas normas y actos la posesión de voluntad popular, al menos la predominante.

En otras ocasiones media indiferencia o desconocimiento comunitario; y en algunas, desaprobación, que puede llegar al rechazo y rebeldía del sector mayoritario de la comunidad. En estos supuestos, no expresan la voluntad popular predominante.

¹⁰ Para Rousseau, en cambio, el contrato social incluye otra cláusula, según la cual el pueblo (en el régimen representativo) no quiere solamente lo que el representante quiere hoy, sino también lo que querrá mañana. Pero en tal esquema, para el ginebrino, la ley no es expresión de la voluntad popular, sino de la voluntad del representante. Este no reproduce la voluntad del pueblo. Véase Raymond Carré de Malberg: *Teoría general*, o. cit., p. 1034. Naturalmente, Rousseau no prueba la existencia histórica de la cláusula que invoca.

¹¹ Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1, 3.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 426.

Determinar el grado de consenso o de disenso social de una norma es una cuestión de hecho que se mide a través de las encuestas y sondeos pertinentes. Desde luego, las *leyes populares*, al ser producto de una consulta vinculante, cuentan con el respaldo comunitario el día en que fueron aprobadas (posteriormente pueden perderlo). Sobre las *leyes congresionales* pesa en cada caso un enigma. Pero no hay dudas de que algunas de las normas importantes dictadas en Argentina, como las que pesificaron (invocando la doctrina de la emergencia) los depósitos bancarios originalmente pactados en dólares, o instrumentaron el mal llamado régimen de «solidaridad» previsional, no contaron con el apoyo colectivo. Otras han tenido consenso y disenso discutido y fluctuante, como las de «obediencia debida» y «punto final».

Podría suponerse, quizá, que por ser los congresistas electos por el pueblo, aprueban leyes y realizan comportamientos, en el plano de las realidades, que coinciden con los deseos de la mayoría de ese pueblo. Las leyes congresionales contarían, en tal caso, con una especie de *presunción de popularidad*, derivada del gesto de confianza que significó el voto electivo en favor de quienes las hicieron.

Tal presunción, sin embargo, importa una afirmación dogmática de hecho. Por un lado, ese voto significó un dato histórico, cuya actualidad se conserva en tanto y en cuanto se mantenga viva la adhesión del representante al representado, cosa que por cierto debe acreditarse.¹² Si se advierte la fuerte crisis de representatividad del Parlamento (no solamente en Argentina, sino en numerosos países), caracterizada —entre otros indicadores— por la disyunción entre representantes y representados, el conflicto entre partidocracia y democracia, la aparición de nuevos sujetos dotados ocasionalmente de mayor representatividad política que muchos legisladores,¹³ y el fuerte rechazo que de vez en cuando han experimentado estos, al par que varios referentes, también electos, de la clase política tradicional (recuérdese, al respecto, el cáustico eslogan «que se vayan todos», de fines del 2001, en Argentina), se advertirá que la alegada presunción «*vox Congreso, vox populi*» es ahora bastante endeble como para postularla sin más.

Lo dicho no impide reconocer, como se anticipó, que muchas leyes y otras decisiones del Congreso puedan lograr un real apoyo popular mayoritario, y que este sea constatable con técnicas de medición idóneas. Del mismo modo, numerosos legisladores cuentan con una muy significativa dosis de representatividad, traducida en un fuerte y constante seguimiento de sus electores, cuya voluntad también lideran o reproducen dentro y fuera del recinto parlamentario.

¹² El factor representativo básico, esto es, el elemento que convierte realmente al *representante* en tal, frente al *representado*, es la adhesión política que este profesa al primero. Por ello existen en la sociedad múltiples elencos representativos, no todos ellos retratados por el derecho constitucional formal. Sobre el tema, me remito a mi obra *Representación política*, o. cit., pp. 34 ss.

¹³ Por ejemplo, Carl Friedrich (*El hombre y el gobierno*, trad. por J. A. González Casanova, Madrid, Tecnos, 1968, p. 980) alerta que, en determinados momentos, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido más representatividad política en la sociedad, que el propio Capitolio.

En las leyes *populares*, aprobadas por el cuerpo electoral, hay desde luego voluntad popular en su sanción.

5. Evaluación. Voluntad popular y control de constitucionalidad

Tanto en *Cocchia*, como en *Sisto y Moliné O'Connor*, la Corte Suprema se ha remitido a la voluntad popular que entiende late en las leyes del Congreso o en las sentencias dictadas en el juicio político, para de algún modo reforzar el vigor jurídico (e indirectamente, político) de esos pronunciamientos, y menguar así la acusación de inconstitucionalidad de tales decisiones, que se hizo en los procesos respectivos.

Pero en el tercero de aquellos veredictos, la Corte ha afirmado una tesis más llamativa e inquietante: que por contar en el juicio político la previa acusación con los dos tercios de votos de la Cámara baja, y otro tanto el fallo destitutorio de la alta, y ser ello prueba de la voluntad del pueblo argentino, no podría revisarse judicialmente lo así actuado, so pena de alterarse las instituciones democráticas.

En otras palabras, parecería que el tema se perfila como una *political question* no justiciable, so pena de un ataque judicial a la democracia. ¿Querría ello significar que una ley aprobada con igual mayoría calificada de los dos tercios de votos en cada sala, tampoco debería ser revisada por los jueces?

La tesis es incorrecta, porque con independencia del número de votos que logre una resolución del Congreso, sea al sancionar una ley, emitir una resolución o declaración, o dictar el Senado una sentencia en el juicio político (en este caso, al menos con los dos tercios requeridos por el artículo 59 de la Constitución), lo cierto es que el control judicial de constitucionalidad sigue en pie. Todas las leyes sobre las que la Constitución exige mayoría calificada para pronunciarse (cuyo número es bastante significativo según la reforma de 1994),¹⁴ son igualmente discutibles en su constitucionalidad. Más todavía: aun en el supuesto de una ley que obtuviera unanimidad en ambas Cámaras, ella es objetable por su posible inconstitucionalidad ante la judicatura, y conocer en tal acusación es tarea obligada para esta.

En tal sentido, debe recordarse la buena doctrina que en este punto sostiene el considerando 18 de *Alianza Frente por un Nuevo País*, al puntualizar que:

[...] es cierto [...] que en una democracia electoral las sentencias deben concretar el ideal de justicia sin sustituir ni desconocer la voluntad popular ni crear, de manera artificial y arbitraria, gobiernos que no reflejan la verdadera opción del cuerpo electoral. [...] Pero ninguno de esos altos ideales pueden lograrse ignorando el orden jurídico de la Nación porque, al fin y al cabo, nada ni nadie es más alto que la Constitución.

Y en el considerando 19 añade: «no parece posible que con invocación de la defensa de la voluntad popular pueda propugnarse el desconocimiento del orden

¹⁴ Sobre las normas que requieren en Argentina quórum calificado para decidir, después de la reforma de 1994, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *Elementos...*, o. cit., tomo I, pp. 503 ss.

jurídico, puesto que nada contraría más los intereses nacionales que la propia transgresión constitucional». ¹⁵

También las leyes populares a que hemos hecho mención en el punto 3 se encuentran sometidas al control de constitucionalidad, ya que la Constitución no las exceptiona. En algunos países, en cambio, están dispensadas de este control las normas aprobadas por referéndum. ¹⁶

6. Conclusiones

Nuestra Constitución nacional, como la mayoría de las vigentes en el derecho comparado, no sostiene ni presume, en el ámbito normativo, la tesis *vox Congreso, vox populi*. En definitiva, las cláusulas constitucionales no se pronuncian sobre el tema.

En la dimensión fáctica del derecho constitucional, las leyes y demás actos del Congreso podrán, según las circunstancias, contar o no con adhesión popular mayoritaria. En su momento, el Parlamento podrá o no haber proyectado en ellos esa voluntad, si existía. Ello se aclara con el empleo de técnicas adecuadas de medición, que definen tal dato sociológico.

El control de constitucionalidad de las leyes, declaraciones, resoluciones y demás pronunciamientos del Congreso, incluyendo la revisión judicial de las sentencias dictadas en el juicio político, no disminuye en Argentina porque tales actos hayan sido adoptados por un número muy relevante de legisladores.

Las *leyes populares* (sancionadas por el cuerpo electoral) previstas por el artículo 40 de la Constitución nacional, aunque todavía no ejercitadas, manifiestan desde luego la voluntad popular de aprobarlas, pero también están sometidas al control judicial de constitucionalidad.

¹⁵ CSJN, *Alianza Frente por un Nuevo País*, Fallos, 326:1825.

¹⁶ Así, en Francia, las leyes aprobadas por referéndum están exentas del control preventivo de constitucionalidad que realiza el Consejo Constitucional. Cf. André Hauriou: *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. por J. A. González Casanova, Barcelona, Ariel, 1971, p. 644, con observaciones críticas sobre el tema.

Jorge Reinaldo Vanossi*

El significado constitucional de los Congresos y Parlamentos

El objeto de estas modestas reflexiones sobre el tema es la relación que existe entre la participación y la gobernabilidad. Al revés de lo que sostienen algunas tesis elitistas puestas de moda a partir de una década y media atrás, en el sentido de que el aumento de la participación conduce a una crisis de gobernabilidad, yo milito entre aquellos que piensan muy diferente, es decir que los cauces institucionales de participación, los cauces realmente eficientes de participación, son la mejor llave, la mejor forma para acrecentar la gobernabilidad de las sociedades modernas.

Diría que la participación tiene un umbral, un piso, pero no tiene techo: y cuando se comienza a participar, cuando se desarrollan verdaderos hábitos de participación se llega a horizontes impredecibles pero que sin ninguna duda sirven para fortalecer las instituciones y llevar a una mayor vigorización en su defensa, cuando estas pueden tener que afrontar el sofocón de una crisis. Y el caso más paradigmático es sin ninguna duda el de los Congresos o Parlamentos, donde ellos, si realmente sirven de vehículo para la participación, sirven entonces para fortalecer las instituciones y hacerlas más aptas para afrontar las emergencias o las situaciones de crisis que se puedan suscitar.

* Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y de la Academia Nacional de Educación (Buenos Aires). Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Miembro honorario de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia así como de la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas. Profesor honorario de Derecho Constitucional en la Universidad de La Plata. Presidente de la Sociedad Científica Argentina.

La ciencia política ha demostrado que valen más las imágenes que los hechos. Son las imágenes las que en definitiva crean opinión: las que muchas veces originan comportamientos, y los hechos quedan a veces —muchas, sin duda— rezagados con respecto al peso y a la gravitación de las imágenes.

Por eso es muy importante advertir la incidencia que esta cuestión tiene en los Parlamentos y Congresos contemporáneos, porque tradicionalmente se ha creído, como dicen los maritimistas en su especialidad, que el pabellón cubre la mercadería, pero en realidad, cuando una sociedad percibe a través de imágenes que hay una ineficiencia en los órganos representativos, estos con su pabellón ya no están en condiciones de cubrir la mercadería y sufren la crisis del deterioro y del descreimiento, que muchas veces puede colocar a las sociedades enteras en una situación terminal.

De todos modos, los roles que cumplen las instituciones representativas no desaparecen, no se pierden. Aquí ocurre como en la famosa ley de la física: nada se pierde, todo se transforma.

Lo que ocurre es que el nivel de las demandas que las sociedades dirigen hacia los Parlamentos es cada vez más creciente. Y el nivel de satisfacción que los Parlamentos pueden brindar a los requerimientos de las sociedades ha llegado a un tope, que no puede de ninguna manera exagerarse y que tiene que ser reciclado con respecto a lo que ellos pueden realmente ofrecer a las sociedades. No puede ser que estas piensen que los Parlamentos están obligados a brindarles todo.

No se discute entonces la legitimidad de la representación. Pero está en crisis la calidad de la representatividad. No se discute que debe haber instituciones representativas, ni la existencia de los parlamentarios; lo que está en discusión, muchas veces, es la calidad de la representatividad con que operan esos cuerpos a través de las concretas composiciones humanas que los adornan o que los ejercen.

Y por eso, lo que necesitamos, lo que América Latina en especial necesita, es un salto cualitativo, un salto que permita mejorar sustantivamente las condiciones de credibilidad y de confiabilidad en los cuerpos representativos. Para esto hay que operar un doble orden de innovaciones. Hay que innovar en la taxonomía, es decir, en la clasificación de las normas, en el orden de las leyes, reservando al Parlamento exclusivamente lo fundamental en materia legislativa y creando otros niveles, otras etapas en la escala jerárquica que, controlados y orientados por el Parlamento, puedan tener su fuente de creación en cuerpos más sencillos, de más fácil funcionalidad. Por otro lado, hay que innovar en los mecanismos. La gran innovación es procedimental más que orgánica y está referida al orden del trámite, de los procedimientos y de los mecanismos con que se sigue actuando hoy, cuando estamos ya en el siglo XXI, que fueron —la mayor parte de ellos— concebidos o desarrollados en el siglo anterior. En esta diferencia de los siglos, en este salto de la historia, hay un cambio atmosférico que lo percibe aun el más inocente de los observadores: el siglo XIX y la parte inicial del siglo XX, desde el punto de vista parlamentario, se alimentaron de declaraciones. Mientras tanto, en el siglo que corre nos exigen como

declaraciones efectivas, realidades y concreciones. De lo contrario, la pregunta sería: ¿a qué quedaremos reducidos los parlamentarios si no nos adecuamos a esos requerimientos? ¿A discernir homenajes o a adjudicar pensiones? No puede ser.

Por eso debemos interrogarnos, en esta especie de psicodrama cualitativo al que asistimos, si hemos sincronizado con los cambios en la sociedad; si nuestros cuerpos parlamentarios realmente se han puesto a tono con los cambios producidos en la sociedad, y si seguimos entendiendo a la sociedad separada del avance histórico.

Creo que hay tres maneras de entender a la sociedad. Hay una manera clásica, individualista, rousseauiana —dicho con todo respeto y la admiración que esta evocación histórica implica—, de entender a la sociedad en forma abstracta, como una suma de individualidades: uno más uno más uno, igual: tantos millones, amparados por la igualdad ante la ley, pero una igualdad formal.

Hay una manera totalitaria de entender a la sociedad, que es la de aquellos ideólogos totalizadores que pretenden producir de arriba hacia abajo la homogeneidad actual de la sociedad por vía de la fuerza, coercitivamente.

Y por último, la tercera manera de entender a la sociedad es hacerlo tal cual es: rica, variada, plural, contradictoria, multiforme, proteica, cambiante; es decir, la sociedad interpretada fidedignamente por sus representantes. Creo que el pensamiento democrático se orienta a encarar a la sociedad con el realismo; es decir, tal cual ella es y no como se la pretende encubrir o encorsetar bajo determinadas concepciones ideológicas. Por eso, si queremos interpretar a la sociedad real hay que recrear el contrato social; y tenemos que hacerlo desde nuestras mentes, desde nuestros pensamientos hasta nuestras acciones y actividades, como hombres políticos que somos, para situarnos más acordemente con la *affectio societatis* vigente, con ese espíritu de sociedad que hoy y aquí nos involucra y nos quiere ver funcionando para satisfacer las reales necesidades nacionales y sociales de cada comunidad.

Por eso, los Parlamentos podrán cambiar, podrán modernizarse o deberán perfeccionarse, pero la frase del político Giolitti, en el sentido de que las Cámaras deben ser el grupo de presión del pueblo todo, es decir, la representación del interés general por sobre los intereses sectoriales, constituye el rol a preservar e irrenunciable a través de los siglos. Para ello tenemos que aproximarnos, como diría Burdeau, a la encarnación del hombre concreto, es decir, de aquel que está depositando en nosotros confianza. Ese depósito de confianza hace que la representación política sea una presunción; se supone que actuamos en el interés de nuestros mandantes, pero también se puede admitir la prueba en contrario. Es decir, el pueblo tiene la oportunidad de rechazar nuestros actos, de desaprobar nuestros comportamientos cuando no se ha cumplido lo que está detrás de esa presunción.

¿Qué hacer entonces? El Parlamento se siente desconcertado. Cada uno de nosotros, en su Parlamento, en su pueblo, distrito o circunscripción, nos hacemos muchas veces la pregunta de qué es lo que debemos hacer. ¿Somos realmente los héroes de la política o somos, como muchas veces lo hemos confesado o nos lo han

dicho quienes son nuestros críticos, desgraciados, infelices e insatisfechos que solo tenemos mínimamente cumplida la ilusión de la teoría con la cual hemos arribado al Parlamento?

Tenemos que asumir nuestra condición en un doble sentido: asumir que no podemos resolver todo, pero que tenemos que entender un poco de todo en nuestra sensibilidad y en nuestra percepción, para poder dar las grandes directivas políticas que permitan a otros, es decir a los técnicos, implementarlas y concretarlas en políticas que materialicen la política general.

Tenemos que ser una especie de *todólogos* —discúlpeme el neologismo—, de especialistas en generalidades, con cosmovisión de las cosas, sin pretender ser especialistas en detalle. Es decir, tenemos que tratar que esa visión general nos permita la posibilidad de procurar la resultante que más se acerque al predominio del interés general por sobre la mera imposición de los intereses sectoriales.

En esto tienen igualmente importancia los roles de gobierno y de oposición en todos los Parlamentos. Así es en todas las democracias del mundo; y de todas las definiciones que podamos recoger sobre el rol de la oposición en los Parlamentos democráticos donde esta tiene cabida, hay una que me ha quedado muy grabada, de un profesor español al cual mucho admiro, Pedro de Vega y García, quien ha dicho: «Donde hay oposición hay democracia». Es decir, la existencia de oposición en los Parlamentos es el dato elocuente que permite descifrar el carácter de una democracia o de una autocracia, según las circunstancias. Y ese juego de gobierno y oposición dinámica y dialéctica se compagina de manera tal que permite armonizar el derecho a gobernar, que tiene la mayoría, con el derecho a gestar la alternancia, que tienen las minorías. Por supuesto, tanto la oposición como el gobierno tienen sus roles y sus fuerzas; a gobiernos débiles corresponden oposiciones débiles, y a gobiernos fuertes deben corresponder oposiciones vigorosas, porque eso vigoriza a la democracia.

Los Parlamentos solo tienen razón de ser, entonces, en aquellos lugares donde hay ámbito para la oposición, es decir, donde hay pluripartidismo, donde hay separación de poderes, donde no existen ideologías dominantes que enerven o impidan el juego independiente de los poderes; y sobre todo donde exista libertad de información, el derecho a los hechos y el acceso a la información para poder cumplir cabalmente los roles. Esto responde a una gran regla de oro —supuesta y a veces no escrita, pero permanentemente explícita en la vida democrática de los pueblos— según la cual a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, un perfeccionamiento de las garantías y un acentuamiento de las responsabilidades.

Y esta regla de que a mayor poder debe haber mayor control vale no solo para el acrecentamiento de los poderes de derecho, para los poderes públicos, sino que las sociedades que quieren preservar el pluralismo también deben hacerla valer frente al acrecentamiento de los poderes de hecho, porque cuando estos se salen de cauce, con un desmadre, pueden ser tan malsanos para el cauce democrático como lo puede ser la exorbitancia o la desviación del poder entre los poderes de derecho.

Nuestros Parlamentos fueron pensados hace muchos siglos. Ya Locke hablaba de la separación entre el poder que crea la ley y el de los órganos que la aplican; y esa era para él la verdadera separación, que recogió después Montesquieu. Y en las virtudes del poder que crea la ley—que no la va a aplicar ni para administrar ni para juzgar— está fundamentalmente la virtud que el legisferante debe tener de la clave de la oportunidad, del sentido de la oportunidad.

Al hablar de sentido de la oportunidad hacemos referencia al cuándo, al cuánto, al cómo y al dónde de la legislación que el legisferante habrá de producir. Esto vale hoy más que antes, porque a diferencia de aquellas épocas de Locke y de Montesquieu, en que primariamente los poderes eran repartidos en tres funciones elementales, con tres órganos independientes, hoy las funciones se han diversificado así como los mecanismos del Estado.

En el Estado contemporáneo detectamos por lo menos cinco funciones, que van desde el asesoramiento previo a toda la decisión que requiere de tal asesoramiento, la ejecución ulterior, las etapas de los controles y, por último, las instancias de las responsabilidades. Los Parlamentos tienen incumbencia en por lo menos tres de esas cinco funciones del Estado: la etapa de la decisión, la de las responsabilidades y la de los controles. En estas tres instancias los Parlamentos tienen deberes inexcusables que podrán quizá ser ejercidos de una manera distinta, con una distribución diversa, pero que son irrenunciables en todos los casos.

Para cumplir sus roles, los Parlamentos necesitan despojarse de tanta burocracia e incorporar más tecnocracia. También la excelencia puede llegar al *staff* de los cuerpos legislativos, debiendo volcarla fundamentalmente en las comisiones. De esa manera, la técnica y el asesoramiento podrían brindar a la etapa del plenario—es decir, al recinto— el lujo de la discusión política ya debidamente desbrozada de los problemas previos del asesoramiento técnico.

Por primera vez en su historia, casi todo el continente americano cuenta hoy con Parlamentos elegidos genuinamente por los pueblos —enhorabuena que estemos llegando a ese resultado— y el desafío de la integración no nos es ajeno, menos aún a los parlamentarios.

El gran pensador argentino que inspiró nuestra Constitución, Juan Bautista Alberdi, advertía ya a los folklóricos de las aseveraciones. El mundo del futuro no se ocuparía de las provincias, sino de las naciones, y hoy podríamos decir, parafraseándolo, que el mundo ya no se ocupa sino de las grandes moles en que los países se integran en función de las necesidades que tienen que resolver, y que se va olvidando de los llaneros solitarios que puedan quedar en el camino.

Ha llegado, entonces, la hora de las grandes moles. Pero esos continentes económicos no son uniformes y debemos entonces respetar el doble pluralismo, el pluralismo de las ideas y el de los intereses que se proyecta por dentro y por fuera de cada realidad nacional. La delegación en los órganos supranacionales o supraestatales que implican la integración, a la cual vamos en este continente, exige repetidos

reflejos no solo de las Cancillerías, sino también de los Parlamentos nacionales para producir la legislación que habilite las competencias necesarias para poder legislar en las áreas integradas.

Desde 1930, aproximadamente, los Parlamentos han ido perdiendo voz y eco en las cuestiones de las relaciones exteriores y grandes acontecimientos mundiales. El congreso de Múnich, la delineación del mundo de posguerra en Yalta, en Postdam, hasta la crisis de Corea —para hablar de los más recientes—han pasado al margen del Parlamento.

El debate de la integración debe volver también al Parlamento para cumplir así con la obligación de informar nosotros al pueblo y tener también la oportunidad de asumir incumbencias en la política exterior dentro de lo que la separación de poderes nos asegura.

¿Cómo viabilizar el rol del Parlamento? A veces en los paisajes donde la tradición parlamentaria ha sido tenue tenemos la impresión de que todo lo que decimos afuera tiene más resonancia que lo dicho adentro. Esto parece una paradoja, una cruel paradoja que lleva siempre a la insatisfacción del parlamentario. Vale más lo que ocurre fuera del Congreso, le rinde más, es más notorio, que el trabajo paciente, silencioso, persistente, que pueda llevar a cabo dentro del Parlamento. Daría la impresión de que las crónicas o los diarios de sesiones solo sirven para los historiadores. Y cuando nos sacan una foto en el recinto, en la mitad de un gran debate parlamentario, con un poco de molestia nos preguntamos: ¿será para la posteridad o para la posteridad?, por la poca resonancia que pueda tener lo que transcurre entre estas cuatro paredes.

Pareciera entonces —y este es el temor— que los vectores de la gravitación transitan por otros andariveles que no son los del recinto. Entonces, si esto fuera así, si este temor estuviera justificado, ¿cómo recomponer la representación para revertir esa tendencia?

Si en el Parlamento tienen cabida hombres políticos que mediatizan la voluntad de los partidos políticos, pues hay que desglosar sus tres lealtades. Todo hombre político puede tener lealtades con personas, con ideas o con intereses. Es natural que eso sea así. Lo grave, lo que nos quita autenticidad, lo que erosiona nuestra representatividad es la exacerbación de una de esas lealtades en perjuicio de la visión general.

Cuando hay una hiperlealtad hacia un solo interés, hacia una sola idea o hacia un solo hombre, se debilita el sistema, se pierde genuina representatividad y entonces surgen las deformaciones patológicas que han llevado a nuestros pueblos en muchos casos a descreer de la eficacia y de la autenticidad de sus cuerpos representativos.

Cuando se exagera el personalismo caemos en la genuflexión. Cuando la hiperlealtad cae sobre los intereses, incurrimos en el corporativismo, es decir, la facción antes que la Nación, y cuando se exagera el hiperideologismo caemos en las intranquilidades dogmáticas que nos hacen perder totalmente el sentido de la realidad.

También hablamos de los partidos políticos: como los partidos pertenecen primeramente a la sociedad antes que al Estado, las soluciones deben partir de aquellos y de aquellas, es decir, de los partidos y de las sociedades antes que del Estado.

Entonces, ¿qué necesitamos para mejorar ese estado de cosas? Mayor porosidad entre los partidos políticos y la sociedad. Debemos permear a los partidos con la sociedad, para que exista poca injerencia del Estado sobre los primeros. Por lo tanto, tienen que efectuarse solo controles procedimentales para asegurar la vida democrática interna en la gestación de sus cuerpos directivos y de sus candidaturas.

En consecuencia, las listas partidarias tienen que existir, pero no deben ser bloqueadas, porque la sociedad también tiene que participar de alguna manera en las soluciones finales, y no solo mediante un acto puramente mecánico, como lo es el poner una boleta en un sobre y este luego en una urna. Además, se tienen que propiciar las consultas populares periódicas que acrediten, como el derecho comparado lo demuestra, la emancipación de los pueblos de las lealtades excesivamente vigorosas.

¿Cómo contrarrestar las tendencias negativas, cuando es la sociedad la que a veces subestima el régimen de los partidos políticos, tal como ocurrió en momentos difíciles de nuestro país? ¿Cómo salir al paso de una moda antiparlamento, cuando se insiste machaconamente en que la eficacia no pasa por ellos? Para esto tenemos que revertir algunas causas abandonadas en las que hemos caído. Por ejemplo, en muchos lugares los partidos políticos no tienen diarios propios: por lo tanto, deben ser dotados de ellos y tienen que hacer los esfuerzos necesarios para exponer sus planes, sus doctrinas y sus principios y para exhibir a sus hombres.

Asimismo, los periódicos no reflejan la actividad parlamentaria en la medida suficiente como para que sea conocida por los ciudadanos, mientras que los políticos no reciclamos nuestro conocimiento ni leemos lo suficiente como para estar a la altura de los problemas modernos.

En este sentido, nuestro atraso doctrinario suele ser mayor con respecto a la celeridad con que se transforma el mundo contemporáneo. Esto lo digo a modo de autocrítica, pero pensando en una frase que me quedó grabada con dolor, pero también con justicia, del gran político francés Vedel, quien señaló que una sociedad democrática no puede vivir sin partidos políticos, pero que puede morir a causa del mal en los partidos.

Evidentemente, asistimos a una cuadratura del círculo. Entonces, ¿cómo se puede pretender que cuajen valores de la vida parlamentaria en el seno de sociedades que no vivencian una sensibilidad, justamente, parlamentaria? Esto es lo que hay que analizar, porque con las palabras *parlamento*, *congreso* y *legislatura* ocurre lo mismo que con la expresión *libertad*: no quiere decir lo mismo para todos.

Por estos motivos tenemos que hacer derecho comparado y utilizar al periodismo para precisar qué tenemos en común, qué es lo que se puede rescatar, qué

podemos potenciar y qué podemos acordar respecto del futuro del Parlamento y de su modernización.

Por otro lado, me pregunto: ¿cuál es la penetración semiótica de las instituciones de la representación parlamentaria, ya sea bicameralista o unicameralista, en sociedades con tan impúdicas vivencias de contradicción? Sociedades en las que predomina el machismo, el paternalismo, el autoritarismo, el monarquismo, el cesarismo y las pretensiones carismáticas, cuando el Parlamento es, por definición, una institución de la racionalidad, una institución de la reflexión, que debe obviamente chocar cuando predominan instintos primarios como a los que me acabo de referir, en sociedades que a veces tienen muy elocuentes recaídas en tentaciones irracionales.

Yo no tengo la respuesta, pero el camino se hace al andar, como decía el poeta español Machado, y se hace a través del cambio cultural. Y aquí me apoyo en otro gran pensador español, Ortega y Gasset, cuando para descifrar el concepto de revolución distingue entre usos y abusos, y saca la conclusión de que los cambios revolucionarios no son los que se producen al solo efecto de sancionar los abusos: revolucionario es lo que cambia los usos, es decir, el cambio cultural que permite crear una nueva conciencia y que produce consecuencias que transforman a la sociedad a partir de esa nueva conciencia.

Yo diría —perdón por la irreverencia de querer glosar a Ortega y Gasset— que lo revolucionario únicamente es lo irreversible de la sociedad: no depende de la violencia, no depende de la fuerza: depende del cambio de conciencia, que es irreversible, pues es imposible la vuelta atrás en un estadio nuevo de la sociedad.

Para eso comencemos por abandonar todos nosotros la generalizada vocación totalizadora y utopista. No podemos abarcar todo, gobernar y pretender todo: tampoco podemos pretender la eternidad de nuestra función, la eternidad en nuestro rol, porque no hay nadie que sea imprescindible: todos podemos ser sustituidos.

En primer lugar, creo que es inviable abrazar el poder total y es inasequible ejercerlo en plenitud. Esto vale tanto para el Poder Legislativo como para el Ejecutivo y el Judicial. En segundo término, creo que ni las victorias ni las derrotas son definitivas. El que gana hoy puede perder mañana, y quien pierde hoy, mañana puede ganar.

Hay un punto más que podemos señalar sobre esta cuestión. Débese abandonar la tentación directista y facilista de querer sortear o evadir los cauces parlamentarios como forma para alcanzar más rápidamente las metas para el desarrollo y el crecimiento. Es la tentación de prescindir de los Parlamentos, de las leyes y de los cauces del debate para llegar más rápido al resultado.

Parlamento es también derecho. Ver al derecho como un obstáculo para el cambio social es abrir las puertas del infierno para que el demonio del *hiperfactualismo* nos devore como pirañas. Abjurar del Parlamento o abjurar del derecho, que es la misma cosa —porque el Parlamento crea el derecho—, en definitiva es abrir el infierno del totalitarismo.

Como sabiamente sentenciara nuestra Corte Suprema, fuera de la Constitución solo cabe esperar la anarquía y la tiranía.

Siempre hemos seguido a los paradigmas en la búsqueda de la superación de nuestras falencias, pero no hemos encontrado retorno en el interés por nuestras particularidades. En general, los estudiosos de los Parlamentos han tenido una concepción eurocéntrica de la cuestión. Basta con leer a los más grandes tratadistas: muchos de ellos ni siquiera se han ocupado de las instituciones parlamentarias de otros países que no fueran las potencias centrales.

En un clásico libro sobre los partidos políticos, por todos conocido, ni siquiera se tratan los partidos políticos latinoamericanos. El padre del derecho constitucional comparado escribió, en un libro muy en boga en la década del treinta, sobre todas las instituciones latinoamericanas, agregando el comentario de que no sabía si estaban realmente en vigencia.

En los orígenes, también hemos seguido desde aquí la ejemplaridad. Y eso lo hemos hecho por sentido de modestia, por sentido práctico, pero no para enajenar nuestra voluntad creadora, e ir camino de la búsqueda de instituciones genuinas o de perfiles adaptados a nuestras realidades. Sin embargo, desde el mundo central, desde las grandes potencias, se nos exige mucho sin reparar en el hecho de que hemos estado afectados durante décadas por la nota de la discontinuidad. Recién ahora estamos forjando veteranías en estos Congresos gracias a las bendición de la democracia.

Un Congreso que lo pretende todo, que lo quiere todo, es poco o es nada. Tenemos que ser perfeccionistas pero no perfectistas: perfeccionar nuestra impureza para ir hacia la pureza, pero no pretender utópicamente la perfección total, porque esa sería la mejor manera de incurrir en el fracaso. Si lo queremos todo, seremos poco; si abarcamos todo, tendremos nada.

Existen roles destacados y destacables, que deben constituir el ojo hacia el cual tienen que apuntar todos nuestros objetivos. Primero, Parlamento equivale a foro del gran debate; que no sea foro político, de nada sirve aunque sancione leyes. Segundo, un Parlamento debe sancionar leyes cuadro, leyes marco, y las grandes directrices que marquen la silueta del modelo. El Parlamento está para hacer el perfil y no para entrar en los pormenores: cuando entra en los pormenores fracasa, se pierde y merece las críticas en las cuales sucumbe, porque no está preparado para la perfección total. Tercero, en el Parlamento debe haber un ejercicio fundamental de las tareas de control, que no son tecnocráticas ni delegables, sino eminentemente políticas. Cuarto: en el Parlamento se tiene que dar una activación incesante de los procedimientos de responsabilidad, que son los que acercan los Parlamentos a los pueblos. El hombre de la calle, el *homo cualunque*, percibe que tiene un Parlamento que sirve, que es eficiente, cuando ve que ese Parlamento hace sentir su responsabilidad en los casos en que tiene a su cargo el rol de control de funcionamiento de los demás poderes del Estado.

Una reflexión final: *the last but not the least*. Elites siempre hubo, hay y habrá en todas las sociedades, cualquiera sea su ideología y su grado de desarrollo,

porque el juego dinámico entre gobernantes y gobernados es eterno y está en una relación dialéctica constante. El problema no es negar la existencia de las elites, desconocerlas, sino estimular su circulación. Esa circulación de las elites —circulación oxigenada y porosa— es la única forma de asegurar en la sociedad la igualdad de oportunidades en los ciclos o procesos de selección. La igualdad de oportunidades es la nota distintiva de la democracia social contemporánea en todas partes del mundo. Si no hay circulación de las elites no hay igualdad de oportunidades; si no hay igualdad de oportunidades no hay democracia social, y si no hay democracia social la democracia no tiene porvenir en este mundo.

Las faltas o carencias se denotan en la dirigencia, es decir las elites, y el Parlamento es después de todo un calidoscopio, un espejo, un epifenómeno de esas dirigencias. Como siempre, la clave del perfeccionamiento consiste en la inserción y en la participación, creciente.

¿Qué ha pasado? ¿Por qué tanta anomia en nuestros sistemas? En mi opinión, pagamos el precio de una delegación vicarial o gerencial del manejo de la cosa pública por minorías que no han respondido a las sociedades. Ese desentendimiento de la sociedad y sus dirigentes de la cosa pública convirtió a los dirigentes en meros referentes. Ese despropósito e ignorancia que llevó a abandonar durante décadas el manejo de la cosa pública en simples gerentes —dicho con todo respeto a la palabra, pero con la connotación peyorativa que implica toda delegación que renuncie a asumir un rol— significó la abdicación de un protagonismo.

Esa abdicación del protagonismo de los dirigentes que en la sociedad deberían ejercer sus principales sectores en circulación es lo que ha llevado muchas veces a que los sistemas democráticos perecieran en medio del descreimiento general.

Por eso la recomendación es participar, y para ello hay que insertarse, hay que intervenir, hay que actuar y salir de la comodidad del hogar, del sillón, de la oficina o de la empresa y arriesgarse. Por supuesto que quien no se arriesga no se salpica, pero quien se arriesga tiene la posibilidad de salvar a los demás y a sí mismo.

Quiero concluir estas reflexiones recordando el paralelismo que establece un teórico contemporáneo del Estado, el profesor Kriele, entre los procedimientos de la justicia y los del Parlamento, quien señala que probablemente los Parlamentos hayan tomado de la justicia la idea del debate y la idea de escuchar antes de decidir. Posiblemente hayan sido en el orden histórico primero la justicia y después el Parlamento, que tomó esta metodología y la adaptó a las necesidades legisferantes, no porque fuera la más fácil o la más cómoda, sino porque era la más justa y la que mejor permitía contemplar todos los intereses en juego y producir el veredicto con mayor sentido de la equidad. En una palabra, quizás esa metodología era la que más podía ayudar a evitar la discrecionalidad o la arbitrariedad.

Si queremos que ese paralelismo de justicia y con la justicia se prolongue en las constantes del juego democrático de las instituciones, vigoricemos y prestigie-mos la silueta adversarial del gran debate parlamentario —somos adversarios y no

enemigos—, evitando que la dialéctica del disenso se evada, se fugue hacia cauces contestatarios del propio sistema. En armoniosa síntesis lo haremos con la terminología misma de la palabra *congreso*, ya que estamos en este momento sentados en el *congressus*, término derivado de *congrēdi*, que en el origen latino quiere decir ‘ir a encontrar o encontrarse con el disenso en la reunión’, ‘la reunión en el disenso’. Entonces, pues, encontrémonos todos en derredor de esta gran causa, que es la causa de la democracia.

Jorge Reinaldo Vanossi

¿Modernización parlamentaria?

Lo que pueda decirse acerca del mejoramiento funcional del Congreso está inexorablemente vinculado con las causas y los rasgos de la crisis del órgano Congreso en los sistemas representativos.

Las causas de la crisis del Congreso incluso exceden el nivel de la clase política porque responden, en definitiva, a todo un fenómeno de la sociedad. Ese Congreso, esa clase política, los partidos mismos, son epifenómenos, reflejos de esa sociedad, de modo que no podemos pretender o exigir de ellos mucho más de lo que la sociedad ha querido producir. Son sus hijos y, si se los quiere cambiar, es esa sociedad la que con un cambio de actitud, de exigencias y de paradigmas o ejemplos, debe contribuir al mejoramiento de la clase política y de quienes actúan en el nivel parlamentario.

Por lo pronto, si hay que cambiar cosas, hay que pensar, fundamentalmente, a qué niveles de las funciones del Congreso se refieren.

Resumiendo, de todas esas funciones hay básicamente tres sobre las que podríamos hacer más refinadamente un análisis pormenorizado. Creo que cuando el pueblo manifiesta su insatisfacción, o ciertos sectores de la sociedad dirigen sus críticas, están pensando en la función propiamente legislativa o legisferante del Congreso; están pensando en la tarea de control y de órgano de explicitación de las responsabilidades, que son las dos Cámaras del Congreso. Están pensando en el Congreso como un gran foro en donde se expresa la cosmovisión del plano político del país. Es decir que el déficit que el Congreso deja como gran ámbito debería ser

el ámbito privilegiado de la discusión política del país que muchas veces pasa por otros vectores.

Es común escuchar —es también un reproche que se le dirige al Parlamento— que es el propio Congreso el que inhibe sus facultades; es decir que las autolimita o las restringe, ya sea por deberes de lealtades partidarias o por no saber afrontar las coyunturas con el coraje necesario. En definitiva, una cuota parte importante de la responsabilidad de ese resultado sería la actitud derivada del propio comportamiento de los legisladores. También se ha dicho desde hace mucho —desde comienzos del siglo XX— que esta resignación de roles y este seguimiento de los malos ejemplos es algo que pertenece al plano de una deformación cultural. Es decir, que no es problema del partido A, del partido B o del partido C, aunque en algunos casos ciertos sectores pueden ser más receptivos a la crítica y otros pueden tratar de tomar más distancia respecto de ella. Pero ya decía Juan Agustín García, en el año 1900, que la sociedad argentina, a través de toda su faz institucionalizada, se caracterizaba por un signo: el culto al coraje y el desprecio a la ley. Esto, dicho hace más de cien años, nos está indicando entonces lo profundo de esas tendencias que llevan a que la sociedad visualice que la toma de las decisiones, el ejercicio del control y el debate propiamente dicho transcurren extraformalmente, es decir, fuera de los órganos institucionales y de los ámbitos que por incumbencia constitucional deberían ser el espacio propio, el espacio indicado para ese tipo de cuestiones.

Una de las explicaciones de que esto sea así está, en gran parte, en el achicamiento del rol de la clase política durante décadas y décadas. No podemos ocultar que las llamadas clases dirigentes argentinas —o, para decirlo con palabras de José Luis de Imaz en el título de una obra que lo hizo famoso, *Los que mandan*— optaron, desde hace muchas décadas, por transferir el ámbito de desenvolvimiento de estas actividades a un espacio que no era el de la clase política partidaria o el de la clase política propiamente dicha. Una suerte de delegaciones gerenciales fueron transfiriendo la administración de la cosa pública y el manejo del interés general a quienes, por su preparación o por su dedicación, estaban más bien orientados a la atención de los intereses sectoriales y no del interés general. La delegación gerencial que las clases conservadoras hicieron en los sectores militares, en los sectores empresarios y en los tecnocráticos —y, muchas veces, en la combinación de esos tres sectores— condujo, de alguna manera, a que los partidos políticos se retiraran, se replegaran o no se incorporaran, lo que significa lo mismo desde la perspectiva temporal, impidiendo que aquellos pudieran tener inquietud en la cosa pública. Optaron por canalizar sus inquietudes a través de las universidades, a través de otros vectores de la cultura, a través de otras entidades intermedias.

Pero la cosa que se manejaba por los carriles o vericuetos tecnocráticos pasó a ser subestimada, incluso con la complicidad de vastos sectores de la inteligencia —o de la pretendida inteligencia— que consideraban que la política era cosa sucia y que la gente de bien tenía que dedicar su tiempo a otros menesteres o canalizar

sus inquietudes por otras vías que, por lo general, no eran las vías del consenso ni las de la competencia política. Esto, al cabo de los años, llevó a un vaciamiento del nivel de las estructuras partidarias y los frutos quedaron obviamente a la vista. Estaba dentro de la tradición argentina tener pocos antecedentes en materia de práctica representativa.

La práctica representativa estaba presente en el modelo constitucional que nosotros adoptamos. Es la práctica representativa que habían realizado los habitantes de las primitivas colonias en el norte de América desde la época de la dominación colonial, y que luego prolongaron y profundizaron a partir de fines del siglo XVIII, cuando adquirieron la independencia. Entre nosotros, esas prácticas eran muy embrionarias, salvo las del nivel municipal que existieron en nuestras viejas ciudades coloniales. Pero si hablamos de prácticas representativas profundas y continuadas que abrieran cauces de participación —que son los únicos caminos que pueden forjar la experiencia—, fueron muy escasas. Además, fue una práctica dislocada por las casi continuas intervenciones en la continuidad constitucional del país. A tal punto que, durante décadas y décadas, era lo más común definir a un gobierno por un Congreso en funcionamiento, es decir, a un gobierno representativo como un breve interregno entre dos gobiernos de facto.

Felizmente esas etapas han quedado superadas. La debilidad del Congreso tiene un correlato; diría que es consecuencia de la debilidad de los propios partidos políticos. Asumo esta afirmación, su costo y significado, pero el Congreso no es una entidad abstracta; está integrado, en sus dos Cámaras, por dirigentes políticos, por hombres a los cuales no se les regala nada, sino que llegan como producto de una militancia, de una tarea política y un quehacer. Esos hombres, que son la clase política, tienen y llevan consigo los defectos propios de esa misma clase. Y allí está reflejada la debilidad de nuestro sistema de partidos, que es lo que a nosotros nos interesa. El producto parlamentario tiene fundamentalmente dos renglones: el de la baja capacitación y el de la baja participación interna en los procesos que le dan vida a los partidos políticos.

Los porcentajes son mínimos, como es también muy bajo el porcentaje de reciclaje en la capacitación que puede ofrecer esa dirigencia política. Esto ha sido aprovechado por los contrapoderes, por los grupos de presión convertidos en algo más por el camino libre y despejado que encontraron; son verdaderos factores de poder que han contrabalanceado, condicionado y muchas veces superado el nivel de fuerza de los propios poderes constitucionales, es decir, de los propios poderes de derecho.

Desde el Congreso tampoco hemos dado el buen ejemplo. No hemos tenido la autoestimación necesaria y suficiente. Y pongo como ejemplo la última década de vida política y constitucional, donde con el acompañamiento general de la sociedad se ha celebrado como un éxito la *fuga de legisladores* hacia el Poder Ejecutivo. Todo aquel que renunciaba a una banca para pasar a un cargo ejecutivo era felicitado como

si fuera un ascenso. Por supuesto que podía ser felicitado y aplaudido, si su vocación era pasar al Poder Ejecutivo; toda vocación debe ser respetada. Podía ser celebrado, porque tal vez el Ejecutivo ganaba en eficiencia con la incorporación de un hombre público; pero no podía ser considerado por los medios y por la sociedad como un ascenso, como un adelanto. El que se quedaba en el Congreso, se quedaba; es decir, cumplía roles de mero asentimiento. Esto, de alguna manera, se ha arraigado en las convicciones colectivas, se ha generalizado como una creencia compartida y lleva a que la sociedad en su conjunto, es decir, los destinatarios del poder, vislumbren al Congreso en lo que hace a sus titulares, como un lugar de tránsito en un *cursus honorum*, como un peldaño dentro de la carrera política. Creo que esto es un mal ejemplo.

Otro factor que debemos mencionar es que la burocracia y su parte más selecta, la tecnocracia, están casi enteramente, por no decir totalmente, al servicio del Poder Ejecutivo, dentro de nuestro diagrama general de división de poderes y a través de la concepción del Estado hasta su transformación en lo que es la realidad contemporánea. En otros países del mundo, ese desequilibrio se compensa por medio de mecanismos de consulta y participación, que producen una retroalimentación hacia el Congreso, tratando de mejorar sus niveles de asesoramiento y de contar, en definitiva, con el cúmulo de información indispensable para que la apoyatura técnica permita elaborar algo con éxito, es decir, redactar con exactitud las leyes que se le demandan.

En nuestro país no hemos cuidado debidamente la necesidad de buscar esos mecanismos de compensación y, hoy por hoy y desde hace mucho tiempo, podemos decir que el grado de dependencia del Parlamento con respecto al suministro de la información y de los elementos técnicos sigue siendo muy grande con relación a la ventaja que le lleva el Poder Ejecutivo.

El otro aspecto que también hay que mencionar es el de la imagen. No hemos contribuido mucho al rescate de esa imagen en los niveles de eficiencia y también de probidad que son indispensables. Quiero señalar con esto que no estoy apuntando a la anécdota ni al hecho puntual que se pueda destacar con bastardilla y subrayado cuando acontece algún episodio extraordinario. El avión que llega a hora no es noticia; el que se cae sí lo es. Lo bueno, normal, fecundo y permanente que transcurre en el Parlamento no es noticia. El incidente, el episodio, el altercado o el incumplimiento sí lo es, y debe ser subrayado y destacado. No me estoy refiriendo a eso, sino a otro aspecto que es el que salva a la imagen del Parlamento en los países que tienen verdaderamente una tradición representativa.

Más allá de todas las vicisitudes de presión, de juego y de choque que existen entre los intereses y que se traducen desde luego en los niveles del gobierno, queda el Parlamento como el órgano encargado de asegurar el predominio del interés general sobre los intereses sectoriales. Esto es lo que preserva fundamentalmente la imagen parlamentaria en muchos países donde esto funciona normalmente. Sabemos que

los intereses existen, como las brujas. Sabemos que pugnan por predominar, pero el problema es que la facción no supere a la nación. Debe haber, a través de la intermediación de los partidos políticos, un cuerpo, un órgano o una instancia que sea el reaseguro final para que no se puedan imponer los intereses sectoriales y se consiga la gran resultante que permita afirmar que el equilibrio se logra por el lado del predominio del interés general. Esa instancia es el Congreso o el Parlamento, y no estoy seguro de que entre nosotros hayamos podido alcanzar eso.

Por último, debo señalar también la cuota de responsabilidad que tiene en esto el sistema electoral, y conste que no reniego de la representación proporcional, ni del mecanismo que ha permitido que la Cámara de Diputados de la Nación y la mayor parte de las legislaturas provinciales sean, en definitiva, como el mapa es al territorio, como diría Stuart Mill, la reproducción lo más exacta y lo más parecida posible al cuadro político con que se componen las fuerzas de un país. No estoy hablando de eso, sino que me estoy refiriendo a que nuestro sistema de listas cerradas o bloqueadas y el mecanismo previo de gestación de las candidaturas —que es más o menos idéntico dentro de los partidos políticos— lleva a que el nivel de participación sea escaso.

Diríamos que de los 365 días del año hay 364 de desigualdad y uno de igualdad. El de igualdad es el día que los afiliados votan en un partido o que los ciudadanos votan en una elección general. En los otros 364 días hay una clara desigualdad entre clase dirigente y dirigidos, entre cúpulas y militancias o bases, y esto es sumamente grave en sociedades como las contemporáneas, donde a partir de la sociedad de masas y del proceso de industrialización —y ya estamos lejos de eso, estamos en la posrevolución industrial— las exigencias de participación tienden a ser cada vez más acentuadas. Esto no es malo sino ampliamente positivo, porque cuando la participación es institucionalizada, no inorgánica, caótica o a borbotones, y a través de los cauces previstos por las normas, el partícipe está psicológicamente más dotado y preparado para erigirse en defensor del sistema y de las reglas del juego con que se practica dicho sistema. Es partícipe y defiende lo suyo, defiende una instancia en la cual tiene realmente la posibilidad de lo que llamaríamos el derecho a la realización de su persona y su destino. En cambio, al sujeto alienado, al sujeto ajeno al sistema, al que no tiene posibilidad de acceso a la participación, ¿qué le importa? Al final tiene una sola arma, que es el voto castigo, es decir el que eventualmente pueda hacer saltar el tablero, y no el voto constructivo, el voto participativo, que es lo que se da cuando ve que hay proporción entre su esfuerzo, su demanda y su exigencia, y la respuesta que el sistema le brinda, la que finalmente tiene al ver traducido su voto o su acto de participación en un acto compartido por todos, es decir, donde se reflejado en el resultado final.

De no cambiar estas cosas —primera conclusión— corremos dos peligros: el primero es el de la desideologización de la competencia política, y el otro es la imagen de ineficiencia que se puede agravar. En cuanto al primero, conduce a que

se pueda encontrar el caldo de cultivo de aquellos que tienen un denuesto, un rechazo hacia toda la clase política diciendo: «son todos iguales», «trabajan nada más que para ellos», es decir, el autismo político, sin que interese el intercambio de ideas, la opción entre alternativas, la diferencia de programas, y, sobre todo, la posibilidad de una alternancia como rejuvenecimiento y realimentación del sistema.

El segundo peligro, la imagen de ineficiencia, puede llevar también a una suerte de lo que los sociólogos llaman entropía, una situación de crisis, una situación terminal por olvidar que democracia y eficacia ya no son términos disociables en nuestro medio. Durante muchas décadas podían disociarse: había gobiernos democráticos que no eran eficaces, o había gobiernos de hecho que presumían de eficaces aunque no eran democráticos. Hoy la sociedad quiere eficacia con democracia y, si es posible, también con justicia social.

Los tres grandes valores que hay que conjugar son: democracia, eficacia y justicia; el Parlamento tiene que dar una respuesta acorde y satisfactoria ante esos requerimientos.

Considero oportuno hacer algunas breves propuestas. En primer lugar, debemos dejar de hablar de la crisis parlamentaria porque se pueden llenar bibliotecas enteras respecto de este tema. Si no, nos vamos a parecer a algunos países del mundo en los que abundan los especialistas y el material bibliográfico sobre su crisis y sobre su subdesarrollo, pero nunca consiguieron librarse de esa crisis y del subdesarrollo. O si no, corremos el peligro que señala Umberto Eco, escritor contemporáneo, quien dice que tanto se habla de la crisis que hasta el concepto mismo de la palabra crisis ha entrado en crisis.

Ya no se sabe realmente qué es la crisis porque hablamos de ella con una habitualidad tal que parecería ser que lo anormal ha pasado a ser lo normal y lo permanente. De modo que esto es lo primero que debemos hacer: no divagar más sobre el tema y entrar en los cambios.

¿A qué cambios me refiero? Por supuesto que la primera respuesta, la más prioritaria y elemental, es que hay que cambiar las normas. Es necesario modificar las grandes reglas del juego porque todo esto es obsoleto y pertenece a otro siglo y a otra situación. Esto no encierra ninguna novedad, lo sabemos de memoria. Pero es un ingenuo el que piensa que por el solo hecho de cambiar las normas va a cambiar la realidad. Esta es la vieja ilusión del racional del normativismo, de creer que la ley tiene por sí sola un poder demiúrgico: cambia la realidad como la varita mágica del rey Midas, que todo lo que tocaba por ese solo hecho lo convertía en oro.

Aquí se cree que las normas tienen un poder demiúrgico y transformador de la realidad. Las normas son marcos o cuadros que dan el cauce; las fuerzas sociales y políticas son las que, moviéndose dentro de él, habrán de cambiar la realidad y tomar las actitudes y comportamientos que en todo caso permitan facilitar el cambio de esa realidad.

De modo que, entonces, la cosa solo pasa parcialmente por allí y temo que los cambios que importan son los que realmente pueden operarse. En el nivel de las costumbres parlamentarias y de los reglamentos de las Cámaras que de alguna manera reflejan viejas costumbres parlamentarias, cabe la actualización y adecuación, rompiendo algunos esquemas y ciertos prejuicios, aunque desde luego cuidando los equilibrios: que el gobierno pueda ser gobierno, pero que la oposición pueda ser oposición. El viejo debate sobre la eficacia y la justicia en los sistemas electorales se traslada a este tema, convirtiéndose en un debate sobre cómo cambiar ciertas reglas preservando los roles de gobierno y oposición para que puedan ser tan eficientes los oficialistas en su rol, como los opositores en su rol de reaseguro y realimentación de ese sistema.

En tercer lugar, como es lógico, hay que aumentar los cauces de participación; esto depende fundamentalmente de estar dispuesto y de tener conciencia de esa necesidad. Para esto se requiere, desde luego, dar cabida a muchos protagonistas que solo la tienen hasta ahora de puertas hacia afuera y quizá puedan tener una voz más cercana y accesible hacia quienes están encargados de tomar estas decisiones.

Aquí parecería que el *lobby* se practica lejos del Congreso y no cerca. Algunos se asustan cuando se propone que el *lobby* se practica cerca o en el Congreso mismo, cuando debería ser realmente lo privilegiado. Como decía un político italiano, hijo de otro gran político, Giolitti, el Congreso vale en la medida en que se transforme en el grupo de presión del pueblo todo, es decir que es el grupo de presión final, donde se expresa la totalidad del pueblo.

Por ello me permito sugerir muy pocas cosas; ya sugerí muchas en 1970, cuando presenté mi proyecto de reforma de la Constitución vinculado con el tema de la delegación legislativa y del alivio de los mecanismos de formación y sanción de las leyes. No quiero entrar ahora a profundizar en ello, pero sí quiero proponer dos o tres cosas. Por lo pronto, no surge de la Constitución ni de la ley que el debate y la aprobación de las leyes se deba hacer en el recinto en general y en particular. Esto, que es una práctica inveterada, surge del reglamento y hace que muchas veces el debate y la aprobación en particular, artículo por artículo, se convierta en la reproducción del debate en general o del debate que ya transcurrió en las comisiones, donde en alguna oportunidad se analizó pormenorizadamente el texto de la ley. Por supuesto que no me estoy refiriendo a los temas donde el contenido político lleva el noventa y nueve por ciento del debate, sino a las leyes que significan en la práctica las mayores dificultades con el mantenimiento del quórum y el sostenimiento del entusiasmo en el recinto. Son las leyes técnicas, complejas y extensas, donde el debate en el recinto tiene gran sentido en general, pero pierde este o decae de alguna manera en el debate en particular. Por eso hace ya algún tiempo he propuesto —sin éxito aún, ni creo que lo tenga nunca— que por una simple ley (para que el cambio sea uniforme en las dos Cámaras aunque podría ser un cambio reglamentario) se delegue el debate y la aprobación en particular de las leyes a las comisiones, donde están representados los

bloques políticos en proporción, y solo vuelva al recinto en el caso de que un núcleo muy grande o considerable de legisladores —habría que fijar este número— pida una especie de apelación o reexamen en el recinto.

La segunda propuesta es la de la judicialización de las cuestiones de privilegio. Tanto en el recinto como en comisión, estas se han transformado en una maquinaria infernal donde solo en el cinco por ciento de los casos está en juego la violación de un privilegio colectivo o un privilegio individual de los legisladores. En la mayor parte de los casos, las cuestiones de privilegio sirven como ariete, perno o válvula para poder entrar al debate o para canalizar una insatisfacción política, una protesta o un reclamo, y en muchas oportunidades para conseguir algún tipo de eco o de resonancia en los medios de comunicación.

La judicialización de las cuestiones de privilegio consiste en que todas aquellas cuestiones en las que está en juego la eventual comisión de un delito, de una contravención o de un agravio que pueda devenir en delito pasen directamente a la justicia y no sean consideradas por la Cámara, con la dilación de tiempo que implican.

La tercera propuesta que debo hacer, y que se vincula con un manejo más funcional de la Cámara, apunta exactamente al revés de algo que se viene haciendo en los últimos diez años. Hay que reducir el número de comisiones que integra cada legislador, para que pueda atender más satisfactoriamente el trabajo en ellas. La pertenencia a más de dos comisiones crea en los hechos al legislador una dificultad operativa sumamente grande, que se traduce en una disfuncionalidad. Las representatividades partidarias pueden asegurarse perfectamente con un número menor de miembros en las comisiones, y sobre todo, por esa vía, sería mucho más fácil adelantar la sanción de normas tanto en tiempo como en concertación, ya que a veces las dificultades para conseguir quórum en las comisiones o la prolongación de los debates en ese ámbito —sobre todo cuando hay taquígrafos y medios de prensa— llevan a que las comisiones se conviertan en algo así como miniparlamentos.

Un último punto —sobre el cual creo que hay un consenso bastante generalizado y ya se ha avanzado en la materia— consiste en la reducción de los homenajes, cuyo objetivo puede perfectamente alcanzarse a través de una práctica, que algunos legisladores ya hemos asumido, que consiste en presentarlos por escrito. Simplemente se anuncia en forma verbal que se rinde homenaje a determinada persona y se acompaña el texto escrito, que quedará inmortalizado en el *Diario de Sesiones* para satisfacción de los familiares o deudos del homenajeado y del ego del homenajeado, pero sin dilapidar el precioso tiempo de la Cámara.

Lo que acabo de señalar depende de cambios reglamentarios, pero no todo puede solucionarse mediante modificaciones normativas pues hay circunstancias que dependen de hábitos y de prácticas. Los hábitos y las prácticas son difíciles de cambiar, sobre todo el de sesionar y hacer vida parlamentaria —entre comisiones, recinto y bloques— durante dos días o a lo sumo dos días y medio por semana. Comprendo que siendo el noventa por ciento de los legisladores —o más— provenientes del

interior del país, su estancia en Buenos Aires se vuelve gravosa y dificultosa. El alejamiento de la vida familiar o el abandono de las actividades profesionales causa muchas perturbaciones. La mayoría de los legisladores no son reelectos, de modo que su sacrificio —que la sociedad no valora y que tampoco es comunicado debidamente a la comunidad— es un sacrificio de cuatro años e importa luego volver a foja cero para reconstruir la vida profesional, y a veces hasta la vida familiar. Reconozco todo eso, pero hay que hacer un esfuerzo que permita no trabajar más, sino hacerlo mejor, porque al trabajar mejor se va a trabajar más. Se debe trabajar, si es posible, cuatro días a la semana en forma distribuida y racional, lo que llevará en definitiva a un resultado mucho más positivo.

No quiero prolongar más estas reflexiones, de modo que solo recordaré una frase del gran maestro León Blum, polémico político francés, famoso durante la Tercera República y comienzos de la Cuarta, cuya trayectoria, como ustedes saben, fue muy discutida pero al cabo de unos años todos han reconocido la autenticidad de su paradigma político. En una frase encerró sin embargo una gran filosofía, al decir: «El poder es tentador, pero la oposición es confortable». Hagamos lo posible para que la tentación del poder no atente contra la confortabilidad de la oposición y para que la confortabilidad de la oposición no sea un factor que lleve a la tentación del poder, de prescindir de la oposición o de atenuar sus roles en el cauce debido que debe tener. Tratemos de buscar el punto de equilibrio, y una forma de lograrlo es mejorando el sistema y cambiando costumbres y trabas.

Juan Vicente Sola*

El Poder Legislativo: de la división de poderes a la confusión de poderes

En nuestro país existe una distorsión, que es evidente en las formas de delegación legislativa, por la incorporación en el sistema de división de poderes, de prácticas provenientes de sistemas parlamentarios. Es decir que, en un sistema de gobierno presidencial, se han introducido normas administrativas importadas de los sistemas parlamentarios. Se ha querido explicar esta situación como la de tener un régimen constitucional de origen norteamericano y un sistema administrativo de origen francés, lo que ha sido llamado las dos caras de Jano.¹ Sin embargo, esto daría la impresión de que se trata solamente de una asociación o confusión de fuentes jurídicas, a lo cual el principal problema imputable sería el de la inconsistencia. La situación es mucho más grave porque pone en juego la estabilidad del sistema de gobierno democrático, debido a que *sobre un sistema de división de poderes se utilizan instituciones de origen parlamentario*.

En el sistema presidencial o de división de poderes, los ciudadanos eligen separadamente, en fechas y en períodos diferentes, a quienes ocuparán cargos en el

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Diplome des Hautes Etudes Internationales (IUHEI, Ginebra). Doctor en Economía. En la Universidad de Buenos Aires tiene los siguientes cargos: profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y en la carrera de Ciencia Política; director de la Maestría en Derecho y Economía; director del Departamento de Derecho Público I.

¹ «El derecho público argentino ha terminado por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativa hacia los regímenes del continente europeo». H. Mairal: *Control judicial de la administración pública*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. VII.

Congreso y al presidente. Por esta división de poderes, *la voluntad de los legisladores no coincide con la del presidente y sus competencias están separadas por la Constitución*. En la tradición republicana de la separación de poderes está firmemente establecido que la reglamentación de los derechos constitucionales corresponde al Poder Legislativo.

En los sistemas parlamentarios la situación es diversa. Los ciudadanos eligen principalmente —en algunos casos, únicamente— a sus representantes al Parlamento. La función de estos no es exclusivamente la de legislar, sino la de *invertir y la controlar al gobierno*. Para ello existen los votos de investidura y de censura por los cuales se designa y se destituye a un gobierno. En el sistema parlamentario, el gobierno depende de la voluntad del Parlamento, que lo puede destituir; requiere, en todos los casos, de la confianza parlamentaria para seguir gobernando.

Debido a que *en un sistema parlamentario el gobierno es consecuencia de la voluntad del Parlamento y depositario de su confianza, este último puede delegar en el gobierno la función legislativa*. Existe entre el Parlamento y el gobierno la relación de principal a agente. Como agente del Parlamento, el gobierno legisla siguiendo sus instrucciones. En caso de que la legislación no fuera del agrado del Parlamento, este podría censurar al ministro en cuestión o, más aún, a todo el gabinete. Estas prácticas eran habituales en el sistema francés de la Tercera República y de la Italia monárquica, de las cuales los juristas argentinos tomaron los fundamentos del derecho administrativo en las primeras décadas del siglo XX.

De esta práctica parlamentaria, hipertrofiada en la Argentina por la arrogancia de los gobernantes y la desidia de los jueces, han aparecido instituciones como los reglamentos autónomos, y los decretos de necesidad y urgencia. Al mismo tiempo ha tenido un crecimiento desordenado la delegación legislativa, institución típicamente parlamentaria. Más graves aún, las prácticas legislativas parlamentarias, fuera de un sistema de responsabilidad política parlamentario, crean una fuerte tendencia al autoritarismo. No solamente por quien ejerce el Poder Ejecutivo, sino hasta el último funcionario que pueda dictar un reglamento. Buchanan acuñó la frase del «burócrata Dios»² para referirse al poder a veces omnímodo de ciertos funcionarios en el Estado de bienestar. Se refería a la función puramente administrativa; en nuestro país cumple también la función legislativa.

Existe un conflicto latente entre el crecimiento de la legislación ejecutiva y el control judicial. Los sistemas parlamentarios europeos tradicionales no tienen *control judicial de constitucionalidad difuso*. Un ejercicio estricto del control de constitucionalidad por los jueces limitará probablemente en el futuro la legislación por la administración, a menos que la mente judicial sea contaminada por la doctrina administrativa europea, propia de sistemas parlamentarios, que ha sido transplantada en estas tierras.

² Véase Brennan y Buchanan: *El poder fiscal*, Madrid, Unión Editorial, 1987.

Un ejemplo de esta transición entre la división y la confusión de poderes es evidente en el caso *Cocchia*, en que la mayoría realizó una justificación de la delegación legislativa amplia de competencias al Poder Ejecutivo.

1. Caso *Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado nacional*³

El caso *Cocchia* es un precedente muy amplio en materia de delegación legislativa, de tal extensión que de su lectura es muy difícil conocer qué límites pudiera tener el Poder Legislativo, fuera de la simple negativa, a conceder cualquier tipo de delegación. Si bien distingue la delegación propia —originaria de los sistemas parlamentarios y que estaría prohibida en nuestro sistema de división de poderes— de la delegación impropia, que es cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, que, en cambio, estaría permitida, no determina claramente la diferencia entre ambas. De su lectura surge la idea de que el límite principal para la delegación legislativa está en la voluntad del Congreso y no en los límites impuestos en la Constitución que pueden ser controlados judicialmente. Se trataba de la derogación de un convenio colectivo por decreto. La mayoría lo consideró constitucional, no porque hubiera en el caso una delegación legislativa, sino una habilitación para que el Poder Ejecutivo dictara un *decreto de ejecución sustantivo* basado en las facultades que la Constitución le atribuye en el artículo 99, inciso 2, antes 86.

La disidencia señala con acierto la diferencia entre el sistema de división de poderes con el sistema parlamentario, en materia de delegación legislativa, y reitera que la reglamentación de los derechos constitucionales solo puede ser efectuada por ley y no por decreto.

Del caso *Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otro s. acción de amparo*, del 2 de diciembre de 1993, aparece un ataque a la división de poderes, a la que consideraba contraria al «armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales», olvidando es que una garantía constitucional contra el autoritarismo. Dijo la mayoría:

9.º) Que nuestra Constitución establece un reparto de competencias a la vez que medios para su control y fiscalización, por los que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno; atribuye a los distintos órganos facultades determinadas, necesarias para la efectividad de las funciones que se les asigna, y se asegura una relación de equilibrio, fijando órbitas de actividad y límites de autonomía, que al margen de su separación externa, no dejan de estar vinculadas por su natural interrelación funcional. *Ahora bien, tal «división» no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, en detrimento de un armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales.*

Esta interpretación, por el contrario, debe evolucionar en función de la dinámica de los tiempos históricos, signados a menudo por fases o episodios críticos, que demandan remedios excepcionales, carácter que no resulta necesariamente incompatible

³ *Fallos*, 316:2624.

con el marco normativo general y perdurable previsto por nuestros constituyentes [...] cabe tener presente que, en principio, el legislador —de quien no es dable presumir la imprevisión o inconsecuencia— reservó para sí el control y resguardo del interés público comprometido en la instrumentación de determinadas políticas de emergencia, y no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que les son propias. Si así lo hicieran, la Corte desplazaría a los poderes políticos y se convertiría en una «superlegislatura», como alguna vez se dijo en la Corte Suprema de Estados Unidos (voto concurrente en el caso *Dennis vs. US*, 341, US 494).⁴

La confusión entre el sistema parlamentario y el presidencial como fuente de poderes legislativos al presidente ha sido descrita y criticada en la disidencia del caso *Cocchia*.

Disidencia de los ministros Carlos Fayt y Augusto Belluscio

5) Aun cuando la invocación conjunta de los incisos 1° y 2° del artículo 86 de la Constitución nacional pueda generar dudas sobre la naturaleza del reglamento *sub examine*, es manifiesto que el demandado no ha entendido ejercitar una competencia extraordinaria en circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia, en su carácter de jefe supremo de la Nación y cabeza de la administración general del país, sino que ha entendido que su actuación se hallaba comprendida en la delegación que el Congreso le habría explícitamente conferido en el artículo 10 de la ley 23696 y en otras normas legales atinentes al programa económico de gobierno.

6) Que, en lo que respecta a la existencia de tal directiva, el artículo 10 de la ley 23696 aparece notoriamente insuficiente como norma habilitante para que el Poder Ejecutivo suspenda la vigencia de convenios colectivos de trabajo y deje sin efecto «todo acto normativo» que establezca «condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de decisión o administración empresaria, conforme lo dispuesto por los artículos 64 y 65 de la ley de contrato de trabajo», tales como las que menciona el artículo 35 del decreto impugnado, disposición aplicable a todas las «actividades portuarias, conexas afines».

En primer lugar, porque el citado artículo 10 se limita al objeto definido por el legislador en el capítulo II de la ley 23696 (empresa, establecimiento, actividad declarada por ley sujeta a privatización), que remite al anexo de la ley en lo concerniente a la «Administración General de Puertos, Descentralización y Provincialización», lo cual tiene un alcance mucho más limitado que el que resulta del ámbito personal y material de aplicación de las normas declaradas inconstitucionales por el tribunal a quo (cf. artículo 34, decreto 817/92).

⁴ Este caso, conjuntamente con el caso *Perry*, que también fuera citado en el caso *Montalvo, Ernesto Alfredo*, de 1990, es uno de los más desprestigiados de la Corte Suprema de Estados Unidos. El fallo es de 1951, durante uno de los puntos más fuertes de la guerra fría y se trataba de un grupo de individuos condenados a largos períodos de prisión por haber enseñado libros de Stalin, Marx, Engels y Lenin. La mayoría de la Corte confirmó las sentencias. La enérgica disidencia de Hugo Black dijo que los condenados no estaban acusados de intentar derribar el gobierno ni de realizar actos sediciosos, sino por hablar y hacer públicas sus ideas.

En segundo lugar, en razón de que la pretensión del Estado nacional entraña una suerte de delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este tribunal.

7) Que el fundamento de tal negativa reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual —como en su fuente, el constitucionalismo americano— tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituyentes, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del Estado de derecho. En efecto, en los regímenes de Ejecutivo de origen presidencialista —que recibe su legitimación del pueblo soberano—, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan —aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general— la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no tiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el Estado constitucional de derecho.

Por el contrario, la delegación legislativa y la delegación de competencias en una estructura de gobierno de Ejecutivo de origen parlamentario no representa riesgos para las libertades individuales. Ello es así porque la continuidad del Ejecutivo al que se le delega la capacidad de legislar del propio Parlamento, que mediante el voto de confianza o el voto de censura ejerce un control continuado sobre el ejercicio de las facultades conferidas, sin peligro de que el poder —o el exceso de poder— tienda a devenir tiránico.

[...]

11) Que, en síntesis, la pretensión de transponer en el marco de juridicidad en el que se esfuerza por vivir la República Argentina, soluciones al estado de emergencia —o, incluso sin requerir la configuración de tal extremo, soluciones tendientes a cumplir un programa determinado de gobierno— mediante prácticas en vigor en sistemas políticos que se sustentan en fundamentos diferentes a los que han inspirado nuestras instituciones, conlleva la ruptura del marco constitucional de equilibrio entre la independencia y la complementación de los órganos que ejercen el poder público. Ello solo conduce al descrédito de nuestra Constitución, cuyos principios son obviados por quienes precisamente reciben de ella la fuente de su legitimidad, lo cual sume a la Nación en una crisis aún más profunda.

2. Delegación legislativa y monopolios políticos

Esta apertura indiscriminada de la delegación de funciones legislativas en el Poder Legislativo supone un cambio en nuestro sistema político y una pendiente hacia el autoritarismo. El abandono estricto de la división de poderes revisa la Constitución sin tener en cuenta el procedimiento establecido para una enmienda constitucional. La *teoría de los carteles, o de los monopolios políticos*, explica el daño resultante. De la misma manera que los miembros de un cartel económico favorecen la restricción del comercio, los funcionarios que quieren formar un cartel político favorecen la delegación entre las distintas ramas del gobierno. Generalmente son la delegación legislativa en el Ejecutivo o la delegación de funciones judiciales. Por ejemplo, si el partido del presidente obtiene una mayoría de bancas en el Congreso, entonces este podrá votar para darle su poder al presidente. Al reducir la competencia política, la delegación legislativa beneficia a los políticos en el partido de

gobierno por la misma razón que daña al público. El hecho de que los funcionarios en el Congreso y en el Ejecutivo deseen concentrar poder sin revisar formalmente la Constitución no es una razón para que la Corte Suprema lo permita. Las Cortes no requieren del desacuerdo entre el Ejecutivo y el Legislativo para justificar el control de la separación de poderes.

La división de poderes significa separar instituciones que compartan funciones de gobierno. Cuando instituciones separadas comparten competencias se requiere que cooperen entre ellas. La cooperación generalmente acontece a través de negociaciones. Al separar los poderes, la Constitución hace que el gobierno deba actuar a través de negociaciones y acuerdos, y no a través de órdenes, como ocurriría en un orden jerárquico. Al controlar la separación de poderes, los tribunales mantienen la capacidad de negociación de cada rama del gobierno, en contra de las otras. Según esta teoría negociada de la democracia, los tribunales deben intentar preservar el poder de negociación entre los poderes.

La delegación legislativa pone en peligro la organización constitucional, en una extensión que no es siempre fácilmente visible. Sin partidos políticos, los acuerdos legislativos generalmente fracasan ya que son los partidos políticos quienes organizan la legislatura y disciplinan a los legisladores. Dentro del partido, los legisladores interactúan generalmente dentro de un sistema de órdenes. Las listas completas o sábanas favorecen esta disciplina partidaria. Al darle más poder al Ejecutivo, a través de la delegación, por ejemplo, y al favorecer a partidos grandes, una Constitución estimula el gobierno por órdenes. A la inversa, al darle menos poder al Ejecutivo y favorecer el pluralismo partidario, la Constitución favorece el gobierno por negociación y acuerdo. La delegación legislativa, tanto como el sistema electoral, cambian la ingeniería constitucional.

Tanto en los mercados como en la política, los carteles se desestabilizan en la medida que su tamaño aumenta.⁵ Al separar las ramas políticas, creando la división de poderes, las Constituciones aumentan el tamaño del cartel que monopoliza el poder. De esta manera, la separación de poderes reduce la posibilidad de que una persona o partido obtengan la hegemonía política. Al mismo tiempo, al apoyar la competencia, la separación de poderes canaliza la interacción y ofrece un mejor gobierno a los ciudadanos, ya que cada rama controla a las demás y se especializa en el ejercicio de sus funciones.

Idealmente, la competencia electoral alinea los fines del legislador con los de los votantes. Legislar requiere negociar y deliberar entre los legisladores. Para las elecciones y para la negociación, los legisladores forman partidos y controlan al Ejecutivo. El Ejecutivo implementa los acuerdos. Aplicar la legislación requiere una acción decisiva y el Ejecutivo cuenta para ello con una organización jerárquica. Interpretar la legislación requiere independencia de la política y el dinero. Para esto son ideales los tribunales

⁵ Se refiere a carteles como formas monopólicas u oligopólicas.

y la Corte Suprema. En suma, el Congreso provee el mejor foro para negociar sobre las leyes, el Ejecutivo puede actuar decisivamente para implementar la ley, y la justicia puede interpretar la ley. Cada uno tiene los costos de transacción más bajos para cumplir con su fin. En realidad, cada una de las ramas cumple con las tres funciones pero con una extensión diferente. La democracia promueve la eficiencia, ya que reduce los costos de transacción de la negociación política. Una legislatura desorganizada no puede negociar y legislar eficazmente. Una teoría estratégica de la democrática reconoce la función del Ejecutivo en el proceso legislativo.

3. Los precedentes sobre delegación legislativa

La delegación legislativa surgió como un reconocimiento de la flexibilidad de la competencia entre los poderes y como producto de una lectura consecuencialista de las normas regulatorias. Originalmente, esta interpretación fue la solución imaginada frente a una situación donde la reglamentación sobre la salubridad pública en los puertos se había efectuado por decreto. Una lectura restrictiva de la norma hubiera causado un grave daño y por eso se reconoció una extensión amplia de la delegación legislativa. Probablemente, si sus autores hubieran efectuado una interpretación más amplia de las consecuencias, con una clara comprensión de la pendiente resbaladiza en la que se embarcaban, hubieran limitado el reconocimiento amplio de la delegación legislativa.

4. La prohibición de la delegación legislativa y su evolución

La Constitución, luego de la reforma de 1994, estableció el principio de la prohibición de la delegación legislativa y su autorización en casos de excepción. En esto innovó sobre la Constitución de 1853-60, que no se refería al tema, en la cual, debido a la separación de poderes, correspondía al Congreso la legislación y nunca al Poder Ejecutivo. La reforma de 1994 reconoció una larga pendiente que comienza con el caso *Agencia Marítima Delfino* y que concluye en el caso *Cocchia*, luego de los cuales la delegación amplia de facultades legislativas al presidente aparentaba ser la regla. La reforma de 1994 estableció, con una redacción curiosa, la prohibición enfática, en el artículo 76, al principio: «Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo», y luego establece dos excepciones, una estricta: «salvo en materias determinadas de administración», y luego se establece una descripción opaca, sin ningún límite preciso: «o de emergencia pública». En nuestro derecho público, la emergencia pública no es únicamente ilimitada, sino también indefinible.⁶ El artículo establece una limitación temporal y de contenido: «con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca». El plazo

⁶ Véase al respecto la doctrina del caso *Peralta*.

no tiene límite temporal máximo, por lo que podría ser muy extenso y renovable; las bases pueden ser genéricas u opacas. Por lo tanto, los constituyentes permitieron con esta redacción equívoca la posibilidad de una delegación legislativa plena en el Poder Ejecutivo.

No hablamos aquí de los reglamentos mencionados en el artículo 99, inciso 2, que atribuye al presidente: «Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias».

La norma del artículo 76, en su confusa redacción, podría ser interpretada dando al presidente la autorización de dictar normas de contenido legislativo, en mayor amplitud que la doctrina de la Corte Suprema. Sin embargo, la interpretación correcta es la que insiste en la primera parte del artículo 76, con una prohibición estricta, ya que al menos en esta parte la redacción del constituyente insiste en prohibir. En cuanto a las excepciones, una lectura que respete la división de poderes admitiría la delegación impropia, que es cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley y que sí estaría permitida en cuanto sea la aplicación del artículo 99, inciso 2, pero no la delegación propia, propia de los sistemas parlamentarios y que estaría prohibida en nuestro sistema de división de poderes.⁷

El Ejecutivo forma una jerarquía cuyos miembros interactúan a través de órdenes. El Congreso se integra por legisladores que actúan primariamente a través de negociaciones. La distribución de poderes determina una mezcla de órdenes y de negociaciones. El Poder Judicial garantiza el cumplimiento de los acuerdos políticos que se lograron en las negociaciones que llevaron a la ley. La ley es el resultado del acuerdo, que también refleja los intereses y las opiniones de los ciudadanos. La delegación y los reglamentos ejecutivos limitan la negociación y *favorecen el estado jerárquico*. Son una pendiente de autoritarismo. Se puede recordar la expresión del juez Roberto Repetto:

La función específica del Congreso es la de sancionar las leyes necesarias para la felicidad del pueblo; la del Poder Ejecutivo consiste solo en hacerlas cumplir debidamente. Es clásico el principio de la división y coordinación de los poderes ínsito en toda democracia y tan antiguo como nuestra Constitución o su modelo norteamericano o como el mismo Aristóteles, que fue su primer expositor. Este espíritu trasciende en la letra de toda la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte.⁸

⁷ Esta clasificación entre delegación impropia y propia es puramente didáctica, ya que no determina claramente la diferencia entre ambas.

⁸ En el fallo *Municipalidad de la Capital c. Carlos Mayer*, Fallos, 201:278. El mensaje es sencillo para quien quiera entenderlo.

5. La delegación en agencias gubernamentales

Una forma de control sobre la aplicación de la ley por la administración son los organismos descentralizados, también llamados agencias gubernamentales. Es una aplicación de la *teoría de la agencia* en la que un *principal*, en este caso el Congreso, da *instrucciones a un agente*, en este caso la administración, y establece una estructura de gobierno⁹ para asegurarse de que las instrucciones se cumplan. Los organismos descentralizados, llamados también agencias independientes, cumplen esta función y tienen como garantía que sus principales funcionarios, si bien son designados por el Poder Ejecutivo, y en casos con acuerdo del Senado, no pueden ser removidos sin una causa que lo justifique. Este procedimiento relativamente sencillo asegura el cumplimiento de las instrucciones del principal, es decir el Congreso, sobre el agente, es decir la administración. Este sistema asegura la división de poderes y una mejor administración de recursos públicos, pero no está ausente de conflictos. *Las agencias gubernamentales reciben la delegación directamente del Congreso. Es decir, la delegación de funciones no se efectúa al presidente y de allí a las agencias. Por el contrario, al crearse un organismo descentralizado, agencia u ente regulador, el Congreso establece directamente sus competencias y le delega eventualmente funciones regulatorias.*¹⁰

Las agencias gubernamentales tienen, por lo tanto, dos principios básicos: 1) creación por ley, y 2) alguna forma de estabilidad para sus principales funcionarios.

Habitualmente cada poder público desea aumentar su poder. Un nuevo presidente querrá, al asumir, imponer personal de su confianza en los cargos públicos y para ello deseará remover a los jefes de los órganos administrativos existentes para instalar en su lugar a funcionarios de su confianza personal. Si el presidente pudiera hacerlo, se quebraría la aplicación de la relación principal-agente que la existencia de estos organismos asegura; al mismo tiempo *debilitaría la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Congreso*. Y se afectaría seriamente la estabilidad y seguridad de las transacciones reguladas por los organismos públicos, que serían fácilmente influibles por los grupos de interés. Esta cuestión del conflicto sobre la estabilidad de los directores de las agencias gubernamentales, consecuencia de la división de poderes, fue debatida en el caso *Humphrey's Executor*, de 1935. Como en otros casos, el derecho público argentino debate problemas resueltos en otros sistemas hace ya tiempo.

⁹ En inglés *governance*, ya que no se trata estrictamente de un gobierno sino de una forma de buena administración.

¹⁰ El error de sostener lo contrario proviene de la falacia de que el Poder Ejecutivo es unipersonal; sería sostener la doctrina del Ejecutivo unitario, que es fuertemente autoritaria. Cf. Cass R. Sunstein: «The Myth of the Unitary Executive», en *Administrative Law Journal of The American University*, verano de 1993.

6. El caso *Humphrey's Executor v. United States*¹¹

En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una cláusula de la ley que creaba la Comisión Federal de Comercio que permitía al presidente remover a sus miembros pero solamente en caso de «ineficiencia, negligencia en el cumplimiento del deber o mal desempeño en el cargo». El comisionado Humphrey había fallecido y se reclamaban sus salarios caídos desde su remoción por el presidente.

El ministro Sutherland expresó la opinión de la Corte:

La Comisión Federal de Comercio es un organismo administrativo creado por el Congreso para llevar adelante *políticas legislativas establecidas* en la ley de acuerdo con los estándares administrativos prescriptos en ella, y para cumplir otras funciones especificadas como una ayuda legislativa o judicial. *Ese cuerpo no puede en un sentido propio ser caracterizado como un brazo o un ojo del Ejecutivo*. Sus funciones son cumplidas sin la venia del Ejecutivo y en la redacción de la ley debe estar fuera del control del Ejecutivo. Al administrar lo establecido en la ley con respecto a los «métodos injustos de competencia», es decir, *al llenar y administrar los detalles dentro del estándar general, la comisión actúa en parte en una función cuasi legislativa y parte cuasi judicial*. Al efectuar investigaciones e informes para la información del Congreso [...] en ayuda al Poder Legislativo, actúa como una agencia legislativa.

La autoridad del Congreso, al crear agencias cuasi legislativas o cuasi judiciales, para requerirles el cumplimiento de sus funciones independientemente del control ejecutivo no puede ser puesta en duda, y que la autoridad incluye, como un incidente apropiado, el poder de fijar el período durante el cual deben continuar y prohibir su remoción con excepción de justa causa.

Porque es bastante evidente que quien ejerce su función solamente mientras le plazca a otro (*holds his office only during the pleasure of another*) no puede esperarse que mantenga una actitud de independencia en contra de la voluntad del otro. La necesidad fundamental de mantener a cada uno de los departamentos generales del gobierno completamente libres del control o de la influencia coercitiva, directa o indirecta, de cualquiera de ellos, ha sido habitualmente expresada y no admite un cuestionamiento serio. Es eso lo que implica en sí mismo el hecho de la separación de poderes de esos departamentos por la Constitución y en la norma que reconoce su coigualdad esencial. La aplicación sensata de un principio que hace a cada uno dueño en su propia casa le impide imponer su control sobre la casa del otro que es dueño en ella. James Wilson, uno de los redactores de la Constitución y un juez de esta Corte, dijo que la independencia de cada departamento requiere que sus actividades «deben ser libres de la influencia más remota, directa o indirecta, de cualquiera de los otros dos poderes». (Andrews, *The Works of James Wilson (1896)*, vol. 1, 1896, p. 367. Y el ministro Story, en el primer volumen de su trabajo sobre la Constitución, citando a *El Federalista*, n.º 48 dijo que ninguno de los departamentos en relación con los otros debía poseer, directa o indirectamente, una influencia dominante en la administración de sus poderes respectivos.

El *holding* de este fallo indica que dentro de un sistema de división de poderes la administración, cuando cumple la función de completar la reglamentación de derechos

¹¹ 295 U.S. 602 (1935).

hecha por ley, no depende exclusivamente del Poder Ejecutivo. Los funcionarios a cargo de organismos administrativos tienen estabilidad en la función como forma de asegurar el cumplimiento de las directivas efectuadas por el Congreso.

Entre las agencias gubernamentales con este régimen se pueden mencionar el Banco Central, la Administración Federal de Ingresos Públicos, los entes reguladores de servicios públicos, entre otros.

7. El caso *Ángel Estrada y Cía. S. A.*

En este caso se trataba de dilucidar si el ENRE, Ente Nacional para la Regulación de la Energía Eléctrica (en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le atribuye el artículo 72 de la ley 24065) resultaba competente para resolver respecto de controversias de daños y perjuicios planteadas por los usuarios contra las distribuidoras del suministro de energía eléctrica. La respuesta es una continuación de la doctrina de Fernández Arias; el Congreso puede delegar funciones en un ente, incluyendo algunas judiciales, pero con un control judicial suficiente posterior.

Buenos Aires, 5 de abril de 2005.

Vistos los autos: *Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol.71/96 - Sec. Ener. y Puertos.*

[...]

12) Que para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el artículo 72 de la ley 24065 es preciso computar la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución nacional (*Fallos*, 312:111 y 1036, y sus citas). En consecuencia, la atribución de dirimir todas las controversias de contenido patrimonial que se susciten entre particulares con motivo del suministro de energía eléctrica debe ser entendida con el alcance derivado de la doctrina de *Fallos*, 247:646 y, la más próxima de *Fallos*, 321:776. De conformidad con ellas, el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución nacional que, basado en el texto del artículo 108 de la Constitución de Chile de 1833 prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

13) Que conviene recordar que la atribución de la jurisdicción primaria a organismos administrativos (doctrina tomada de EE. UU.) se justifica cuando la resolución de la controversia *presuponga la familiaridad con hechos cuyo conocimiento haya sido confiado por la ley a cuerpos expertos*, debido a que su dilucidación depende de la experiencia técnica de dichos cuerpos; o bien porque están en juego los particulares deberes regulatorios encomendados por el Congreso a una agencia de la administración; o cuando se procure asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las regulaciones políticas diseñadas por la agencia para una industria o mercado

particular, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de las decisiones de jueces de primera instancia. Por el contrario, la Suprema Corte de los Estados Unidos entendió que el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen propio de las agencias. Es decir, la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran «el corazón» de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó. Entre ellas están, por ejemplo, las decisiones relativas a la razonabilidad de las tarifas. Es que la denominada «jurisdicción primaria» de las agencias administrativas comprende los conflictos que originalmente corresponden a la competencia de los jueces ordinarios, pero que en virtud de la existencia de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un cuerpo administrativo, con la salvaguarda de que la palabra final sobre la validez de las órdenes o regulaciones dictadas por aquel siempre compete a los jueces ordinarios.

14) Que es relevante añadir que no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el artículo 116 de la Constitución nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. *Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la administración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas*, lo cual está expresamente vedado en el artículo 76 de la Constitución nacional, con salvedades expresas.

15) Que, de manera general, la expresión «toda controversia» contenida en el artículo citado debe entenderse como circunscrita a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios.

8. La competencia entre el Legislativo y el Ejecutivo

El caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* del año 1952

En esta materia de las relaciones del presidente con el Congreso, la doctrina constitucional de los Estados Unidos presenta la decisión de la Corte Suprema en el caso de la toma de las acerías.¹² Durante la guerra de Corea, el presidente Truman ante el riesgo de un *lock out* empresario que pudiera poner en peligro la provisión de acero para la guerra ordenó por decreto (*executive order*) al secretario de Comercio que tomara posesión de las acerías y que las mantuviera en funcionamiento. Arguyó que esta competencia era un poder inherente del presidente. El Congreso no había dictado ninguna ley que autorizara la toma, ya fuera antes o después del hecho; lo que es más importante, había considerado y rechazado la autorización para el tipo de ocupación que Truman había ordenado.

¹² Si bien el caso es conocido como la *Toma de las acerías*, el fallo es *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, del año 1952.

La Corte rechazó la acción presidencial, en un fallo que redactó el juez Hugo Black. El presidente, escribió Black, se ha transformado en legislador, una función que ha sido asignada al Congreso. La toma era por lo tanto ilegal. «El poder del presidente, si lo tuviera, para tomar una decisión de este tipo, debe provenir de una decisión del Congreso o de la misma Constitución».¹³

A pesar de la brevedad y la elegancia de la sentencia de Black, este caso es recordado por la opinión concurrente del juez Robert Jackson, que estableció la doctrina de la flexibilidad de las competencias presidenciales.

La importancia de esta decisión hace su mención inevitable:

El arte de gobernar bajo nuestra Constitución no se conforma y no puede conformarse a definiciones judiciales del poder de alguna de sus ramas basadas en cláusulas aisladas o en algún artículo separados de su contexto. Si bien la Constitución privilegia la difusión del poder para asegurar la libertad, también contempla que la práctica integrará a los poderes dispersos en un gobierno eficaz (*workable*). Asocia en sus ramas separación pero también interdependencia, autonomía pero también reciprocidad. *Los poderes presidenciales no son fijos sino que fluctúan, dependiendo de disyunción o conjunción con los del Congreso*. Podemos comenzar con un agrupamiento algo sobresimplificado de situaciones prácticas en los cuales el presidente puede dudar, o en otras puede enfrentar sus poderes (los del Congreso) y distinguir someramente las consecuencias legales de este factor de relatividad.

[...]

1) Cuando el presidente actúa siguiendo una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad está en el máximo, porque ella incluye todo lo que posee por derecho propio más todo lo que el Congreso le puede delegar. En estas circunstancias, y en estas solamente, se puede decir que personifica la soberanía federal. Si su acto es considerado inconstitucional en estas circunstancias, significa usualmente que el gobierno federal como un todo indiviso carece de competencia. Una toma ejecutada por el presidente siguiendo una ley del Congreso estaría apoyada por más fuerte presunción y la más amplia latitud de interpretación judicial, y el peso de esta presunción se apoyará pesadamente en aquellos que pudieran atacarla.

2) Cuando el presidente actúa en la ausencia de una concesión o de un rechazo de autoridad del Congreso, solo puede contar con sus poderes propios independientes, pero existe una *zona de penumbra* en la cual el Congreso puede tener una autoridad concurrente, o en la que su distribución es incierta. Por lo tanto, la inercia del Congreso, su indiferencia o aquiescencia puede a veces, por lo menos en cuestiones prácticas, permitir o aun invitar, medidas de responsabilidad independiente. En esta área cualquier prueba efectiva de poder dependerá probablemente en los imperativos de los hechos y en imponderables contemporáneos más que en teorías abstractas de la ley.

3) Cuando el presidente toma medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está su mínima expresión, porque en ese caso sólo puede confiar en sus poderes constitucionales propios menos cualquier poder constitucional que el Congreso tenga en la materia. [...] Una pretensión presidencial a una competencia tan concluyente y excluyente debe ser escrutada con cautela, porque estaría en juego el equilibrio establecido en nuestro sistema constitucional.¹⁴

¹³ Cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, p. 585.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 635-37, 1952. Jackson, J. *concurring*.

Esta opinión es notable por ser pionera en señalar la esterilidad de la búsqueda de los poderes inherentes del presidente enfrentándolos con el Congreso, antes bien la necesidad de asociar la voluntad de esta en la decisión presidencial. Esta decisión de Jackson ha sido considerada por la misma Corte Suprema *como la mejor combinación de análisis constitucional y de sentido común que existe en este tema*.¹⁵

¹⁵ Cf. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654, 1981, dicho en la decisión redactada por el presidente de la Corte, Rehnquist.

Gregorio Badeni*

Comisiones investigadoras

La facultad de investigación, que se atribuye al Congreso y a cada una de las Cámaras que lo componen, constituye una potestad esencial e indispensable para que el órgano legisferante pueda dar cumplimiento a la misión que le asigna la Constitución en el marco de la estructura del poder.

Para legislar y ejercer sus restantes potestades, a los integrantes del Congreso no les basta con conocer los antecedentes legislativos, doctrinarios o jurisprudenciales, así como tampoco las opiniones o juicios resultantes de sus experiencias e indagaciones particulares.

Su labor debe ser esencialmente práctica e impersonal y no predominantemente teórica y subjetiva. Además de aquellos aspectos, su conocimiento debe abarcar las realidades e inquietudes sociales, económicas y políticas, sobre las cuales versará la actividad legislativa, y ese conocimiento, muchas veces, solo se puede obtener mediante el procedimiento de la investigación, a través del cual cabe recoger eficazmente la información y datos necesarios para aquel fin.

* Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Periodismo. Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Morales y Políticas.

El tema, por su tratamiento doctrinario y los antecedentes congresuales que registra, no es novedoso. Ello, claro está, tampoco significa que su análisis se encuentre agotado, por cuanto muchos aspectos del poder de investigación no han tenido hasta el presente materialización práctica, y otros, son objeto de opiniones dispares. Basta recordar los numerosos casos en que el poder de investigación fue ejercido por las Cámaras del Congreso y el celo puesto de manifiesto por sus componentes en defensa de dicha atribución, particularmente, frente a las objeciones expresadas por el Poder Ejecutivo,¹ así como también los reparos y críticas emanadas de diversas entidades² condenando los excesos que genera su ejercicio.

En el marco de la estructura constitucional argentina, el Congreso está facultado para ejercer el poder de investigación y obtener la información que estime necesaria o conveniente para dar cumplimiento a las funciones que le asigna la Constitución.

En forma genérica, esa potestad abarca tanto el requerimiento que puede efectuar el Congreso al Poder Ejecutivo o al Poder Judicial, tanto de la Nación como de las provincias, para recibir las explicaciones o los informes que considere convenientes, como la colaboración exigida a los particulares para que mediante sus declaraciones o exhibición de documentos, ofrezcan los datos conducentes a la eficacia de la investigación.

El Congreso está facultado expresamente por el artículo 71 de la Constitución nacional, que reproduce textualmente el artículo 39 de la Constitución de 1826, para requerir informaciones y explicaciones directas al Poder Ejecutivo. Esta facultad, que guarda relación con la atribuida a los ministros del Poder Ejecutivo por el artículo 106 de la Constitución, tiene por objeto que el Congreso pueda obtener la información necesaria y conveniente para legislar, conocer la marcha de los negocios públicos y ejercer su potestad de control sobre el órgano ejecutivo.

También puede el Congreso realizar investigaciones adoptando todas las medidas que estime conducentes y oportunas, aunque esta facultad no ha sido establecida expresamente por la Constitución.

Su fundamento constitucional puede ser expuesto de dos maneras. Se trata de una potestad que, en forma implícita, resulta de las funciones atribuidas al Congreso y que se pueden concentrar en: a) la de legislar; b) la de controlar a los restantes poderes del gobierno, examinando su actuación gubernamental y administrativa, con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad a través, particularmente, del juicio político. No se trata, entonces, de una potestad resultante del artículo 75, inciso 32, de la Constitución, ya que entre los poderes antecedentes que menciona esa norma, no figura el de investigar.³

¹ Jorge R. Vanossi: «El poder de investigación del Congreso nacional», en *Revista del Instituto de Ciencias Políticas*, Universidad del Museo Social Argentino, vol. VI, Buenos Aires, 1992, p. 30.

² Declaraciones emitidas por el Colegio de Abogados de Buenos Aires (*La Nación*, 2 de enero de 1959) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires (*La Prensa*, 4 de enero de 1959).

³ Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 550.

Sin embargo, el criterio dominante en la doctrina constitucional encuadra la potestad para investigar en el artículo 75, inciso 32, de la Constitución, con el carácter de medio o instrumento conveniente para poner en ejercicio los poderes antecedentes, o sea los enumerados en los incisos precedentes del referido artículo constitucional.⁴ Consecuencia de ello es que el Congreso no puede efectuar investigaciones sobre cualquier asunto, sino exclusivamente respondiendo a propósitos legislativos que, como tales, deben estar vinculados con las funciones específicas que delimita la Constitución.

De todos modos, en ambos supuestos se admite que el poder de investigación del Congreso no ha sido establecido en forma expresa por la Constitución, y que se trata de una atribución implícita cuyo ejercicio puede desarrollarse en un marco sumamente amplio sin invadir el área de competencia exclusiva de los restantes órganos del gobierno.

Asimismo, y tal como acontece con otros temas constitucionales, su ejercicio por el Congreso no estuvo precedido por una formulación doctrinaria en el orden nacional. El precedente utilizado a tal efecto fueron las prácticas norteamericanas cuyo sustento no encuentra un hecho desencadenante similar en el proceso constitucional argentino.

En los Estados Unidos, el poder de investigación fue ejercido, por primera vez, en el año 1792 cuando la Cámara de Representantes resolvió nombrar una comisión para investigar la campaña militar desastrosa desarrollada en 1791 por el general Saint Clair, en su expedición contra los indios del noroeste. En esa oportunidad se facultó a la comisión para citar y tomar declaraciones a las personas, así como también para hacer presentar ante ella los documentos y archivos que considerara necesarios para la investigación.

Como en la Constitución norteamericana, a igual que en la Argentina, la potestad de investigación no está establecida en forma expresa, el fundamento originariamente invocado por el Congreso consistió en presentarlo como un incidente necesario de los poderes que expresamente se le delegaron,⁵ y cuyo ejercicio estaba avalado por las prácticas coloniales y del Parlamento británico.

Así, las legislaturas coloniales norteamericanas habían afirmado, reiteradamente, su derecho a citar testigos, para efectuar investigaciones, y aplicar sanciones a los que eran acusados de rebeldía. Asimismo, en Gran Bretaña la potestad de la Cámara de los Comunes para efectuar investigaciones, citar a personas, aplicar sanciones a los testigos que se negaban a declarar o que incurrieran en falso testimonio, fue considerada, desde el siglo XVIII, como absoluta e ilimitada. La exclusión de la *lex*

⁴ Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo IX, Buenos Aires, 1987, p. 384.

⁵ Bernard Schwartz: *Los poderes del gobierno*, tomo I, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, p. 161.

parliamenti de todo otro ámbito legal, dio lugar a que la actuación de la Cámara de los Comunes no estuviera condicionada al control de ningún otro poder del gobierno. Tal posición fue aceptada por los tribunales británicos que, respondiendo a las instrucciones de su tribunal superior, integrado a la Cámara de los Lores, establecieron que el poder de investigación y las sanciones consecuentemente aplicadas no estaban sujetas al control o revisión judicial.

Sin embargo, la aplicación de esta doctrina en los Estados Unidos fue objeto de severas críticas y reparos basados en las características de su sistema constitucional. Así, en el caso *Kilbourn vs. Thompson*,⁶ la Suprema Corte sostuvo que:

Los poderes y privilegios de la Cámara de los Comunes en Inglaterra, en materia de castigos por desobediencia, descansan sobre los principios que no tienen ninguna aplicación a otros cuerpos legislativos y ciertamente no son aplicables en forma alguna a la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.

En los Estados Unidos, sobre la base de la diferencia que existe entre un sistema parlamentario y un sistema presidencialista, se dejó abierta la puerta a la revisión judicial aplicando la doctrina del control de constitucionalidad que, en este último sistema, compete al Poder Judicial respecto de los actos emanados de los restantes poderes del gobierno. De tal modo, en ese país fueron muchas las oportunidades en que los tribunales judiciales y la Suprema Corte ejercieron su poder de control poniendo límites a la potestad de investigación del Congreso.⁷

Así como en Gran Bretaña, la concentración de los poderes políticos en el Parlamento fue consecuencia de su enfrentamiento secular con la Corona, la aplicación de algunas de esas potestades por el Congreso norteamericano, en su carácter de heredero político de aquel, determinó una firme reacción en el Poder Judicial que no desembocó en un conflicto de poderes como consecuencia del acatamiento del Poder Legislativo y la convicción de que los gobiernos justos descansan, no en la coerción y la fuerza, sino en la razón y el asentimiento.⁸

Esa actitud del Poder Judicial norteamericano adquirió matices definitivos a partir de la actuación que tuvieron el comité de la Comisión de la Cámara de Representantes sobre Actividades Antinorteamericanas y el presidido por el senador Mc Carthy, determinando que el Congreso se abstuviera de usar su poder coercitivo en el curso de las investigaciones cuando, a través de su ejercicio, se pudieran vulnerar derechos y garantías constitucionales. Tanto en el procedimiento del desacato, como

⁶ 103 U.S. 168, de 1881.

⁷ Casos *Marshall vs. Gordon*, de 1917 (243 E.U., 521), *Quinn vs. United States*, de 1955 (349 E.U., 155), *Slochow vs. Board of Higher Education*, (350 E.U., 551 del año 1956), *Watkins vs. United States* de 1957 (354 E.U., 178). En este último caso, el presidente Warren de la Suprema Corte sostuvo que: «A diferencia de la costumbre inglesa, desde el mismo principio, el uso de la legislatura del poder contra el desacato se consideró sujeto a revisión judicial».

⁸ Alpheus Malson: *American Politics Government*, Nueva York, Basic Books Inc., 1965, p. 48.

con motivo de la ejecución de ciertos actos de investigación, el Congreso requiere la participación de los tribunales judiciales o del Departamento de Justicia, o bien, concede a la persona la inmunidad de autoincriminación que le brinda una protección absoluta frente a cualquier acusación judicial que se le pudiera formular con motivo de sus declaraciones.⁹ En este último caso, como consecuencia de la quinta enmienda efectuada a la Constitución norteamericana,¹⁰ se reconoce a las personas el derecho a guardar silencio ante el interrogatorio de las comisiones investigadoras, hasta tanto se les ofrezca la inmunidad.¹¹

Es materia opinable si los antecedentes norteamericanos sobre la potestad de investigación del Congreso tienen plena aplicación frente al sistema constitucional argentino. En primer lugar, porque su inserción práctica en los Estados Unidos obedeció a precedentes coloniales y del sistema parlamentario británico, que no tuvieron aplicación ni paralelo en el régimen constitucional argentino. En segundo lugar, porque el principio básico y la razón de ser del derecho constitucional argentino, aplicable en este campo como en otros, reposa sobre una concepción humanista que niega, en forma terminante y absoluta, la existencia de poderes gubernamentales que no sean susceptibles de control y revisión judicial cuando afectan derechos y garantías constitucionales.

Una interpretación teleológica de la Constitución nacional, basada sobre los objetivos generales expuestos por su Preámbulo, revela que se nutre de una finalidad humanista y personalista cuyo objetivo es consagrar y preservar la dignidad del hombre frente al ejercicio abusivo del poder. Todas las técnicas y procedimientos establecidos por la Constitución están destinadas a evitar ese ejercicio a través de su control. Todos los actos del poder, en la medida que se relacionan con las garantías y los derechos subjetivos resultantes de la Constitución, están sujetos al control judicial por aplicación del artículo 116 de la ley fundamental.

El control de legalidad y constitucionalidad que compete al Poder Judicial impide la existencia de una autoridad cuyos actos estén totalmente exentos de un control orgánico. La finalidad humanista de la Constitución, la doctrina de la división de poderes, y su complemento reflejado en la teoría del control, se oponen a la concepción de la seguridad nacional o del estado de necesidad como situaciones límites que justificarían apartarse de los preceptos constitucionales generando actos gubernamentales exentos de control que conducen a la omnipotencia del poder que les dio origen.

Así, en el célebre caso *Horta c/ Harguindeguy*, la Corte Suprema estableció que:

⁹ Gaylon Caldwell y Robert Lawrence: *Teoría y práctica del gobierno actual de los Estados Unidos*, México, Diana, 1972, p. 197.

¹⁰ Tal garantía está prevista en el artículo 18 de la Constitución nacional.

¹¹ Ernest Schulz: *American Government*, Nueva York, Barrons Educational, 1972, p. 211.

La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el legislativo ni ningún departamento del gobierno pueden ejercer lícitamente otras funciones que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquellas. Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad popular expresada en dicha forma.¹²

La inexistencia de poderes absolutos e ilimitados frente a las libertades, derechos y garantías constitucionales es extensiva al poder de investigación que tiene el Congreso. Por más amplio que sea ese poder, no por ello dejará de tener límites y estar sujeto al control de otro órgano del gobierno.

Sin embargo, aceptar la existencia del control y de una autoridad a cuyo cargo está velar por el cumplimiento de las limitaciones impuestas al poder de investigación, no debe conducir a la desnaturalización de este último. Sobre el particular, y resaltando las dificultades para lograr el equilibrio en esta materia, se ha destacado que, probablemente no existe ningún método satisfactorio que permita limitar el poder de compulsión del Congreso cuando este desea obtener cierta información. Si la idea de la falta de límites se fusiona con la intención de organizar la autoridad parlamentaria alrededor de este concepto, se abre el camino a un nuevo tipo de Congreso, que ciertamente podría destruir la autonomía de otras instituciones, despojar totalmente de sentido al carácter confidencial de ciertos temas y reemplazar el imperio de la ley por una serie de caprichosas directivas, amenazas y exigencias. Por otra parte, si se limitara seriamente el poder de investigación del Congreso, se privaría al cuerpo de un arma necesaria para su propia supervivencia, que le permite descubrir y denunciar los procedimientos incorrectos.

Es evidente que ninguna de las dos alternativas resulta atractiva, y para apartarnos del dilema es necesario estudiar la función de las comisiones investigadoras no solo desde el punto de vista legal, sino también con criterio político e institucional.¹³

Si bien constituye un presupuesto básico que el Congreso, para tener acceso a los hechos, debe y puede efectuar investigaciones, ellas no pueden apartarse de sus objetivos y, dentro de su marco, no pueden conducir a la desnaturalización de la finalidad humanista de la Constitución.

La investigación no puede estar por encima de la Constitución sino dentro de su cauce e, inclusive, toda ley que reglamente su ejercicio solamente tendrá validez en tanto responda y respete los lineamientos constitucionales.

¹² Fallos C.S. 137:47.

¹³ Roland Young: *El congreso norteamericano*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, p. 192.

En todos aquellos supuestos en que el ejercicio del poder de investigación excede el marco constitucional, están previstos los instrumentos idóneos para restablecer el equilibrio que debe imperar en un Estado de derecho, ya sea a través de la denuncia judicial de los funcionarios implicados por el ejercicio abusivo del poder, o mediante las herramientas del hábeas corpus o amparo para solicitar que se ponga término a los efectos de una medida o evitar que ellos se produzcan.

En estos casos, el Poder Judicial, ejerciendo su rol de poder del Estado, en un plano de igualdad frente a los demás, podrá dar cumplimiento a su función constitucional revisando tanto la legalidad del hecho como los alcances y contenido de la investigación para poder pronunciarse sobre la razonabilidad de aquel aunque, claro está, sin desconocer la facultad de investigación, ni la conveniencia u oportunidad para su ejercicio.

La interpretación armónica y teleológica de la Constitución nacional permite visualizar los límites concretos que tiene la potestad investigadora del Congreso y de sus comisiones aunque, en cada caso, su determinación resultará del análisis fáctico que realice el Poder Judicial.

Entre esos límites, corresponde destacar los siguientes:

1. El poder de investigación, como facultad implícita, no constituye un fin sino un medio. Su ejercicio importa una herramienta auxiliar para el cumplimiento de los fines legislativos a que responde la estructuración constitucional del Congreso. La facultad es amplia, en el sentido de que comprende todas aquellas medidas conducentes con la realización del fin legislativo en cuestión en cada caso, pero no puede apartarse de esa finalidad ni ser el medio elíptico para que el Congreso se introduzca en el campo de acción reservado a los restantes poderes del gobierno.
2. El poder de investigación corresponde al Congreso y puede ser ejercido por cualesquiera de sus Cámaras. Pero la potestad que tienen las comisiones investigadoras no es propia sino delegada. La fuente de autoridad para la comisión investigadora es la resolución de la Cámara que las habilita para actuar determinando sus fines y facultades. Las comisiones deben ser autorizadas por un mandato de la Cámara en el cual se defina su finalidad, atribuciones y tiempo para el cumplimiento de su misión, ya que la concesión de un lapso indeterminado o de una autoridad permanente, impide a la Cámara o al Congreso ponderar los resultados y curso de las investigaciones a través de un preciso y, determinado temporalmente, control intraórgano resultante de la rendición de cuentas. Todo acto que ejecuten las comisiones investigadoras excediendo los límites de la autorización carece de validez y constituye una usurpación del poder.
3. Como las autorizaciones para investigar, acordadas a las comisiones, no pueden ser absolutas, en ellas los términos del mandato deben ser

precisos y concretos. Deben estar desprovistos de una amplitud excesiva, que pueda conducir a generalizaciones ambiguas y a la indeterminación del propósito legislativo perseguido.

4. Toda autoridad gubernamental debe ser ejercida conforme a las limitaciones constitucionales, y el poder de investigación del Congreso no puede ser más extenso que su fuente normativa. Aunque la ley autorice al Congreso a investigar, determinando las medidas que puede adoptar en el curso de la investigación, tal norma no podrá ser absoluta y estará sujeta a la limitación establecida por el artículo 28 de la Constitución nacional, conforme al cual los principios, garantías y derechos constitucionales no pueden ser alterados por las leyes reglamentarias.
5. Otra limitación es la que resulta del artículo 32 de la Constitución, que prohíbe al Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Como el poder de investigación constituye un medio que facilita y torna eficiente el ejercicio de las funciones legislativas del Congreso, su aplicación no puede abarcar materias sobre las cuales no se puede extender la potestad legislativa.¹⁴
6. El poder de investigación y las medidas concretas que lo componen no pueden hacerse efectivos si no fueron debidamente ordenados por la comisión investigadora. Así, en el caso de las personas citadas a prestar declaración testimonial, el testigo puede negarse a responder el interrogatorio si la comisión carece de quórum. Entendemos que igual actitud podría adoptar, en salvaguarda de sus derechos personales, si pretende que la sesión sea pública, acorde con las reglas que tipifican un procedimiento republicano, y la comisión no accede a su petición. De igual modo, si el testigo pretende que sus declaraciones sean mantenidas en secreto, la comisión debe acceder a su petición, ya que no corresponde dar a publicidad el contenido de ningún acto de investigación mientras no sea debidamente aprobado por la comisión y hasta tanto la Cámara respectiva no tenga conocimiento de su contenido.
7. En aquellos casos en que el ejercicio del poder de investigación se traduzca en medidas que afectan los derechos y garantías del hombre, la potestad del Congreso está limitada por el artículo 18 de la Constitución. Así, entendemos que el Congreso no puede aplicar penas, incluso en el supuesto de desacato,¹⁵ ya que ello requiere de un juicio previo, fundado en ley anterior y la intervención del Poder Judicial con prescindencia de toda

¹⁴ Esta garantía fue desconocida por la comisión Visca-Decker en 1950, la cual, bajo el pretexto de investigar actividades antiargentinas, clausuró diversos diarios y periódicos.

¹⁵ Sin embargo la Corte Suprema, ya en el caso *Lino de la Torre*, de 1877, sostuvo que las Cámaras pueden sancionar aquellos casos de desacato que no están previstos legislativamente como sujetos a la jurisdicción de los tribunales (*Fallos*, 19:238).

comisión especial. Tampoco se puede obligar a un testigo a incriminarse a través de una declaración contra sí mismo, ni disponer allanamientos o secuestros de documentación privada sin la previa autorización judicial. En todos estos casos se estaría transfiriendo al Poder Legislativo la facultad de realizar actos que competen al Poder Judicial, en su carácter de tutor final de los derechos y garantías constitucionales, alterando el equilibrio y la armonía que supone el cabal funcionamiento de la doctrina de la división de poderes,¹⁶ y generando serios riesgos como consecuencia de un eventual ejercicio erróneo o abusivo del poder.

El reconocimiento y la vigencia de tales derechos y de sus libertades, dentro del marco de los objetivos globales establecidos por los constituyentes en el Preámbulo, configuran la senda que conduce a la implantación del Estado de derecho como ámbito dentro del cual se consolida el sistema democrático constitucional.¹⁷ Sin embargo, ese reconocimiento no es suficiente si no se tornan efectivas las garantías que le permiten al hombre desarrollar su actividad en forma espontánea, con libertad y responsabilidad, prescindiendo de los lineamientos establecidos por las cambiantes y transitorias pasiones políticas que puedan presidir a la conducción gubernamental.

Las limitaciones descritas son consecuencia de la inexistencia, en el sistema constitucional argentino, de poderes absolutos e ilimitados. En un sistema democrático constitucional, la libertad y el orden jurídico se desenvuelven en forma paralela a través de la plena vigencia de los derechos y a resguardo de la concentración incontrolada del poder. La necesidad y amplitud del poder de investigación del Congreso, que es uno de los medios más eficientes y poderosos de que dispone para conservar su independencia, particularmente frente al Poder Ejecutivo, no son absolutas y se encuentran limitadas por los derechos y garantías constitucionales del individuo, a la vez que por las atribuciones privativas de los otros órganos de gobierno o de la otra Cámara legislativa o por los poderes reservados por las provincias conforme al artículo 121 de la ley suprema de la Nación. Bajo concepto alguno el Congreso puede invocar la facultad de investigar para invadir la órbita que la Constitución ha señalado con exclusividad al Poder Judicial.

En numerosas oportunidades las Cámaras del Congreso ejercieron su potestad de investigación creando las comisiones pertinentes.

Tales fueron la comisión constituida por el Senado en 1934 para la investigación del comercio de carnes; la creada en la Cámara de Diputados en 1941 para

¹⁶ En los Estados Unidos, a partir de 1958 el Congreso, sin renunciar a sus facultades y sobre la base de un criterio político encaminado a evitar un eventual conflicto de poderes, solicita la colaboración del Poder Judicial para hacer efectivas todas aquellas medidas de investigación que puedan vulnerar derechos y garantías individuales.

¹⁷ Germán J. Bidart Campos: «El Preámbulo de la Constitución como síntesis de su proyecto político», en *La Nación*, 5 de octubre de 1982.

investigar las actividades antiargentinas donde fue autorizada para requerir el auxilio de los órganos gubernamentales correspondientes para allanar domicilios, practicar secuestros de documentación y detener personas; la comisión bicameral formada en 1950, también para investigar actividades antiargentinas, que entre otras medidas dispuso la clausura de centenares de diarios en el país; la comisión sobre agio y especulación creada en 1958 por la Cámara de Diputados, que clausuró establecimientos comerciales e industriales, dispuso allanamientos, secuestros de documentación y detención de personas; en 1975 la Cámara de Diputados dispuso la investigación sobre la administración de los fondos del Ministerio de Bienestar Social y de una entidad denominada Cruzada de Solidaridad Justicialista aunque, en este caso, su labor no se pudo concretar debido a la negativa del Poder Ejecutivo y a su desconocimiento de las atribuciones que había invocado el Congreso; en 1984, en ambas Cámaras del Congreso se constituyeron comisiones investigadoras para indagar sobre presuntos actos ilícitos económicos que se habrían concretado en la transferencia al Estado de bienes de una empresa concesionaria de servicios públicos.¹⁸

Fue en este último caso donde se produjo un interesante cuestionamiento judicial sobre las atribuciones de una comisión investigadora.

En esa oportunidad, la comisión investigadora ordenó y llevó a cabo el allanamiento del estudio jurídico de Walter Klein, ex funcionario gubernamental en el área económica. Además del allanamiento del domicilio, secuestró de allí diversa documentación, como también, aunque por error, de la obrante en otro estudio jurídico. Planteada la cuestión judicial por vía de la acción de amparo, se demandó la invalidez de los actos ejecutados por la comisión y la inmediata restitución de la documentación secuestrada, todo ello sobre la base de que las medidas habían sido adoptadas sin que mediara una orden judicial previa y que, por ende, se había violado el artículo 18 de la Constitución nacional.

En primera instancia, el magistrado interviniente sostuvo que el poder de investigación de la Cámara era constitucionalmente incuestionable, y que no correspondía expedirse sobre el allanamiento porque al haberse agotado su concreción, la cuestión era abstracta. Sin embargo, como subsistían los efectos del secuestro de documentación, el juez sostuvo que las comisiones investigadoras no podían, sin previa ley formal que las autorizara, secuestrar documentación ni restringir el ejercicio de derechos individuales. A falta de esa ley, debían requerir la correspondiente orden judicial para concretar tales actos.

Sobre la base de tales argumentos, el magistrado dispuso que en el plazo de tres días la Cámara de Diputados debía entregar al juzgado la documentación secuestrada. Asimismo, y para no frustrar los propósitos de la investigación, ordenó que la documentación requerida permaneciera durante diez días en el tribunal para su

¹⁸ La actuación de estas comisiones fue detallada por Carlos H. Franco: *Facultad de allanar domicilio de las comisiones parlamentarias de investigación*, Buenos Aires, Heliasta, 2005.

compulsa y eventual entrega a la comisión investigadora de aquella que considerara necesaria para proseguir con su cometido.¹⁹ El fallo fue confirmado por la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal,²⁰ y otro tanto por la Corte Suprema de Justicia por entender que, a la fecha de su pronunciamiento, la cuestión era inoficiosa por la inexistencia de un perjuicio actual.²¹

Si bien compartimos el criterio judicial adoptado en el caso citado, consideramos que por ley del Congreso no se puede autorizar a las comisiones investigadoras a ejecutar actos que restrinjan las libertades constitucionales.

El artículo 18 de la Constitución expresa, con respecto al domicilio y a los papeles privados, que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, pero en modo alguno establece que el órgano competente para ejecutar tales actos sea el Congreso. En esencia se trata de una función jurisdiccional, de modo que solamente un juez, a pedido de las comisiones investigadoras, podrá disponer una medida restrictiva de la libertad que tutela al domicilio y a los papeles privados. Entendemos que si por ley del Congreso este se autorizara a sí mismo o al Poder Ejecutivo para realizar semejantes actos, la norma carecería de validez constitucional por alterar la distribución de funciones entre los tres órganos gubernamentales.

En el año 2001, la Cámara de Diputados organizó una comisión investigadora para indagar sobre el lavado de dinero y su relación con la corrupción gubernamental. En esa oportunidad se facultó a la comisión para disponer, entre otras medidas, allanamientos de domicilios y acceder al contenido de las comunicaciones telefónicas, pero con previa autorización e intervención de un juez competente.

Los integrantes de la comisión investigadora se adelantaron a efectuar graves imputaciones a terceros antes de concluir su labor. Ello reportó una significativa publicidad periodística para los protagonistas, y una expectativa para los ciudadanos que, lamentablemente, se frustró con el consecuente deterioro de la credibilidad que debe merecer la dirigencia política. En efecto, al igual que en el caso *Klein*, la actuación de la comisión investigadora no arrojó luz alguna sobre las presuntas irregularidades que habían sido denunciadas.

¹⁹ *El Derecho*, 110-462.

²⁰ *El Derecho*, 111-328.

²¹ *Fallos*, C.S. 308:1489 y 311:805.

Pablo Riberi*

Representación y autoridad en un Congreso sin Parlamento

Planear una asamblea que representara a todos los hombres era como fijar el número exacto de los arquetipos platónicos. [...] ¿Bastaba un ingeniero para representar todos los ingenieros, incluso los de Nueva Zelanda?

Jorge Luis Borges¹

1. Exordio y tesis central

Tengo la impresión de que la falta de estima pública hacia las asambleas legislativas es inevitable pues, entre otros factores, los fundamentos filosóficos de la representación política en general exhiben hoy una insuficiencia teórica ostensible. En rigor de verdad, nunca ha sido sencillo justificar por qué unos deciden por otros. Además, las normas y prácticas establecidas para el ejercicio de la tarea legislativa ya no se muestran idóneas para promover aquellos ambiciosos resultados que alguna vez imaginó el *racionalnormativismo*. Luego es una obviedad que esta *disonancia* provoque frustración e ilegitimidad en todo el sistema político. Por otro lado, debe observarse que las variantes *populistas*, por primitivas, autoritarias y normativamente insuficientes, tampoco han podido ser alternativas aceptables en comunidades políticas desarrolladas. Creo, por lo tanto, que los nocivos y repetidos efectos de estas crisis de representación podrían al menos verse morigerados o superados si en

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor adjunto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex diputado electo y vicepresidente segundo de la Asamblea Constituyente que reformó la Constitución de Córdoba (2001). Ex asesor del presidente del bloque de Diputados de la Unión Cívica Radical en la legislatura de Córdoba (2003).

¹ Jorge Luis Borges: *El Congreso*, Buenos Aires, Emecé, pp. 44-45.

verdad el Congreso pudiera recuperar el rol institucional que la teoría constitucional hubo de asignarle. En esta idea, la cuestión capital es advertir que, sin condiciones *deliberativas*, el deterioro y la descentración política del Parlamento es inexorable. Siempre que ello suceda, está claro también que habrá procesos de crisis cada vez más virulentos. Obviamente, un «Congreso *sin* Parlamento» es un cuerpo indiferenciado que extingue su autoridad mientras fracasa en sus modos representativos.

2. Representación liberal, legitimidad democrática

El análisis teórico de la legitimidad del Congreso ha sido una nota saliente en la historia del constitucionalismo moderno. En clave de principios y prácticas constitucionales se ha producido un constante esfuerzo en este sentido. En verdad, recurrentemente filósofos, politólogos y constitucionalistas suelen preguntarse por cuáles son las mejores normas y prácticas que permiten instilar legitimidad y eficiencia a las asambleas legislativas. Sobre este *clivaje*, de tanto en tanto nos toca asistir a renovados debates sobre *autoridad* y *representación*. Un aporte esencial lo ha dado Kelsen, quien supo advertir la relación esencial que debe guardar una teoría general de la representación con las exigencias democráticas del Estado moderno.² Y claro, la autopercepción del pueblo frente a la ineludible labor vicaria de los representantes ha provocado asombros generalizados y no pocas tensiones sociales. Decía este notable pensador:

[...] La teoría de la representación, esto es, la concepción de que el Parlamento moderno es un órgano secundario del pueblo, el cual se considera como órgano primario del Estado, y de que el Parlamento solo puede hallar expresión la voluntad del pueblo, es una ficción política que tiene por objeto conservar la apariencia de la soberanía popular; pero en realidad, según las Constituciones de los llamados Estados representativos, la función del pueblo, es decir, de los electores, queda limitada a la creación del Parlamento; y este, o mejor dicho, sus miembros, por virtud de los principios de derecho positivo, son a su vez, en su actividad, independientes del «pueblo», es decir de sus electores [...].³

Resumiendo, ¿cómo superar el núcleo de una crisis y una tensión que es natural dentro del concepto de representación política? O si se quiere, ¿cómo asumir las deficiencias del modelo democrático liberal de representación política en los órganos políticos del Estado?

Frente a estas preguntas suelen proponerse dos posturas irreconciliables. O bien asumir la feroz crítica que hiere los fundamentos y axiomas básicos de la herencia

² Francisco Conde afirma al respecto: «Autoridad y representación son entre sí términos correspondientes, de tal suerte que el grado y la cualidad de la *auctoritas* determina el grado y la cualidad de la representación». Francisco Javier Conde: *Representación política y régimen español*, Madrid, Subsecretaría de Educación Popular, 1945, p. 62.

³ Hans Kelsen: *Compendio de teoría general del Estado*, México D. F., Colofón, 1992, pp. 212-213.

liberal-democrática que, por caso, autores como Schmitt han ensayado con singular virulencia; o bien armarse de un temperamento deontológico que permite tensionalmente trazar nuevos puentes desde unas razonables exigencias normativas hacia unas condiciones *fácticas* de existencia de lo político en la representación.⁴ Cualquiera sea el temperamento frente a este dilema, no se puede desconocer las luces y las sombras de la herencia constitucional recibida. En ello, diversas variantes de liberalismo han asumido también posiciones muy diversas. Mehring, por ejemplo, advierte que a muchos liberales les gusta hablar más de economía y de ética que de *política*. Y esto sin duda ha sido poco edificante en países como el nuestro. En rigor, pareciera que a muchos liberales no les interesa para nada discutir las condiciones teóricas que precisamente pueden permitir el desarrollo de creencias y valores liberales. En efecto, esta perspectiva de liberalismo *conservador* prefiere sumarse a otras críticas antipolíticas. En particular, este tipo de crítica *liberal conservadora* rechaza lo *político* como categoría independiente del derecho y la economía.⁵ Me parece fundamental comprender esta paradójica postura porque en países como el nuestro, en tanto enemigos de la política, muchos liberales de la estirpe no han trepido en mofarse y atacar al Congreso sin mayores remordimientos. En este temperamento, tampoco debe llamar la atención que para lograr sus sesgados objetivos, ellos hayan decidido asumir alianzas populistas o autoritarias.

Contrariamente a esta posición, tengo la firme convicción de que tanto para robustecer la democracia como para afirmar los valores liberales de la Constitución, la estructura constitucional de asignación de poder debe reservar un dominio material para la *política*. Es que si la ley se hace o cambia por voluntad de los legisladores, es pleno que para fortalecer la presunción de legitimidad de la ley común, resulta fundamental que ella se erija sobre un constante intercambio público de ideas.⁶ Sin

⁴ Mehring ha resumido con mucha claridad cuál es el objeto de la crítica *schmittiana* al liberalismo y en particular a la estructura parlamentaria de Weimar. Dice Mehring: «*In formulating his critique, Schmitt asserted that he had detected a crisis in parliamentary culture and in the general parliamentary structure of the Weimar Constitution. He discovered a powerful "tension" between liberalism and democracy at work in the Weimar system, and, basing his arguments on radically anti-liberal concept of democracy, took liberalism to task for failing to implement institutionally its core political idea*». Reinhard Mehring: «Liberalism as a Meaphysical System», en David Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics: Carl Schmitt's critique of liberalism*, Durham, Duke University Press, 1998, p. 132.

⁵ Mehring tiene razón en destacar que, para Schmitt, el liberalismo es un modelo de relativa racionalidad y con caracteres «metafísicos» no siempre asumidos. Dice este autor: «*Above all, his approach has maintained its interest because of his understanding of liberalism as the "metaphysical system" of a «relative rationality*». Posteriormente agrega: «*[...] Liberalism, in contrast, is a "negation of political". For Schmitt, there is "no liberal politics per se, but only a liberal critique of politics", and the "systematics of liberal thought" is aimed at the "dissolution" of all political phenomena into the "polarity of ethics and economy"*». Reinhard Mehring: *ibídem*, pp. 137-138.

⁶ Escribe Waldrom: «*[...] The legislature, by contrast, has the impudence to say, "Forget what the law may have been all along. This is what it shall be now"*». Jeremy Waldrom: *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 12.

embargo, tal como Waldrom lo ha advertido, las grandes corrientes del pensamiento jurídico y constitucional no han dedicado mayores esfuerzos a desarrollar una auténtica «teoría de la razón legislativa». Los constitucionalistas confían poco o nada de los políticos y prefieren, en cambio, dedicarse a analizar la doctrina y jurisprudencia judicial. La gran mayoría de los autores siguen la *anglo-american jurisprudence*, por lo que simplemente desdeñan los argumentos y razones del debate parlamentario y prefieren en cambio poner énfasis en el análisis de la lógica y la hermenéutica judicial que corrige estos imperfectos productos. Naturalmente, muchos legisladores en países como Argentina no han merecido ni se han esforzado por ganar el respeto de la comunidad jurídica. De todos modos, los constitucionalistas tampoco han intentado desarrollar una analítica de alternativas *parlamentarias*. Quizá por ello han sido escasos los aportes doctrinarios que han podido clarificar un sentido *normativo* mínimo de validez o corrección para el funcionamiento del Congreso.⁷

3. Populismo, representación y autoridad en una sociedad compleja

Pierre Rosanvallon ha expresado, analizando el cuadro de situación de su país:

[...] la denuncia de la crisis de la representación y la estigmatización sociológica y moral de los efectos perversos del individualismo se conjugan en esta visión para denunciar la separación de lo político y de lo social. «Nosotros tenemos un gobierno representativo, sin una verdadera representación nacional», decía Berryer. Nuestras elecciones son una lotería; se pone en las urnas no un pueblo, sino una muchedumbre, ponemos allí toda clase de individuos que hemos comenzado por despojar de sus calidades y de sus profesiones; es el azar el que agita las urnas, es él el que saca los números ganadores, es decir nuestros diputados.⁸

Las *crisis* por falta de aceptación o por desengaño hacia los representantes se ofrecen en diversa intensidad. A menudo, ellas suelen desencadenar grandes transformaciones políticas, aunque la mayoría de las veces solo son objetos de tímidos placebos reformistas. Es digno de notar también que en democracias menos maduras, predicción demoscópica y populismo, han trabado una interesada y eficaz

⁷ Afirma Waldrom: «[...] *We are not in the possession of a jurisprudential model that is capable of making normative sense of legislation as a genuine form of law, of the authority that it claims, and of the demands that it makes on the other actors in a legal system*». Jeremy Waldrom: *ibídem*, p. 1.

⁸ Dice textualmente Rosanvallon: «*La dénonciation de la malreprésentation et la stigmatisation sociologique et morale des effets pervers de l'individualisme se conjuguent dans cette vision pour dénoncer la séparation du politique et du social. "Nous avons un gouvernement représentatif, sans une vraie représentation nationale", disait Berryer. Nos élections sont une loterie; on met dans le sac, non un peuple, mais une foule, y met toutes sortes d'individus qu'on a commencé par dépouiller de leur qualité et de leur profession; c'est le hasard qui remue le sac, c'est lui qui tire les numéros gagnants, c'est-à-dire nos députés*». Cf. Pierre Rosanvallon: *Le Peuple Introuvable*, París, Gallimard, 2000, p. 121.

alianza. Es sencillo entenderlo: elección y representación son dos momentos tan distintos como necesarios en la democracia. Solo que el populismo electoralista y las formas demoscópicas de conformación de los discursos demagógicos han advertido que se puede predeterminar la orientación general de un voto irreflexivo o eminentemente autointeresado. Lógicamente que expertos en publicidad y comunicación cada día saben más y mejor cómo manipular las fibras pasionales de dóciles masas populares, sin desconocer, por cierto, que los medios masivos de comunicación se han encargado de satisfacer las aspiraciones aislacionistas de vastos sectores medios acomodados que, instintivamente, rechazan cualquier responsabilidad social. Por ello, en aquellas democracias donde la deliberación no es un factor relevante para su *ciudadanía*, en aquellas democracias donde el debate no es un antecedente sobre la orientación ulterior de las políticas públicas, las primitivas adhesiones populistas y la indiferencia antipolítica han terminado por desbaratar las complejas exigencias de compromiso social que impuso el constitucionalismo republicano en sus orígenes. Hoy, en nombre de la apatía y la *razón populista*, algunas democracias degradadas tienden a promover una exaltada *acclamatio* como elemental forma de legitimidad instantánea. Así, estas democracias van reconstruyendo plebiscitariamente un poder agresivo que no hesita en poner en peligro los valores fundantes de la Constitución cuando el eufórico éxtasis de muchedumbres reunidas en paseo público se lo pide.⁹

Naturalmente, si hay algo que distingue al *populismo* es su desprecio tanto por las formas deliberativas de la razón como por los valores universales del constitucionalismo. El populismo prefiere más bien mostrar una ostensible devoción por hacerse eco de los intereses viscerales de los grupos sociales que conforman las alianzas del poder. El populismo no duda en seguir pasionalmente las veleidades de unas mayorías circunstanciales que gustosas obedecen las consignas de un líder paternalista. De todos modos, si hay un elemento coherente y constante en la cultura y la *razón populista*, sin duda es que la expansiva vocación hegemónica de sus líderes en situación de poder termina siempre por embestir contra las expectativas racionales, deliberativas y republicanas que la Constitución hubo de diseñar con tanto empeño.

Se puede notar asimismo que esta vocación *hegemónica* suele estar acompañada de unas concretas *patologías sociales*. Entre las más reconocidas se destaca la propensión a la *imitación* y a la reproducción indiferenciada de consignas sin sustento. De tal suerte, los individuos que conforman la *masa* son proclives a caer en *sugestión* colectiva. La propaganda y la *externación* de la *razón* fuera de los debates parlamentarios, provoca también una notable degradación de la razón pública en términos de valores y objetivos sociales. Si la política como expresión de la razón deliberativa es descentrada de su ámbito natural —el Parlamento—, el lenguaje vulgar

⁹ Cf. Pablo Riberi: «Cuando las uvas están agrias y los limones están dulces (sobre conformismo, comodidad y disenso democrático)», en *Debates de Actualidad* (publicación de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional), año XIX, n.º 192, nov. 2003-mar. 2004, pp. 52-57.

y los motivos aparentes terminan por consolidar a los medios de comunicación como el *dominio* que mejor legitima un poder que se vuelve banal. Así, dentro de los tiempos televisivos, unas *cascadas de opinión y polarizaciones* altamente irracionales distinguen la simplificación argumental de un sínodo de intereses sin rostro aunque responsable de visibles efectos de manipulación social. Ciertamente que cuando la masa ingresa en procesos de *sugestión* en cadena; cuando la masa es inducida a la reproducción material de sus elementales pasiones, es previsible también que esas pasiones puedan volverse extremas, fuera de control y curiosamente suelen estar *alineadas* con poderosos intereses económicos y políticos de algunas minorías privilegiadas. Obviamente, el *populismo* suele apostar al respaldo de una masa *sugestionada y polarizada*, pues sabe que esta *imita* y acata las conductas ejemplares de sus líderes. Además, cuando la masa expresa emociones viscerales, está claro también que cualquier análisis basado en la racionalidad o la justicia se vuelve actitud superflua. No hay por lo tanto ecuación posible entre el *pueblo* de la democracia y la *masa* del populismo. La masa es la causante del linchamiento, nunca de la condena. Y por ello es que el *populismo* expresa un sentido antidemocrático de ley y mando. En vez de *pensar y deliberar* para actuar, la razón populista intenta evitar todo obstáculo *formalista*, legal o institucional que en nombre de la razón deliberativa o la justicia, pueda restringir el *élan vital* de su líder. Cuando la razón populista está legitimada, el uniforme discurso oficialista solo viene a dar sustento a esa emoción liberada.

Por el contrario, la república y la democracia necesitan de la política y de la deliberación política. En sociedades complejas como las nuestras, si la democracia interpreta a un *pueblo democrático*, la democracia necesita un Congreso que sea ámbito de Parlamento.¹⁰

4. Una concepción asignada para el Parlamento

El viejo Aristóteles advertía que cuando «decidimos después de deliberar, deseamos de acuerdo con la deliberación».¹¹ Asimismo y de acuerdo con la concepción de naturaleza humana que nos legó la Ilustración, está claro que la voluntad

¹⁰ Creo que asistimos a un tiempo de descuidadización de la política. El abismo estructural entre los polos de la representación ha vuelto ostensible la falta de consideración pública que hoy reciben las legislaturas y Poderes Legislativos en general. No es un detalle menor notar el singular descrédito que hoy exhibe nuestro Congreso nacional. Es revelador en este sentido, el estudio de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, en cuanto han logrado determinar por ejemplo que «[...] el interés en los proyectos e iniciativas que se discuten en el Congreso nacional es bajo (35%). Al 63% le importa poco o nada lo que allí se discute. Además, el 93% opina que en el Congreso se toman decisiones sin pensar en la gente». Antonio María Hernández, Daniel Zovatto, Manuel Mora y Araujo: *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Idea Internacional, 2005, p. 74.

¹¹ Cf. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Madrid, Gredos, 1993, 1113.^a, pp. 13-14.

individual necesita *motivos* para actuar.¹² Entiéndase *motivo* de acción individual o colectiva, a aquellas *causas* que a veces como *razones morales* se presentan como desencadenantes objetivos de una actividad humana intencional. Ha sido civilizado desde hace mucho tiempo que el cumplimiento de las buenas leyes y otras valiosas normas sociales merezca operar como auténtico *motivo* de conducta.

Dicho esto, es conveniente notar, por ejemplo, que ya en 1881 Kautzky supo advertir que el Parlamento, lejos de ser un instrumento burgués de dominación, representaba una antigua técnica democrática. Por lo tanto, Parlamento y democracia, aun con tensiones y dificultades, nunca abandonaron una férrea alianza de propósitos. Así también, por cierto, más allá de los deslices de la democracia *consuetudinaria* u otras deformaciones, el Parlamento siempre fue el refugio eminente de las formas republicanas de autogobierno.¹³ Por el contrario, la representación funcional (antipolítica) del Estado fascista y todas las formas corporativas de representación de intereses siempre se han manifestado enemigas del Parlamento y de la diversidad ideológica que el Estado constitucional supo establecer.

De tal suerte, desde los orígenes del parlamentarismo, la razón deliberativa ha estado pugnando por vincular un tipo de *autoridad* con unas precisas formas políticas de *representación* democrática. Bruno Accarino revela un importante dato histórico sobre el originario rol del Parlamento británico cuando advierte que «[...] los primeros miembros ingleses del Parlamento, provenientes de condados y distritos, eran llamados *attorneys* y no *representantes*».¹⁴ Esta información es relevante, pues da cuenta de cómo la idea de *autoridad* fue insertándose dentro del desarrollo de una teoría autónoma de la representación política que no siempre fue democrática. Obviamente, la *autoridad* y la *representación legítima* se han venido imbricando en una singular trama constitucional de sentidos cuyo vértice apunta indefectiblemente al Parlamento.

En este marco es oportuno notar que todo orden constitucional supone la supraordinación de unas normas atributivas de competencias y poderes. Las reglas y normas de una Constitución que nunca pueden faltar, precisamente son aquellas

¹² Hobsbawm ha escrito con sagacidad: «[...] Creo que una de las pocas cosas que se interponen entre nosotros y un descenso acelerado hacia las tinieblas es la serie de valores que heredamos de la Ilustración del siglo XVIII. Es una opinión que no está de moda en la actualidad, toda vez que se rechaza la Ilustración porque se la considera superficial, intelectualmente ingenua o una conspiración de hombres blancos y ya fallecidos que usaban peluca y se proponían aportar el fundamento intelectual del imperialismo occidental». Eric Hobsbawm: *Sobre la Historia*, Barcelona, Crítica, 2004, p. 254.

¹³ Un concepto clave para reforzar la autoridad de nuestro Congreso es la educación y responsabilidad, tanto de representantes como de representados. Decía Sarmiento al respecto en *El Mercurio* del 22 de junio de 1841: «Nuestra época y nuestras instituciones nos piden preparación, y a los hombres que piensan, a las capacidades de la sociedad toca dirigirla». Domingo Faustino Sarmiento: «Educación y política» en *Obras completas*, Buenos Aires, Luz del Día, 1949, p. 40.

¹⁴ Bruno Accarino: *Representación. Léxico de política*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2003, p. 23.

normas básicas que ordenan la autoridad y la representación del Estado. Aun cuando el control de constitucionalidad, la libertad y los derechos de los ciudadanos hoy se encuentren custodiados por los jueces, la determinación política y constitucional específica del derecho, junto al alcance de intereses colectivos, desde tiempos muy remotos han sido consagrados en manos de legisladores y cuerpos deliberativos en general. En nuestro caso, el Congreso de la Nación también fue diseñado como el único ámbito público capaz de integrar toda la comunidad política nacional en la unidad estatal. En las democracias constitucionales, dentro del Parlamento se gesta y representa la *autoridad* ordinaria de *todo* un pueblo que solo puede expresarse por medio de unos *pocos* representantes. Por esta sencilla razón, autores como Stephen Holmes se han atrevido a decir que «[...] La institución central de la democracia liberal no es la corte constitucional sino el Parlamento».¹⁵

De todos modos, desde los rampantes procesos revolucionarios sucedidos en el norte de América y en Francia a fines del siglo XVIII, la centralidad política de los Parlamentos con relación a los otros poderes se ha visto constantemente sometida a enconados embates. También es cierto que, en línea con Montesquieu, una primera concepción de pensamiento institucionalista apostaba por un *equilibrio recíproco* de poderes donde *le pouvoir arrête le pouvoir*. En ese marco, se esperaba del Parlamento un rol *mediador* y de complementaria homogenización de intereses diversos. Por ejemplo, en los Estados Unidos una concepción liberal de la representación política en esta inteligencia fue expresada por Madison o Marshall en contra de Jefferson. En efecto, los revolucionarios de Filadelfia en gran número escogieron este prudente esquema cuando interpretaron que la nueva Constitución debía básicamente ser un instrumento capaz de asegurar condiciones de equilibrio institucional y *antifaccionalismo*.¹⁶ Obviamente, se advierte en el texto y en el pensamiento de estos revolucionarios un sesgo *elitista* que ha sido bien sintetizado por Roberto Gargarella cuando expresa:

La Constitución tenía como objetivo primordial el de obstaculizar la acción de las facciones, lo que estaban queriendo decir es que la Constitución debía, primordialmente, poner frenos a las acciones de las asambleas legislativas. Según entiendo, este

¹⁵ Stephen Holmes: «El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado», en Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Madrid, Gedisa, 2004, p. 158.

¹⁶ Es notorio ciertamente el legado de Madison en los *Papeles del Federalista X*, LI, CXXVIII. Sirva, por ejemplo, un párrafo del primer texto citado en la pluma de Madison, quien escribió: «La conclusión a que debemos llegar es que las causas del espíritu de facción no pueden suprimirse y que el mal sólo puede evitarse teniéndola a raya sus efectos. Si un bando no tiene mayoría, el remedio lo proporciona el principio republicano que permite a esta última frustrar los siniestros proyectos de aquel mediante una votación regular. Una facción podrá entorpecer la administración, trastornar a la sociedad; pero no podrá poner en práctica su violencia ni enmascararla bajo las formas de la Constitución». Cf. Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

disto de ser el sentido al que hacemos referencia hoy, cuando defendemos a la Constitución como instrumento creado para prevenir la acción de las facciones.¹⁷

A su turno, ante los excesos producidos por el ímpetu de la guillotina que marcó el paso revolucionario de la *Asamblea* francesa, el temor a las facciones instaladas en el Parlamento no tardó en expandirse también en el viejo continente. Los derechos y principios de la ideología liberal fueron de igual manera pensados como elementos esenciales de un esquema constitucional que promovía *diferenciación* y *distanciamiento* popular. Las reglas de diferenciación y distanciamiento debían impactar, por un lado, en el vínculo de representantes y representados; por otro lado, debían hacerlo sobre los vínculos del Parlamento y el resto de los poderes. En el intento por desdoblarse la autoridad del pueblo y la de sus representantes, está claro también que los legisladores, lejos de interpretar y cumplir vicariamente un mandato original, tuvieron que pasar a expresar una atemporal obligación cívica con relación a la *soberanía nacional*. En el convencimiento de que la *mediación* de los representantes debía *amortiguar* deseos, intereses y creencias variables, fue que los supuestos sinagmáticos y «a escala» de la representación popular abandonaron definitivamente sus lazos con la democracia. Y fue en este sentido también que unos procesos ocluyentes de participación cívica tuvieron definitivamente que revisar aquellas originarias aspiraciones republicanas de autogobierno que tuvieron lugar en ambos lados del océano Atlántico.

A raíz de este proceso de transformación ideológica, la ajenidad y desconfianza desde y hacia los sectores populares *vis á vis* un Parlamento de notables, produjo una nueva *miscelánea* de republicanismo retrógrado. En nuestro país sucedió exactamente lo mismo. Sin embargo, los conatos revolucionarios de fines del siglo XIX (1890, 1893) y comienzos del siglo XX (1905) que propiciaron luego de la sanción de la Ley Sáenz Peña (1912) el advenimiento de Hipólito Yrigoyen al poder (1916), acabaron con este lascerante oprobio. De todos modos, la lucha por la democratización y la ciudadanía de la política tuvo no pocos fracasos y reveses que aún se padecen.

Más allá de ello entiendo que la concepción asignada al Congreso nacional es insuficiente para contener las exigencias democráticas de legitimidad que demanda la sociedad civil. En este marco, el creciente liderazgo de los Ejecutivos y la ambiciosa injerencia judicial hacia el dominio de lo *político* ha ido también socavando los fundamentos de la autoridad del Poder Legislativo. El pobre desempeño del Congreso en países como el nuestro, donde el modelo *presidencialista* ha ido deformando el esquema de separación de poderes, es un hecho central a tener en cuenta.¹⁸ Pero más

¹⁷ Roberto Gargarella: *Nos los representantes (Crítica a los fundamentos del sistema representativo)*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 1995, p. 57.

¹⁸ Cf. Pablo Riberi: «El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político», en Asociación Argentina de Derecho Constitucional: *Constitución de la*

allá de ello, tal como afirma Waldrom, es evidente además que la mala fama de las legislaturas está directamente vinculada con la mala reputación de la *política*.¹⁹ En ella, «el sórdido oficio de contar votos» parece merecer menor consideración que la sobria tarea de la judicatura o el carismático liderazgo de algunos presidentes.

Creo que las legislaturas merecen tanto respeto como el resto de los poderes. Reconozco empero que, cuando las actividades parlamentarias y las leyes no son percibidas como el resultado directo de debates transparentes, es lógico que aumente la indiferencia y hasta el desprecio cívico. Sobre todo cuando ellas son concebidas como simples síntesis *agregativas* de los *arcana imperi*. Así, lejos de la *política*, en un limitado y opaco proceso de votación *ad-intra*, las leyes son percibidas como un subproducto *espurio* de negociación e imposición interesada. La labor de los representantes es reconocida como el reflejo de unas elementales fuerzas egoístas que extienden sus tentáculos dentro del Congreso. Tengo la impresión de que si la actividad de *control* y los oficios legislativos fueran transparentes, la consideración pública sería otra. Esto es, si se pudiera reflejar el proceso de debate legislativo donde la lógica egoísta de algunos representantes ajenos a los dictados de justicia fuera visible, es muy probable también que la consideración de muchos especialistas y legos variaría con relación a aquellos otros legisladores que en cambio sí hacen uso de argumentos basados en razón y justicia.²⁰ En pocas palabras, mientras el Congreso no acredite condiciones de deliberación y debate, su autoridad y las expectativas de la gente difícilmente se verán reconciliadas.

Nación argentina, con motivo del sesquicentenario de su sanción, tomo II, Santa Fe, Imprenta Lux, 2003, pp. 291-315.

¹⁹ Algunos autores han intentado delimitar un ámbito teórico relevante de análisis para el Poder Legislativo. Para ello han enfatizado cuáles arreglos institucionales benefician principios deliberativos. En particular, merecen subrayarse los aportes de Waldrom, quien ha sostenido por ejemplo que: «[...] Los caracteres estructurales de las legislaturas que me interesan son tamaño, diversidad y desacuerdo junto con los arreglos institucionales que enmarcan la toma de decisiones en ese contexto —organización partidaria, estructura deliberativa, debate formal, reglamentación del orden y votación—. Quiero indagar sobre las implicaciones de estas estructuras y arreglos para asuntos que conciernen la naturaleza del derecho, el basamento de su autoridad y las exigencias de interpretación. Existen tres áreas particularmente intrigantes en las que la atención en las distintas características estructurales de la legislatura moderna pueden ser importantes: textualidad, intención y votación». Cf. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 25.

²⁰ En este marco me parece oportuno aportar un provocativo ejemplo que desafía mi propio argumento. Se trata del consejo que, según Mill, Lord Mansfield dio a un juez de su amistad. Lord Mansfield le aconsejó al magistrado tomar decisiones categóricas pues sostenía que de esta manera contaba con grandes chances de estar en lo correcto. Analizaba Mansfield en su consejo que de una «mala razón» difícilmente pueda seguirse una «buena decisión». Si argumento sobre la base de malas razones antes de decidir, es lógico que las sentencias han de ser también malas. En opinión de Lord Mansfield, las razones no llevan a conclusiones, sino que estas, más bien, son ideas que se deben articular a posteriori para justificar unas «buenas» decisiones.

Con relación a algunas adicionales objeciones teóricas, conviene decir que el desacuerdo y la aplicación del principio y la regla *de la mayoría* para saldar democráticamente las diferencias interpersonales no es prueba alguna de la superfluidad o precariedad de los debates legislativos. Sobre todo si se comprende que el desacuerdo es una característica que excede la política y que es una consecuencia inevitable de la libertad humana. En este punto advierte también Waldrom que muchos cuerpos judiciales colegiados terminan saldando sus discrepancias por medio de una votación interna.²¹

De todos modos, la lógica *agonal*, *mercantilista*, casi siempre *autointeresada*, que domina los procesos decisorios en las legislaturas, son hechos incontrastables que no pueden soslayarse. La gran frustración en democracias como la nuestra es que un primitivo método de resolución de diferencias egoístas y la aplicación de lógicas de *suma cero* en este ámbito, en verdad es revelador de la primitiva calidad de toda nuestra democracia. Es tan opaca, precaria y elemental nuestra *política*, que el auténtico orden de *motivos* y *razones* que decide el voto de los representantes, se ha vuelto un ente inaccesible.

5. Consecuencias impropias de una función asimétrica

Bondèly, citado por Montes de Oca, afirmaba que:

[...] el Parlamento es el mandatario de la nación; debe reproducir en una justa proporción las aspiraciones diversas, debe ser la reducción exacta de los electores que lo han nombrado. Se le compara a un espejo. He ahí el principio. Hasta el presente, el hecho no ha podido conformarse a él. El espejo es imperfecto; la nación no se reconoce; la imagen está deformada. El marco de vidrio es demasiado estrecho, aquel no refleja las minorías, el cuerpo electoral, mutilado, pierde sus proporciones y su fisonomía. Agrandar el espejo, hacerlo de una pureza irreprochable, tal es el desiderátum de la ciencia política.²²

Entiendo que el precedente es un paradigma constitucional compartido por muchos politólogos y constitucionalistas. Creo, sin embargo, que se apoya en una desacertada intuición de lo que es la representación política. Recuérdese que desde Hobbes sabemos que lo representado nunca antecede el acto mismo de representación.²³

²¹ Frente a los obvios desacuerdos que existen tanto en política como en decisiones de otra naturaleza, diversas fórmulas procedimentales han tenido que ser establecidas para poder saldar las diferencias entre los hombres. Por ejemplo: 1) la determinación impersonal de un líder; 2) tirar de la moneda como propusieron los griegos para la asignación de la mayoría de sus magistraturas; 3) votar sobre la base del principio y regla de la mayoría, como las sociedades democráticas han venido haciendo también desde la antigüedad.

²² M. A. Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, 1904, p. 57.

²³ Cf. Thomas Hobbes: *Leviathan*, tomo I, capítulo XVII, Madrid, Sarpe, 1984, p. 179.

En consecuencia, el diseño coherente de un conjunto de normas y *procedimientos* político-parlamentarios es un aspecto central en el debate sobre la crisis de representación. Es fundamental reinstalar al Congreso nacional en el dominio central del poder político del Estado. Para ello, las reglas democráticas sobre quórum, principio de mayoría y otros principios submayoritarios que permiten promover el debate institucional y resultados (o decisiones) propensas a reflejar disensos, condiciones de razonabilidad y utilidad social, son importantísimas.

En razón de lo expuesto, creo que un orden político constitucional debe *integrar* opiniones diversas. Una de las virtudes más importantes de la democracia, precisamente, es su capacidad de ofrecer espacios institucionales a quienes piensan distinto dentro del debate público. En una democracia, especialmente en una república democrática, el disenso debe ser protegido porque en el disenso está el debate y porque en el disenso y el debate público está el germen de futuros consensos mayoritarios. Por otra parte, es oportuno notar que no existe un *derecho de admisión* fiable o un objetivo método de evaluación de personalidades para decidir el valor moral o intelectual de los candidatos. Mucho menos para reconocer la calidad intrínseca de las propuestas que estos hacen. Básicamente por este par de certezas es que la democracia representativa debe confiar en la voluntad popular. En política, si decidimos por mayoría, es porque no hay contraprueba matemática que permita conocer cuál opinión o decisión es *verdadera* o es *mejor*. Por otra parte, creo que si confiamos en las reglas, los números, oportunidades y en los tiempos de la democracia, es porque sabemos que aun *perdiendo* en alguna votación, siempre quedan mecanismos constitucionales para corregir los excesos de las mayorías. La deliberación y la razón pública se complementan como dos factores esenciales para la legitimidad parlamentaria en el Congreso. En esta doble matriz, es la voluntad popular la que *conecta* de forma directa esa *legitimidad* que proviene del acto *fugaz* y estadístico de una elección con la presunción de *rectitud* que la sumatoria de opiniones internas en el Congreso pudieran estar exhibiendo.

6. Colofón: autoridad sin Parlamento equivale a democracia sin pueblo

La representación política en las instituciones del Estado no son reducciones estadísticas o simples retratos a escala de unas sustancias inmutables. Luego, se entiende por qué Accarino ha sabido observar que:

[...] El Parlamento no es un congreso de embajadores de intereses diversos, hostiles entre sí, a los que cada uno debe apoyar como mandatario y patrocinador en oposición a otros; el Parlamento es, en cambio, una asamblea deliberativa de una única nación, con un solo interés, el del conjunto, al que debieran servir de guía no ya objetivos y prejuicios locales, sino el bien general derivado de la razón del conjunto.²⁴

²⁴ Bruno Accarino: *Representación*, o. cit., nota 13, p. 66.

Esta poderosa intuición, sin embargo, no ha podido impedir el constante deterioro del prestigio de los Parlamentos en general, y especialmente en nuestro país.

Por el contrario, la dinámica de la representación política a menudo se ofrece escatológica. Condorcet creía, en este sentido, que la calidad de los integrantes de un Parlamento naturalmente tendería a declinar con el paso del tiempo. Notaba además que la calidad de las deliberaciones que hubiere dentro de los Parlamentos tendería también a deteriorarse. Los argentinos parece que le hemos dado la razón a Condorcet. Al menos, es bastante evidente la degradación de la calidad de personalidades y estilo de debate que ha habido desde 1983 a esta parte.

Una república, por el contrario, debe sostener un conjunto de valores y convicciones comunes. Lógicamente, dado que es sensato reconocer que dentro de un universo de posibilidades, algunas acciones y decisiones políticas han de ser más justas o razonables que otras, dado que es obvio que algunas opciones proponen consecuencias más beneficiosas que otras es pleno que la deliberación y debate sobre cuáles han de ser tales alternativas debe constituir una obligación constitucional y hasta moral en la república. Ha sido por esta sencilla razón que el *mandato imperativo* se extinguió inexorablemente. Por el contrario, el *mandato representativo* consagró plena libertad porque la representación debe ser política y sujeta a condiciones *comunicativas* de racionalidad. En una república democrática, cualquier selección de acciones y decisiones que se jacte de falta de deliberación, en rigor es poco más que una reprochable arbitrariedad que ofende a quienes serán objeto de tales decisiones.

La justificación de las leyes y decisiones colectivas que regulan a las sociedades civilizadas necesitan libertad, autoridad y representación. Ahora bien, no toda justificación alcanza a ser válida o totalmente consistente con los contenidos constitucionales que les preceden. Es necesario al menos que esas justificaciones sean públicas y que estén dispuestas a sortear renovadas refutaciones y debates. Fuera de ese mínimo umbral de deliberación y publicidad, el oscurantismo es el pasaporte que lleva hacia la manipulación y la decadencia abyectas. Si lo dicho anteriormente es correcto, para que unas prácticas o instituciones vinculadas a la representación política puedan ser consideradas *justificables* en términos de una democracia republicana, es fundamental que estas se muestren coherentes con las expectativas deliberativas que la Constitución ha diseñado en su poder más *político*: el Congreso de la Nación. No hay otra alternativa.

En consecuencia, lejos del *espejo* y de los *mandatos entendidos en términos jurídicos*, la representación política se justifica por la capacidad *performativa* de constituir la estructura de lo representado y, naturalmente también, por exhibir un conjunto competitivo de aspiraciones dinámicas que se vinculan en constante juego de diversidad y desacuerdo. En pocas palabras, *sin Parlamento* el Congreso es superfluo, pues *sin Parlamento* los representantes pierden *autoridad* y sentido de representación.

«*Senatores omnes boni viri, senatus romanus mala bestia*», es decir: «los senadores son todos hombres buenos, el Senado romano es una bestia nociva», quejábanse los romanos. Contrariamente a lo vociferado en nuestro país, el descrédito aquel se daba sobre la institución mientras que la confianza y el honor entonces quedaba en los hombres públicos. Lo concreto es que sin representación no hay autoridad legítima en la figura de los que mandan. Y es por esta sencilla razón que desde tiempos pretéritos el principal papel de las instituciones ha sido y es situar la representación política como modo subjetivo de formalización de autoridad legítima estatal. Quizá sea esta razón por la que también todo acto de representación luego ha de ver bloqueados los caminos utilizados hacia la cosa que dice estar representando. Los auténticos móviles que deciden los actos de representación indefectiblemente se pierden dentro de este mecanismo. Pero más allá de ello, si la designación de lo representado es un acto de creación de identidad, es lógico también que para evitar una posible desfiguración *in procedendo*, sea la misma representación la que se vea obligada a volar los puentes que la vincularon con sus referentes.

En síntesis, no se puede renegar de la herencia constitucional recibida. Tampoco se pueden soslayar los límites teórico-conceptuales que, como categoría, la representación política lleva sobre sus espaldas. Tal lo dicho, toda representación política trae aparejadas crisis inevitables. Y es precisamente por estas certezas que toda autoridad legítima hoy tiene que ser percibida de acuerdo con un controlado esquema político que, entre otras cosas, debe tolerar representaciones insuficientes. La cuestión es que se puede tolerar la insuficiencia en la promoción de algunos buenos y deseados efectos, pero nunca se puede tolerar que los propósitos o los procedimientos deliberativos sean insuficientes. Sin *Parlamento* y sin *política* dentro del Congreso solo quedan bizarras alternativas protomodernas o quimeras *pseudoconstitucionales*.

José Daniel Godoy*

Comisiones parlamentarias

1. Comisiones parlamentarias. Fundamento constitucional. Clasificación

La doctrina y la experiencia política de los diversos países de sistema democrático constitucional revelan la enorme importancia que el trabajo de las comisiones tiene en la buena marcha de la labor parlamentaria y, por ello cabe afirmar que han sido calificadas con acierto por James Bryce «como los ojos y las manos de las Cámaras».¹

La investigación de la realidad social es una de las funciones que debe cumplir el Congreso de la Nación, como un hecho normal, permanente y continuo, para adquirir el conocimiento e información necesarios para sus tareas de legislación y control.

Para toda esa actividad, el Congreso debe organizarse con técnicas modernas para facilitar el estudio de toda la información disponible y de la que se produzca mediante una tarea de investigación seria y responsable, que sin perjuicio de la colaboración externa, cuente con una estructura interna permanente, basada en el

* Ex magistrado en el Poder Judicial de Córdoba. Profesor adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional y profesor de posgrado en la Especialización en Derecho Público, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba.

¹ James Bryce: *La república norteamericana*, tomo 1, Madrid, La España Moderna, s/f, p. 245.

principio de división y distribución racional del trabajo por medio de *comisiones* especializadas, que son las que producirán los dictámenes fundados sobre los asuntos que guarden estrecha relación con la agenda legislativa.

El *control* no solo se da por la distribución de las distintas funciones del poder, sino que su punto crítico está en la posibilidad de exigir responsabilidad política, y esta existe cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada. En tal sentido, nuestro constitucionalismo no solo tiene diseñado un gobierno que debe actuar conforme al Estado de derecho, sino que debe obrar como gobierno responsable. La supremacía de la Constitución es el remate de ese sistema integral de controles políticos, máxime si se trata de un orden constitucional rígido.

Las técnicas del control en su totalidad, incluidas las *facultades de investigar* del Congreso y de cada una de sus Cámaras, están ancladas en forma expresa o implícita en el artículo 75, inciso 32 (ex inciso 28 del artículo 67), de la Constitución nacional, que atribuye al Congreso de la Nación: «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». Este dispositivo tiene su antecedente en el artículo I, sección 8.^a, párrafo 18 de la Constitución de Estados Unidos, que en términos similares faculta al Congreso «[...] Para dictar todas las leyes que fueran necesarias y convenientes para poner en práctica las antedichas facultades, así como las demás que esta Constitución atribuye al gobierno de los Estados Unidos, o a cualquiera de sus dependencias o funcionarios».

Del cotejo de ambos textos surge que nuestra ley fundamental mejora la redacción de dicho antecedente, al hacer referencia no solo a la facultad de dictar leyes, sino también reglamentos, e elimina la alusión a leyes «necesarias y convenientes», lo que parece lógico, ya que facultar para hacer leyes innecesarias o inconvenientes es un absurdo, aunque en nuestro país se han dictado muchas leyes con tales características, por lo que no nos debe sorprender, como dan cuenta numerosas declaraciones de inconstitucionalidad o derogaciones por imperativos éticos. Otro antecedente a tener en cuenta es que la facultad de investigación del Congreso de Estados Unidos también proviene de un poder más general que surge de la primera parte del artículo II de su Constitución, que expresa: «Todos los poderes legislativos aquí otorgados se atribuyen a un Congreso».²

De manera que en nuestro orden constitucional, la facultad del Congreso de dictar leyes y reglamentos constituye un instrumento conveniente para poner en ejercicio los poderes antecedentes, al decir del inciso 32 del artículo 75, pero no solo para los enumerados en los treinta y un incisos anteriores del mismo dispositivo, sino

² Edward S. Corwin: *The Constitution and what it means today*, Princeton, Princeton University Press, 1978, p. 6.

también para el ejercicio de todas las demás facultades expresas que la Constitución le atribuye al Congreso.

El estudio de la *investigación parlamentaria* integra la temática del derecho parlamentario, ubicándose en la especie «comisiones parlamentarias». Estas son creadas por las Cámaras legislativas, entre cuyos privilegios colectivos³ figura el de dictar su reglamento. En este se prevén las comisiones legislativas, que pueden ser permanentes o transitorias, con la función de *asesorar* al cuerpo en materias especializadas, *fiscalizar* funciones administrativas de la rama parlamentaria o *investigar* hechos y circunstancias que el cuerpo ha considerado necesario para adoptar medidas o dictar resoluciones. Por el artículo 66 de la Constitución nacional, cada Cámara está habilitada para dictar su reglamento. A su turno, el artículo 75, inciso 32, establece que corresponde al Congreso «hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación argentina».

Sobre la base de dichas facultades han sido creadas las comisiones de investigación parlamentaria, las comisiones asesoras permanentes, las comisiones especiales, las comisiones bicamerales y, en el nivel internacional, las comisiones interparlamentarias.

El reglamento de la Cámara de Diputados prevé, en su artículo 58, la creación de la Comisión de Labor Parlamentaria, compuesta por el presidente de la Cámara —que la preside—, los vicepresidentes y los presidentes de los bloques —o quienes los reemplacen. Esta comisión se reúne semanalmente y tiene las funciones que le fija el artículo 59: de preparación de los planes de labor parlamentaria; hacer el orden del día con los asuntos despachados por las comisiones; fijar los horarios de votación en función de los temas del orden del día; informarse del estado de los asuntos en las comisiones y promover las medidas prácticas para la agilización de los debates en las comisiones y en el recinto; considerar y resolver los pedidos de pronto despacho y las consultas de los bloques, de los diputados y de las comisiones, los que deberán ser presentados por escrito a la comisión; determinar la forma de votación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 192; entre otros.

A su vez, el artículo 56 del reglamento del Senado dispone que el *Plenario de Labor Parlamentaria* está integrado por el presidente de la Cámara, que lo preside, y los presidentes de los bloques o los senadores que los reemplacen; y tiene por funciones proyectar el orden del día, promover medidas que agilicen los debates, informarse del estado de los asuntos en las comisiones y proponer medidas que conduzcan a un mejor funcionamiento del cuerpo.

Como lo sostiene Gentile, el funcionamiento de las Cámaras depende en gran medida de la agilidad que a ella le dé el presidente, en primer lugar, y de los acuerdos

³ José Daniel Godoy: «Las comisiones investigadoras parlamentarias», en revista jurídica *De Pleno Derecho*, Córdoba, Nuevo Criterio, octubre de 1984, pp. 8-10.

que logren en esta comisión los distintos bloques. Teóricamente, las decisiones son por consenso, aunque en la práctica funciona por voto ponderado, o sobre la base de las mayorías que representan los presidentes de bloques, aunque sobre esto nada dice el reglamento.⁴

Las *comisiones asesoras permanentes* están establecidas en el reglamento Interno de cada Cámara y sus dictámenes o despachos son el principal motivo de debate en los plenarios. Existen en cada Cámara alrededor de cuarenta comisiones y crecen desmesuradamente, para proveer cargos internos, más que para realizar una racional división y reparto del trabajo. La de mayor actividad es la de Legislación General.

La creación de las *comisiones especiales* también está prevista en el artículo 104 de ambos reglamentos internos y ellas se disuelven cuando cumplen con su cometido o la Cámara resuelve su supresión. Dentro de este tipo se encuentran las *comisiones investigadoras*, que pueden ser creadas por cada Cámara o con carácter *bicameral* y sus atribuciones se hallan contenidas en los citados reglamentos o en expresas resoluciones del cuerpo. A modo de síntesis, cada Cámara tiene capacidad jurídica para crear las comisiones investigadoras parlamentarias, que se desempeñarán conforme a las facultades, expresas o implícitas que cada Cámara o el Congreso le *delega*, para fines de *iniciativa parlamentaria*, o de *reforma de la legislación* o de *responsabilidad de los funcionarios públicos* o de control de los actos gubernamentales. A estas comisiones nos referiremos en especial *infra*.

Las *comisiones bicamerales* están integradas por miembros de ambas Cámaras y son concebidas para «el estudio coordinado o sistemático de algún asunto», como lo establece el artículo 105 del reglamento interno del Senado. En algunas oportunidades, este tipo de comisiones han sido creadas por ley, como la Comisión Administradora de la Biblioteca del Congreso de la Nación (ley 11601, de 1923); la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas (leyes 23847 y 24156); la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones (ley 23696) y de Emergencia Económica (ley 23697).

También ha sido prevista con carácter constitucional la creación de la Comisión Bicameral Permanente, con base normativa constitucional, a la que examinaremos *infra*.

Las *comisiones interparlamentarias* son las que se crean mediante tratados internacionales, o por acuerdos entre Parlamentos, y se integran con representantes parlamentarios de los países signatarios, para desarrollar una actividad prevista para la región, como la internacional. Ello también acontece con las comisiones interparlamentarias regionales dentro de nuestro país, como lo es, entre otras, el Parlamento patagónico.

⁴ Jorge Horacio Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, o. cit., p. 76.

2. Las facultades de investigación del Poder Legislativo

Una de las funciones principales que debe cumplir el Congreso de la Nación, por medio de las Cámaras y los legisladores que las componen, es la del control de las actividades expresas e implícitas que la ley fundamental atribuye a los tres departamentos que, sobre la base de la división de los poderes, integran y ejercen el gobierno en nuestro Estado, dentro de un juego armónico de control recíproco y de equilibrio institucional. Formalmente así lo exige nuestra Constitución, al adoptar la forma republicana de gobierno y garantizar el debido respeto de los derechos, garantías y dignidad de los habitantes, en contra de los excesos o desviaciones de poder en que incurre el Ejecutivo nacional, por acrecentamiento de sus atribuciones. Esto se ha visto favorecido por la delegación de facultades legislativas, el dictado abusivo de los decretos por razones de necesidad y urgencia, y con la promulgación parcial de leyes, sin que se den las condiciones o directrices constitucionales para que operen estas vías excepcionales de legislación. Con ese comportamiento, el Ejecutivo ha ido vaciando de contenido al sistema republicano y tornando ordinario lo que es función excepcional. A su vez, el sistema representativo de gobierno se ha vuelto inoperante por los legisladores que acuerdan con el Ejecutivo y que no asumen en plenitud sus funciones de legislar y controlar la gestión administrativa, conforme a los mandatos constitucionales (artículos 22, 29, 52, 53, 59, 71, 75, 85 CN).

Ello se agrava por la inoperancia o neutralización de la *oposición* y la marcada orfandad que existe en el uso de los instrumentos —ya de por sí acotados— de la democracia semidirecta (artículos 39 y 40 CN), por la falta de requerimientos de informes a los ministros de cada ramo y por la falta del debido control de las cuentas de inversión y de ejecución presupuestaria. Todo ello facilita que el Ejecutivo obre con total discrecionalidad ejecutiva y normativa de naturaleza legislativa, quedando su obrar sublegal, autorregulado y con controles autodesignados, lo que hace que tenga poderes omnímodos y se desvirtúe el principio de división y equilibrio de poderes, con controles intraorgánicos. Lo único que va quedando y con escasa eficacia, es la función jurisdiccional constitucional, que prácticamente no existe para el control de la validez de los decretos de necesidad y urgencia, la legislación delegada y la promulgación parcial de leyes. La inoperancia del Congreso también se da en el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos (artículo 85 CN), pese a que cuenta con la asistencia técnica de la Auditoría General de la Nación y la creación de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, que actúa como nexo con la Auditoría General y que, en principio, estuvo destinada a combatir la corrupción administrativa. Recién ha revisado las cuentas de inversión de 1997 y 1998, por lo que su excesiva morosidad ha llevado a un descontrol de las debidas con posterioridad a la última fecha. Ello torna difícil la aplicación del artículo 36 de la Constitución reformada en 1994, que

definió como ataque a la democracia, los delitos dolosos que conlleven enriquecimiento ilícito.

Esta concentración de poder aproxima a la configuración de las conductas prohibidas por el artículo 29 de la Constitución nacional, que establece que:

El Congreso *no puede conceder al Ejecutivo nacional*, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o *supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable*, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Ello ocurrió con los gobiernos de facto y con los gobiernos civiles de factura *conductista populista*, que tanto mal le han hecho a la democracia en los países latinoamericanos, incluido el nuestro.

Por otra parte, cabe remarcar la entropía legislativa existente, que ha llevado a autores de la jerarquía de Max Weber a denunciar que en los asuntos parlamentarios,

los discursos de un diputado ya no son en modo alguno confesiones ni mucho menos intentos de convencer a los adversarios, sino más bien declaraciones de los partidos dirigidas al país *desde la ventana*. Los discursos se someten a las fracciones y los temas se debaten en las comisiones. Los partidos tienen sus peritos especializados para cada cuestión, y realmente *la verdadera función parlamentaria se cumple en los bloques, en las sesiones de las Comisiones, donde también existen zánganos y abejas laboriosas*.⁵

Cuando en 1980 nos preocupaba sobremanera —al igual que ahora— la existencia de superpoderes en el Ejecutivo y el vaciamiento de los caracteres de la República y del sistema representativo, sostuvimos que era necesario revalorizar a la democracia y reivindicarla en su plenitud, al igual que los comportamientos republicanos.

En 1980 fuimos convocados los profesores de derecho constitucional y ciencia política de nuestro país, por la Universidad Autónoma de México, a los fines de deliberar y formular propuestas de superación que coadyuvaran a consolidar los gobiernos democráticos en Latinoamérica. Al concurrir a aquella convocatoria advertimos sobre la existencia de un aceleramiento histórico que requería, desde todas las latitudes, un cambio en el *desarrollo de todas las áreas del quehacer humano*, tanto en el nivel institucional como individual. Junto a la cátedra de Pedro J. Frías se señaló que «el desarrollo era y es el nuevo nombre de la paz» y para ello había que captar y comprender a la *realidad social*, como fenómeno que siempre se impone a la norma formal, por lo que constituía una necesidad de primer orden *investigar y estudiar la realidad social de cada comunidad*. Sabíamos perfectamente que el derecho de *información* —que comprende el de *investigar*— «es inherente a todo poder

⁵ Max Weber: *Economía y Sociedad*, tomo II, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 1097.

que delibera, que vota y que decide y que a este fin tiene la necesidad de conocer la verdad». ⁶

Sostuvimos entonces que pertenecíamos a las huestes de aquellos que «creen que la democracia no es solo una técnica de gobierno, sino que constituye un estilo de vida sustentado en la ideología de la libertad, que presume el respeto y reconocimiento de la dignidad del ser humano cuyo pleno desarrollo debe ser el fin primordial de gobierno». Específicamente, en orden a las funciones que debía cumplir el Poder Legislativo, señalábamos aspectos que reiteramos y ratificamos por su actualidad. En primer lugar afirmamos que era obligación del Legislativo *realizar un diálogo permanente con el gobierno*, y «actuar como intérprete del país, educar a la opinión pública, *informar a la nación y legislar. Crítica, control y diálogo, son los tres verbos del Parlamento actual*». También sostuvimos que era necesario que el Congreso adecuara:

sus estructuras y sistemas de trabajo a fin de lograr una efectiva y actual información para mantener eficaz control; ello significa la necesidad de incorporar equipos técnicos permanentes de apoyo a la labor parlamentaria, intensificar la actividad de trabajo en comisión, sean estas permanentes o especializadas, ejercer auditorías sobre los organismos del Estado, mantener el funcionamiento del Parlamento en época de receso, mediante el sistema de comisión. Sus atribuciones le deben permitir disponer audiencias cognoscitivas, requerir información a los funcionarios de gobierno y también realizar audiencias abiertas con participación de los ciudadanos.

Entre los cuestionamientos funcionales que se hacían al órgano legislativo, estaba el del redimensionamiento y fortalecimiento de las llamadas comisiones internas o legislativas, lo que también sigue siendo un tema de actualidad. Con relación a las *comisiones investigadoras*, expresábamos entonces que debían desarrollar «un papel de fundamental importancia dentro del régimen republicano» y además, entendimos que debían obrar como órganos auxiliares del Congreso y estar integradas «por miembros que representen a todos los matices políticos que componen la Cámara», porque siempre hemos creído en el rol fundamental que debe cumplir la *oposición*, para que operen con eficacia los controles, dando vigencia a un gobierno democrático y *pluralista*.

Señalábamos que:

La comisión debe estar munida de amplias atribuciones para el cumplimiento de sus fines, su actividad podrá abarcar tanto el área pública como la privada, siempre que su objetivo tienda a ejercer la iniciativa legislativa, la reforma de la legislación vigente o la responsabilidad de los funcionarios públicos. Para el cumplimiento de los fines investigativos, la comisión podrá ejercer medidas coercitivas o compulsivas, siempre que estas no afecten las garantías individuales o las potestades exclusivas de los demás

⁶ A. Hello: *Du régime parlementaire*, tomo 2, s/d, p. 18.

órganos del poder y en tanto el ejercicio de las atribuciones sea racionalmente adecuado a los fines que se persiguen.⁷

Con igual orientación doctrinaria se expresaron profesores que jerarquizaron la cátedra de derecho constitucional, como Carlos Tagle Achával, Guillermo Becerra Ferrer, Alfredo Eduardo Mooney y Ricardo Haro,⁸ entre tantos otros, quienes advirtieron que la vigencia del régimen republicano requiere —entre otros presupuestos— de un vigoroso y eficiente funcionamiento del Congreso de la Nación.

Las comisiones legislativas, junto con los bloques legislativos, partidos políticos y comisiones de labor parlamentaria de ambas Cámaras, son órganos insustituibles para el funcionamiento del Congreso, pero este debe tener la voluntad política de ejercer las competencias supremas que le asigna la Constitución de legislar y controlar, para mantenerse vigente como la principal institución de nuestro gobierno democrático. Las comisiones parlamentarias deben ser verdaderos talleres de trabajo en equipo o, como dice Haro, deben ser «gabinetes de estudio, pequeños parlamentos». Creemos, con esa cátedra, que existen tres aspectos decisivos para lograr la mayor optimización posible del Congreso y superar con el desempeño de sus comisiones, su atascamiento e inoperancia, mediante una imaginativa y vigorosa triple apertura a la realidad social, a la asistencia técnico-científica y al asesoramiento técnico formal o legislativo; para de esa forma cumplir la alta función política de representar la soberanía popular, a través de las actividades *legisferante* y de *control*. Para ello, los legisladores deben participar e integrarse en las comisiones, con responsabilidad y vocación de servicio, con plena lealtad a las instituciones.

Como lo sostiene Haro, con el trabajo en comisión,

se compele a los más remisos y negligentes a una integración y participación activa, por la natural tendencia del trabajo en grupos pequeños, que posibilita mayor concentración y agilidad en la discusión y elaboración de la decisión legislativa. Por el contrario, esta mecánica constituye un serio obstáculo para que los legisladores no «se pierdan» en la amplitud del recinto o «disimulen», en el conjunto de los colegas, su ineficacia y desidia.

Por otra parte, las comisiones se originan en la necesidad de dividir el trabajo parlamentario y especializarse, atendiendo la diversidad de áreas gubernamentales que deben ser organizadas por ley y luego controladas en su funcionamiento. Como dice Haro,

[...] Nuestros tiempos reclaman complejidad en la legislación, y aquí, como en todos los ámbitos del quehacer cultural, es válida la regla que alguna vez pergeñamos

⁷ José Daniel Godoy, A. H. Iturrez, A. Zarza Mensaque y M. E. de la Vega: «Características constitucionales para la determinación de un sistema democrático», ponencia presentada al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y Ciencias Políticas, Universidad Autónoma de México. *Anales*, 1980, pp. 489-509, en especial, pp. 498-501 y 505-507.

⁸ Ricardo Haro: *Constitución, gobierno y democracia*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1987, pp. 47 ss.

en el sentido de que «no *todos* pueden saber *de todo*; pero sí *algunos* deben saber de *algo*, para que en la suma coordinada de *los algos*, podamos obtener las respuestas *al todo*».

Junto con la participación y la especialización, coloca a la *eficiencia*, como otro requerimiento para que el Congreso «no solo agilice sus procedimientos, sino también el acierto de sus contenidos normativos», instrumentando correctamente las leyes que sancione. Al decir de Alberto A. Spota, importa la capacidad de producir respuestas eficaces para superar los desafíos e incitaciones recibidas por el poder político o, como lo sostiene Friedrich, de esa manera se evitará:

la mera repetición de epidérmicos argumentos o frases efectistas, porque en ellas [...] se elimina el pernicioso efecto de hablar para las galerías. El pueblo espera de sus representantes, prontitud y adecuadas soluciones para sus postergados requerimientos. El Congreso debe legislar mejor. El Congreso debe controlar mejor.

Por ello, cabe afirmar junto a Gentile, que:

Tan importante como la tarea de legislar es la de controlar el cumplimiento de la ley, la acción del gobierno y la administración que de él depende [...] las Cámaras desarrollan gran parte de su labor en las comisiones [...] que tienen la facultad de solicitar informes y datos, pudiendo actuar en los recesos parlamentarios [...] elevan sus dictámenes o despachos a cada sala, y detallan los informes de la mayoría y la minoría, y las disidencias totales o parciales.⁹

En términos similares se expide Sagüés, al sostener que las comisiones legislativas «son piezas vitales para el funcionamiento del Congreso, ya que en ellas recae la tarea habitual de analizar proyectos de ley, recabar informaciones, realizar estudios y concretar las operaciones de control».¹⁰

Creemos que la realidad institucional debe superarse día a día, ya que somos conscientes de que la crisis del Parlamento se presenta en todos los países en que está instalado y debe superarse con técnicas democráticas y el *trabajo investigativo de la realidad social*, en forma continua, durante los trescientos sesenta y cinco días del año, para producir con eficiencia las soluciones que satisfagan las demandas de la sociedad. Con ello retornará la creencia del pueblo en la clase dirigente política y en la operatividad de la democracia conforme al programa que implica obrar conforme al orden constitucional.

Creemos que la única lealtad válida es hacia las instituciones republicanas, observando comportamientos democráticos y pluralistas. Con relación a ello, constituye una regla de oro de la teoría constitucional, que al otorgamiento o adjudicación de mayores poderes, se deben aumentar e intensificar los controles, y estos nunca pueden estar en manos del controlado, ya que ello equivaldría a poner el cuidado

⁹ Jorge Horacio Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, o. cit., pp. 37 ss.

¹⁰ Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 361.

de la huerta en manos de los conejos, como irónicamente lo ejemplificaba Kart Loewenstein.

Es evidente que a partir de 1994 vivimos una constante *erosión de la conciencia constitucional*,¹¹ con evidentes apartamientos de los mandatos y competencias supremas diseñadas por el poder constituyente, por lo que se torna necesaria la revitalización de la conciencia constitucional en los destinatarios del poder.

3. La investigación legislativa y tecnocrática

Sabemos que el significado primario de la acción que comprende el verbo *investigar* parte de su origen latino: *investigare*, que significa: ‘hacer diligencias para descubrir una cosa’ o, también, ‘hacer indagaciones sobre algo que se desconoce’. A su vez, el término *descubrir*, entre otras acepciones, comporta: ‘hallar lo que estaba ignorado o escondido | registrar o alcanzar a ver | venir en conocimiento de una cosa que se ignora’.

En definitiva: investigar consiste en estudiar a fondo una determinada materia y así lo debe hacer el legislador, para estar informado y formar su propio criterio y estar preparado para debatir el tema con sus pares, en especial cuando hay varias alternativas de solución, para llegar a la más conveniente, oportuna y eficaz para satisfacer la demanda social, ya sea por vía legislativa, o por resolución, o para controlar eficientemente.

El hecho de que los legisladores se informen por distintos instrumentos elaborados por técnicos y científicos, los hace dependientes de una suerte de *clase teórica*, a la que se resisten consultar, por desconfianza o por el temor propio que está en la condición humana de toda persona ignorante, que siempre teme a lo desconocido. Es indudable que la *clase teórica* ya tiene bastante poder con su conocimiento, pero este solo prevalece en el ámbito de las instituciones científicas y es ignorada o despreciada por el resto, porque dicha clase no tiene poder político, ni le debe ser dado, si es que queremos que la ciencia progrese con la debida dedicación y estudio, para el progreso del país.

Para entender esta problemática, debe distinguirse conceptualmente cómo el *saber* (el que sabe) se relaciona con el *poder* (el que manda). Las combinaciones posibles son —al decir de Sartori—,¹² cuatro: 1) poder sin saber; 2) saber sin poder; 3) los que saben tienen también el poder, y 4) los que tienen el poder también saben.

Por culpa de dichos *saberes*, los científicos y los tecnócratas tienen una marcada tendencia a apartarse del común de los hombres y a enamorarse de su *yo* y sus

¹¹ Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel Derecho, 1965 y 1986, pp. 226 ss.

¹² Giovanni Sartori: *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, 3.^a ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 328 ss.

propios proyectos, lo que muchas veces comporta el peligro de seducir al *amateurismo político*, que ansioso de nuevas utopías o novedades, las trata de imponer a la sociedad. La proyección tecnológica tiene por tendencia dar por descontado que las actuales condiciones políticas —una sociedad abierta, pluralista, tolerante— están destinadas a mantenerse aproximadamente igual, fundamentalmente cuando las propuestas que hace el tecnócrata parten de la condición o presupuesto tácito de que en el futuro se dará *la igualdad de condiciones políticas*.

De esa manera procedió Cavallo con la convertibilidad. También sabemos que en el mundo todo cambia a una velocidad ultraacelerada y que la contracultura juega un rol preocupante; luego, no resulta plausible creer en la existencia de una política *estática*, ya que es dinámica por naturaleza, al igual que el mundo cultural y toda la historia de la humanidad. No comprenderlo a tiempo hizo que la intangibilidad prometida en tiempo de Cavallo terminara en la calamitosa *pesificación*.

Por ello, el político debe estar prevenido de los tecnócratas y, además, tiene el deber de controlar los avances de algunas tecnologías —importadas o autóctonas— y el poder que dan esas tecnologías a algunos hombres, o el mal uso que estos hacen de ellas en perjuicio de los otros.

Ello es así, porque el *poder político* es un *poder relacional*, que pertenece a quien lo ejerce y que multiplica sus potencialidades con el *saber*, ya que *un poder sin saber es limitado* y está circunscrito por su propia falta de conocimiento de la realidad político-social y económica en la que está inserto.

Por el contrario, un poder asistido por la ciencia y el saber tecnológico que se resuelve en una tecnología del control sobre el gobierno y sobre los comportamientos sociales, se convierte de hecho en un poder que contribuirá a la gobernabilidad sin ser ilimitado, ya que tendrá los límites que impone el ejercicio activo y responsable de los ciudadanos, la oposición y los órganos de control auxiliares del poder o externos a este.

Pienso, al igual que Sartori, que aun en la sociedad tecnológica más avanzada, en donde «quienes tienen el gobierno también saben», lo real es que el gobierno seguirá estando en manos de los políticos, aunque cada vez más se convertirá en un gobierno orientado y reforzado por expertos que coadyuven en la consolidación del poder político. Como bien lo advierte el mismo autor:

No es que los poderosos que tienen el poder sean también, literalmente, los que saben. Es que los que cuentan con el poder político se valdrán de los que saben como de un recurso adicional y necesario de su poder. El brazo secular se reforzará con el brazo intelectual. De hecho es así como el político moderno entiende y aprovecha a la clase teórica: *como un recurso estratégico*.¹³

En consecuencia, independientemente de cual fuere el origen sociocultural de los representantes del pueblo, ellos están obligados a aprovechar —como recurso

¹³ Giovanni Sartori: *La política*, o. cit., p. 330.

estratégico— el saber de la *clase teórica*, para aprender a conocer y comprender la realidad social y las demandas sociales que deben satisfacer con la alternativa de solución más conveniente y oportuna.

El pueblo es el único titular del poder y así lo ha demostrado el comportamiento democrático de ciudadanos republicanos del pueblo de Misiones, que supieron sobreponerse y rebelarse contra el personalismo y el intento reeleccionista de su gobernador y resistir a todo tipo de fraude o prebendas. Sin duda que los legisladores de Misiones que están cerca del Ejecutivo o son oficialistas tendrán que saber captar esa lección ética y abrir el diálogo con la oposición, ya que el alerta rojo que significa la última manifestación de la voluntad popular los pone en la antesala de pasar a ser la próxima minoría. Así es el juego de la democracia y la alternancia republicana, con un pluralismo que a través del diálogo sirve para enriquecer el debate sobre las cosas públicas, consensuando la solución más viable, para «proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social» que recepta nuestra Constitución como nuevas cláusulas del progreso (artículo 75, incisos 18, 19 y 23, CN).

Siempre será necesario contribuir al debate permanente entre liberalismo, democracia y socialismo, o a la conjunción y a la vez disyunción entre la libertad y la igualdad, o a la relación —siempre conflictiva— entre Estado y mercado. El filósofo y politólogo italiano Norberto Bobbio siempre sostuvo que había un hilo conductor entre liberalismo, democracia y socialismo, que la democracia (soberanía popular) recuperaba los valores del liberalismo (libertades individuales y Estado de derecho), y que el socialismo (que ponía el acento en el principio de igualdad) recuperaba los valores liberales y democráticos.

Ese era el meollo de su pensamiento político, que solo en apariencia era simple desde el punto de vista teórico, pero densamente complejo cuando se trata de cotejarlo con la realidad sociopolítica que viven países como el nuestro, para posibilitar un porvenir de nuestra comunidad que se ajuste a los valores de la democracia pluralista, de la razón, la libertad y la igualdad.

El estudio y la investigación permitirán al legislador adquirir el conocimiento necesario para ejercer una política que nos permita recuperar la realidad de la vida y no la fantasía de los *políticos amateurs*, o el predominio tecnócrata, que por su polifuncionalidad siempre está propenso a servir a intereses antagónicos y antipatrióticos.

Por demás sabido es que, desde la perspectiva legisferante, si la norma mandato no responde a la realidad social, o está en franca contradicción con las necesidades del cuerpo social, no será obedecida y caerá en desuso. Hoy vivimos una marcada anomia, sin advertir que la mayoría de las leyes que se sancionan carecen del debido estudio de la realidad social como para forjar políticas a mediano o largo plazo que cubran por lo menos las necesidades básicas insatisfechas. Para ello no debe haber desacuerdo, sino políticas de Estado, en las que estén de acuerdo todas las fuerzas políticas.

La falta de investigación y estudio nos anarquiza y nos somete a la inestabilidad e inseguridad jurídica, ya que los preceptos jurídicos establecidos como puros mandatos de la autoridad, formulados sin investigar y conocer la realidad social, son antivalores que terminan siendo resistidos o ignorados por la sociedad, ya que esta tiene otras demandas que tarde o temprano serán captadas por algún político de raza o con vocación de estadista, dando lugar al cambio social. Hoy esos políticos están faltando.

A su vez, el descontrol o falta de investigación de las funciones administrativas vuelve semántica nuestra forma de gobierno republicana. El descontrol y la sanción de normas habilitantes de facultades legisferantes al Poder Ejecutivo tornan *nominal* a la Constitución nacional, en los términos del análisis ontológico que agudamente efectúa Karl Loewenstein.¹⁴

Para que las comisiones operen como *verdaderos talleres de trabajo o gabinetes de estudio*, como si fueren *pequeños parlamentos*, es necesario que los legisladores se desempeñen como verdaderas *abejas laboriosas* y que la apertura hacia la *especialización* y la *eficiencia* no los haga caer en el error de calificar a los *intelectuales, científicos y tecnócratas* en clase potestativa *soberana*, es decir política. Tampoco deben depositar todo el poder en ellos o en el Ejecutivo.

4. La constitucionalización de la Comisión Bicameral Permanente

La Comisión Bicameral Permanente (CBP) tiene carácter constitucional (artículos 99, inciso 3.º, 80, y 100, incisos 12 y 13), y su integración e intervención o competencia se deriva a la sanción de una ley especial.

Al respecto, el artículo 99, inciso 3.º, CN establece que la composición del tipo de comisión que nos ocupa debe respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. A su vez impone al Jefe de Gabinete de Ministros la obligación personal de someter ante la comisión, dentro de los diez días, los decretos por razones de necesidad y urgencia que dicte el Ejecutivo, en acuerdo general de ministros. La comisión debe elevar su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que debe ser considerado de inmediato. La regulación de dicho trámite y competencia de la comisión se remitió a la sanción de una ley especial, la que luego de doce años de demora fue sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, con el n.º 26122 (BO, 28.7.2006), pero, sin cubrir las expectativas de control republicano y sin respetarse las directrices constitucionales, como se examinará *infra*.

¹⁴ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, o. cit., p. 218.

5. Ley 26122, reglamentaria de la Comisión Bicameral Permanente

Esta ley tiene como antecedente parlamentario el proyecto presentado por la senadora Curletti, fue considerado y aprobado con modificaciones por el Senado en la sesión del 6 de julio de 2006 y por la Cámara de Diputados en la sesión del 20 de julio de 2006. Fue promulgada el 27 de julio de 2006 y publicada en el *Boletín Oficial* el 28 de julio de 2006.

La ley 26122 tiene por objeto establecer la intervención del Congreso, por medio de la Comisión Bicameral Permanente, en el trámite y dictámenes o despachos que debe dictar con respecto a la validez o invalidez de los decretos de necesidad y urgencia, de promulgación parcial de leyes (artículos 80 y 100, inciso 13, CN), los decretos del Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas delegadas por el Congreso (artículo 100, inciso 12, CN). El artículo 99, inciso 3.º, último párrafo, CN, es terminante en atribuir competencia al Congreso de la Nación para el control de los decretos en análisis, el cual, por ello, tiene la obligación constitucional de efectuarlo, sea ratificando o rechazando, en forma expresa, dichos decretos, siendo la Comisión Bicameral Permanente un órgano dependiente de aquel, que sólo dictamina o emite despachos, sin adoptar decisión política alguna. Por ello, el silencio del Congreso durante estos doce años sobre la validez de dichos decretos no lo exime de su obligación de control y de expedirse en forma expresa (artículo 82 CN).

La ley 26122 también delimita la competencia de la Comisión Bicameral de Seguimiento en la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos.

Para el funcionamiento de la CBP señala que se regirá por las disposiciones de su reglamento de funcionamiento interno, facultándola a dictarlo. Ante la falta de previsión y en lo que sea procedente, se prevé la aplicación supletoria de los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del cuerpo que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación subsidiaria.

La ley establece que la CBP estará integrada por *ocho diputados* y *ocho senadores* designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas. Duran en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos. Anualmente elige un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que pueden ser reelectos, pudiendo ser la presidencia alternativa y corresponde un año a cada Cámara. Para sesionar necesita contar con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros y está habilitada para cumplir funciones aun durante el receso del Congreso de la Nación. Emite dictámenes que se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente.

El artículo 10.º de la ley establece que la CBP debe expedirse acerca de la validez o invalidez del derecho de necesidad y urgencia, y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, pudiendo consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.

Con respecto a la delegación legislativa, los artículos 11 y 12 establecen que las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo, el cual debe limitarse a elevar dentro de los diez días de dictado un decreto de delegación legislativa y someterlo a consideración de la CBP y esta deberá expedir dictamen acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio, pudiendo consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia.

Con relación a la promulgación parcial de las leyes, la CBP debe expedir despacho acerca de la validez o invalidez del decreto de promulgación parcial y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y sustancial del decreto. En este último caso debe indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso. Las disposiciones de esta ley y el curso de sus procedimientos no obstan al ejercicio por el Congreso de sus potestades ordinarias relativas a la insistencia (por ambas Cámaras) respecto de normas legales total o parcialmente vetadas.

El artículo 17 establece que los decretos a que se refiere la ley, dictados por el Poder Ejecutivo con base en las atribuciones conferidas por los artículos 76, 99, inciso 3, y 80 CN, *tienen plena vigencia de conformidad con lo establecido en el artículo 2.º del Código Civil*. Para el supuesto de incumplimiento del jefe de gabinete, de no remitir en el plazo establecido a la CBP los decretos que reglamenta la ley, se habilita a la CBP para que se aboque de oficio a su tratamiento y, para ello, ordena que el plazo de diez días hábiles para dictaminar se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de gabinete.

Para emitir el despacho, la CBP tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la CBP debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, que establece la ley. Vencido dicho plazo sin que la CBP haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán de oficio al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, de conformidad

con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 82 CN. Elevado por la CBP el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento, debiendo pronunciarse las Cámaras mediante sendas resoluciones.

El *rechazo o aprobación* de los decretos deberá ser expreso, conforme a lo establecido en el artículo 82 CN, debiendo comunicar de inmediato cada Cámara a la otra su pronunciamiento. Se limita la labor de las Cámaras, impidiéndoles introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la *aceptación o rechazo* de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. El *rechazo* por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación, de acuerdo con lo que establece el artículo 2.º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Por último, se señala que las disposiciones de la ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo. Las resoluciones de las Cámaras que *aprueben o rechacen* el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en la ley, deben ser comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial.

6. La ley 26122 y la Comisión Bicameral de Seguimiento

El artículo 27 de la ley 26122 establece que la Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la ley 25561 solo mantendrá la competencia prevista por el artículo 4.º de la ley 25790, que establece que:

El Poder Ejecutivo nacional remitirá las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el artículo 20 de la ley n.º 25561. Corresponderá al Honorable Congreso de la Nación expedirse dentro del plazo de sesenta (60) días corridos de recepcionada la propuesta. Cumplido dicho plazo sin que se haya expedido, se tendrá por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo nacional deberá reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo.

A su vez, el artículo 20 de la ley 25561 es el dispositivo que crea la Comisión Bicameral de Seguimiento, integrándola con seis senadores y seis diputados elegidos por ambas Cámaras, respetando la pluralidad de la representación política de estas y presidiéndola el que sea propuesto por el bloque político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Esta comisión tiene por objeto controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo; debe someter los dictámenes que emite, en todos los casos, a consideración de ambas Cámaras.

El 30 de noviembre de 2006, la Cámara de Senadores se aprestaba a tratar y votar la cuarta *prórroga*, por un año más, de la Ley de Emergencia Pública. De ese

modo se continúa convalidando la situación de excepción en el área económica, social, sanitaria, ocupacional y en los planes Jefes y Jefas, como si viviéramos una emergencia pública permanente. Dentro de la prórroga se otorgarán poderes especiales para la renegociación de los contratos de concesión con empresas privatizadas, prestatarias de servicios públicos.

La mayoría de esos contratos (de un total de sesenta y cuatro) se ha sometido «compulsivamente» a un proceso de revisión contractual ordenado por la legislación de emergencia, por lo que no sería igualitario ni equitativo que los demás pendientes (de imposible tratamiento antes de fin de año) no tuvieran la misma consideración. La *pesificación* de las tarifas de los servicios públicos y su *atraso*, traen como consecuencia la falta de inversión privada y funciona como un subsidio desde el resto de la economía y de los consumidores industriales y comerciales hacia los usuarios residenciales de altos ingresos que están en condiciones de pagar mayores tarifas.

7. Constitucionalidad de la ley 26122

La composición de la CBP no puede tener ocho senadores como lo fija la ley, sino que lo razonable es que el Senado esté representado por un senador por provincia y otro por la Ciudad de Buenos Aires, para preservar la esencia federal del Estado, y el control vertical correspondiente. La representación de la Cámara de Diputados tendría que llegar a un número similar al de la representación del Senado, para que funcione en equilibrio la votación de la mayoría con el voto del presidente de la CBP. De esa forma se asegura la operatividad plena de los principios de representatividad y de división de poderes, frente a la excepción que significa que el Poder Ejecutivo pueda dictar los decretos en análisis.

Nuestra Constitución nacional establece que el proceso de formación, sanción y promulgación de la leyes es un acto de naturaleza compleja, que requiere la participación del Poder Legislativo (que de modo principal discute y sanciona el proyecto de ley) y del Poder Ejecutivo, que como órgano colegislativo puede ejercer el derecho al veto o promulgar el proyecto de ley, pasando este a ser ley vigente una vez que se publica en el *Boletín Oficial*. En ese trámite de legislación ordinaria intervienen los dos poderes políticos que son elegidos en forma directa por el pueblo y, en última instancia, quedará expedito en caso concreto el control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial.

Dicho control interórganos hace a la división de poderes que garantiza nuestra Constitución nacional y la complejidad del acto formativo de la ley requiriendo la concurrencia de dos voluntades de estricta naturaleza política, constituye el principio general. Las excepciones no se pueden apartar de dicha regla, sino que deben confirmarla; de lo contrario se vacía de contenido la República y se vuelve a un régimen de hegemonía del poder público.

En tal sentido el artículo 99, inciso 3.º, CN, establece como principio general la directriz de base que expresa: «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo». A este límite constitucional se deben sujetar todas las facultades normativas del ordenamiento jurídico, de lo contrario se dará un retorno a las funciones legislativas asumidas por los gobiernos de facto, en donde la ausencia del Congreso era total y aún seguimos teniendo vigentes decretos ley convertidos en leyes por inoperancia revisora del Poder Legislativo. Ese viejo y erosivo comportamiento autocrático y antirrepublicano parece renacer con la actual centralización y concentración de poder en el Ejecutivo.

Como consecuencia inevitable de ello, las excepciones a dicho principio general no pueden escapar a la regla de que deben concurrir las dos voluntades para que los «decretos» en cuestión tengan el debido control interórganos y puedan adquirir validez legal; mientras tanto son provisorios y en modo alguno pueden tener la validez legal que le otorga el artículo 17 de la ley 26122, y mucho menos que esa validez pueda ser *sine die* con el mero *silencio* de las Cámaras, que pueden optar por no expedirse sobre su aceptación o rechazo, ya que no media sanción legal para dicha omisión.

La regulación legal asimila los alcances de cada uno de los decretos en cuestión, cuando son de distinta naturaleza y por lo tanto requieren de trámites de control diferentes, relacionados directamente con las condiciones de viabilidad que fija la Constitución para cada decreto, que solo tienen en común que se trata de vías normativas de *excepción*, dictadas unilateralmente y que, por ello, en modo alguno se las puede blanquear o legalizar como si se trata de normas ordinarias. Por el contrario, la prohibición al Poder Ejecutivo de *emitir disposiciones de carácter legislativo*, bajo pena de *nulidad absoluta e insanable*, requiere de un control real y efectivo del Poder Legislativo, que en modo alguno puede renunciar a las competencias supremas de orden legislativo que le atribuye la Constitución nacional.

Por ello, la interpretación sobre la vigencia de las normas legislativas dictadas por el órgano ejecutivo es esencialmente restrictiva y en modo alguno puede utilizarse la vía extensiva o analógica, de aplicar la cláusula transitoria octava de la Constitución nacional.

La plena vigencia de los decretos en cuestión, por mandato legal (ley 26122), en los supuestos de silencio u omisión de un control interórganos por el Congreso, que sea real y efectivo, constituye una expresión más de concentración de poder en el Ejecutivo, que en el caso de los decretos de necesidad y urgencia llega a ser hegemónico y absoluto, si a ello se suma la ineficacia del control jurisdiccional que también omite declarar la nulidad del decreto, pese a que es absoluta y que lo puede hacer de oficio, haciendo prevalecer el orden público constitucional y de la República. En tal caso, se olvida de que el texto constitucional fue elaborado para tener plena vigencia tanto en épocas de normalidad como de anormalidad, y con prescindencia

de las causas sociales, económicas o políticas que pudieron haberla ocasionado. Las situaciones de emergencia tienen su respuesta institucional dentro del marco de la Constitución nacional y no fuera de ella o para crear poderes o competencias supremas que la Constitución no reconoce. No es serio ni razonable que por un lado se proclame la plena vigencia del Estado de derecho y de la ley fundamental mientras que, por el otro, se instrumenten o ejecuten medidas vedadas por la Constitución o se omitan las que esta manda hacer.

Como lo sostiene Cayuso,¹⁵ la suma de voluntades políticas de los poderes Ejecutivo y Legislativo constituyen el requisito de legalidad (yo diría de validez o legitimidad de origen), para la vigencia de los instrumentos cuyo trámite de control interorgánico se pretende reglamentar. La regulación normativa que hace la ley 26122 omite reglamentar la posibilidad de un control real y efectivo, para el supuesto de *silencio* de una o ambas Cámaras del Congreso, por lo que en tal caso no existe control y con la vigencia instituida por vía legal, queda convalidado de hecho el decreto en cuestión, dándole una vigencia que no tiene, ya que su no tratamiento de inmediato como lo requiere la Constitución lo deja en suspenso hasta tanto no sea convalidado por ley del Congreso.

La falta de tratamiento o de control real de los decretos por el *silencio* del Congreso de la Nación o de una de sus Cámaras legislativas, o su demora en hacerlo, jamás puede ser interpretado como una aceptación o sanción tácita, ya que siempre debe expedirse en forma expresa. Al respecto el artículo 82 CN dispone categóricamente que «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta». Sin embargo, la regulación que hace la ley 26122 no altera la situación jurídica existente: un decreto de necesidad y urgencia, o un acto legislativo delegado, prosiguen rigiendo hasta que no sean derogados por una norma de igual naturaleza o por una ley del Congreso. Por ello, la reglamentación es meramente gatopardista.

El Congreso de la Nación siempre debe expedirse en forma expresa para ratificar los decretos en cuestión, si es que los considera convenientes, razonables y constitucionales, ya que en materia de reglamentación de derechos y garantías —en los términos de los artículos 14, 19 y 28 CN— solo puede manifestar su voluntad mediante la emisión de una ley en sentido formal, conforme al proceso de formación y sanción previsto en los artículos 77 a 84 CN, para lo cual podrán abreviarse los plazos, por tratarse de normas de naturaleza legislativa o por ser delegadas de decisiones legislativas previas a las que deben adecuarse, respetando de esa manera la pluralidad política representada en el Parlamento, lo que otorgará la cuota de legitimidad necesaria a aquellos instrumentos. Además se producirá el control intraorganos, con la voluntad concurrente de ambas Cámaras, mediante los votos de la

¹⁵ Susana Cayuso: «La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente», en *La Ley*, 21.07.2006, p. 1.

mayoría y de las minorías a través de la aprobación que deberá hacer cada Cámara, en sus roles de iniciadora y revisora del decreto de que se trate.

De lo contrario, queda librado a la discrecionalidad arbitraria del órgano legislativo la vigencia de tales instrumentos en tanto y en cuanto se posibilite con el silencio su no tratamiento, lo que es también seguido de nulidad absoluta e insanable por mandato constitucional, al cual deben someterse los poderes constituidos.

En caso de silencio, el Congreso cae en el supuesto de inconstitucionalidad por omisión, que nos explicara con total claridad Bidart Campos,¹⁶ quien en su defecto llegó a señalar:

Para que la Constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un Estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la Constitución, mediante alguna forma de *control* que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.

De esa manera reclamaba con especial énfasis la acción del Poder Judicial como controlador de los restantes poderes del Estado. Como lo sostiene Figueruelo Burrieza,

si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional consiste en controlar regularidades de la actuación de los poderes públicos, y sobre todo del legislador, tan inconstitucional será una actuación positiva del legislador que vulnere el orden constitucional como su no actuación cuando esta está constitucionalmente prevista.¹⁷

Entendemos que siempre debe quedar expedita al justiciable la acción de amparo, con legitimaciones supraindividuales de los ciudadanos y legisladores de la oposición, para que denuncien la omisión constitucional ante la justicia. Al Poder Judicial le incumbe la tarea de evitar los excesos políticos mediante el estricto cumplimiento de su función: preservar la *supremacía constitucional*. Constatada la omisión por el órgano jurisdiccional, este debe estar habilitado para otorgar un plazo prudente al órgano legislativo a los fines que actúe sobre el órgano controlado, otorgándole un plazo razonable para que actúe conforme a su libertad política, y, en su defecto, debe disponer la caducidad de los actos legislativos del órgano ejecutivo que no sean ratificados por el Congreso, tomando como plazo máximo el que dura el próximo período de labor congresual, que es el término razonable para seguir los

¹⁶ Germán Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 21, 351 y 352; y *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 351 y 624-625; y en *ED* del 5.3.1992.

¹⁷ Ángela Figueruelo Burrieza: *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 65.

trámites ordinarios de formación y sanción de una ley, que es la condición exigida por el artículo 99, inciso 3.º, CN, para poder dictar un decreto «por razones» de necesidad y urgencia.

Distintos son los casos de delegación legislativa (artículo 76 CN), en los que si no se ratifican las delegaciones en forma expresa por el Congreso, caduca su validez a los cinco años (disposición transitoria 8). Una interpretación por vía análoga para los decretos de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes, resulta contrario al principio de división de poderes frente a la excepción que significa que el Poder Ejecutivo pueda dictar dichos instrumentos legislativos. La interpretación debe ser restrictiva, de conformidad con la sanción constitucional de *nulidad absoluta e insanable* que regula el artículo 99, inciso 3.º, CN, en concordancia con el primer párrafo del artículo 36 de la ley fundamental, en cuanto dispone que: «Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos», que a su vez sanciona a sus autores con la pena prevista en el artículo 29, inhabilitando a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

El silencio u omisión de control por el Congreso, de los decretos de naturaleza legislativa emitidos por el Ejecutivo, desvirtúa la clásica doctrina de la división de los poderes concebida por el movimiento constitucionalista como una de las técnicas más eficaces para la defensa de las libertades frente a los abusos gestados por la concentración del poder, y que fuera brillantemente complementada con la teoría de los controles formulada por Karl Loewenstein.¹⁸ Al no comprender dicho límite se vacía de contenido a la República y se desvaloriza a la democracia.

Por último, es de nulidad absoluta e insanable el alcance dado por la ley 26122 al rechazo de los decretos en examen que puede resolver el Poder Legislativo, al reconocer por el artículo 24 efectos derogatorios únicamente para el futuro, sea cual fuere la causa o el tamaño y gravedad del rechazo, dejando a salvo los «derechos adquiridos» durante su vigencia. No se advierte con ello que no es lo mismo declarar la nulidad absoluta e insanable del decreto, que es *desde siempre o ex tunc* (artículos 1047 y 1050 del Código Civil) y no desde el momento del rechazo o *ex nunc*. Al respecto no pueden sostenerse la validez de los derechos adquiridos, bajo el imperio de normas nunca han sido dictadas conforme al procedimiento que fija la Constitución y que por ello llevan la tacha de nulidad absoluta.

Al acrecentamiento de facultades del Poder Ejecutivo que provocan las inconstitucionalidades que porta la ley 26122 se suman los poderes otorgados por las leyes 26124 y 26135, conformando entre las tres el otorgamiento de un poder hegemónico y autocrático que hace estériles los principios que caracterizan nuestra forma republicana y democrática de gobierno.

¹⁸ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, o. cit., pp. 149 ss.

8. Comisiones investigadoras: fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales. Límites

Entre las comisiones especiales legislativas asumen particular importancia las *comisiones investigadoras*. Tienen su precedente normativo en la Constitución de los Estados Unidos. Al respecto, dice Pritchett¹⁹ que la facultad del Congreso de investigar no se encuentra en la Constitución, sino que es «un poder implícito que resulta de las responsabilidades legislativas expresamente asignadas». Wilson²⁰ llega a sostener que la función informativa del Congreso debería preferirse incluso a su función legislativa.

Esta actividad, tal como lo explica Ramella, siguiendo a Pritchett, ha dado lugar a que la Suprema Corte se pronunciara en varios casos²¹ sobre la extensión de las facultades de las comisiones investigadoras. Cita como primer juicio importante el de *Kilbourn v. Thompson* (1881), a raíz de la bancarrota de una firma importante. La Cámara de Representantes confió a una comisión que investigara esa situación con poderes para incautarse de personas y documentos. El juicio estaba aún en trámite ante la Corte de Quiebras.

Según Pritchett, se podían derivar tres limitaciones al poder del Congreso de investigar:

1. El derecho de investigar estaba limitado por el principio de la separación de poderes; 2. La investigación debía tratar de una materia sobre la cual el Congreso podía válidamente legislar; y 3. La resolución determinante de la investigación debe surgir de un interés en legislar sobre dicha materia.

Por el contrario, en el caso *Chapman* (1897) el alto tribunal fue más flexible porque determinó que la investigación estaba «dentro del ámbito de los poderes constitucionales del Senado».

Con posterioridad, en el caso *Mac Grain v. Daugherty* (1927) la Suprema Corte revocó la sentencia de una Corte federal de distrito que al resolver un hábeas corpus de Mally S. Daugherty, que había sido citado como testigo a raíz de la investigación que el Senado realizaba con respecto a la actuación del Departamento de Justicia, estableció que: «El único objeto legítimo que el Senado podía perseguir al ordenar la investigación era el de auxiliarse en la legislación; y consideramos que la materia era tal que puede presumirse que el objeto era real».

En *Watkins v. United States* (1957),²² la Corte Suprema estableció que: «Ninguna investigación legislativa es una finalidad en sí, debiendo relacionarse a y en

¹⁹ C. Herman Pritchett, *La Constitución americana*, Buenos Aires, TEA, 1965, p. 255.

²⁰ W. Wilson: «Congressional government», en la cita de Pritchett, *La Constitución americana*, o. cit., p. 255.

²¹ Pablo A. Ramella: «Comisiones investigadoras», en *La Ley*, 1984-D, p. 961, donde expresa que sigue en esto a Pritchett, *La Constitución americana*, o. cit., pp. 258 ss.

²² Caso *Watkins v. United States*, JA, 1959-I, sec. «Jurisprudencia Extranjera», p. 20.

apoyo de una tarea legítima del Congreso, ya que no son defendibles investigaciones llevadas solo para el engrandecimiento de los investigadores o para castigo de los investigados».

Sobre la base de estos precedentes, la doctrina de nuestro país tiene dicho que la facultad de investigar del Congreso, y de cada una de sus Cámaras, es uno de los poderes implícitos que la Constitución le atribuye en el artículo 75, inciso 32 (ex inciso 28 del artículo 67), que lo faculta para: «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». Como órgano legisferante, el Congreso tiene con el proceso de formación y sanción de las leyes, el medio o instrumento conveniente para poner en ejercicio los poderes antecedentes, al decir del precitado precepto, o sea, los enumerados en los treinta y un incisos precedentes del aludido y todos los otros concedidos por la Constitución, al gobierno de nuestro país.

Gran parte de la doctrina nacional señala que el artículo 75 inciso 32 tiene su antecedente en el artículo I, sección 8.^a, párrafo 18, de la Constitución de Estados Unidos, que al Congreso faculta: «[...] Para dictar todas las leyes que fueran necesarias y convenientes para poner en práctica las antedichas facultades, así como las demás que esta Constitución atribuye al gobierno de los Estados Unidos, o a cualquiera de sus dependencias o funcionarios». Nuestra Constitución mejora la redacción de dicho antecedente al hacer referencia no solo a la facultad de dictar leyes, sino también *reglamentos*, e elimina la alusión a leyes *necesarias y convenientes*, lo que nos parece lógico, ya que facultar para lo contrario es un absurdo.

No obstante ello, la teoría constitucional de Estados Unidos es uniforme en señalar que la facultad de investigación no proviene de la norma citada, sino de un poder más general que surge de la primera parte del artículo II: «Todos los poderes legislativos aquí otorgados se atribuyen a un Congreso».

En nuestro país constituye un antecedente doctrinario relevante la doctrina desarrollada en el voto del Dr. Laspiur, en el caso *Lino de la Torre*,²³ quien pone de resalto el contenido de los artículos 19 y 18 CN —que se remontan a nuestro derecho patrio—, que sitúan al problema en un marco jurídico que difiere del de Estados Unidos. El principio de legalidad, la garantía del juez natural y la interdicción de las comisiones especiales constituyen en nuestro sistema límites normativos expresos, que como tales tienen fuerza normativa vinculante para los poderes constituidos.

Las facultades de *investigación*, según González Calderón,²⁴ es un privilegio que «ha sido universalmente reconocido como uno de los inherentes a todo cuerpo legislativo. Es necesario para que cada Cámara pueda desempeñar sus funciones

²³ CSJN, *Fallos*, 19:231.

²⁴ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional*, tomo II, 2^a ed., Buenos Aires, Lajouane, 1923, p. 499.

constitucionales y este principio adquiere mayor evidencia cuando se observa que los encargados de administrar justicia son directamente responsables ante el Parlamento» (artículos 53 y 59 CN).

Para Bielsa,²⁵ la facultad de *investigar* es implícita del Congreso y derivada del artículo 75, inciso 32, CN, y de la función de legislar y de controlar. Este autor llega a admitir que para casos muy justificados la comisión investigadora tiene el poder de efectuar allanamientos.

La Cámara de Diputados ordenó en 1915 una investigación relacionada con las obras de embalse e irrigación de Río Tercero. El Poder Ejecutivo envió un mensaje a la Cámara negándole esa facultad. El cuerpo dictó una resolución fundada por el diputado Vicente Gallo en una notable pieza oratoria jurídico-constitucional, al decir de González Calderón. La Cámara declaró: «que es facultad suya inherente a su carácter representativo y necesaria para el desempeño de sus funciones, la designación de comisiones investigadoras de su seno, para fines de iniciativa parlamentaria, de reforma de la legislación o de responsabilidad de funcionarios».

En 1917,²⁶ al referirse a un pedido de informes al Poder Ejecutivo, la Cámara de Diputados declaró que:

Al ejercer las facultades que le confiere el artículo 71 (ex 63) de la Constitución, le corresponde también determinar la forma en que, en cada caso y a los fines del mejor desempeño de la función legislativa, considera que deben serle suministrados los informes y explicaciones que solicite.

En términos parecidos se expidió en la sesión del 13 de setiembre de 1918. En la sesión del 16 de setiembre de igual año reafirmó ese derecho, agregando que la Cámara «por sí o por delegación expresa de sus facultades en sus comisiones permanentes o especiales, puede requerir el testimonio de personas y la exhibición de documentos que tengan o que puedan tener relación inmediata con el objeto de la investigación».

En 1934, el Senado dispuso la investigación del comercio de carnes, habilitando a la comisión para que pudiera «requerir el testimonio de personas y la exhibición de libros, papeles y documentos que tengan o que pudieran tener relación inmediata con los fines de la investigación e interés público que ella contempla». Como lo recuerda Linares Quintana, la comisión del Senado allanó buques sin solicitar el auxilio de la fuerza pública al Poder Ejecutivo, ni tampoco pidió autorización al Poder Judicial. Pero lo real es que en dicha investigación, relativa al comercio de carnes, si la comisión presidida por el senador Lisandro de la Torre hubiere vacilado en tomar la medida de incautarse de la documentación de los frigoríficos, y que derivó en el

²⁵ Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, 3.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 551.

²⁶ Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo VIII, Buenos Aires, Alfa, 1963, pp. 457 ss.

asesinato del senador Bordabehere en el propio recinto, no se habría sabido nunca las maniobras que se hacían por un ministro para beneficiar a las empresas.

Con posterioridad, en 1940, el Senado resolvió investigar la compra de los terrenos de El Palomar destinados al Ejército, designando una comisión investigadora que obró con mano firme y logró establecer que algunos legisladores habían recibido comisiones. Posteriormente, la justicia penal los condenó. Cualquier disímil con la Ley Banelco n.º 25250, derogada por imperativo ético, es mera coincidencia, pero aquí la investigación estalló ante la confesión pública hecha por un senador arrepentido de haber recibido una suma importante para votar dicha ley, de parte del Ejecutivo de entonces.

Ante casos extremos, por la naturaleza de la tarea de control que cumple el Poder Legislativo sobre los otros poderes del Estado, tiene facultades para que por medio de *comisiones investigadoras* pueda efectuar allanamientos, mediante la debida autorización judicial, en garantía de los derechos individuales. En 1941, cuando la Cámara de Diputados designó una comisión para investigar actividades consideradas antiargentinas, facultó a la comisión para «requerir el auxilio de la fuerza pública al Poder Ejecutivo, allanar domicilios y correspondencia, practicar secuestros y detener personas», solo que ello debió ser requerido ante el Poder Judicial y autorizado por este.

Por otra parte, también se crearon comisiones investigadoras bicamerales para investigar, en 1949, cuestiones relacionadas directa o indirectamente con las torturas denunciadas por algunas personas.²⁷ El presidente de la comisión tomó algunas medidas, tales como la detención de personas, secuestro de papel y clausura de periódicos. Como consecuencia de esos hechos se planteó un caso judicial.

Con base en dichos antecedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que «concedido un poder por la ley suprema, se consideran implícitos los medios convenientes para ponerlo en práctica y ejecutarlo», de manera que la investigación no constituye para el Congreso un fin en sí mismo sino tan solo un medio para cumplimentar los fines que la Constitución nacional le encomienda en el artículo 75. En pocas palabras, la Corte estableció como doctrina que la investigación «es un poder implícito a los poderes expresos».²⁸

Con relación a nuestra forma de gobierno y siguiendo las enseñanzas de Romero, la facultad investigativa es una instancia implícita de cada Cámara o del Congreso, que emerge de la propia función de «control», que es:

inherente al gobierno republicano [...] con las únicas limitaciones de resguardar, en su realización, las «garantías constitucionales» y el área de poderes reservados

27 Cámara de Diputados, *Diario de Sesiones*, tomo III, 1949, p. 1893; Senado, *Diario de Sesiones*, 1949, p. 893.

28 CSJN, *Fallos*, 104:73.

—como exclusivos y excluyentes— tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial, soberanos, también en sus propias esferas políticas.²⁹

En relación con ello, Joaquín V. González enseña que:

En general hay una regla por la que las facultades de investigación del Congreso o legislaturas, en cuanto no han sido limitadas por los estatutos constitucionales, son coextensivas con las de legislación, y en particular hay esta otra, según la cual, concedida por una Constitución una facultad o un poder, se consideran concedidas todas las demás necesarias para darle efectividad.

A lo que agrega que «el poder de investigación reside en la esencia del Poder Legislativo que, como todos, no procede arbitrariamente, sino con arreglo a la naturaleza de cada poder y siempre con las formas legales, en cuanto él pueda emplearlas». Y delimita el concepto al expresar que:

Lo expuesto sobre la coextensión de los poderes de legislación y de investigación determina también los límites de esta última facultad, de donde resulta que una comisión investigadora no tiene límites dentro y al solo objeto de la investigación, desde que ejercita facultades parlamentarias y en forma parlamentaria, y procede con los respetos a las jerarquías y fueros de los funcionarios y de las garantías que la Constitución acuerda sobre el secreto de los papeles, actos privados, etcétera, y sin extralimitar en nada los fines de la investigación.³⁰

Como explica Linares Quintana,³¹ la cláusula constitucional de los poderes implícitos en manera alguna comporta otorgar al Congreso, o a sus comisiones, atribuciones ilimitadas o discrecionales; sino que el propósito indubitable del precepto es que el órgano legislativo disponga de los medios convenientes para llevar a la práctica los poderes expresamente atribuidos por la Constitución al Congreso y al gobierno de la Nación argentina. Sin ella, aquel se encontraría imposibilitado de usar de las atribuciones y cumplir los deberes que la ley suprema le asigna, con el consiguiente caos institucional y por ende el fracaso de la Constitución. Así, para encuadrar dentro de esta disposición constitucional, debe tratarse de medidas que sean convenientes —o sea útiles, oportunas, provechosas, conformes, concordes y proporcionadas; entendiéndose por conveniencia la correlación y conformidad entre dos cosas distintas— para poner en ejercicio los poderes enumerados de manera expresa en los primeros treinta y un incisos del artículo 75 de la ley suprema, así como todos los otros concedidos por esta al gobierno de la Nación argentina.

Por lo expresado, podemos afirmar que la doctrina argentina admite la facultad de las Cámaras y del Congreso de la Nación de ordenar investigaciones, pero se discute sobre la extensión o *límites* de esas facultades.

²⁹ César Enrique Romero: *Derecho constitucional (Realidad política y ordenamiento político)*, tomo II, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1976, pp. 230-231.

³⁰ Joaquín V. González: *Obras completas*, tomo 7, pp. 61 ss.

³¹ Segundo Linares Quintana: «Límites constitucionales de la facultad de investigación del Congreso», en *La Ley*, 1984-D, p. 1025.

Sin negar la facultad de investigar, Quiroga Lavié³² sostiene que las comisiones carecen de atribuciones para allanar domicilios. De esa misma opinión participó Bidart Campos,³³ cuando comentó el caso *Walter Klein* afirmando que si había que realizar allanamientos, se debía requerir la orden judicial para practicarlos.

Interpretamos que la facultad legislativa de investigación, si bien es amplia en el sentido de que comprende en principio todas aquellas medidas conducentes a la realización del fin legislativo en cuestión, en cada caso dicha amplitud no alcanza para justificar actos arbitrarios, ya que siempre deben preservarse los derechos y garantías constitucionales del individuo y las atribuciones privativas de los otros órganos —ejecutivo y judicial— de gobierno, y por los poderes reservados por las provincias. En ello opera el principio de división de poderes y la distribución de competencias supremas de nuestra forma de Estado federal. Así lo estableció la CSJN, desde el caso *Sojo*, decidido en 1887.³⁴

Debe prevalecer la operatividad de los principios de legalidad, razonabilidad, debido proceso y la prohibición del juzgamiento por comisiones especiales, que derivan de la letra y espíritu de los artículos 19, 28 y 18 de la ley fundamental. Siempre debe existir una razonable relación entre el poder expreso y el poder implícito que sirve de medio o instrumento para llevar aquel a la práctica. De allí que esa regla de oro de la razonabilidad ha de servir para medir la extensión de las facultades investigativas, originarias del Congreso y sus Cámaras, y las delegadas en las comisiones investigadoras, que nunca podrán trasponer los umbrales del Poder Judicial en función investigadora, afectando la seguridad jurídica de los habitantes específicamente garantizada por el artículo 18 de la ley suprema.

El artículo 18 de la Constitución establece como garantía individual que «el domicilio es inviolable; como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación», refiriéndose de manera exclusiva a los casos y justificativos que autorizan al Poder Judicial a ordenar el allanamiento y ocupación del domicilio y el secuestro de los documentos privados, respectivamente, en materia que es específicamente reglada por la ley procesal con los límites del inciso 12 del artículo 75 CN, que en modo alguno permite la delegación de una atribución judicial al Congreso.

Por sobre todas las cosas se debe «asegurar los beneficios de la libertad», con seguridad jurídica de todos y cada uno de los ciudadanos y extranjeros en todo el territorio de la República, comprensible de la inviolabilidad de la persona física, del domicilio, de la correspondencia y los papeles privados, de la defensa en juicio y en

³² Humberto Quiroga Lavié: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, pp. 792 ss.

³³ Germán J. Bidart Campos: *El derecho constitucional del poder*, tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1967, p. 288.

³⁴ CSJN, *Fallos*, 32:126.

general del conjunto de condiciones que hace a la dignidad del ser humano y que los poderes públicos están obligados a respetar y garantizar.

Como lo proclamaba Sarmiento desde su banca de senador: «la Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad».³⁵

En definitiva, el desarrollo de la investigación legislativa y los medios de prueba que se utilicen deben subordinarse o estar en relación directa a los poderes expresos. En función de ese concepto, la H. Cámara de Diputados declaró, el 28 de setiembre de 1943, que los medios dispuestos «deben guardar relación inmediata con los fines de la investigación». Luego, las tareas investigativas de las comisiones deben tener por *objeto, hechos* que se relacionen en forma directa con las atribuciones expresas que les otorga la Constitución. En tal sentido, la investigación debe estar dirigida para fines de «*iniciativa parlamentaria, de reforma de la legislación o de responsabilidad de los funcionarios públicos*». Establecido ese *objeto* a investigar, deben utilizarse todos los medios necesarios para el esclarecimiento de la cuestión. Ahora bien, no todos los medios justifican los fines que se persiguen, ya que un obrar ilegítimo invalida los resultados de la investigación.

La relación existente entre *medios y fines*, entre pruebas y objeto a investigar, resulta de esta manera de vital importancia. Al respecto, en el caso *Mc Culloch v. Maryland*, la Corte norteamericana expresó: «Si el fin es legítimo, si se encuentra comprendido dentro del plano de la Constitución, todos los medios que sean apropiados y que se adapten a esos fines serán constitucionales, siempre que sean concordantes con el espíritu y la letra de la Constitución y que no se encuentren prohibidos por ella».

Sobre el mismo aspecto cabe recordar el dictamen emitido por el procurador general de la Corte Suprema de la Nación, Dr. Carlos Tejedor, en la causa de *Lino de la Torre*, en que sostuvo:

Dado el fin, por otra parte se suponen dados los medios. Las Cámaras tienen la misión de ejercer los poderes legislativos en resguardo de los derechos de la Nación, y este sería imposible, si por no estar expresamente determinados, se les negasen los medios. De estas deducciones podrían citarse muchos casos. La Constitución por ejemplo, en los reglamentos de las Cámaras, habla de las investigaciones que para el mejor desempeño de sus funciones pueden ellas ordenar. Nadie, sin embargo, les ha negado ese derecho y de él es consecuencia forzosa la comparencia de testigos, a quienes pueden obligar por la fuerza.³⁶

Con la inteligencia expuesta, las Cámaras pueden elegir esos medios de prueba y regularlos por medio de los *reglamentos*, estableciendo las reglas del *debido proceso*, a las cuales deberán sujetarse las *comisiones investigadoras*.

En tal sentido puede facultarse para la citación de testigos y en caso de incomparencia, para traerlos por la fuerza pública; para la exhibición de documentos, tanto

³⁵ Domingo Faustino Sarmiento: *Obras completas*, tomo 20, s/d, s/f, p. 104.

³⁶ CSJN, *Fallos*, 19:231.

del sector público como privado; para la incorporación de instrumentos públicos o privados, con tal de que *se cuente con la anuencia o consentimiento del poseedor de estos*. Pero, para el allanamiento de domicilio o el secuestro de correspondencia y papeles privados, ya no basta el *reglamento o resolución* de las Cámaras para proceder con legitimidad y eficacia probatoria, ya que la utilización de esos medios debe ser requeridas a los jueces competentes y autorizada por estos.

El principio descrito precedentemente cede cuando se descubre *in fraganti* en la comisión de un ilícito penal a un funcionario público, que en plena investigación parlamentaria intenta sustraer o pretende hacer desaparecer documentación valiosa para el resultado de la investigación. En esos casos, los integrantes de la comisión investigadora deben obrar con la celeridad e inmediatez del caso, deteniendo a dicha persona y secuestrando la documentación, pero poniéndola de inmediato a disposición del juez competente y adjuntando la documentación secuestrada, de la cual pueden pedir al juez copia autenticada, para incorporarla o tenerla a disposición en la investigación que llevan a cabo, bajo las reservas del caso. El ilícito descubierto *in fraganti*, no es un hecho *conexo* a las facultades de la *comisión investigadora*, sino un hecho supuestamente delictivo que debe ser investigado por la justicia. El objeto a investigar por la justicia será el hecho delictivo; en cambio, el objeto a investigar por la comisión debe caer dentro de los poderes implícitos a los poderes expresos de *iniciativa parlamentaria, reforma de la legislación o de responsabilidad de los funcionarios públicos*.

Es importante respetar la división de poderes para que el Poder Judicial recupere su vigor institucional, sin que se le reduzca o desjudicialicen sus competencias. Es de esencia del sistema republicano que el juez sea el fiscalizador absoluto de la constitucionalidad de todo el obrar estatal, y, en tal sentido, es competente para decidir si la investigación de las Cámaras, a través de las *comisiones investigadoras*, viola la Constitución en materia de ejercicio de los derechos y garantías individuales o sociales.³⁷

Un tema de no menor importancia es la delegación legislativa en el Ejecutivo y la función legislativa que en forma ordinaria asume este al instrumentar sin límites los decretos de necesidad y urgencia o promulgar parcialmente las leyes. Al aumento de facultades de la administración le corresponde un aumento de su control, como correctivo institucional, por medio de la investigación parlamentaria, que, como lo señala Pedro J. Frías, debe ir «unida a la facultad de modificar el sistema y subsanar la ejecución defectuosa».³⁸ De esa manera, el Congreso recobrará su rol sustantivo de *control*, como esencia republicana del equilibrio funcional de los poderes.

³⁷ José Daniel Godoy: *Las comisiones investigadoras parlamentarias*, o. cit., p. 10.

³⁸ Pedro J. Frías: «Condiciones y límites a la investigación parlamentaria», ponencia en el Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, organizado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, Buenos Aires, 13-16 de agosto de 1960, Buenos Aires, AACP, 1960.

Como lo reclamara Romero, es necesaria la sanción de una ley que esclarezca los límites de las facultades de investigación parlamentaria, a fin de que los particulares o las instituciones no sean víctimas del cercenamiento de sus derechos fundamentales,³⁹ opinión esta que tiempo más tarde actualizó César Goya Paz.⁴⁰ Junto a Aftalión, creemos que en este punto surge la necesidad de poner límites razonables a la teoría de los poderes implícitos. Si estas facultades no son circunscritas pueden equivaler a la actualización de la *razón de estado* o de supuestas políticas de *seguridad nacional* y romper, por consiguiente, los límites atribuidos a cada una de las ramas del gobierno.⁴¹

Conforme a lo expuesto, la legitimidad de la investigación parlamentaria estará dada en la medida en que el *objeto* a investigar guarde una relación directa e inmediata con las atribuciones expresas del Congreso o de cada Cámara. Al respecto, cabe recordar la opinión del Dr. Julio Oyhanarte, quien al comentar un fallo expresó:

Si el fin fue propiamente legislativo ninguna objeción procede. Mientras tanto, si el fin fue judicial, va de suyo que la comisión incurrió en un acto de extralimitación y desarrolló una actividad inválida, impugnable, atentatoria contra la división de poderes y, en particular, contra la independencia del Poder Judicial.⁴²

Frías precisa el concepto señalando que la investigación es un poder implícito a los poderes expresos y como consecuencia de ello justifica la investigación cuando solo es en referencia a ellos. Además, sostiene que las Cámaras o sus comisiones pueden requerir testimonios y exhibición de libros y documentos, y disponer pericias, siempre que tales documentos, testimonios o pericias tengan o pudieran tener relación inmediata con los fines de la investigación. Las órdenes de allanamiento y secuestro deberán solicitarse al Poder Judicial. Señala asimismo que corresponde el amparo judicial cuando la investigación no constituye el ejercicio de poderes implícitos a un poder expreso y cuando requiere prestar testimonio, presentar libros y documentos y ejecutar pericias sin relación inmediata con los fines de la investigación.⁴³

También existe coincidencia en que las investigaciones pueden ser conducidas con los siguientes fines: a) recabar antecedentes con el objeto de emitir legislación; b) informarse acerca de la conducta de los legisladores a los efectos del artículo 70; c) estudiar los problemas relativos a sus elecciones; d) acopiar elementos para el juicio político.

³⁹ César Enrique Romero: «Comisiones parlamentarias», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo III, p. 371.

⁴⁰ César Goya Paz: «El Poder Judicial y las comisiones legislativas investigadoras de delitos. Posibilidad de amparo judicial ante ciertos excesos», en *La Ley*, tomo 103, pp. 898 ss.

⁴¹ Enrique R. Aftalión: «El empresario ante las comisiones parlamentarias de investigación», en *La Ley*, tomo 93, p. 846.

⁴² Julio Oyhanarte, en *La Ley*, tomo 80, año 1955, p. 705.

⁴³ Pedro J. Frías: «Condiciones y límites a la investigación parlamentaria», o. cit., tomo II/3, pp. 3-10.

Por todo ello, cabe concluir con Montesquieu, expresando que:

Cuando más se aproxima el gobierno a la República, más fija será la manera de juzgar. Era un defecto de la República de Lacedemonia el que los éforos juzgasen arbitrariamente, sin leyes que los dirigieran. En Roma, los primeros cónsules juzgaron como los éforos, pero comprobados los inconvenientes hicieron leyes precisas.⁴⁴

9. Conclusión

Las funciones del Congreso de legislación y control de los actos de gobierno no pueden omitirse si es que queremos seguir teniendo una República y un gobierno democrático y pluralista. La división de poderes configura un instrumento de lucha contra el absolutismo y de consolidación de un tipo histórico de forma política para garantizar las libertades individuales, que está consagrado en la Constitución nacional, la que en modo alguno puede ser interpretada con un alcance que está vedado por su propio texto.

La emergencia pública no puede ser fuente de un poder mayor que el que le atribuye la Constitución a los órganos gubernamentales. Las facultades investigativas del Congreso de la Nación no pueden quedar neutralizadas por lealtades, compromisos y pactos de las agrupaciones políticas con el órgano ejecutivo, hechas por fuera de la Constitución y de nuestra forma republicana y democrática de gobierno.

El único límite a las facultades investigativas que debe ejercer el Congreso en su actuación es la invulnerabilidad del ejercicio de los derechos de los habitantes y la indelegación de sus facultades de control y legislación, debiendo respetar los derechos fundamentales de las personas.

La Corte de la década del noventa también fue desencadenante de la concentración de poderes por el Ejecutivo, al resolver por mayoría —cinco votos contra cuatro— en la causa *Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional* (en 1997), a la que se avocó como si fuere un *conflicto de poderes* y resolvió privar al Poder Judicial de la facultad de control de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, afirmando que dicho control era privativo del Congreso, lo que no deja de ser un exabrupto jurídico institucional, como muy bien lo puso de manifiesto Bidart Campos.⁴⁵

Por todo lo expresado, cabe concluir que tenemos derecho a que el Congreso ejerza con eficacia su función legislativa y los controles de los actos gubernamentales, a los fines de reinstalar los beneficios de la República, revitalizando la democracia pluralista como estilo de vida.

⁴⁴ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro VI, cap. II, p. 100, Madrid, Tecnos, 1972.

⁴⁵ Germán J. Bidart Campos: «Los decretos de necesidad y urgencia y el control constitucional», en *La Ley*, 1998-B, p. 287.

Ricardo Daniel Rovner*

Las comisiones parlamentarias. Un repaso sobre su funcionamiento

1. Introducción

Si bien hay gente malintencionada que niega su existencia, el trabajo del Honorable Congreso de la Nación suele permanecer en las sombras. Esas mismas personas suelen exhibir estadísticas sobre la cantidad de veces que las Cámaras legislativas se reúnen en un determinado período o el número de proyectos que presenta cada legislador, para justificar sus críticas. Algunos son algo más refinados y relacionan la suma de iniciativas de los propios parlamentarios aprobadas con las que provienen del Poder Ejecutivo, deduciendo de esto que el Poder Legislativo es una especie de escribanía refrendatoria de las ideas del presidente, imagen que se puso de moda en el último tiempo.

Es verdad: esos números no ayudan a crear un cuadro algo más positivo del Congreso (que puedan mejorarse es otra cuestión). Pero el Parlamento hace poco por mostrar otra clase de estadística, otra clase de trabajo, que es el de sus comisiones. Del mismo modo que el Poder Legislativo es un *ilustre desconocido* —en contraposición al Ejecutivo y al Judicial—, la tarea de sus comisiones es aun menos transitada

* Jefe de Trabajos Prácticos, Cátedra de Derecho Constitucional del Dr. Alberto R. Dalla Via, Facultad de Derecho, y Ayudante de la Cátedra de Teoría y Derecho Constitucional del Dr. Fermín P. Ubertone, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Adjunto de Derecho Constitucional de la carreras de Contador Público y Administración de Empresas (sistema a distancia) de la Universidad Católica de Salta.

por el público en general, los medios de prensa e incluso por los especialistas en temas constitucionales.

Tal vez pueda ser útil resaltar lo evidente: las comisiones parlamentarias son integradas exclusivamente por legisladores. Esto, que puede resultar de una obviedad insoportable, puede ser necesario aclararlo para que no quede ninguna duda de que no hay ningún otro actor con algún poder formal de decisión en el seno de ellas o de que las autoridades de las comisiones son los propios parlamentarios.

2. A modo de definición

Comencemos por alguna definición: las comisiones parlamentarias son grupos de trabajo con una competencia más o menos específica y que están integrados por legisladores con intereses o conocimientos afines. Tales grupos de trabajo se forman con el objeto de realizar los primeros estudios, las primeras negociaciones, las tentativas iniciales en la búsqueda del consenso necesario para arribar a una decisión común. Es decir que no se limitan a analizar los aspectos técnicos de los asuntos a su cargo, sino que contemporáneamente a ellos, se ocupan de los costados políticos de la cuestión.

Se podría denominar a las comisiones parlamentarias como *mini Cámaras*, en el sentido de que deben reflejar la composición política del cuerpo de que se trate lo más aproximadamente posible: si el partido X tiene la mayoría absoluta de la Cámara, tendrá la mayoría absoluta en todas y cada una de las comisiones, o, si es la primera minoría, será la primera minoría en todas y cada una de las comisiones. En este sentido, se presenta un problema por la existencia de gran cantidad de bloques políticos unipersonales o con pocos integrantes, ya que resulta materialmente imposible que todos tengan alguna representación en todas las comisiones.

La mayoría de las comisiones tienen por objeto el análisis de los proyectos, pero no todas las comisiones se dedican a ello, ya que se ocupan también de realizar estudios específicos o el seguimiento de ciertas actividades, como, por ejemplo, la que tiene como fin el seguimiento de las obras de aprovechamiento integral del Río Bermejo, creada en la Cámara de Diputados de la Nación hace más de veinte años o la encargada de controlar a los organismos de inteligencia. También podrían dedicarse a investigar determinados asuntos.

Existen, además, comisiones que realizan los primeros pasos en el juzgamiento de los funcionarios sujetos al juicio político o que colaboran con ello al estilo de una secretaría judicial.

Todas, o casi todas de las comisiones mencionadas, pueden estar integradas por legisladores de una sola Cámara (a las que se denominan *unicamerales*) o de ambas Cámaras (y serán, por lo tanto, *bicamerales*).

Pueden ser creadas para actuar sin plazo, por lo que serán *permanentes*, o por un plazo determinado o determinable, en cuyo caso se las denomina *especiales*.

Cuadro 1. Comisiones parlamentarias

Objeto	Asesoramiento				Estudios específicos o control				Investigación				Juzgamiento			
	Permanentes		Especiales		P		E		E		P					
Integración	Unicameral	Bicameral	U	B	U	B	U	B			U	B	U			

Este cuadro puede ayudar a sintetizar lo expresado. Las zonas grisadas indican la no existencia de comisiones de ese tipo, como en el caso de las investigadoras, o la imposibilidad de que existan por su propio objeto, como es el caso de las comisiones de juzgamiento.

Intentemos el análisis de cada uno de estos tipos.

3. Comisiones permanentes de asesoramiento

Las comisiones unicamerales permanentes de asesoramiento son las más numerosas. Su objeto específico es el bosquejado más arriba, en cuanto a los análisis de los proyectos.

Existen en la actualidad, en la Cámara de Diputados de la Nación, más de cuarenta, mientras que en el Senado son alrededor de veinte. Sus competencias están establecidas en los reglamentos respectivos, aunque es preciso señalar que tales competencias no están tajantemente separadas, sino que en varios asuntos se superponen en mayor o menor grado. Por ejemplo, el artículo 93 del reglamento de la Cámara de Diputados (en adelante, RHCD) dispone:

Compete a la Comisión de Economía dictaminar sobre todo asunto o proyecto vinculado con el planeamiento del desarrollo económico; régimen de las bolsas y mercados de valores; seguros y reaseguros; régimen aduanero; acuerdos, convenios y arreglos de comercio, cooperación, complementación y/o integración económica, así como cualquier otro de legislación relacionado con dicha materia.

Si a la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto le corresponde dictaminar «sobre los tratados, convenciones, conferencias, congresos internacionales y demás asuntos que se refieran al mantenimiento de las relaciones de la Nación con los Estados extranjeros» (artículo 64 del mismo reglamento), es posible observar claramente la superposición entre ambas comisiones, en cuanto a, por ejemplo, los tratados de integración económica. Del mismo modo, hay competencias comunes con la Comisión de Finanzas, ya que esta se ocupa de proyectos relativos a los mercados financieros y a la actividad bancaria (artículo 79).

De este pequeño ejemplo se puede deducir que no es accidental ni producto de la falta de atención tal superposición. Se trata más bien del intento de abarcar la mayor cantidad de aspectos de la realidad,¹ así como el darse la posibilidad de *desconcentrar* las primeras decisiones que se adopten respecto de algún proyecto.

En la práctica, si bien en la mayoría de los casos todas las comisiones a las que les correspondería actuar reciben el proyecto de que se trate, se da el caso de que se gire a una única comisión (en general, la de competencia más específica) un determinado proyecto para que «salga» lo más rápido posible, o al revés, que se envíe a la mayor cantidad con el objetivo de trabarlo. Estas son tácticas bien conocidas por todos los actores del proceso parlamentario, y que no suelen provocar grandes conflictos *per se*. De todos modos, los reglamentos prevén la posibilidad de que los legisladores soliciten el cambio o ampliación del «giro» que se hubiera realizado.²

Los reglamentos del Senado —en adelante, RHS— (artículo 14) y de Diputados (artículo 29) disponen que los integrantes de las comisiones serán designados por la Cámara respectiva en la sesión preparatoria correspondiente a los años de renovación del cuerpo, si bien prevén la posibilidad de que se delegue en su presidente esta facultad. En la práctica esto último ocurre invariablemente. Pero no lo hace del todo libremente, sino que es a propuesta de los bloques parlamentarios, intentando encontrar el equilibrio necesario para que se cumpla con aquello de la representación proporcional de las fuerzas políticas representadas en la Cámara de que se trate. En la jerga parlamentaria a esta actividad se le llama *integración*.

En la primera reunión luego de la designación realizada por el presidente, denominada *reunión constitutiva*, los integrantes de las comisiones eligen a sus autoridades. En general, en Diputados se trata de un presidente, dos vicepresidentes y tres secretarios (véase artículo 106 RHCD, que dispone varias excepciones), mientras que en el Senado es un presidente, un vicepresidente y un secretario (artículo 92 RHS, que dispone además que tal elección debe ser anual). Esta elección no es libre, sino que proviene de negociaciones entre los bloques, los que previamente se *repartieron* las presidencias de las comisiones, no solo en cuanto a su cantidad sino a la *calidad* de estas. Los bloques, por su parte, decidieron internamente cuál de sus integrantes va a ocupar cada cargo en las comisiones. Esta decisión tiene muchas aristas: peso político del legislador, mayor o menor alineamiento interno, prestigio en relación con la temática, etcétera.

De lo anterior surge claramente que es muy poco lo que podría deducirse de la sola lectura de las disposiciones reglamentarias, las que dejan un ámbito de libertad

¹ Se debe aclarar, no obstante, que una de las comisiones más importantes de ambas Cámaras, la Comisión de Legislación General, posee una competencia residual, ya que le corresponde dictaminar sobre todo asunto que no le esté asignado específicamente a otra comisión.

² El reglamento del H. Senado dispone expresamente que los proyectos serán destinados a una única comisión, pero a reglón seguido autoriza a la Presidencia a pasarlo a estudio de más de una, «cuando la naturaleza del asunto así lo aconseje» (artículo 89).

muy amplio a todos los actores parlamentarios y que resulta necesaria dada la naturaleza de esta actividad.

4. Los proyectos en las comisiones

Todos los asuntos que ingresan por las mesas de entradas de las Cámaras son girados a las comisiones parlamentarias. La única excepción son los que se consideran *administrativos* (un oficio judicial que solicita información en el marco de una causa, por ejemplo). El ingreso a la comisión no está sometido a ninguna formalidad, salvo que así se considere el *anuncio* que se hace en la primera reunión posterior a aquel, mediante la inclusión en el listado correspondiente.

A partir de aquí entramos en un terreno puramente político. Los proyectos no son considerados en ningún orden particular, ni podrían serlo. Hay miles de variables a considerar, entre las que la famosa prudencia política no es una menor.

En principio, es el presidente de la comisión de que se trate el que elabora la agenda de trabajo. Esto, que no está escrito en ningún lado, es inmensamente cambiante de comisión en comisión, de presidente en presidente. Lo podría hacer en soledad, lo podría hacer en consulta con quien cumpla el rol de *presidente de bloque* del otro u otros sectores políticos con mayor número de miembros dentro del cuerpo, lo podría hacer en soledad algunas veces y consultando otras. Lo podría hacer mediante decisiones expresas de la comisión en algunas ocasiones. En fin, no existen reglas fijas que determinen cómo y cuándo un asunto se incluye entre los que van a ser considerados.

Algunos de los proyectos entran casi en forma automática al estudio de la comisión. Se trata de los proyectos de declaración y de resolución (a los que habría que agregar los de comunicación en el Senado), que, en general, tienen un tenor menor, y no hay mayor oposición a su tratamiento y aprobación.³

Hay, por supuesto, proyectos que demandan más estudio, más consideración, más negociación que otros. En general, y si no hay ninguna urgencia política en el medio (y aun cuando la hubiere, en ciertos casos), su examen lo inician los asesores de los legisladores miembros de la comisión, quienes se limitan, o intentan limitarse, al análisis técnico de la cuestión o a su técnica legislativa. Es de práctica que los proyectos se *pasen a asesores* como paso previo a su consideración por los legisladores. También lo es que dichos funcionarios se reúnan todas las semanas para analizar las iniciativas a su cargo. Los asesores, dentro de lo posible, intentan cerrar todos los costados técnicos del asunto, salvo aquellos que, por supuesto, precisen de una decisión política. Es incorrecto pensar, sin embargo, que los asesores son solo tecnócratas. Varios de ellos son, además, militantes del partido de que se trate, o tienen estatura política propia. No debe sorprender que el asesor de hoy se convierta en el

³ Véanse al respecto los artículos 115 ss. del RHCD y 124 ss. del RHS.

legislador de mañana. Por ello, si bien su tarea es primordialmente técnica, no se descuida el flanco político. La decisión final, no obstante, la tienen los legisladores.

La consideración de los proyectos por los parlamentarios merece especial tratamiento. El artículo 110 del RHCD dispone:

En todos los casos se labrará acta de las resoluciones que adopten las comisiones en cada reunión, dejándose también constancia, a pedido del Diputado, de las razones en que funda su voto sobre el asunto considerado. De estas actas se hará un resumen que será puesto en Secretaría a disposición de la prensa para su publicación, dentro de las veinticuatro horas de cada reunión.

La Secretaría dará a publicidad, en la forma dispuesta por el artículo 26, los nombres de los Diputados asistentes y de los ausentes; con aviso o sin él. Los despachos de Comisión sólo podrán ser firmados, en la sala respectiva, por los miembros asistentes a la reunión en que hayan sido aprobados; o a la mayor parte de las reuniones en que se los haya considerado, cuando estas fuesen más de dos.

En términos algo similares se expresa el RHS. Del mismo modo que con el tema de la integración, el margen otorgado por los reglamentos en lo que se refiere a las reuniones es amplio.

Lo habitual es que una vez que el temario de la reunión está acordado (o establecido por el presidente de la comisión) se cite a sus miembros mediante una comunicación escrita en la que consta dicho temario con una antelación adecuada. Tal listado de asuntos incluye o puede incluir los asuntos *importantes*, así como los menores; los que fueron acordados en las reuniones de asesores, como los conflictivos.

Los debates en las reuniones se limitan, en general, a los asuntos discutibles, si los hubiera. Para el caso de que la mayoría de los temas estuvieran previamente acordados, es de práctica que, pese a lo enfático del reglamento, los empleados de la comisión *vayan a buscar firmas* a los despachos de los legisladores, conformándose así el quórum de una reunión que posiblemente no se haya realizado, y la mayoría en la *votación* del proyecto, el que podría ser decidido por unanimidad, incluso.

Si la discusión se llevara a cabo, esta no está sujeta a una reglamentación tan exhaustiva como podría ser la del plenario, sino que tiene una cierta soltura, todo bajo la conducción del presidente de la comisión. Estas reuniones son abiertas, salvo decisión expresa en contrario. Se supone que son tan públicas como las sesiones de las Cámaras pero, lamentablemente, ni las salas donde se realizan ni la estructura mental de los funcionarios parlamentarios permiten una asistencia masiva (o tan siquiera mínima) a tales encuentros.⁴

Las comisiones tienen amplia libertad para invitar a sus reuniones a funcionarios públicos o privados, representantes de diversos intereses, personalidades, etcétera, con el objeto de informarse, debatir o simplemente escuchar sobre los proyectos

⁴ Podría decirse que no son publicitadas en forma adecuada, pese a que la información sobre la agenda de las reuniones de la comisión se mantiene bien actualizada en Internet (véase la sección «Actualidad» en la página web de la Cámara de Diputados, por ejemplo).

a su cargo. La obligatoriedad de esta invitación, claro, es un asunto bien distinto, ya que aun para los funcionarios públicos la cuestión es dudosa,⁵ pero lo cierto es que se pueden contar en gran número los encuentros de este tipo.

Producida la votación en la forma indicada más arriba, se arriba al dictamen de la comisión, al consejo que los miembros de esta le formulan al resto de los legisladores para que aprueben (o no) la iniciativa. Este dictamen es conocido también con el nombre de *despacho de comisión*. Los reglamentos prevén la posibilidad de que haya tantos dictámenes como posiciones hubiere en el seno de la comisión, con la única condición de que exista uno que sea de la mayoría (en caso de empate, se considera como mayoritario el que lleva la firma del presidente de la comisión). No obstante, los reglamentos de ambas Cámaras prevén la posibilidad de que, dadas ciertas condiciones, las comisiones puedan funcionar sin quórum y emitir un *dictamen en minoría*.⁶

Los documentos que incluyen los dictámenes contienen el consejo dado por los miembros de la comisión al plenario, el texto del proyecto aprobado si se consideró necesario introducirle modificaciones y el informe. Lamentablemente, en los últimos años se generalizó la práctica de manifestar en dicho informe que las razones, los fundamentos de la decisión de la comisión, se darán en la sesión en que sea considerado el despacho por el miembro informante, con lo cual si el dictamen nunca es considerado, jamás se sabrá cuáles pudieron haber sido. También podría ocurrir que el proyecto se apruebe en el plenario sin debate, aunque es de señalar que los proyectos de ley de cierta relevancia (de acuerdo con el criterio de los legisladores) no dejan de tenerlo.

Se había señalado la posibilidad de que un proyecto sea girado a más de una comisión. El RHCD hace referencia a esta situación en su artículo 102, mientras que el RHS, como ya se indicó, en el 89. El primero prevé la posibilidad de que cada comisión inicie el estudio del proyecto por separado «con aviso a la otra u otras». Ambos coinciden, sin embargo, en que la decisión final debe ser tomada en conjunto por todas las comisiones. En la práctica hay veces en que es complicado que se puedan reunir dos o más de ellas. Téngase en cuenta que en la Cámara de Diputados el número de miembros por comisión es, en general, algo más de veinte, por lo que una reunión de varias comisiones puede ser algo complicado. La *búsqueda de la firma* se aplica también en este supuesto.

⁵ Véase «Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación comentado por Guillermo Carlos Schinelli», p. 253, disponible en <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/congreso/reglacom-imagen.pdf>>.

⁶ Véase el artículo 108 RHCD, y artículos 100 y 101 RHS.

5. Las comisiones especiales

El funcionamiento de las comisiones especiales depende mucho de cuál sea su finalidad. En general no se ocupan de proyectos —para esto están, obviamente, las comisiones permanentes de asesoramiento. Un vistazo a las existentes puede ayudar a comprender de qué se ocupan: hay varias que hacen el *seguimiento* de distintas actividades estatales (Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia, Bicameral de Seguimiento de Facultades delegadas al PEN, Seguimiento del Cronograma de Ejecución de Obras Complementarias en Yacretá, Bicameral de Seguimiento y Coordinación del Digesto Jurídico Argentino, Seguimiento de Obras para el Aprovechamiento Integral del Río Bermejo, entre otras); alguna, como la Comisión Bicameral Permanente Asesora de la Federación de Municipios, se constituyó para servir como nexo entre los poderes del Estado y dicha institución; está la Comisión de Modernización del Funcionamiento Parlamentario, que formuló y formula muchas propuestas en este sentido (puede ser algo extraño que solo funcione en la Cámara de Diputados, y que el Senado hasta el momento no se haya sumado de alguna forma, teniendo en cuenta que aquella existe desde hace muchos años; hay algunas que tienen alguna participación en la actuación internacional del Congreso, como por ejemplo, la Parlamentaria Conjunta Argentino-Chilena Ley 23172 o la Parlamentaria Conjunta del Mercosur, Sección Argentina. Finalmente están las más antiguas o tradicionales, como la Administradora de la Biblioteca del Congreso de la Nación y la Mixta Revisora de Cuentas. Esta última, encargada de analizar la cuenta de inversión del presupuesto nacional, fue creada en 1878, aunque sus actuales competencias están establecidas por la ley 24156, de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional.

Puede verse, en definitiva, la variedad de asuntos que pueden tener a su cargo las comisiones parlamentarias, los que no se limitan al análisis de proyectos. En la mayoría de los casos, su actuación es muy dependiente de la personalidad o de los objetivos políticos del legislador al que le toque presidirla. La misma comisión puede pasar de períodos de actividad febril a otros de una calma absoluta con solo cambiar de presidente. Tal actividad puede estar dada por la organización de eventos de todo tipo más o menos relacionados con la finalidad para la que fue creada, o con su participación en jornadas, simposios, etcétera, organizados por otros. En síntesis, aunque su existencia podría estar regulada por un reglamento interno, las comisiones especiales tienen un ámbito de actuación muy amplio y, en la mayoría de los casos, una gran laxitud en su funcionamiento.

6. Comisiones investigadoras: apenas un dato

Una mención especial podrían merecer las famosas comisiones investigadoras, pero solo se hará alguna precisión tangencial, ya que fueron objeto de un estudio exhaustivo por la doctrina⁷ y motivo de un capítulo especial en esta misma obra.

La *precisión tangencial* señalada se refiere en realidad a un dato tal vez curioso sobre estas especialísimas comisiones: luego de que la justicia decidiera sobre la invalidez de los allanamientos sin orden judicial que hiciera la recordada Comisión Especial Investigadora sobre la Privatización de la empresa Ítalo, las sucesivas comisiones investigadoras incorporaron a sus reglamentos la facultad de solicitarlos a los jueces. Jamás lo hicieron, es decir, ni realizaron allanamientos ni se lo requirieron a la justicia. Tampoco se aprobó nunca una ley que reglamentara su funcionamiento, tal vez por aquella vieja sentencia de Joaquín V. González: «reglamentar es limitar».

7. A modo de conclusión

Se hizo un apretado repaso sobre el funcionamiento práctico de las comisiones parlamentarias. El Congreso, y en mucha mayor medida sus comisiones, se mantiene en un cono de sombras. Si por un lado son muchas las críticas que se le hacen, por otro es cierto que no hace mucho por darse a conocer más eficazmente. La difusión de las actividades de las comisiones parlamentarias puede ser un primer paso para eso. Mediante el conocimiento de la «cocina legislativa» podría hacerse algo tangible el control público sobre las actividades estatales.

⁷ Por todos, y en categoría de clásico, Alberto Bianchi: «El poder de investigación del Congreso. Fundamentos constitucionales, contenidos y límites», en *LL*, 1984-D, p. 1030; y del mismo autor, «Algo más sobre las comisiones parlamentarias de investigación», en *LL*, 1984-D, p. 545.

Juan Luis Amestoy*

La información y el Poder Legislativo

1. Introducción

La información es fundamental para el desarrollo y estudio de cualquier actividad política, económica, social, etcétera, y este principio no es ajeno a la actividad del Poder Legislativo. En este ámbito, la información debe ser considerada desde dos enfoques igualmente importantes para el cumplimiento del Congreso de la Nación con las atribuciones que la Constitución nacional le asigna.

El Poder Legislativo es ejercido por el Congreso de la Nación, compuesto por dos Cámaras: la de Diputados y la de Senadores. La representatividad que da sustento a la democracia en nuestro país se halla asegurada por la Constitución nacional en cuanto a la conformación de ambas Cámaras.

En el sentido indicado, cabe destacar la importancia de la información teniendo en cuenta dos enfoques, uno hacia dentro del propio Congreso de la Nación y otro, igualmente esencial, hacia el exterior, hacia la sociedad civil, hacia la comunidad. Ninguna legislatura moderna, cualquiera sea la forma que adopte, puede prescindir en la actualidad de la información con el alcance que señalamos, es decir, esta es una necesidad ineludible y universal para los Estados democráticos.

* Abogado. Docente de grado en la Universidad del Museo Social Argentino y de posgrado en la Universidad Católica Argentina. Director de la Dirección de Información Parlamentaria, H. Cámara de Diputados de la Nación.

Teniendo como premisa estos sentidos de la información, se puede asegurar que esta constituye una necesidad para su propio funcionamiento y una obligación hacia la sociedad en el marco del conocimiento que ella debe tener de la actividad que desarrollan sus representantes.

Las modalidades que asume el tratamiento de la información en el ámbito del Poder Legislativo en los aspectos anteriormente señalados, surgen claramente del ordenamiento constitucional, y más precisamente por la forma de gobierno adoptada en el artículo 1.º de la Constitución nacional¹ y la división de poderes establecida en su segunda parte.

2. Ordenamiento constitucional

La Constitución nacional es el producto de una larga historia de desencuentros en lo político y en lo jurídico, del constitucionalismo clásico vigente desde mediados del siglo XVIII y desarrollándose y ampliando su influencia en el siglo siguiente. A partir de ello, esta situación determinó, por un lado, la adopción de un gobierno federal y, por otro, la forma representativa y republicana, lo que llevó a establecer la división de poderes o de funciones.

En este orden de ideas resulta necesario precisar algunos conceptos que suelen interpretarse como sinónimos. Al respecto debemos expresar que nuestro sistema es representativo porque el pueblo, si bien es la fuente de todos los poderes públicos, «no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución; y toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición» (artículo 22 CN),² sistema aquel que se expresa por medio del sufragio.

Continuando con el análisis debemos referirnos a la forma republicana, para lo cual acudiremos nuevamente a González Calderón quien en un párrafo cita a Del Valle. En mérito a la claridad que entendemos tiene la definición, la transcribiremos textualmente:

La República es la comunidad política organizada sobre la base de la igualdad de todos los hombres, cuyo gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de su administración. [...] Esta idea general se complementa con la existencia necesaria de tres departamentos de gobierno, limitados y combinados que desempeñan, por mandato y como agentes del pueblo, los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.³

¹ Constitución nacional, artículo 1: «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según lo establece la presente Constitución».

² Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo I, 3.ª ed., Buens Aires, Lajouane, 1930, p. 425.

³ *Ibidem*, p. 428.

La definición precedente resulta clarificadora de las características esenciales de la forma republicana, de donde surge la necesidad y la importancia del sufragio como instrumento de elección de los representantes, para lo cual deberá garantizarse su libre ejercicio. Íntimamente ligadas al sufragio y como consecuencia de él, surgen otras características del sistema: la responsabilidad de los funcionarios y la publicidad de los actos de gobierno, esta última como una consecuencia obvia de la anterior y para efectivamente hacer responsables a los funcionarios por sus actos.

Por último, y no menos importante, es la división o separación de poderes establecida en nuestro mecanismo institucional. Este es otro de los principios esenciales a la forma republicana, que ha sido reconocido por su importancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde prácticamente su constitución como tal, al expresar que:

[...] siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres 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.⁴

Esta organización del gobierno, y particularmente del Poder Legislativo, es la que nos lleva a sostener la relación que existe entre este y la información en los sentidos ya señalados. La forma representativa es la que determina la necesidad de informar a los representados como medio de fortalecer su relación y la republicana, que cuenta como elemento esencial de esta la publicidad de los actos de gobierno.

Por otra parte, la división de poderes o funciones implica una coordinación de la acción de gobierno pero también un sistema de pesos y contrapesos o de controles recíprocos entre los poderes del Estado.

En síntesis, las formas representativa y republicana y la consecuente división de poderes son las que otorgan el marco constitucional a la relación entre el Poder Legislativo y la información.

3. Información a la comunidad

Los órganos legislativos, como parte de los órganos políticos del Estado, no pueden quedar fuera de las innovaciones tecnológicas, especialmente si estas les permiten mayores posibilidades para ejercer sus funciones. Por esta razón, las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen a la institución parlamentaria deben ser utilizadas en beneficio de una mayor transparencia y claridad de las funciones de control y fiscalización permanente del sector público. Por otro lado, estos mismos

⁴ CSJN, *Fallos*, tomo I, p. 36 *in re* R. Ríos y otros, 4 de diciembre de 1863.

medios son los que permiten una mayor participación ciudadana y revitalizan la democracia participativa.

La noción de información y comunidad está vinculada con la idea de la sociedad de la información y la que esta ofrece a la institución parlamentaria para permitir un seguimiento de la gestión pública por los ciudadanos. Es lo que hace posible una vinculación directa de los ciudadanos en las funciones públicas, y entre ellas la función de control del poder. Estamos en presencia de un nuevo modelo de ciudadanía participativa y capaz de exigir responsabilidades a los órganos de gobierno y acceder a los responsables políticos a través de los instrumentos de la llamada teledemocracia o democracia electrónica.

En el marco de esta nueva democracia electrónica, el elemento básico pero imprescindible es la existencia de un espacio web oficial de la institución, en el que se proporcione la mayor información posible acerca de la composición, funcionamiento, organización, iniciativas presentadas, entre otras cuestiones.

Nuestro Congreso de la Nación no ha escapado a los principios precedentemente enunciados y, por el contrario, ha ido aprovechando las ventajas de la tecnología para fortalecer la relación representante-representado. Así, día a día se van mejorando los accesos a la información. Cabe agregar que, sin perjuicio de la aplicación de la tecnología por el Congreso, la ciudadanía no ha conseguido hasta el presente un alto índice de participación en las cuestiones vinculadas con la labor parlamentaria; por el contrario, hay un alto grado de escepticismo que la lleva a desprestigiar al organismo pero, al mismo tiempo, no participa suficientemente para el mejoramiento de la relación en los aspectos que pudieran ser necesarios.

Asimismo, cabe señalar que ambas Cámaras del Congreso, a través de sus distintos órganos, a lo largo de los años y con mayor intensidad desde el restablecimiento de la democracia en nuestro país, han brindado información a la ciudadanía por los distintos medios con que contaban los organismos. Así, los distintos sectores que constituyen el área parlamentaria han suministrado información sobre la organización, el funcionamiento, las iniciativas presentadas en ambas Cámaras como así también sobre el proceso parlamentario seguido por ellas. Actualmente, Información Parlamentaria atiende diariamente innumerables solicitudes de particulares tanto en forma personal como a través del correo electrónico o pedidos por escrito. En el mismo sentido, el H. Senado ha creado recientemente la Oficina de Atención Ciudadana, encargada de dar respuesta a los requerimientos de los ciudadanos.

En la actualidad, ambas Cámaras del Congreso tienen su sitio web oficial en que se puede acceder a una cuantiosa información tanto del área parlamentaria como del sector administrativo, por lo cual la ciudadanía puede no solo conocer dicha información sino que a través de ella puede ejercer el derecho de control sobre sus representantes. El Poder Legislativo tiene dos organismos específicos que proveen información: la Biblioteca del Congreso de la Nación, dependiente de una Comisión

Bicameral, y la Dirección de Información Parlamentaria, dependiente de la Secretaría Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados, la cual no solo brinda sus servicios a los legisladores de ambas Cámaras y a los distintos organismos del Estado, sino que también lo hace con la ciudadanía.

En la actualidad, Información Parlamentaria tiene su espacio en el sitio web de la Cámara, en el cual presenta una importante documentación e información, entre ellas una base de información parlamentaria que contiene más de 150.000 documentos que incluyen la totalidad de los proyectos presentados en ambas Cámaras desde el 10 de diciembre de 1983, con la referencia de todo el trámite seguido por estos hasta su aprobación o archivo, una base de leyes, decretos, y decisiones de la Jefatura de Gabinete, con sus respectivas modificaciones, reglamentaciones y normas complementarias. El espacio también cuenta con documentos y estudios sobre distintas materias que hacen al quehacer parlamentario y que contribuyen al cumplimiento de las funciones asignadas al organismo.⁵

Esta información brindada a la comunidad por Información Parlamentaria se ve complementada por aquella que las distintas áreas como la Dirección, Comisiones, Secretaría, Coordinación de Labor Parlamentaria y Archivo, entre otras, brindan con relación a las competencias de cada una.

A partir de la organización señalada y de los servicios que los organismos técnicos de ambas Cámaras del Congreso brindan a la ciudadanía, puede decirse que estas cumplen acabadamente con las normas constitucionales que hacen a la forma representativa y republicana de gobierno, en la medida que cumplen con los principios que hacen a dichas formas.

4. Información interna

En relación con la información interna del Congreso deben tenerse en cuenta además los aspectos que hacen al asesoramiento de los legisladores para que estos cumplan con sus funciones de legislar y de controlar que la división de poderes asigna al Poder Legislativo.

La información y el asesoramiento en la organización interna de las Cámaras se dan en distintas formas; todas ellas contribuyen a un funcionamiento armónico de la actividad parlamentaria y legislativa.

En primer lugar se debe hacer mención al asesoramiento que brindan los asesores de los propios legisladores, que son designados a propuesta de estos y en forma transitoria mientras dure su mandato. Estos asesores no solo cumplen su función a partir de su capacitación profesional o técnica en las materias de la actividad parlamentaria de interés del legislador, sino que también son asesores de carácter político,

⁵ H. Cámara de Diputados de la Nación, RP 74/88. Resolución del presidente que aprueba la estructura orgánica de la Dirección de Información Parlamentaria.

por lo cual es doblemente importante para la labor que desarrollan los legisladores, atendiendo a que el análisis de la conveniencia y oportunidad política solo pueden hacerlo aquellos que comparten un ideal político o una pertenencia común.

Otro ámbito de información y asesoramiento a los legisladores es aquel que cumplen los asesores de las comisiones. Estos, formados y capacitados en las materias de incumbencia de la comisión, asesoran, trabajan, estudian y elaboran los proyectos de dictamen que serán puestos a consideración de los diputados o senadores que integran la comisión, quienes en el intercambio de ideas y la diversidad de aportes determinarán el texto final de la iniciativa a considerar en el plenario. Asimismo, en el seno de las comisiones los legisladores cuentan con los funcionarios que tienen la responsabilidad administrativa del funcionamiento de estas: los secretarios, jefes e integrantes, quienes por su continuidad en los cargos y la capacitación y experiencia que adquieren a lo largo de los años, constituyen la historia viva de la comisión. Ello pone de manifiesto la importancia que tienen la capacitación, la permanencia y la carrera administrativa de estos funcionarios.

Por último, y al igual que en otros países, la información y el asesoramiento a los legisladores se brinda a través de centros estables previstos en las estructuras de las Cámaras, tal como se da en los Estados Unidos con el Congressional Research Service (CRS), en Chile con la Oficina de Informaciones, o en nuestro país con la Dirección de Información Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación.

Los organismos de información y consultoría son sin duda de vital importancia en el desarrollo de la actividad legislativa y de carácter imprescindible en cuanto a la necesidad de contar con ellos en el propio ámbito del Poder Legislativo, como medio de garantizar su independencia frente a los demás poderes y disponer de la información objetiva necesaria para el cumplimiento de su función específica.

El Poder Legislativo tiene características propias y diferenciadas de las de los otros poderes, ya sea por la forma en que desarrolla su actividad, como también por las particularidades de sus integrantes. Estos, que provienen de distintos ámbitos geográficos y de distintas formaciones profesionales, dan al cuerpo en su composición un carácter heterogéneo. Estas características definen las peculiaridades y la diferenciación del cuerpo y el funcionamiento de los órganos que le pertenecen, además de que determinan el carácter mismo de los organismos técnicos del Poder Legislativo, los que deben adecuarse a esta circunstancia para así colaborar eficientemente en el proceso legislativo.

A partir del carácter específico y las particularidades del Poder Legislativo y de los órganos técnicos, es posible establecer la interdependencia que existe entre el cuerpo legislativo y el organismo técnico, que determina por un lado las características organizativas propias que este último adopta para dar cumplimiento a sus funciones y la evolución que dichas funciones experimentan y, por el otro, el modo de llevarlas a cabo. Estas características permiten a los organismos acompañar ajustadamente la actividad parlamentaria.

Estos centros, organizados con mayor o menor concentración de sus funciones, en términos generales tienen por objeto proveer información legislativa y parlamentaria, investigaciones analíticas y asistencia a consultas diversas, con objetividad y sin parcialidad partidaria en apoyo de las funciones legislativas, de relación con sus representados y de control. Los servicios mencionados cuentan con empleados adecuadamente capacitados y especializados en diversas áreas profesionales tales como abogados, contadores, economistas, sociólogos, traductores, especialistas en ciencias políticas, etcétera, que posibilitan que el trabajo realizado se efectúe con exactitud, objetividad, reserva y no partidismo.

5. Dirección de Información Parlamentaria de la H. Cámara de Diputados de la Nación

Información Parlamentaria fue creada en 1913 por una resolución de la Presidencia de la Cámara a partir de la propuesta de su secretario, doctor David Zambrano, quien planteó las necesidades de los legisladores. El tema fue debatido en la Cámara y como resultado de ello la Ley de Presupuesto de 1914 le asignó la partida correspondiente para el comienzo de sus funciones.⁶

La falta de reunión ordenada de los antecedentes dificultaba la labor de los legisladores en la elaboración de sus proyectos y constituía un serio perjuicio para las cuestiones que se debatían. Hasta ese momento los legisladores procedían a estudiar las iniciativas procurando reunir antecedentes que se encontraban dispersos y en forma incompleta, a tal punto que no se consultaban obras de especial interés para los legisladores en razón de estar escritas en otros idiomas que en oportunidades eran desconocidos para ellos.⁷

Desde su creación y adoptando las características ya señaladas de los organismos técnicos, en cuanto a la objetividad y reserva en el manejo de la información, como así también en la especialización de sus integrantes, fue adaptando sus servicios a las necesidades cambiantes de la actividad del Poder Legislativo, de acuerdo con las sucesivas funciones que le fueron asignando. Así, a partir de 1985, la hoy Dirección de Información Parlamentaria comenzó un proyecto de modernización que se instrumenta a partir de dos aspectos, el tecnológico y el organizativo.

En el aspecto tecnológico, en el año citado se comenzó a formar una base de datos referenciales de iniciativas parlamentarias, que incluye todo el trámite seguido por las iniciativas desde su presentación hasta que su aprobación o archivo, tomando como fecha de comienzo el 10 de diciembre de 1983, oportunidad del restablecimiento

⁶ Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, tomo IV, año 1913, pp. 254-266, 30 de diciembre de 1913.

⁷ Juan Luis Amestoy: «Información y consultoría técnica en el proceso legislativo», en *Revista de Derecho Parlamentario*, n.º 2, Buenos Aires, H. Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria, 1989, p. 29.

del gobierno democrático. Esta base fue luego tenida en consideración por la Dirección de Informática y Sistemas para ser instalada en las distintas terminales disponibles en la Cámara, con el objeto de implementar un servicio de autoconsulta.

En años posteriores se instrumentó también una base de legislación, que incluye todas las leyes sancionadas desde el año 1983, con sus modificaciones, reglamentaciones y normas complementarias, una base de decretos desde 1993 y una de decisiones del Jefe de Gabinete de Ministros, todas con las mismas características en su contenido.

En el otro aspecto, el de la organización, en el año 1988 el presidente de la Cámara dictó la RP 74/88 que aprueba la nueva estructura orgánica de la Dirección en la cual se ha previsto el desdoblamiento de distintas funciones ya asignadas a esa Dirección, para ser cumplidas por áreas independientes entre sí pero que trabajan en forma coordinada. Estas áreas son el Departamento de Organización y Derecho Parlamentario, que tiene por función el estudio y análisis del derecho y la práctica parlamentaria mediante la sistematización de la información normativa y el asesoramiento profesional en la materia; el Departamento de Ordenamiento Legislativo, cuya función es entender en el análisis, la sistematización y el ordenamiento permanente de la legislación nacional a los efectos de determinar su vigencia y facilitar su consolidación. En este último aspecto el departamento cobra vital importancia, en tanto la ley 23987, que dispone la elaboración del Digesto Jurídico Argentino, ha designado a la Dirección como órgano de asistencia técnica de la Comisión Bicameral de Seguimiento y Coordinación del Digesto Jurídico Argentino, lo cual hace que las funciones de la Dirección deban adquirir mayor importancia a partir de la sanción del Digesto y de la recuperación de la facultad del Poder Legislativo de ordenar la legislación, delegada al Poder Ejecutivo durante distintos gobiernos militares. Por último, la otra área de importancia en la actualización de la estructura es el Departamento de Asistencia Técnico Legislativa, que tiene por función entender en el estudio de la técnica legislativa mediante el análisis del sistema jurídico normativo nacional, y la prestación de asesoramiento especializado en la redacción de normas jurídicas o proyectos legislativos en coordinación con las restantes áreas de la Dirección.

Posteriormente, y con el aporte de tecnología, la Dirección ha podido incorporar un importante volumen de información al sitio web de la Cámara. El acceso inmediato a la información y la posibilidad de realizar los requerimientos por vía electrónica han facilitado el cumplimiento de las funciones y han mejorado sus servicios. Desde hace unos años el organismo ha ingresado paulatinamente y en forma continua a lo que habíamos denominado la democracia electrónica. La presente gestión de la Cámara dispuso una reorganización del sitio web, con la finalidad de brindar un mejor y mayor acceso a la información ya existente y el agregado de otras de carácter administrativo, que dan una mayor transparencia a la gestión y permiten simultáneamente un acercamiento a la ciudadanía. En el marco de esta reorganización, las distintas áreas de la Secretaría

Parlamentaria involucradas directamente con la actividad han relevado la documentación parlamentaria con la finalidad antes indicada. Cabe señalar que el sitio web de la Dirección recibe varios miles de visitas mensualmente, así como una gran cantidad de consultas.

Dentro del plan señalado se enmarcan las funciones asignadas a la Dirección, en tanto centro de documentación y asesoramiento que brinda sus servicios a autoridades, legisladores, comisiones, bloques de ambas Cámaras, otros organismos del Estado, instituciones privadas, investigadores y ciudadanía en general.

6. Conclusión

El análisis de la organización constitucional del Estado, que ha adoptado la forma representativa y republicana con su consecuente división de poderes, permite concluir que existe una estrecha relación entre información y Poder Legislativo, en la medida que este, por un lado debe dar cumplimiento a las atribuciones que le han sido asignadas lo cual hace necesario que cuente con fuentes de información propia que le garanticen la independencia de los otros poderes y por otra parte debe cumplir con su obligación de informar a los ciudadanos, como modo de cumplir con uno de los elementos esenciales de la forma republicana, que es la publicidad de los actos de gobierno.

Gustavo J. Daverio*
Santiago Lemos**

El asesoramiento legislativo

1. El rol del Parlamento

Sin dudas asistimos a un momento crucial en la historia del Parlamento en la República Argentina. Esto ocurre no solo a nivel federal sino también en todas las jurisdicciones provinciales y locales.

La discusión teórica acerca de su rol es un tema que viene debatiéndose desde hace algunos años. Ha llegado el momento de comenzar a vislumbrar algunas definiciones. Reflexionar en torno a la tarea que deben cumplir significa hablar tanto de fortalecimiento institucional como de fortalecimiento organizativo. Lo primero, con órganos deliberativos con capacidad de legislación propia, mejorando la calidad y credibilidad de su representatividad, perfeccionando sus mecanismos de sanción de normas, transparentando los sistemas de rendición de cuentas entre los mismos representantes y de estos hacia los representados, introduciendo prudentemente mecanismos de democracia semidirecta en el proceso deliberativo, que garanticen la

* Abogado. Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal a cargo del Dr. José Manuel Benvenuti, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

** Abogado. Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Constitucional a cargo del Dr. Roberto Vicente, y de Derecho Constitucional, modalidad a distancia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

participación ciudadana y eventualmente asumiendo nuevos roles en la búsqueda de una integración más plena con el Ejecutivo. Lo segundo, a partir de reforzar la autonomía organizativa de los cuerpos, tanto funcional como financiera, mejorando los recursos operacionales, entre los que se destacan la introducción de nuevas tecnologías de información que permitan buenos trabajos de investigación y elaboración de proyectos por los asesores, y la formación y capacitación de los recursos humanos, entre otros.¹

Consideramos que el Parlamento sigue siendo la institución democrática por excelencia. Representa simbólicamente la negación de todo régimen autoritario, ya que es a través de él que la ciudadanía recupera la capacidad de expresarse, de definir nuevos proyectos de convivencia, acotando el espacio para la canalización pacífica y racional de las tensiones y conflictos, en contraposición a cualquier régimen autoritario. De allí que deba reasumir un papel decisivo en la construcción de una nueva cultura política, con pautas a seguir por la ciudadanía y por sus dirigentes.

Sin embargo, mucho se ha hablado en los últimos tiempos de una eventual *crisis* del Parlamento. En cuanto al significado de este término, tomamos las palabras de Julián Santa María, quien afirma que «la crisis de la que se habla entonces no es la crisis de los Parlamentos, sino del régimen parlamentario, que algunos identifican incluso con una supuesta crisis de la democracia representativa».²

No obstante, la situación institucional argentina merece el detenimiento en la estructura parlamentaria en particular. Sucede que muy a menudo los Parlamentos se han visto caracterizados por la fragmentación y polarización de sus integrantes, que ha dificultado la formación y estabilidad de los gobiernos.

Al mismo tiempo, y en no pocas oportunidades, las ineficacias de gestión se han atribuido a acciones abusivas de algunas mayorías partidarias y al supuesto desequilibrio entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto es lo que en gran medida se ha venido debatiendo bajo el rótulo de crisis del parlamentarismo.

También se habla de un constante *desapego* entre la sociedad civil y el Parlamento, generando confusiones de rol e incluso quitándosele funciones centrales al Parlamento, fundamentalmente en estos últimos gobiernos.

Pensamos que, en orden a mejorar esta imagen del Parlamento, es necesario re- vitalizar sus acciones, volver a recuperar sus funciones constitucionales esenciales, hoy en manos del Ejecutivo, introducir diversos incentivos para propiciar su estabilidad, incrementar su eficiencia y fomentar la participación popular.

¹ Gustavo J. Daverio: «Mejoramiento de la calidad institucional del Concejo Municipal de la Ciudad de Santa Fe», mimeo, Santa Fe, otoño de 2002.

² Julián Santa María: «El papel del Parlamento durante la consolidación de la democracia y después», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 84, 1994.

2. Proliferación legislativa

Asistimos a un momento denominado por cierta parte de la doctrina como de *contaminación legislativa*, entendiéndose por esto —en términos de Antonio Martino— «la constante profusión de normas imposibles de manejar por su cantidad, que se sobreponen, se contradicen y dejan vacíos en forma indiscriminada sobre un determinado caso, creando perplejidad sobre cuál es la solución normativa con relación a un caso en particular».³

En el mismo sentido, agrega Bulygin que «la gran proliferación de normas legisladas en el siglo XIX se acentúa aún más en el transcurso del siglo XX». Y continúa diciendo que «en América Latina en general, y en la Argentina en particular, el fenómeno apuntado se da con especial virulencia. Todo gobernante que se respeta se siente compelido a dictar un sinnúmero de leyes nuevas, reemplazar o reformar las existentes y proyectar leyes futuras en asombrosa abundancia».⁴

Indefectiblemente, esta situación, que hoy vemos agravada con el incesante aumento de la legislación de emergencia, bajo el amparo de los decretos de necesidad y urgencia, hace que no solamente la ciudadanía se sienta confundida, y se genere inseguridad jurídica, sino también todos los operadores del derecho, ya que no es fácil determinar qué leyes han sido derogadas, cuáles están en vigor, qué reglamentaciones corresponden, entre otros problemas propios en las normas elaboradas.

Ante esto surge en nuestro país una corriente de ordenación de los textos normativos, originariamente en el nivel nacional y luego esparcido a los niveles provinciales y locales, como fueron los reordenamientos legislativos o digestos jurídicos, que hoy se llevan a cabo en muchas jurisdicciones, con el objetivo de tutelar el ordenamiento, sistematizarlo, actualizarlo, para de esta manera consolidar las leyes vigentes y sus reglamentaciones.⁵

3. La necesidad de un Parlamento eficiente

Ya Rousseau advertía, en su maravillosa obra, que:

Para descubrir las mejores reglas de sociedad que conviene a las naciones, sería preciso una inteligencia superior, que viese todas las pasiones de los hombres y que no experimentase ninguna; que no tuviese una felicidad independiente de nosotros y sin embargo que quisiese ocuparse de la nuestra.⁶

³ Antonio Martino: «Sociología y psicología jurídicas», separata del *Anuario*, Barcelona, 1977.

⁴ Eugenio Bulygin: «Teoría y técnica legislativa», en *La Ley*, 1981, tomo C, sección Doctrina, p. 965.

⁵ Véanse, entre otras: ley nacional n.º 24697; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley n.º 1818; en la provincia de Río Negro, ley n.º 4039; en la provincia de Chubut, ley n.º 5199.

⁶ J. J. Rousseau: *El contrato social*, traducción de F. de los Ríos, Madrid, Espasa-Calpe, 1929, p. 58.

Seguramente el contractualista se imaginaba un Parlamento moderno, ágil, intelectual y eficiente.

Es notorio, desde hace un largo tiempo, que existe un alto incremento de la actividad del Estado, que se exterioriza centralmente en actividades del Ejecutivo pero también en la esfera legislativa, y de donde resulta un aumento en la cantidad, complejidad y tecnicismo de los asuntos que deben debatirse y decidirse en los cuerpos colegiados.

Y es importante establecer que el legislador, como funcionario público, no puede incurrir en arbitrariedades y desconocimientos legales, en alusión a la falta de recursos humanos y técnicos disponibles a la hora de la elaboración normativa, ya que esas situaciones generan un grave desprestigio de la institución y una falta de eficiencia, y provocan con ello una deslegitimidad institucional considerable.

Desde nuestro punto de vista, todas las exigencias técnicas al Parlamento deben ser canalizadas a partir de una participación constante y permanente de grupos de asesores, con una clara visión institucional de sus funciones.

Está comprobado que a las instituciones también se las valora por su eficacia, por el fruto de los resultados; de allí lo importante de lograr, a través de la organización de los recursos, tanto económicos como humanos, una metodología acorde con los objetivos institucionales que debe seguir el Parlamento. Para esto es necesaria una estructura que utilice y perfeccione los más avanzados procesos tecnológicos organizativos, y es necesario dotar a los sistemas legislativos de soportes técnicos en armonía con los avances que diversas áreas del conocimiento han experimentado en los últimos tiempos.

Vivimos un momento donde el avance progresivo de nuevas técnicas, junto a la realidad de un Estado que vuelve a encargarse de asuntos que hace algunos años había olvidado, hacen que se genere un nuevo modelo estatal, y que las actividades legislativas deban *aggiornarse* a estas nuevas situaciones que hoy imperan y que exigen un nivel de calidad y eficiencia particular.

Es evidente que el proceso legislativo es un área descuidada donde se suelen encontrar graves deficiencias en la elaboración de las normas, cuestión que aparece reflejada en las contradicciones y vacíos legales de esos textos.

Reiteramos la idea de *eficiencia* en el procedimiento de elaboración y dictado de leyes. Este término se viene utilizando desde hace mucho tiempo; ya desde el año 1941, en el Congreso de los Estados Unidos, cuando se organizaron comisiones técnicas que funcionaban como verdaderos filtros previos a la concreción de normas. Esto también ocurre en Gran Bretaña, donde el Office of Parliamentary Counsel es el organismo encargado de la redacción de los proyectos de ley, con exclusión de los referidos a Escocia, e incluso de las enmiendas legislativas que el gobierno propone o acepta en el curso de la tramitación parlamentaria, así como de los proyectos presentados por los parlamentarios que el gobierno va a apoyar. Es un órgano de dimensiones reducidas, actualmente de 28 miembros. La dirección política en la

elaboración de los proyectos queda asegurada por el ministerio respectivo interesado en la norma, el que imparte instrucciones donde constan los objetivos del proyecto y las pautas a seguir por los redactores.⁷

En Alemania, por el contrario, se confía la redacción de los proyectos gubernamentales a secciones especializadas de cada ministerio, pero existen recomendaciones del Ministerio de Justicia para facilitar la unificación en materia de formulación jurídica, así como existe un cuestionario que pretende homogeneizar el proceso de elaboración de los proyectos.

En España, los ministerios están encargados de la elaboración de los proyectos; existen algunas instrucciones en los órganos colegiados del gobierno y cuestionarios tipo a seguir. Dentro del Ministerio de Justicia existe un organismo, la Comisión General de Codificación, al que se encomienda la elaboración de proyectos de ley de esa cartera.

Pensamos que el Parlamento necesita de un aparato burocrático para el cumplimiento de los fines que la Constitución le ha encomendado. La burocracia que trabaja en el Parlamento debe ser autónoma e independiente del gobierno; debe ejercer sus funciones con objetividad, imparcialidad y neutralidad del poder político, para lo cual tiene que tener su fundamento en el mérito y capacidad de su personal. Existen, para esto, proyectos para la constitución de comisiones permanentes de técnica legislativa, en el ámbito del Congreso nacional.⁸

Otro de los aspectos que no podemos dejar de señalar refiere a la utilización, en ámbitos parlamentarios, de normas de calidad que comprueben la eficiencia en los procesos legislativos. Presentamos algunas ideas que pueden ser consideradas en este punto.

Actualmente se comenzó a analizar y discutir sobre la aplicación de la norma ISO 9001:2000 en el Poder Legislativo (IRAM 30700). Como todas las normas de la serie 30000, están destinadas a ejemplificar, para una actividad determinada, las prescripciones de la IRAM-ISO 9001, en este caso para las actividades que se desarrollan en cada una de las Cámaras del Congreso nacional, en las Cámaras de las legislaturas provinciales y en los concejos municipales.

La norma, que comenzó a discutirse en algunos seminarios nacionales y provinciales, está destinada a todos los actores del universo legislativo: legisladores, funcionarios y empleados de planta, asesores y colaboradores políticos, incluso personas u organizaciones de la sociedad civil que tienen injerencia en su cotidianeidad.

Los cuerpos legislativos tienen características propias que, en algunos aspectos, los diferencian del resto de las organizaciones de la administración pública a

⁷ Documentos de trabajo utilizados en el Curso de Especialización para Funcionarios Jurídicos Legislativos, 4.ª edición, Fundación Centro de Educación para el Desarrollo Económico y Tecnológico, Madrid, 2006.

⁸ Con respecto a comisiones permanentes en la Cámara de Diputados, véanse Expte. 3891-D-2005, 0321-S-2000, entre otros.

las que habitualmente se les aplica la norma citada. Entendemos que la adopción de un sistema de calidad de gestión de las organizaciones parlamentarias debería ser considerada como una decisión de carácter estratégico. En este caso, la norma presenta una estructura lo suficientemente ágil como para que sea adaptada a cada situación particular: por los legisladores, al momento de la elaboración de proyectos; por las comisiones especiales, al momento de producir los respectivos despachos; por los bloques, al momento de producir los acuerdos intrabloque; por la Comisión de Labor Parlamentaria, al momento de producir los acuerdos interbloques; por la propia Cámara en su conjunto, al producir la ley; y por los órganos administrativos y legislativos cuando prestan los servicios de las diferentes áreas.

4. Aportes de la técnica legislativa

Es innegable la importancia y necesidad que tienen, en este aspecto, los principios de la técnica legislativa en el proceso de elaboración y formación de las leyes. Según Linares Quintana, la técnica es «poner en práctica los medios más adecuados para lograr un fin».⁹ Agrega Gnecco que la técnica «no significa sino el arte o facultad de hacer bien las cosas».¹⁰

La técnica legislativa debe tender a lograr como resultado la unidad, el orden, la precisión y la claridad de la ley que se trate de dictar, con el fin de asegurarse la eficacia y utilidad de la norma.

El objeto de la técnica legislativa no es solo la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes, como la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas.

El Tribunal Constitucional Español ha dicho que el objeto de la técnica legislativa es detectar los problemas que la realización del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución, sirviendo por tanto a la seguridad jurídica.¹¹

La preocupación generalizada por la técnica legislativa es relativamente moderna. A medida que las leyes (y las normas en general), como consecuencia del aumento de la esfera de acción del Estado, se multiplican y tecnifican, crece la conciencia de que es necesario introducir una racionalidad en la articulación del conjunto del ordenamiento jurídico, a la vez que conseguir que las normas sean inteligibles y eficaces.

⁹ Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo 2, p. 376.

¹⁰ Emilio Gnecco: «Algunas reflexiones acerca de la elaboración de las leyes», en *La Ley*, tomo 1979-a, sección Doctrina.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STC 46/1990), disponible en: <www.tribunal-constitucional.es>.

El origen de la técnica legislativa contemporánea podemos situarlo en el *legal drafting* anglosajón. Desde 1869 existe en Inglaterra un órgano, el Parliamentary Counsel Office (PCO), compuesto por funcionarios especializados en la realización de las leyes, encargados de la redacción centralizada de los proyectos de ley sobre la base de las instrucciones de los ministerios. También en Estados Unidos tiene importancia la bibliografía sobre *legal drafting* y *legal writing*.

Puede decirse que la preocupación por la técnica legislativa alcanza hoy a todos los países. En España existen unas directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley desde 1991, así como directrices aprobadas en distintas comunidades autónomas. En la Comunidad Europea se aprobaron unas directrices relativas a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria desarrolladas en una guía práctica común dirigida a las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en el seno de las instituciones comunitarias, en el año 2000.¹²

En Iberoamérica han proliferado los manuales y reglas de técnica legislativa; también en la Argentina han sido varios los autores preocupados por esta disciplina.

El momento de la redacción de los proyectos es crucial para la técnica legislativa, porque la calidad de la ley depende en gran medida de la calidad del proyecto que se remita a las Cámaras y, en consecuencia, del procedimiento seguido para su redacción, y muy especialmente de los sujetos encargados de redactar los proyectos que se someten a la consideración de las Cámaras.

La preparación efectiva del primer texto o borrador del anteproyecto puede ser encomendada bien a tales unidades técnicas, bien a profesionales y expertos constituidos en comisiones o grupos de trabajo, o bien puede encargarse fuera de la Administración, a juristas y especialistas sobre las bases que se les faciliten.

La imperfección de las leyes, su eventual imprecisión técnica o incoherencia estructural pueden atentar contra uno de los más firmes pilares del Estado de derecho: el principio de seguridad jurídica.

Este proceso puede llegar a provocar lo que algunos autores denominan *vulnerabilidad* de la ciudadanía, en virtud de que se genera un riesgo para la seguridad jurídica de esta, a partir de que las leyes no son bien entendidas, su lenguaje es dificultoso, los jueces no logran desentrañar su verdadero sentido y alcances, sus especificidades no alcanzan a cubrir todas las situaciones, etcétera.

Coincidimos con Amestoy, quien refiere que lo expresado anteriormente debe complementarse con la participación de un organismo técnico que permita el

¹² Véase resolución de 8 de junio de 1993 (DOCE, núm. C-166/1, 17-6-1993), modificada en 1998 (DOCE, núm. 73, 17-3-1999).

ordenamiento y el estudio de la consolidación y la aplicación de los principios y reglas de la técnica legislativa.¹³

5. Los asesores legislativos

Es necesario contar con leyes modernas, claras y en permanente perfeccionamiento. La preparación de una ley no es tarea sencilla, ya que abarca diversas disciplinas que, en virtud de la constante complejidad del mundo, se vuelven cada vez más específicas y concretas.

Para esta elaboración es necesario contar con una colaboración aceptada entre quienes estudian teóricamente al derecho, los que conocen de su aplicación práctica, y los que intervienen en su elaboración. Se logrará evitar con esto la multiplicación de disposiciones de manera anárquica que, en lugar de afianzar la eficacia de nuestro ordenamiento jurídico, generan dudas e incertidumbre, centralmente sobre la ciudadanía.

Los asesores que colaboran en las tareas legislativas de cada Parlamento constituyen los operadores jurídicos que han de aplicar y vigilar el cumplimiento de las normas de técnica legislativa.

Coincidimos con Beatriz M. Grosso, quien afirma que:

La realidad actual los obliga [a los legisladores] a tomar decisiones sobre temas específicos, muy variados y generalmente complejos. Los legisladores cuentan para ello con su intuición, su sentido común, su bagaje cultural y en algunos casos una determinada formación profesional. Pero estos elementos, aunque fundamentales, no le bastan para la toma de decisiones: deben contar necesariamente con la información precisa en el momento oportuno.¹⁴

Y este debe ser uno de los roles del legislador, el armado de un grupo de trabajo técnico sustentado en la profesionalidad y la especificidad, que pueda dotarlo de las herramientas necesarias para las definiciones políticas que él deba tomar, sobre la base de condiciones de tiempo y forma para lo cual fue elegido.

El asesor legislativo, por su parte, al brindar estas herramientas no puede desconocer las situaciones políticas del momento, pero, al mismo tiempo, no debe hacer de estas su función central, ya que su participación en el armado de un proyecto de norma debe focalizarse en las cuestiones que el legislador, por lo que dijimos anteriormente, desconoce.

Este tipo de ayudas técnicas muchas veces puede provenir de recursos humanos individuales o bien del apoyo de organizaciones de la sociedad civil afines o

¹³ Juan Luis Amestoy: «Ordenamiento y técnica legislativa», en *La Ley*, tomo 1994-B, Sec. Doctrina, pp. 959-961.

¹⁴ Beatriz Marina Grosso, María Alejandra Svetaz, Miguel Alejandro Luna, Héctor Pérez Bourbon y Fermín Pedro Ubertone: *Manual de técnica legislativa*, cap. XI, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 167 ss.

técnicas, que en los últimos tiempos han proliferado en nuestro país, generando un nuevo actor central a la hora de la toma de decisiones legislativas.

En este sentido, es importante mencionar la creciente utilización de bases de datos públicas globales mundiales. Sirva de ejemplo la Global Legal Information Network (GLIN), que es una base de datos pública que contiene leyes, reglamentos, decisiones judiciales y otras fuentes legales complementarias aportados por agencias gubernamentales y organizaciones internacionales. Estos miembros de GLIN aportan a la base de datos los textos oficiales completos de los documentos publicados y en su idioma original. Todos los resúmenes están disponibles al público, y se ofrece acceso público a los textos completos en las jurisdicciones. GLIN es un reflejo de necesidades similares compartidas por organizaciones gubernamentales en todo el mundo para un proceso legislativo basado en el conocimiento de las leyes y reglamentos de otras jurisdicciones. La misión de GLIN es adquirir, almacenar y proporcionar acceso oportuno a este cuerpo de investigación crítica y herramientas de referencia.¹⁵

El Poder Ejecutivo nacional, en consonancia con esta idea, ha dictado el decreto n.º 1172/03 en que crea el Reglamento para la Elaboración Participativa de Normas que, en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional, habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo nacional al Honorable Congreso de la Nación.

El artículo 4.º de la mencionada norma reza que «La finalidad de la elaboración participativa de normas es permitir y promover una efectiva participación ciudadana en el proceso de elaboración de reglas administrativas y proyectos de ley para ser presentados por el Poder Ejecutivo nacional al Honorable Congreso de la Nación».

Además de lo expresado, pensamos en un aporte institucional del Parlamento que colabore, asesore y brinde herramientas técnicas acordes al legislador, más allá del equipo de trabajo cotidiano que tenga cada legislador o bloque legislativo. Ello seguramente redundará en una mejor calidad legislativa.

En la actividad parlamentaria es innegable la necesidad de la utilización de estudios estadísticos, sociológicos, jurídicos, políticos, que resulten inspiradores a la hora de la elaboración de las leyes; todos estos insumos, utilizados mediante una correcta técnica legislativa, crearán aptitudes adecuadas para la sanción de leyes que requieren cada vez más de análisis y estudios sofisticados. Para esto el asesoramiento legislativo, técnico y profesional en el momento de las construcciones legislativas es fundamental y merece una investigación exhaustiva y espíritu reflexivo constante.

Así lo expresa Alberto Castells:

¹⁵ Para más datos consúltese <www.glin.gov>.

Al intentar desde el sistema una metodología que pruebe la aptitud o ineptitud del proceso deliberativo para lograr un estándar de eficiencia requerido por el avance de las instituciones, se contribuye a una comprobación necesaria, que reclama, ante todo objetividad, pruebas y contenido científico.¹⁶

La labor de los asesores consiste en asesorar e informar a los legisladores, cuya tarea es decidir con arreglo a criterios políticos y no de otros tipos (jurídicos, gramaticales). Pero precisamente porque sus decisiones son políticas, les resultan de suma utilidad los consejos y recomendaciones de carácter técnico que les proporcionan los asesores parlamentarios, cuya aceptación no suele plantear problemas y redundar en una mejora sustancial de la legislación.

Para este tipo de procesos se han elaborado directrices y cuestionarios, que sirven de modelos a los operadores de la elaboración legislativa en el momento de analizar la situación de un determinado tema para convertirlo en un proyecto de ley. Y el objetivo no se circunscribe a cuestiones puramente formales, sino que se busca dotar a la norma de la mejor calidad y claridad posible, para colaborar con la ya mencionada seguridad jurídica.

Esos cuestionarios pretenden lograr una evaluación apriorística de la calidad y eficacia de la norma, indagan sobre la necesidad (razones de orden jurídico o político), las repercusiones jurídicas e institucionales y los efectos socioeconómicos que genera su aplicación. Existen también ciertas directrices que pueden tener un valor normativo o bien ser simples recomendaciones, que junto a los cuestionarios colaboran en perfeccionar la creación normativa.¹⁷

En nuestro país existen proyectos legislativos sobre este tema y normativa al respecto (decreto del Poder Ejecutivo nacional n.º 333/85 sobre normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativos).¹⁸

Entre otros aspectos, además de los señalados, hay que considerar la repercusión del proyecto en la normativa en vigor, con indicación de los antecedentes normativos, jurisprudencia constitucional y ordinaria, legislación de otras provincias y previsiones del derecho comparado que puedan resultar necesarios y ejemplificantes para la valoración del texto en tramitación.

Hay que realizar un examen técnico legislativo del texto sugerido y argumentar sobre la corrección de su estructura y la ordenación lógica de sus preceptos, sobre el rigor de los aspectos ortográficos, léxico y estilo, sobre la corrección de las concordancias y remisiones y la adecuación del título, el preámbulo o las disposiciones complementarias, sobre la suficiencia de las cláusulas derogatorias. Y un análisis

¹⁶ Alberto Castells: «¿Crisis legislativa? Anticipos para una metodología legislativa», en *La Ley*, tomo 134, sec. «Doctrina», pp. 1211-1217.

¹⁷ Pueden consultarse algunas directrices europeas en <www.admin.ch>.

¹⁸ Véase en <www.hcdn.gov.ar>, expte. n.º 0341-S-03, como así también los exptes. 2382-D-88 y 1301-D-90, autoría de los diputados MC Osvaldo Rodrigo y Jorge Gentile, respectivamente.

sobre la viabilidad jurídica del texto, su relación con el resto del ordenamiento y sus posibles vinculaciones o efectos jurisprudenciales que hayan existido sobre el tema.

Por otro lado, y luego de la presentación formal del proyecto, se requiere una supervisión en la discusión de las comisiones asignadas, la reparación de los fundamentos suficientes al legislador a la hora de su discusión en el plenario de la Cámara respectiva.

Posteriormente debe realizarse el seguimiento del proyecto ya transformado en ley, con respecto al funcionamiento de la normativa, sus implicancias, su utilización por lo jueces o el Poder Ejecutivo en virtud de sus reglamentaciones.

La función de asesoramiento cumple entonces un doble objetivo: por un lado, apoya con su consulta imparcial y técnica las decisiones adoptadas por los órganos políticos de las Cámaras y, por otro, sirve de garantía de la corrección y acierto del órgano político que ha adoptado la decisión, misión difícil en una sociedad cada vez más compleja, que necesita una adecuada preparación y especialización.

El asesoramiento de expertos en diferentes áreas permitirá contar con una visión inter y multidisciplinaria, que redundará en una bien elaborada norma que permitirá su adecuada interpretación y aplicación. Es sabido que los que conocen cada una de las disciplinas son quienes están en mejores condiciones de advertir las bondades y equivocaciones que se puedan generar.

Pensamos que el asesoramiento legislativo es una herramienta fundamental para el mejoramiento de la calidad institucional de los Parlamentos, que redundará en una directa asimilación de las normas por la ciudadanía.

El asesor deberá ser el canalizador de las demandas técnicas, pero también quien propondrá el lenguaje llano, comprensible y útil de la norma, y evitará, de esta manera, la vulnerabilidad en la que se encuentra el ciudadano ante el permanente y constante desconocimiento de sus derechos.

Diego A. Giuliano*

Causas y efectos del traslado del Congreso nacional: la capitalidad bifurcada

Avances

1. Nos preguntamos si trasladar la sede del Poder Legislativo nacional fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es constitucionalmente posible.

El actual artículo 3.º de nuestra carta magna, versión de 1860, expresa que las «las autoridades que ejercen el gobierno federal residen en la ciudad que se declare capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse».

Si bien la Constitución se manifiesta en singular, refiriéndose a la ciudad y no a las ciudades que se declaren capital de la República, cuando dispone la necesidad de cesión previa de parte de las legislaturas provinciales lo hace en plural, permitiendo interpretar que la capital puede fijarse en más de una ciudad, desdoblándose la localización del gobierno.

Si el constituyente hubiere optado porque los tres poderes del Estado residieran en una única ciudad, no parece lógica la previsión de la cesión de territorio por más de una legislatura provincial, puesto que en nuestro derecho público cada ciudad pertenece al territorio de una provincia y no al de varias, no existiendo ciudades multi o pluriprovinciales. En conclusión, ni la letra ni el espíritu de la Constitución Argentina prohíben una capitalidad bifurcada.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario.

Datos que reafirman la constitucionalidad de lo dicho se hallan en 1862, durante la vigencia del texto actual de nuestra ley suprema, cuando la ley n.º 12 federalizó toda la provincia de Buenos Aires por el término de tres años.

Más modernamente, la malograda ley n.º 23512, de 1987, declaró capital de la República a las ciudades de Carmen de Patagones (provincia de Buenos Aires), Viedma y Guardia Mitre (provincia de Río Negro), hecho que por no concretarse en los cinco años siguientes a la promulgación de la norma, provocó su derogación automática.

Por lo tanto, una capital que sitúe a los distintos poderes del gobierno federal en lugares diversos del territorio nacional parece aceptable si así lo dispone el Congreso a través de una ley especial, cumplimentando los requisitos del artículo 3.º CN.

Para concretar el traslado del Congreso federal a una ciudad distinta a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la provincia de la que se trate debería ceder total o parcialmente el territorio de esa ciudad, y el Parlamento nacional, según el procedimiento ordinario de formación de leyes, sancionar la «ley de capitalización», disponiendo el nuevo asentamiento del Poder Legislativo federal.

2. La fragmentación del asiento físico de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial es una experiencia bastante transitada en el mundo actual.

En Latinoamérica es conocido el ejemplo de Chile, cuyo Poder Ejecutivo se encuentra en la capital histórica de Santiago y el Poder Legislativo a 110 kilómetros, en la ciudad de Valparaíso.

Bolivia, por su parte, posee en Sucre la sede de los Poderes Legislativo y Judicial, y en La Paz, la sede del Poder Ejecutivo.

En el caso de Alemania, consumada la reunificación en 1991, las Cámaras legislativas decidieron llevar el asiento del Parlamento y del gobierno a Berlín, por lo que el núcleo de las funciones políticas se localizan hoy en la vieja capital, aunque seis ministerios federales permanecieron en Bonn y el máximo órgano del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional Federal, tiene su sede en Karlsruhe.

Holanda, por su lado, posee su capital constitucional en Amsterdam aunque la ciudad de La Haya, que es la tercera del reino, es la residencia del monarca y el asiento del Tribunal Superior y de los Estados Generales (Parlamento).

En el caso de Sudáfrica, Pretoria es la capital administrativa, Ciudad del Cabo es la capital legislativa y Bloemfontein es la capital judicial.

3. Diversas son las razones que fundan la conveniencia de trasladar la sede del Poder Legislativo nacional fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Resumamos algunas:

- a) Los signos de los tiempos (globalización comunicacional e informatización de los sistemas) hacen posible segmentar los procesos decisorios del gobierno tanto en términos funcionales como territoriales. La reducción del costo de transmisión de datos e imágenes reduce también la necesidad

de centralización: estar cerca o lejos ha perdido toda relevancia y los poderes del Estado ya no tienen razón para permanecer pegados o estrechamente contiguos.

- b) El cambio de la ubicación geográfica del Parlamento, advertimos, es un fenómeno de *deslocalización* del Poder Legislativo y no necesariamente de *descentralización* política. Solo servirá a la descentralización si implica una mirada que modifique el patrón de distribución espacial del poder, inaugure un cambio estructural en la articulación del Estado con la sociedad civil y refederalice el país desde las provincias, los municipios y las regiones. De lo contrario será una mera mudanza de infraestructura, nada más que simbólica, y federalmente vacía.
- c) El traslado brindará una nueva perspectiva, en cuanto disminuye la presión sobre la función de regulación del gobierno argentino, de parte de un complejo demográfico desproporcionado como lo es el núcleo Ciudad Autónoma de Buenos Aires - conurbano bonaerense. Ello beneficiará a todas las partes, incluyendo al propio *centro* que se descongestionará política y administrativamente, mejorando sus condiciones de gobernabilidad.

Resituar físicamente al Congreso de la Nación tendrá sentido si ello significa crear un nuevo entorno que reinvente la capacidad de los gobiernos locales, menguando las diferencias entre grupos poblacionales localizados en distintos puntos del país, puesto que así y no de otra manera se hará posible el objetivo de «proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio», según el equilibrio que idearon los constituyentes reformadores de 1994 (artículo 75.º, inciso 19.º, CN).

Capítulo 3

CÁMARA DE DIPUTADOS

Jorge Horacio Gentile*

La Cámara de Diputados de la Nación

El Congreso argentino es bicameral. La Cámara de Diputados y el Senado que la componen son básicamente simétricos y tienen muy parecidas atribuciones, aunque distinta composición y representación. La bicameralidad se da en Estados Unidos, México y Canadá, y en Sudamérica en Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay y Uruguay; mientras que la unicameralidad, en Venezuela, Ecuador y Perú. En Centroamérica y en el Caribe tienen sistema bicameral Antigua y Barbuda, Barbados, Bahamas, Belice, Granada, Haití, Jamaica, Santa Lucía, República Dominicana, Trinidad y Tobago, y Puerto Rico (que es un Estado libre asociado a los Estados Unidos de América); y unicameral, Costa Rica, Guatemala, Honduras, El Salvador, Panamá, Surinam, Nicaragua, Guyana, Saint Kits y Nevis (dentro de un sistema monárquico constitucional) y Cuba (comunista).

1. Antecedentes

El Congreso argentino tiene por antecedentes históricos los cabildos abiertos de la época hispana y en el período patrio: la soberana Asamblea del año XIII, que

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Católica de Córdoba. Tesorero de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Ex diputado de la Nación.

sesionó entre 1813 a 1815; el Congreso de Tucumán, que comenzó sesionando en 1816 en San Miguel del Tucumán, donde se declaró la Independencia, y se trasladó luego a Buenos Aires donde lo hizo hasta 1820; el Congreso de 1824 a 1827; y el Congreso General Constituyente de 1852 a 1854, que dictó la Constitución. También podemos incluir en estos antecedentes las legislaturas provinciales que se establecieron en los estatutos, reglamentos o Constituciones a partir de 1819 con el nombre de Asamblea Provincial, Congreso de Representantes, Congreso de la Provincia, Congreso General, Sala de Representantes, Congreso Provincial o Junta General; que fueron unicamerales, excepción hecha de la del proyecto de Constitución para la provincia de Buenos Aires del 19 de diciembre de 1933 y la Constitución del Estado de Buenos Aires del 11 de abril de 1854, que crearon una Cámara de Representantes y un Senado como integrantes de una Asamblea General, que era el Poder Legislativo. Las Constituciones de 1919 y 1826 también establecían un Congreso integrado por una Cámara de Representantes y un Senado. Los proyectos de Constituciones de Juan Bautista Alberdi, de Pedro de Angelis y de José Benjamín Gorostiaga, de 1852, preveían también un Congreso bicameral, con Cámaras de Diputados y Senadores en los dos primeros casos. En el de Alberdi primero se habla del Senado y luego de la Cámara de Diputados.¹

2. La Cámara de Diputados en la Constitución

La Constitución argentina trata, en 19 artículos y una disposición transitoria, acerca de la Cámara de Diputados en el primer capítulo, artículos 45 al 53, de la sección primera, denominada «Del Poder Legislativo», que está ubicada en la segunda parte de su texto, dedicada a las autoridades de la Nación. Los artículos 39, 40, 44, 59, 84, 99 inciso 5, 118 y la disposición transitoria decimocuarta se refieren también a este cuerpo, y a los diputados se los menciona en los artículos 67, 69, 74. En la Constitución de Estados Unidos de América, la Cámara de Representantes, que equivale a la nuestra de Diputados, integrada por representantes, está reglada por el artículo I, sección 2.

La simetría en el poder de ambas Cámaras se encuentra levemente inclinada a favorecer a la de Diputados. A ello lleva pensar que la ley fundamental, siguiendo también el modelo norteamericano, trate en primer término respecto de la Cámara de Diputados y luego del Senado (el proyecto de Alberdi era a la inversa); que permita que aquel cuerpo tenga más integrantes que este; que los diputados sean elegidos directamente por el pueblo y que los senadores lo hayan sido por las legislaturas provinciales, o por una junta de electores en la Capital federal, hasta el año 2001, en que también por la reforma constitucional de 1994 fueron electivos; que con motivo

¹ María Laura San Martino de Dromi: *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994.

de que la edad mínima, 25 años, para ser diputados es inferior a la establecida para ser senador, 30, y que como para ejercer este cargo hace falta una renta mínima que no se exige para integrar la Cámara baja, permite una mayor amplitud en las posibilidades de ingresar a esta.

Esto se refleja, además, en algunas competencias exclusivas como las del artículo 52, que le otorga la iniciativa en las importantes leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas; y la de los artículos 39 y 40 —introducidos en la reforma de 1994— en que también la tiene respecto de la iniciativa popular y la consulta popular vinculante. La derogación del artículo 51 de la Constitución en la reforma de 1860, que le daba la iniciativa al Senado en el trámite de la declaración de la necesidad de la reforma constitucional, puso equilibrio en esto que sería la competencia más importante que tiene el Congreso, cual es la de iniciar la primera etapa del ejercicio del poder constituyente derivado.

Carlos María Bidegain ha dicho, respecto del papel que ocupan la Cámara de Representantes o de Diputados, y el Senado, en el sistema constitucional norteamericano y argentino, que:

Mientras en el régimen parlamentario inglés la Cámara de los Comunes ha ido anulando prácticamente las facultades colegisladoras de la Cámara de los Lores, en este caso la relativa notabilidad del Senado no implica alteración fundamental de las funciones que la Constitución ha atribuido a las dos ramas del Congreso. La Cámara baja no ha declinado ninguna de sus prerrogativas en beneficio de la otra. Tampoco ha utilizado el Senado sistemáticamente su autoridad para imponer sus decisiones a la otra Cámara, ni ha tenido éxito en todos los casos en que lo ha intentado. La Cámara de Representantes trata con el Senado en un pie de igualdad y existe, recíprocamente, ese tratamiento. Todas las circunstancias anotadas que exaltan la posición del Senado, pueden resultar anuladas en un régimen en el cual, junto a los órganos regulares del gobierno, una poderosa opinión pública sigue atentamente su acción y se organiza rápidamente para exponer sus puntos de vista sobre los problemas del momento.

Y agrega que «no existe una lucha declarada entre ambas Cámaras por el predominio, con miras a anular la autoridad de una de ellas, como ocurrió en el Parlamento inglés».²

La Constitución debió seguir a Alberdi, que en su proyecto decía: «La Cámara de Diputados representa la nación en globo, [...]. Cada diputado representa a la nación, no al pueblo que lo elige» (artículo 61). No siempre los diputados tienen presente este concepto que considero implícito en nuestra ley fundamental.

3. Composición

El artículo 45, según el texto ordenado de la Constitución de 1994, regla:

² Carlos M. Bidegain: *El Congreso de Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 52-53.

La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

Este porcentaje se estableció en la reforma de 1898, ya que la Constitución de 1853, en su artículo 33.º estableció que era de uno cada veinte mil o una fracción que no baje del número de diez mil, y no existía la última frase que obligaba al Congreso a aumentarlo después de cada censo. Esta frase tenía por objeto:

[...] facilitar al Congreso la adopción de medidas tendientes a evitar que algunas provincias más pobladas, por su mayor desarrollo demográfico, puedan aumentar exageradamente su representación con relación a las demás. Propónese, a la vez impedir la formación de una Cámara demasiado numerosa, porque si se eleva el divisor común o base de proporcionalidad el número de representantes podrá ser convenientemente arreglado.³

En la reforma de 1949, el porcentaje era de uno cada cien mil o fracción que no baje de cincuenta mil (artículo 42). La ley *de facto* 22847, actualmente vigente, establece que el porcentaje es de uno cada 161.000 o fracción que no baje de 80.500, más tres por cada distrito, los que no podrán tener menos de cinco diputados. La anterior ley 19862, también *de facto*, de 1972, establecía que el número de los diputados era de uno cada 135.000 o fracción que no baje de 67.500, tomándose como base el censo de 1970; a dicha representación se le agregaba por cada distrito tres diputados, que será el número mínimo que le corresponda en la Cámara, excepción hecha del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, con dos diputados. En la Constitución de los Estados Unidos, los estados tienen representantes en proporción al número de habitantes, [...] el cual se determinará agregando al número total de personas libres, entre las que se comprende a las que están obligadas al servicio por cierto número de años, y se excluye a los indios que no pagan contribuciones, las tres quintas partes de todas las demás» (artículo I, sección II, 3). Esto se refería a los esclavos que fueron constitucionalmente liberados recién con la enmienda XIII, de 1865, después de la guerra de secesión.

Los censos nacionales tuvieron lugar en 1869, 1895, 1914, 1947, 1960, 1970, 1980, 1991 y 2001. La ley 17622 fijó que estos tenían que realizarse en los años terminados en cero, por recomendación de la ONU, lo que no ocurrió en los dos últimos.

En la Constitución de 1953 el artículo 34.º disponía:

Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la Capital seis (6); por provincia de Buenos Aires seis (6); por la de Córdoba

³ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo II, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía, 1918, p. 362.

seis (6); por la de Catamarca tres (3); por la de Corrientes cuatro (4); por la de Entre Ríos dos (2); por la de Jujuy dos (2); por la de Mendoza tres (3); por la de La Rioja dos (2); por la de Salta tres (3); por la de Santiago cuatro (4); por la de San Juan dos (2); por la de Santa Fe dos (2); por la de San Luis dos (2); y por la de Tucumán tres (3).

Al discutirse este artículo, los convencionales Facundo Zuviría, Salustiano Zavallía y Benjamín J. Lavaisse manifestaron su disconformidad con la distribución provisoria que se proponía; pero José Benjamín Gorostiaga, en la sesión del 26 de abril de 1853,

explicó que en la designación del número de diputados por cada provincia había-se creído conveniente sujetarse al que se fijó por el Congreso en 1826, por no haber un censo que suministrara datos exactos sobre la reespectiva población de las provincias, y en el interés de no proceder tampoco arbitrariamente.

El artículo fue reformado en 1860, en su primera parte, y quedó redactado como lo está actualmente el artículo 46:

Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la provincia de Buenos Aires doce; por la de Córdoba seis; por la de Catamarca tres; por la de Corrientes cuatro; por la de Entre Ríos dos; por la de Jujuy dos; por la de Mendoza tres; por la de La Rioja dos; por la de Salta tres; por la de Santiago cuatro; por la de San Juan dos; por la de Santa Fe dos; por la de San Luis dos; y por la de Tucumán tres.

El artículo siguiente, el 35.º del texto de 1853, que ahora lleva el número 47, regla: «Para la segunda Legislatura deberá realizarse el censo general, y arreglarse a él el número de diputados; pero este censo sólo podrá renovarse cada diez años». Esta redacción nos permite interpretar que el constituyente no quiso que ninguna provincia o distrito tuviera menos de dos diputados, lo que no se condice con lo que dispone la carta fundamental y ha sido la práctica histórica en los Estados Unidos de América, donde actualmente hay varios estados que solo tienen un representante (Alaska, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Montana, Wyoming, Vermont y Delaware). El decreto 15100, de 1957, fijó el número de diputados a razón de uno cada 85.000 habitantes o fracción no menor de 42.500 y de esa manera las provincias de Chubut, Formosa, La Rioja, Neuquén y Santa Cruz tuvieron un solo diputado entre 1958 y 1960, y es la única vez que ello ocurrió en la historia de la Cámara, ya que nunca algún distrito tuvo asignado menos de dos diputados. La ley 15264 estableció el mínimo de dos diputados por distrito y la ley 22847, de 1983, en su artículo 3.º lo aumentó a cinco, «compensando las peculiares diferencias entre una y otra provincia», lo que es inconstitucional, porque contradice lo dispuesto por el artículo 45 de la carta fundamental. Juan Carlos Maqueda comparte este criterio apoyándose en Germán Bidart Campos, María Angélica Gelli y en un proyecto de resolución del diputado Jorge Reinado Vanossi (expediente 2655-D-91).⁴ El proyecto de

⁴ «La reforma política», en *La Ley*, 2002, pp. 14 ss.

Constitución de Alberdi decía que «ninguna provincia dejará de tener un diputado al menos» (artículo 63).

Nuestra Cámara de Diputados tuvo 50 miembros entre 1854 y 1872; 86 entre 1873 y 1897; desde 1898 hasta 1919 estuvo compuesta por 120 diputados; 158 tuvo entre 1920 y 1952; bajó a 155 entre 1953 y 1954; volvió a aumentar en 1955 a 157; subió a 187 entre 1958 y 1959; entre 1960 a 1966 tuvo 192; entre 1973 y 1976 aumentó a 243; entre 1983 a 1991 ascendió a 254; para llegar a los 257 actuales en 1992, cuando se creó la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Después de los censos de 1991 y 2001 no se ha dictado la ley que arregla, en los términos del artículo 47, el número de diputados que corresponden a cada distrito y existen algunos sobrerrepresentados y otros infrarrepresentados. La Capital Federal, que tiene 2.776.138 habitantes, según el censo de 2001, mantiene 25 diputados, 7 más que Córdoba, que tiene 3.066.801 habitantes y 18 integrantes de la Cámara Baja. Santa Fe, con 3.000.071 habitantes, tiene 19, uno más que Córdoba.

La Cámara de Representantes de Estados Unidos comenzó teniendo 65 miembros en 1789, aumentó a 105 en 1790, con una proporción de uno cada 323.000 habitantes y sobre una población de 3.929.214; pasó a 141 en 1800; en 1810 a 181; en 1820 a 212; en 1830 a 240; en 1840 a 223; en 1850 a 234; en 1860 a 241; en 1870 a 293; en 1880 a 325; en 1890 a 357; en 1900 a 391; y desde 1910, cuando tenía 91.972.266 habitantes, a 435, con un porcentaje de uno cada 211.877. Esta es la cantidad de representantes que se mantiene hasta la actualidad.⁵

La Constitución de México dice que la Cámara de Diputados tiene 500 miembros:

300 diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas regionales, votadas en circunscripciones plurinominales (artículo 52).

La Constitución de Bolivia dice que tiene 130 miembros (artículo 60), la de Chile 120 (artículo 43) y Uruguay 99 (artículo 88).

El Bundestag en Alemania Federal, que equivale a la Cámara de Diputados, tiene 598 componentes; antes de 2002 tenía 656. La Cámara de los Comunes en Gran Bretaña tiene 659 miembros, el Congreso de los Diputados de las Cortes Generales de España tiene 350 integrantes, aunque la Constitución en su artículo 68.1 indica que puede tener entre 300 y 400. En Italia, desde las elecciones del año 2006 la Cámara de Diputados tiene 630 miembros, de los cuales 12 son elegidos por los italianos que viven en el exterior, y la Asamblea Nacional de Francia, que es la Cámara baja, tiene 577 diputados.⁶

⁵ Carlos M. Bidegain, o. cit., p. 54.

⁶ Servizio Studi del Senato: «Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica», edición provisional, octubre de 2005, n.º 810/1.

La Constitución de 1853 tenía un artículo 37.º, que era una disposición transitoria, que inexplicablemente los constituyentes de 1994 mantuvieron en el texto actual, sin ser parte de las diecisiete disposiciones transitorias con que termina; con el número 49, dice: «Por esta vez las Legislaturas de las provincias reglarán los medios de hacer efectiva la elección directa de los diputados de la Nación: para lo sucesivo el Congreso expedirá una ley general». Su contenido es letra muerta por lo que el artículo debió ser suprimido como lo hizo la Convención de 1949.

4. Sistemas electorales

La ley 140 de 1857 estableció un sistema de lista mayoritaria, por entender que eso era lo que quería decir la Constitución cuando hablaba de «simple pluralidad de sufragios», lo que dejaba fuera de la Cámara a las minorías de los distritos. En 1902, la ley 4161 estableció el sistema uninominal por circunscripciones, la que fue derogada en 1905 por la ley 4578, con lo que se volvió al sistema de lista completa de la ley 140. La ley 8871, de 1912, mejor conocida como Ley Sáenz Peña, estableció el sistema de voto restringido (mal llamado de lista incompleta), con lo que los dos tercios de las vacantes eran cubiertas por la primera mayoría y el resto por la segunda, el votante podía tachar y reemplazar a los candidatos de la lista por los de otras oficializadas.

En 1951 la ley 14032 restableció el sistema uninominal por circunscripciones, pero con la variante de que los distritos de Capital Federal, Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos y Santa Fe se dividían por la cantidad de diputados que tenían que elegir menos uno, que era adjudicado a las minorías que habían tenido mejor votación en las circunscripciones. Luego, por la ley 14292, de 1953, se lo aumentó a dos. La traza y el diseño de las circunscripciones ha suscitado conflictos y sentencias judiciales en los Estados Unidos, donde se aplica el sistema uninominal por circunscripciones, ya que han tratado de combatir los dibujos caprichosos de estas, con el propósito de favorecer o perjudicar a alguno de los partidos, práctica que en el país del norte se denomina *gerrymandering*, por un gobernador de Massachusetts, Elbridge Gerry, que en el siglo XIX los trazaba en forma de salamandra. En Argentina se dibujaron las circunscripciones durante la segunda presidencia de Perón, con el propósito de disminuir la representación de la UCR, que tenía un aguerrido bloque minoritario de 44 diputados.

El decreto 15100, de 1957, restableció el sistema de la Ley Sáenz Peña. El decreto 7164, de 1961, estableció el sistema de representación proporcional D'Hondt, con un piso de tres por ciento. La ley 19862, de 1972, aumentó el piso a ocho por ciento o un mínimo de 135.000 votos para participar del reparto proporcional. El Código Electoral, ley 19945, no permite ingresar al reparto proporcional a las listas de candidatos que no hayan obtenido el tres por ciento de votos del padrón electoral de sus distritos (artículo 160). Estos pisos contradicen al artículo 45 de la Constitución ya que proscriben a las listas minoritarias sin razón que lo justifique.

5. Requisitos

El artículo 48 dispone que «Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella». Este último requisito de ser natural o residente de la provincia que lo elija fue agregado en la reforma constitucional de 1860. En el proyecto de Juan Bautista Alberdi se exigía solo dos años de ciudadanía, apartándose así de la Constitución norteamericana, que establecía siete años (artículo I, sección 2.^a, cl. 2). La reforma de 1949 estableció en el artículo 43 que: «Para ser elegido diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio los argentinos nativos y diez los naturalizados, y ser nativos de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella». Respecto de la edad, debe entenderse que ella, según el texto vigente, es necesaria para asumir el cargo y jurar, lo que en algunos casos no ha sido respetado por la Cámara al permitir el ingreso diputados con menor edad. Los que no tengan 25 años pueden ser candidatos, pero electos no pueden asumir; en cambio, los senadores tienen que tener 30 años al momento de ser electos (artículo 55).

Bidegain recuerda que:

Las Cámaras han tenido que considerar varios casos en que los electos no había alcanzado la edad mínima. Entre ellos se destacan los de los diputados Ramón J. Cárcano (1884) y Antonio de Tomaso (1914), que fueron admitidos tras extensos debates cargados de consideraciones políticas. En el caso del diputado Emilio Hardoy, que presentó su diploma en 1936, el debate se fue postergando hasta 1938, en que, llegado a esa edad, pudo incorporarse a la Cámara. Por el contrario, el diploma del diputado Federico Pinedo fue rechazado en 1919 por esta razón. En otros casos hubo silencio cómplice, no presentándose impugnación alguna contra electos que carecían de la edad mínima, como ocurrió en 1886, en el caso del diputado Joaquín V. González.⁷

6. Las diputadas

La mujeres ingresaron en la Cámara por primera vez en 1952, en número de 23; entre 1953 y 1954 hubo 25; en 1955 fueron 34; entre 1958 y 1959 el número bajó a 4; entre 1960 y 1961, a 2; entre 1963 y 1964 solo una; subieron a cuatro entre 1965 y 1966; en 1973 fueron 19; en 1974 aumentaron a 21, y en 1975 a 22. Entre 1983 y 1987 hubo 11; aumentaron a 12 entre 1987 y 1989; fueron 17 entre 1989 y 1991; y 14 desde 1991 a 1993. Desde la vigencia de la ley de cupo, n.º 24012, de 1991, subieron entre 1993 y 1995 a 35, y a 70 entre 1995 y 1997.^{8 9}

⁷ Carlos M. Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, p. 43.

⁸ N. Guillermo Molinelli, M. Valeria Palanza y Gisela Sin: *Congreso, presidencia y justicia en Argentina*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 1999, pp. 128 y 139.

⁹ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo II, p. 379.

En Estados Unidos las mujeres llegaron al Congreso en 1920; en Francia, en 1944, en Brasil, en 1932; en Uruguay, en 1934; en Chile y Costa Rica, en 1949; en Bolivia, en 1952; y en Perú, en 1955.¹⁰

7. Juramento

El reglamento de la Cámara baja autoriza cuatro fórmulas para el juramento de los diputados cuando ingresan al cuerpo: por Dios, la patria y los Santos Evangelios; por Dios y la Patria; por la Patria; o sin invocación alguna (artículo 10).

8. Duración de los mandatos

El artículo 50 de la Constitución dispone que «Los diputados durarán en su representación por cuatro años, y son reelegibles; pero la Sala se renovará por mitad cada bienio; a cuyo efecto los nombrados para la primera Legislatura, luego que se reúnan, sortearán los que deban salir en el primer período». El primer sorteo tuvo lugar el 13 de julio de 1855, lo que se hizo después de que se restableciera el Congreso suprimido por los golpes de Estado. Respecto del plazo, los constituyentes se apartaron del modelo de la Constitución norteamericana, donde los representantes duran dos años en su mandato y la Cámara se renueva íntegramente, y siguieron a las Constituciones de 1819 y 1826. González Calderón dice que los cuatro años tienen tres objetivos: «[...] asegurar la vinculación íntima entre electores y elegidos; mantener cierto espíritu conservador en el seno de la Cámara y dar al representante el tiempo necesario para que se imponga del mecanismo de la legislación».¹¹

La Constitución de 1949, mientras tuvo vigencia, amplió el mandato a seis años, y la renovación por mitades se hacía cada tres años, pudiendo también ser reelectos. El mínimo por distrito se estableció expresamente en dos diputados (artículo 42). Con el Estatuto Fundamental del 24 de agosto de 1972 se dispuso que los diputados duraban cuatro años y que la renovación se hacía en ese mismo lapso de tiempo con la Cámara completa, por lo que los diputados electos en 1973 no se renovaron parcialmente a los dos años, en 1975 (artículo 42). En ambos casos pueden ser reelectos. En cambio no son reelegibles en el período inmediato los diputados según la Constitución de México, que tiene un Poder Legislativo bicameral y los diputados duran tres años en su mandato (artículo 59), y en la de Costa Rica, que tiene una Asamblea Legislativa unicameral y los diputados que la integran duran cuatro años (artículo 107). En la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dispone que los diputados, que duran cuatro años, «si fueren reelectos no pueden ser elegidos para un nuevo período sino con el intervalo de cuatro años» (artículo 69).

¹⁰ Molinelli, Palanza, Sin: *Congreso, presidencia y justicia en Argentina*, o. cit., p. 63.

¹¹ *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1958, p. 324.

La renovación total que se hace cada dos años de la Cámara de Representantes en los Estados Unidos y su comparación con los cuatro años que parecen excesivos después de los episodios protagonizados a fines de 2005 por el diputado Eduardo Lorenzo Borocotó que se pasó, desde la bancada opositora para la que había sido elegido, al oficialismo, en una publicitada audiencia con el presidente Néstor Kirchner; y del diputado Rafael Bielsa, que llegó a afirmar que su banca era del presidente Kirchner luego de aceptar e, inmediatamente, renunciar al ofrecimiento de este para ser embajador en Francia antes de prestar juramento, luego de que en la campaña electoral había prometido cumplir con su mandato.

Alexander Hamilton y James Madison argumentaron respecto de este breve plazo del mandato de los representantes, que en «el servicio legislativo establecido en la mayoría de los Estados, para la rama más numerosa, es [...] de un año»,¹² que:

[...] Así como es esencial a la libertad que el gobierno en general tenga intereses comunes con el pueblo, es particularmente esencial que el sector que ahora estudiamos [la Cámara de Representantes] dependa inmediatamente del pueblo y simpatice estrechamente con él. Las elecciones frecuentes son, sin duda alguna, la única política que permite lograr eficazmente esta dependencia y resta simpatía.

[...] Es una máxima aceptada [...] cuanto más grande sea el poder menor debe ser su duración y, a la inversa, que cuanto menor es el poder, con mayor tranquilidad puede prolongarse su duración. [...] Con menos poder de que abusar, los representantes federales tendrán por un lado menos tentaciones y por otro se verán sujetos a una doble vigilancia.¹³

En los sistemas parlamentarios, donde los mandatos pueden acortarse por la disolución de dichos cuerpos y el llamado anticipado a elecciones, el mandato de los integrantes del Bundestag alemán y del Congreso de los Diputados del Reino de España es de cuatro años; el de los integrantes de la Cámara de los Comunes, en el Reino Unido, y de la Asamblea Nacional de Francia, de cinco años.¹⁴

9. Vacantes y suplentes

El artículo 51 dispone: «En caso de vacante, el gobierno de provincia, o de la Capital, hace proceder a elección legal de un nuevo miembro». Este artículo es análogo al de la Constitución norteamericana que dice: «cuando ocurran vacantes en la representación por algún Estado, la autoridad ejecutiva de este dará orden para hacer la elección que ha de llenar esas vacantes» (artículo I, sección 3.^a, cl. 4), la omisión de un término para hacer la elección se explica en los Estados Unidos porque «el tiempo, lugares y modo de hacer la elección de senadores y representantes serán determinados en cada estado por su propia Legislatura»; si bien «el Congreso puede,

¹² *El Federalista*, LIII, p. 229.

¹³ *El Federalista*, LII, pp. 224 ss.

¹⁴ Servizio Studi del Senato: «Modifiche alle norme»..., o. cit.

en cualquier momento, por ley, hacer o alterar dichos arreglos, excepto en lo relativo a los lugares en donde deben elegirse los senadores» (artículo I, sección 4.^a, cl. 1).

La ley 7, del 28 de noviembre de 1854, disponía la designación de un suplente por cada dos diputados, pero cayó de desuetudo¹⁵ hacia 1863 y hubo legisladores suplentes que ocuparon bancas de titulares hasta el 30 de abril de 1865. Las leyes 16582 y 19862 establecieron nuevamente la elección de suplentes. La Constitución vigente solo menciona a los suplentes en el antepenúltimo párrafo de la disposición transitoria 4.^a, pero refiriéndose a las vacantes de los senadores por las causales del artículo 62, o sea «muerte, renuncia u otras causa».

Desde 1972 se eligen suplentes junto a los titulares. Cuando son dos los titulares se eligen dos suplentes; cuando los titulares son de tres a cinco eligen tres suplentes; cuando son seis o siete eligen cuatro; cuando son titulares ocho eligen cinco, cuando son nueve o diez eligen seis suplentes; cuando son de 11 a 20, tienen ocho suplentes; y cuando son 21 o más, tienen diez suplentes (artículo 163 del Código Electoral Nacional, texto ordenado de la ley 19945). «En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado nacional lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido» (artículo 164 del Código Electoral Nacional). El reglamento de la Cámara de Diputados dice en el artículo 21 que:

Los permisos que la Cámara acordase a algunos de sus miembros para desempeñar empleos o comisiones del Poder Ejecutivo nacional o que le fueren encomendados por las provincias, solo podrán durar por el año legislativo en que fueren otorgados y no podrán ser concedidos, en caso alguno, con la autorización de ejercer simultáneamente las funciones legislativas. En cambio, cuando los permisos fueren otorgados para ejercer comisiones que le hubiere encomendado la Cámara al legislador, el cuerpo podrá disponer que el mismo lo sea con la autorización del ejercicio simultáneo de sus funciones como diputado, cuando ello fuere compatible por razones funcionales. En el caso de los permisos previstos en la primera parte del apartado anterior, los mismos serán siempre otorgados sin goce de haberes, salvo que la comisión otorgada al diputado fuere sin goce de haberes y que estuviere suficientemente justificada la percepción de los mismos. En caso de producirse alguna de las situaciones de vacancia transitoria previstas en el presente artículo, la Cámara podrá disponer la incorporación del diputado suplente, quien cesará en sus funciones cuando se reincorpore el titular.

Esta última parte del artículo no es contrario a lo que dispone el artículo 160 del Código Nacional Electoral; por el contrario lo complementa y podría ampliarse a los casos de excusación de los diputados al votarse la formación de causa en el juicio político. En la práctica no se cubren las ausencias transitorias con suplentes, a pesar de que muchas veces son prolongadas en el tiempo. Durante el año 2003 pedí, como suplente electo por la provincia de Córdoba, incorporarme a la Cámara por estar de

¹⁵ Carlos María Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, tomo IV, o. cit., p. 36.

licencia, ejerciendo el cargo de embajador en la República Italiana, el diputado titular Humberto Jesús Roggero, pero nunca se me incorporó al cuerpo.

Como curiosidad puede señalarse que según el artículo 141 de la Constitución de Panamá por cada legislador se eligen dos suplentes, que lo reemplazarán en caso de faltas y por el orden de su elección.

10. Sanciones

La Cámara de Diputados aplicó las siguientes sanciones a sus integrantes: de apercibimiento el 19 de mayo de 1993 al diputado Luis Saadi; de suspensión a los diputados H. Cambareri el 24 de agosto de 1988 y a Eduardo Varela Cid el 18 y 19 de abril de 1995; y de expulsión a Ángel Luque el 18 y 19 de abril de 1991.¹⁶

11. No incorporaciones

Hubo dos diputados electos que la Cámara se negó a incorporar.

11.1. El caso Bussi

El 1.º de diciembre de 1999, la Cámara de Diputados se negó a incorporar al diputado de la Nación Antonio Domingo Bussi, elegido por cien mil votos en la provincia de Tucumán en las elecciones del 24 de octubre de 1999, a pesar de que ni la oficialización de la candidatura, ni el comicio, ni el resultado electoral, ni el diploma que se le expidió fueron impugnados ante la Junta Electoral. El 10 de mayo de 2000 la Cámara resolvió rechazar el diploma, «de conformidad al artículo 64 de la Constitución nacional», en consonancia con el dictamen de su Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento, del 13 de abril de ese año, que:

[...] en nombre de la Constitución de la Nación Argentina, en nombre de la justicia universal, en nombre del «nunca más» y en nombre de la propia dignidad de esta Cámara y de sus integrantes, solicitamos a nuestros pares que se rechace el diploma del diputado electo Antonio Domingo Bussi.

En su reemplazo fue incorporado posteriormente su hijo Ricardo Argentino Bussi, otro miembro de su Partido Fuerza Republicana.

Bussi padre demandó mediante amparo esta decisión y ella fue rechazada por la jueza federal María Servini de Cubría, decisión que confirmó la Cámara Nacional Electoral por tratarse de una *cuestión política no justiciable*, fundándola en que

la decisión relativa a la integración de uno de los tres órganos esenciales de la estructura del Estado, cuyas competencias excluyentes forman la esencia de la forma republicana de gobierno, encuadra en lo que la doctrina conceptúa como «acto

¹⁶ Molinelli, Palanza y Sin: «Congreso, presidencia y justicia en Argentina», o. cit., p. 128.

institucional», es decir un acto que ejecuta directamente una norma constitucional y que, por tanto, es dictado en ejercicio de una actividad reglada o discrecional de los órganos estatales. [...] El tema escapa al ámbito del Poder Judicial, ya que encomendarle la decisión de cuestiones como la de autos significa poner en juego la independencia del Poder Legislativo. Las Cámaras del Congreso constituyen cuerpos políticos por lo que llaman hacia sí el proceso electoral del que depende su propia integración.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 11 de octubre de 2001, revocó esta sentencia, por unanimidad y con dictamen en igual sentido del procurador general de la Nación, y declaró el caso justiciable, fundado en el fallo *Powell vs. McCormack* de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. En esa oportunidad dijo nuestro más alto tribunal:

El actor sostiene que la Cámara de Diputados no tiene competencia para actuar como lo hizo, esto es, que habiendo sido proclamado legislador por las autoridades electorales pertinentes y reuniendo todos los requisitos que la Constitución nacional exige para ser diputado, sólo corresponde proceder a su incorporación. Esa determinación es una cuestión justiciable. Dicho con otro giro, planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativos, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de Estos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en estos ámbitos el principio reiteradamente sostenido por el tribunal, ya desde 1864, en cuanto a que él «es el intérprete final de la Constitución» (*Fallos*, 12:340) [...] uno de los pilares en que se asienta la Constitución nacional es el principio de la soberanía del pueblo (artículo 1.º). Este, en términos de Hamilton, implica que el pueblo debe poder elegir a quien lo gobierne según le plazca (véase la cita en *Powell versus Mc Cormack*, p. 547). El actor, elegido por el pueblo en comicios libres, resiste la negativa de la Cámara de Diputados a incorporarlo y Esta invoca la Constitución nacional para vedarle su ingreso. Este conflicto configura la cuestión justiciable que el a quo desconoció y cuya comprobación impone dejar sin efecto la sentencia recurrida.

Con este fallo la Corte se aparta del estándar establecido en los siguientes casos:

1. *Roque Pérez*, de 1865 (*Fallos*, 2:253), cuando se cuestionaba la anulación de la elección de un senador electo por el Senado de la Nación y en el que la Corte, remitiéndose al dictamen del procurador general Dr. Francisco Pico, dijo: «[...] cada Cámara del Congreso nacional es el único juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en este asunto, que la Constitución atribuye exclusivamente al Senado».

2. *Chaco, Provincia de c. Estado Nacional (Senado de la Nación)*, de 1998 (*Fallos*, 321:3236), cuando el Senado había rechazado un diploma de un electo y simultáneamente había elegido otro, afirmando que «las objeciones que sobre ese accionar del Senado de la Nación pudieran formularse, remiten al modo en que ha ejercitado sus facultades constitucionales privativas, ámbito pacíficamente excluido del control jurisdiccional. Se trata [...] de un espacio propio y exclusivo de ese órgano [...] en el que goza de amplia discrecionalidad funcional».

3. *Guadalupe Hernández, Simón s/ Amparo*, de agosto de 1999, cuando en la provincia de Catamarca se pretendía que Ramón Saadi y Oscar Garbe habían sido elegido senadores en forma irregular, y en este caso la Corte Suprema dijo, en el voto de la mayoría, que: «no es admisible que los magistrados exhorbiten los límites de sus atribuciones y actúen sustituyendo aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia. De otro modo la actividad judicial podría ser utilizada para interferir los resultados que en el marco parlamentario genere la voluntad de las mayorías, lo que no resulta posible admitir sin quiebra del orden constitucional».

La sentencia sigue los lineamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del caso *Baker vs. Carl* (369 U.S. 186) en el que trata de reducir y dismantelar la doctrina anterior de las *cuestiones políticas no justiciables*, apoyándose en casos anteriores del Alto Tribunal Nacional, que contrariaban el voto de la mayoría en el célebre caso *Cullen c. Llerena* (*Fallos*, 53:420), donde se había adoptado dicho estándar, como cuando intervino en cuestiones internas de un partido político (*Fallos*, 307:1774); o la admisibilidad de un candidato independiente para diputado nacional (*Fallos*, 310:819); o revisó resultados electorales (*Fallos*, 308:1745); o la legalidad de procedimientos para la sanción de las leyes (*Fallos*, 317:335); o la competencia del Senado para determinar la designación de sus miembros (*Fallos*, 321:3236). Los ministros Fayt, Bossert, Belluscio y Petracchi rechazaron la teoría de las cuestiones políticas no justiciables en el ya mencionado caso *Provincia del Chaco* (*Fallos*, 321: 3236) y en *Tomasella Cima, Carlos L.* (*Fallos*, 322:2370), donde se cuestionaba una elección.

La reforma constitucional de 1994 no ha innovado respecto de los requisitos del artículo 48, que siguen siendo el de la edad, el domicilio y la nacionalidad, como se estableció en 1853, siguiendo la línea y las razones debatidas en Filadelfia.

El requisito de la idoneidad del artículo 16, que entendemos también cabe a los miembros del Congreso, debe ser juzgado por el voto del cuerpo electoral, no por las Cámaras al momento de la incorporación, antes y después de 1994.

Respecto de las inhabilitaciones que puedan surgir de aplicar los artículos 36, 38 y 75 inciso 22 de nuestra carta magna y de las normas del Código Penal que la complementan, deben ser juzgadas y aplicadas por los jueces de la Constitución, no por las Cámaras.

La Constitución dice que: «Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez» (artículo 64), lo que significa que los diputados pueden juzgar las elecciones, el diploma y los requisitos constitucionales de quienes se incorporan a ella, pero la impugnación por *inhabilidad moral*, que se configuraría con la referida *sospecha razonable*, solo está prevista en el artículo 66, cuando dice 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 [...]», lo que no es aplicable al caso, ya que Bussi no era todavía *miembro* y la *inhabilidad* que se le atribuía era anterior a su pretendida incorporación.

La validez de las *elecciones, derechos y títulos* es a cargo de la Cámara, pero la valoración de la conducta del elegido es solo del pueblo, y en este ámbito es donde discurre el dictamen de la comisión, el que añade que el no incorporado cuando fue miembro de esta omitió consignar bienes en una declaración jurada de su patrimonio, lo que motivó otra impugnación que la comisión declara probada, aunque no haya tampoco sentencia firme.

Jonathan Mathias Miller ha dicho, y ha dicho bien, que:

[...] existe un análisis judicial muy completo de los antecedentes de la norma tomada por el artículo 64 que no deja ningún espacio para utilizar el artículo 64 para juzgar la idoneidad de un diputado electo, sea por un análisis *laico* de su moralidad o sea por cualquier otro análisis de idoneidad.

[...] Obviamente, la necesidad de efectuar una interpretación textual e histórica del artículo 64 a favor de Bussi, está fortalecida aún más por el hecho reconocido por el informe que «este es el primer caso en la historia del parlamentarismo argentino donde se juzga la validez moral política de un diploma de diputado nacional surgido del voto popular y con plena legitimidad de origen». Cuando 147 años de práctica constitucional argentina jamás han permitido el cuestionamiento de un diploma por motivos ajenos a su validez, cuando más de 200 años de práctica estadounidense indican lo mismo, y cuando la letra del texto constitucional está clara y los debates estadounidenses que dieron lugar al texto original también abogan contra un análisis *moral-político*, es difícil ver mucho espacio para debatir el tema en términos legales.

El primer antecedente de exclusión que encontramos, según se relata en el fallo de Clayton Powell, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos el 16 de junio de 1969, fue en la Cámara de los Comunes inglesa en 1553 y se refiere a Alex Nowell, que «siendo clérigo de Westminster, y por lo tanto teniendo voz en la Cámara de Convocación, no puede ser un miembro de esta Cámara» lo que era compatible con la tradición de que los clérigos que participaban de sus propias asambleas o convocatorias representativas no eran aptos para ser miembros de la Cámara de los Comunes. Se consideraba a esto una *incapacidad permanente*. Se trataba de un requisito de admisibilidad, como el establecido en el artículo 73 de nuestra Constitución, que excluye del Congreso a los eclesiásticos regulares.

Los restantes antecedentes ingleses de los siglos XVI y XVII son todos casos de expulsión, aunque algunas se referían a conductas ilícitas no incluidas dentro de las incapacidades permanentes que existían entonces.

La Cámara de los Comunes expulsó en 1712 a Robert Walpole por recibir sobornos por contratos relacionados con «incursiones de las tropas», fue encarcelado en la Torre de Londres y dos meses después fue reelegido, lo que hizo que la Cámara resolviera «que Robert Walpole habiendo sido, en esta Sesión del Parlamento, encarcelado en la Torre de Londres, y expulsado de esta Cámara [...] no puede ser elegido como miembro para prestar servicios en este Parlamento». Una segunda elección fue ordenada y Walpole no fue reelegido. Como mínimo se realizaron dos exclusiones similares después de una expulsión inicial en las colonias americanas durante la primera mitad del siglo XVIII.

En 1763, John Wilkes, siendo miembro del Parlamento inglés, publicó un ataque contra un reciente tratado de paz con Francia, calificándolo de producto del soborno y condenando a los ministros de la Corona por ser «los instrumentos del despotismo y la corrupción». Ello le valió el arresto y, antes del juicio, fue expulsado de la Cámara de los Comunes por publicar «una calumnia falsa, escandalosa y sediciosa». Wilkes huyó a Francia y fue condenado al exilio. Regresó en 1768 y fue elegido para el Parlamento posterior al que lo había expulsado y se entregó al Tribunal Supremo de Justicia, el que lo condenó por sedición, a 22 meses de prisión. El nuevo Parlamento lo declaró no apto y lo expulsó de la Cámara. Aunque Wilkes fue reelegido para ocupar el cargo vacante en tres oportunidades, cada vez el mismo Parlamento lo declaró no apto negándole el cargo. Wilkes fue liberado de prisión en 1770 y fue nuevamente electo para el Parlamento en 1774. Durante varios años luchó infructuosamente para quitar del registro las resoluciones que lo expulsaban y lo declaraban no apto para la reelección, hasta que en 1782 la Cámara votó por la omisión de esas resoluciones ya que eran «subversivas de los derechos del cuerpo total de electores de este reino». Los colonos en América identificaban su causa con la de Wilkes, considerándolo héroe popular y mártir en la lucha por la libertad. Le pusieron su nombre a pueblos, ciudades y niños.

La Convención de Filadelfia estableció los tres requisitos para ser miembro del Congreso: edad, ciudadanía y domicilio. James Madison, en la sesión del 10 de agosto de 1787, instó al rechazo de otros requisitos respecto de los bienes que debían tener los representantes y afirmó: «Las aptitudes fundadas en distinciones artificiales pueden ser elaboradas por los más fuertes con el fin de excluir a los partidarios de una facción (más débil)». Respecto a las facultades del Parlamento británico de regular las aptitudes tanto para electores como para elegidos, señaló que «el abuso que había hecho de él era una lección que debía tomarse en cuenta. En ambos casos subordinaron los cambios a sus propias opiniones, o a las opiniones de los partidos políticos o religiosos». Sobre la base de estos argumentos, la Convención aprobó la disposición de que cada Cámara había de ser «el juez de [...] las aptitudes de sus propios miembros».

Madison argumentó también que «el derecho de expulsión [...] era demasiado importante para ser ejercido por una simple mayoría de quórum; y en casos de emergencia se podría abusar peligrosamente de alguna facción», por lo que mocionó para que se agregara: «con la concurrencia de dos tercios», lo que fue aprobado.

Alexander Hamilton, en los debates posteriores a la Convención, cuando se acusaba a los federalistas de querer favorecer a las personas adineradas y de buena familia, dijo que: «Las aptitudes de las personas que pueden elegir y ser elegidas, como se ha señalado en otras ocasiones, se definen y establecen en el Constitución, y no pueden ser alteradas por la Legislatura». Ante la Convención de Nueva York dijo:

El verdadero principio de la república es que el pueblo debería elegir a quienes quiere que lo gobiernen. La representación es imperfecta si se toma en cuenta el

favoritismo popular. Esta gran fuente de gobierno libre y de elección popular, debería ser perfectamente pura, permitiendo la mayor libertad posible.

En 1807, la Cámara de Representantes en Estados Unidos aceptó la incorporación del representante William McCreery, que no cumplía con los requisitos adicionales de residencia impuestos por el estado de Maryland, pero la Cámara votó la incorporación en atención a que la Comisión de Elecciones dictaminó que:

[...] ni las legislaturas federal o estatales tienen la facultad de agregar aptitudes ni de modificarlas. El Congreso, de acuerdo con la Constitución federal, no está autorizado a prescribir las aptitudes de sus propios miembros, pero tiene la facultad de juzgar las mismas; sin embargo, al hacer esto, deben regirse por las normas de la Constitución federal, y solamente por ellas.

El Senado, en el caso del electo Benjamín Stark, se encontró ante credenciales perfectas, presentadas por una persona a la que se acusaba de haber prestado ayuda efectiva al enemigo. Algunos sostuvieron que debía impedirse la incorporación, aunque el electo cumpliera los requisitos de edad, ciudadanía y residencia, porque el Senado, como juez de las elecciones, escrutinios y calificaciones de sus propios miembros, tenía facultades inherentes para adoptar las medidas tendientes a su protección, pero en definitiva se resolvió admitirlo [...].

En 1793 y 1853 el Congreso declaró en términos generales que los autores de ciertos delitos estarían descalificados para desempeñar puestos honorarios o remunerados de Estados Unidos, pero hay dudas acerca de si esa disposición se dictó con la intención de hacerla aplicable a los legisladores. [...] La ley del 2 de julio de 1862 dispuso que todos los funcionarios deberían prestar juramento de no haber tomado las armas contra Estados Unidos o participado de otra manera en los actos hostiles realizados contra la nación. [...]

En 1868, la Cámara de Representantes excluyó por primera vez en su historia a un miembro electo y el Senado hizo lo propio, *«por ayuda y apoyo a la Confederación»*, durante la guerra de secesión, en aplicación de la ley de 1862.

Al terminar la guerra civil se aprobó la enmienda constitucional XIV, cuya sección 3.^a determinó que quedarían inhabilitados absolutamente, incluso para el desempeño de los cargos de senador y representante, quienes, habiendo jurado previamente la Constitución como miembros del Congreso, como funcionarios de Estados Unidos, como miembros de Legislaturas locales o como funcionarios ejecutivos o judiciales de cualquier estado, se hubieran comprometido en insurrección o rebelión contra Estados Unidos o hubieran ayudado o facilitado la acción de sus enemigos.

En 1890 hizo lo propio con un representante por pertenecer a la confesión de los mormones y ser *«convicto y confeso de poligamia»*. El Senado, en cambio, en un caso posterior y ante un elegido también mormón y que practicaba la poligamia rehusó establecer calificaciones no enumeradas en la Constitución. En 1919, la Cámara de Representantes negó la incorporación a otro acusado de haber apoyado al enemigo y de haber publicado expresiones hostiles al gobierno.

En 1942, el Senado rechazó la recomendación de su comisión de que no ocupara la banca el senador electo William Langer, de Dakota del Norte. Este había sido procurador estadual entre 1914 y 1916, y luego procurador general entre 1916

y 1920 en Dakota del Norte, asumió como gobernador en 1933, y en 1934 fue acusado de conspiración por interferir con la aplicación de la legislación federal solicitando ilegalmente contribuciones políticas de los empleados federales. Se inició entonces un juicio en la Corte Suprema para removerlo de su cargo. Cuando parecía inminente que el tribunal ordenaría su expulsión, firmó la declaración de independencia, invocó la ley del estado, y abandonó su cargo en julio de 1934. En 1937 fue nuevamente elegido gobernador y más tarde senador de los Estados Unidos. Luego de jurar en ese cargo una comisión de ese cuerpo dictaminó en 1941 que Langer no ocupara su banca al estudiar las acusaciones de malversación de fondos públicos, de haber interferido en el proceso judicial afectando la dignidad del Congreso y de falta de ética profesional como abogado. El plenario lo rechazó el 27 de marzo de 1942, luego de un año de debates y aceptó la banca de Langer. El senador Murdock, de Utah, que hizo su exitosa defensa, dijo que «cuando juzgamos una cosa se supone que las reglas están establecidas; la ley está para ser aplicada a los hechos» y que al haber establecido la Constitución en forma negativa que «ninguna persona podrá ser senador [...]», ello no debe interpretarse como «meras restricciones o prohibiciones al Estado», ya que «Madison —en la Convención— sabía que las calificaciones debían estar contenidas en la Constitución y no libradas al capricho de la Legislatura».

Adam Claynton Powell, Jr., que fuera reelegido representante de Nueva York en 1966, después de haber estado varios períodos en la Cámara de Representantes, fue excluido de esta, ya que «se había valido de un privilegio injustificado de inmunidad con respecto al proceso judicial de Nueva York, había hecho un uso incorrecto de fondos de la Cámara para beneficio de terceros y de sí mismo y había efectuado falsos informes con respecto a los gastos de divisas». (Powell, presidente de la Comisión de Educación y Trabajo, y algunos empleados habían engañado a las autoridades de la Cámara en materia de gastos por viáticos). Powell planteó junto a 13 electores una demanda por esta causa, en la que también pedía los salarios de que había sido privado, en el Tribunal de Distrito. La demanda fue rechazada por «falta de jurisdicción en razón de la materia». La Cámara confirmó con base en otros fundamentos y, mientras se tramitaba la causa, Powell fue elegido nuevamente para el 91.º Congreso, e incorporado esta vez a la Cámara con una multa de US\$ 25000 y sin reconocérsele la antigüedad.

Llegado el caso a la Corte Suprema, esta se expidió con voto del presidente Warren, el 16 de junio de 1969, diciendo que el caso era justiciable y no involucraba una cuestión política no justiciable, y que:

la Cámara de Representantes no estaba facultada para excluir de sus miembros a las personas debidamente elegidas por sus electores y que reunían los requisitos en materia de edad, ciudadanía y residencia especificados en la Constitución y el demandado tenía derecho de una sentencia declaratoria que expresara que había sido ilegalmente excluido del 90.º Congreso.

Respecto al caso Bussi tenemos que decir que se trataba de un «turbio personaje», como bien lo calificó en *Clarín* Armando Vidal: «un militar dictador, responsable de crímenes horrendos», un represor que fue copartícipe del golpe de estado de 1976 y del gobierno militar de facto que duró hasta 1983, que se benefició con las leyes de *punto final* y *obediencia debida* dictadas por el Congreso de la Nación y que devino en político en Tucumán, alentado por el fracaso de políticos de esa provincia, que le abrieron el camino para ser diputado nacional en 1993, oportunidad en la que mintió en su declaración jurada de bienes, luego gobernador y más tarde nuevamente fue elegido diputado de la Nación el 24 de octubre de 1999. Pero ello no justifica que una mayoría de la Cámara de Diputados, al no haberlo incorporado, no respete la voluntad popular y a nuestra ley fundamental, y se coloque en el mismo bando que los antidemocráticos, que todos quisiéramos ver fuera del Congreso, pero no por un acto arbitrario, sino porque el pueblo les niegue el voto o por estar condenados a prisión e inhabilitación para ejercer esos cargos, por los jueces de la Constitución.

11.2. El caso Patti

Luis Abelardo Patti fue elegido diputado en la provincia de Buenos Aires con casi 400000 votos, pero en la sesión preparatoria de noviembre de 2005 la Cámara de Diputados votó el envío de su diploma a comisión, y le impidió jurar e la incorporarse al cuerpo. A Patti se lo sindicó como torturador, cuando fue comisario de la policía de la provincia de Buenos Aires en Escobar, ciudad en la que fue, más tarde, elegido intendente municipal, sin que hubiera sentencia que lo condenara. Esta situación puso, nuevamente, en debate el tema de los requisitos de admisión de los congresistas votados por el pueblo, y si es el electorado o la Cámara quien debe juzgar su idoneidad.

La mayoría de los diputados, al impedir el juramento de Patti por 212 votos contra 17 (entre negativas y abstenciones) olvidó lo que dispone la Constitución en el artículo 48, y el reglamento de la Cámara, que en el artículo 3.º, inciso 1.º, dispone:

En la negación de alguna de las calidades exigidas por el artículo 48 de la Constitución nacional. Cuando la impugnación demostrare, *prima facie*, la falta de uno de los requisitos constitucionales, el impugnado no podrá prestar juramento, reservándose su diploma para ser juzgado en las sesiones ordinarias. Si se considerare necesaria una investigación, el impugnado se incorporará en las condiciones indicadas en el inciso siguiente.

Así también, los diputados olvidaron los antecedentes jurisprudenciales del caso Bussi, de que un diputado electo no debe jurar sólo cuando las impugnaciones planteadas demuestren, *prima facie*, la falta de alguno de los requisitos de edad, residencia o nacionalidad exigida por el artículo 48 de la ley fundamental. Si antes de ser elegido fue torturador o cometió algún otro delito, por repugnante que sean, sólo

el pueblo, al momento de votar, y no sus pares, es quien debe juzgar su idoneidad para ser legislador y cumplir así con el artículo 16 de nuestra Carta Fundamental. Me repugnan la tortura y los torturadores, pero la voluntad popular y la Constitución deben respetarse.

Patti interpuso acción de amparo en contra de esa decisión tomada por la Cámara de Diputados el 23 de mayo de 2006 y en primera instancia la jueza María Romilda Servini de Cubría le rechazó la demanda. Recurrió dicha sentencia a la Cámara Nacional Electoral y esta le hizo lugar a la apelación, y la revocó, mediante sentencia n.º 3741, del 14 de setiembre de 2006. Esta a su vez fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde todavía no ha obtenido resolución definitiva. La Cámara dijo, en su decisión, que:

[...] habiéndose llevado a cabo en la etapa correspondiente de registro de candidatos y oficialización de lista el procedimiento legal tendiente a constatar los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se postuló el actor —sin que a su candidatura, por otra parte, ninguna agrupación política hubiera efectuado oposición alguna— y al haber resultado elegido en los comicios correspondientes —esto es, verificada la imputación de la representación— se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fue investido por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, pues los extremos que dan sustento a la impugnación formulada no revisten tampoco el carácter de «cuestiones sobrevinientes».

12. Sanciones de la Cámara a ciudadanos

La Cámara de Diputados sancionó al redactor del periódico *Don Quijote*, Eduardo Sojo, por un dibujo publicado el 4 de setiembre de 1887, por lo que este interpuso un hábeas corpus que resolvió la Corte Suprema de Justicia en un célebre caso, donde consagró el control de supremacía de la Constitución (*Fallos*, 32: 120).

13. Competencias exclusivas

El artículo 52 dispone que: «A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas». Y el artículo 53, según el texto ordenado de 1994, que:

Sólo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al Jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.

La redacción de este dispositivo en la Constitución de 1853 (artículo 41.º) disponía que los acusados eran:

[...] el presidente y vicepresidente de la Confederación y a sus ministros, a los miembros de ambas Cámaras, a los de la Corte Suprema de Justicia, a los gobernadores de provincia, por delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, violación de la Constitución, u otros que merezcan pena infamante o de muerte; después de haber conocido de ellos, a petición de parte, o de alguno de sus miembros, [...]

En la reforma de 1860 este artículo pasó a ser el 45, y el texto referido fue sustituido por otro que decía:

[...] el presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes [...].

En la reforma de 1949 se suprimió lo de «demás tribunales inferiores de la Nación».

En nuestro país a ningún presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, ni ministro del Poder Ejecutivo, la Cámara de Diputados le formó causa para acusarlo ante el Senado, por el procedimiento del juicio político. Los acusados fueron siempre jueces.

En la Constitución de los Estados Unidos, la Cámara de Representantes tiene exclusivamente la facultad de iniciar causas por delitos oficiales (*Power of impeachment*) (artículo I, sección II, 5):

Solo al Senado incumbe la facultad de juzgar por responsabilidades oficiales (*to try all impeachments*), y cuando se reuniere con este objeto, los senadores prestarán un juramento o promesa. Si se tratare de juzgar al presidente de los Estados Unidos, presidirá el Senado el presidente de la Suprema Corte, y nadie será condenado sino por el voto de dos terceras partes de los miembros presentes. [...] la sentencia condenatoria no podrá exceder de la destitución del empleo o inhabilitación para poder obtener y desempeñar cargo alguno honorífico, concejil o lucrativo de la Federación, pero la parte convicta quedará, no obstante, sujeta a ser acusada, juzgada, sentenciada y castigada con arreglo a derecho (artículo I, sección III, 6 y 7).

En el país del norte fueron acusados los presidentes Andrew Johnson en 1868 y, recientemente, William *Bill* Jefferson Clinton, pero las acusaciones fueron rechazadas por el Senado. También lo fue Richard Nixon, pero este renunció a su cargo el 9 de agosto de 1974, antes de que votara el Senado.

En la reforma de 1994 se agregaron los artículos 39 y 40. El artículo 39 expresa:

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

El artículo 40 dice:

El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

14. Autoridades, secretarios, comisiones y bloques

Desde 1854, las autoridades de la Cámara de Diputados son el presidente y el vicepresidente. El primer presidente fue el diputado de Salta, José Benito Graña, elegido por unanimidad en la primera sesión preparatoria de la Cámara, celebrada el 17 de octubre de 1854 en Paraná; además, fue elegido secretario el diputado por Catamarca, Manuel José Navarro, quien fue luego presidente de este cuerpo durante los años 1854 y 1855. El primer vicepresidente durante el año 1854 fue Juan Francisco Seguí, diputado por Santa Fe, que había sido constituyente nacional en 1853 y volvió a serlo en 1860. Desde el año 1855 a Graña lo acompañó como vicepresidente primero Luciano Torrent, de Corrientes, que también fue constituyente en 1853 y luego lo fue en 1860, y vicepresidente segundo Uladislao Frías de Tucumán, que fue constituyente en 1860. Actualmente hay también un vicepresidente tercero. En los últimos años, el presidente de la Cámara fue, salvo algunas breves excepciones, un diputado de la provincia de Buenos Aires, perteneciente al partido del presidente de la Nación, como ocurrió con Juan Carlos Pugliese, Alberto Pierri, Eduardo Camaño y Alberto Balestrini. Hasta ahora nunca se eligió una mujer para presidir la Cámara, aunque hubo vicepresidentas, como lo es ahora vicepresidenta primera Patricia Vaca Narvaja.

La Cámara de Representantes de los Estados Unidos está presidida por el *Speaker*, al igual que la Cámara de los Comunes del Parlamento inglés. En Italia, la Cámara de Diputados tiene un presidente, cuatro vicepresidentes, tres cuestores y ocho secretarios (artículos 4.º y 5.º del reglamento).

Mientras el Congreso tuvo por sede la ciudad de Paraná, el primer secretario de la Cámara fue Felipe Contreras, entre el 19 de octubre de 1854 y setiembre de 1855. Benjamín de Igarzábal lo fue entre el 10 de mayo de 1856 y el 12 de diciembre de 1861. Cuando se instaló el Congreso en Buenos Aires el primer secretario fue Ramón B. Muñiz, desde el 24 de mayo de 1862. Actualmente el cuerpo tiene un secretario parlamentario, uno administrativo y otro de coordinación operativa.

El cuerpo tiene 45 comisiones de asesoramiento permanente, además de la de Labor Parlamentaria —compuesta por el presidente de la Cámara, que la preside, los vicepresidentes y los presidentes de bloques o quienes los reemplacen (artículo 59

del reglamento)—, las especiales, investigadoras, bicamerales o mixtas, e interparlamentarias. La Cámara de Diputados en Italia tiene solo 14 comisiones permanentes (artículo 22 del reglamento). Ningún diputado podrá formar parte de más de una comisión (artículo 19.3 del reglamento).

Los grupos de tres o más diputados podrán organizarse en bloques de acuerdo con sus afinidades políticas. Cuando un partido político existente con anterioridad a la elección de diputados tenga sólo uno o dos diputados en la Cámara, podrán ellos asimismo actuar como bloque (artículo 55 de reglamento).

Siempre se recuerda por su actuación el famoso bloque de 44 diputados de la Unión Cívica Radical opositor al primer gobierno del presidente Juan Domingo Perón. Para debilitar este bloque y reducirlo en número, se cambió entonces el sistema electoral.

En la Cámara de Diputados italiana se requiere un mínimo de veinte diputados para constituir un grupo parlamentario (artículo 14.1 del reglamento), pero

podrá la Mesa autorizar la constitución de un grupo con menos de veinte inscriptos con tal que aquel represente a un partido organizado en el país que haya presentado con el mismo distintivo en un mínimo de veinte distritos listas propias de candidatos y que este hubiera obtenido por lo menos un cociente en un distrito y una cifra electoral de tescientos mil votos válidos de lista como mínimo (artículo 14.2 del reglamento).

Los diputados que no se hayan declarado de ningún grupo constituirán un grupo mixto único (artículo 14.4 del reglamento).

15. Prestigio de la Cámara y de los diputados

La Cámara tuvo en su seno a diputados que por, su prestigio, por su peso político o intelectual, por su trayectoria o los altos cargos que ocuparon —antes o después de estar en las bancas— o por el tiempo que permanecieron en ellas, merecen ser recordados, como aquellos que fueron constituyentes en 1853: José Benjamín Gorostiaga, Juan del Campillo, Juan Francisco Seguí y Luciano Torrent. Estos mismos, excepción hecha de Del Campillo, también integraron la Convención Constituyente de 1860. Otros que llegaron a ser presidentes de la República, como Domingo Faustino Sarmiento, Luis Sáenz Peña —que también presidió la Corte Suprema—, Manuel Quintana, Roque Sáenz Peña, Marcelo T. de Alvear, Roberto Ortiz, Arturo Frondizi, Héctor J. Cámpora, Raúl Ricardo Alfonsín, Fernando de la Rúa, Eduardo Duhalde y Adolfo Rodríguez Saá (estos dos últimos elegidos presidentes por la Asamblea Legislativa); o vicepresidentes de la Nación como Juan Esteban Pedernera, Adolfo Alsina, Mariano Acosta, Eduardo Madero, Carlos Pellegrini, José Evaristo Uriburu, Norberto Quirno Costa, Victorino de la Plaza, Elpidio González, Enrique Martínez, Julio A. Roca (hijo), Carlos Perette, Eduardo Duhalde y Carlos *Chacho* Álvarez. Hubo, también, ministros de la Corte que fueron diputados nacionales, como fue el caso de Salustiano Zavalía, Antonio Bermejo —que llegó a presidir el alto

tribunal—, Ricardo Guido Lavalle, Julián V. Pera —designado sin acuerdo del Senado por el presidente de facto José Félix Uriburu—, Luis Linares, Juan B. Terán y actualmente lo es Juan Carlos Maqueda.

Honraron, también, a este cuerpo, Henoch D. Aguiar, José Aguirre Cámara, Juan Bautista Alberdi, Leandro N. Alem, Oscar Alende, Raúl Baglini, Ricardo Balbín, Jerónimo del Barco, Arturo M. Bas, Enzo Bordabehere, Mario Bravo, Salvador Busacca, José Luis Busaniche, Juan F. Cafferata, Antonio Cafiero, Alejandro Carbó, Ramón J. Cárcano, Horacio Domingorena, Luis María Drago, José Manuel Estrada, Félix Frías, Héctor Gómez Machado, Joaquín V. González, Juan A. González Calderón, Pedro Goyena, Bernardo de Irigoyen, César Jaroslavsky, Gabriel del Mazo, Emilio Mitre, Luciano F. Molinas, Enrique M. Mosca, Alfredo L. Palacios, Federico Pinedo, Manuel D. Pizarro, Néstor Pizarro, Carlos Pizarro Crespo, Teodosio Pizarro, Emilio Ravignani, Agustín Rodríguez Araya, Ernesto Sanmartino, Matías G. Sánchez Sorondo, Carlos Sánchez Viamonte, Antonio Santamarina, Antonio Sobral, Guillermo Rawson, José Pascual Tamborini, Carlos Tejedor, Antonio De Tomaso, Benito Villanueva y Antonio del Viso, entre otros.

Por su larga permanencia en la banca vale recordar a los diputados Marco Avellaneda, Jerónimo del Barco, Eliseo Cantón, Julio J. Dantas, Enrique Dickmann, Adrián C. Escobar, Sabá Z. Hernández, Lucio V. Mansilla, Manuel Augusto Monte de Oca, José Miguel Olmedo, Nicolás Repetto, Alfredo Rodríguez, Antonio Santamarina, Antonio de Tomaso, Rufino Varela Ortiz, Mariano de Vedia, Rogelio J. Solís, Lorenzo Pepe, Alberto Natale, María Cristina Guzmán. Estuvieron mucho tiempo en la banca de Diputados y del Senado, alternativamente, Juan R. Vidal, que estuvo más tiempo en el Senado, y Oscar Lamberto, que lo hizo más tiempo en la Cámara baja.

16. Conclusión

Si comparamos la Cámara de Diputados con el Senado, aquella se caracteriza porque:

1. Es más numerosa.
2. Representa al pueblo de la Nación, a través de la elección de los diputados por los distritos, de acuerdo y en proporción al número de habitantes que tienen estos, lo que varía después de cada censo de población que debe hacerse cada diez años, aunque ello esté hoy distorsionado (artículos 45 y 47).
3. Está integrada por personas que pueden tener menor edad (artículo 48).
4. No se exige a sus integrantes tener un ingreso mínimo para pertenecer a ella (artículo 48).
5. Tiene mandatos más cortos, de solo cuatro años (artículo 50).

6. Receta los proyectos de ley que tienen iniciativa popular (artículo 39).
7. Tiene iniciativa en las leyes que se aprueban por consulta popular vinculante (artículo 40).
8. Tiene la iniciativa en materia de contribuciones y reclutamiento de tropas (artículo 52).
9. Aprueba la formación de causas y acusa ante el Senado a los funcionarios que constitucionalmente puede ser sometidos a juicio político (artículo 53).
10. Designa de entre sus miembros a su presidente y demás autoridades.
11. En su recinto se reúne la Asamblea Legislativa. Aunque la Constitución de 1853 decía en el inciso 11 del artículo 83 que el presidente de las Confederación: «Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras en la Sala del Senado, [...]», esto último fue suprimido en la reforma de 1994 (artículo 99, inciso 8), como lo había sido en la reforma de 1949 (artículo 83, inciso 11). A pesar de esta disposición, la primera sesión de la Asamblea Legislativa tuvo lugar en la iglesia matriz de la ciudad de Paraná el 22 de octubre de 1854.
12. Tiene 45 comisiones permanentes, una cantidad muy superior a las que tiene hoy el Senado: 24.

A modo de colofón, conviene remontarse a los orígenes de este cuerpo para recordar su significación institucional, que al decir de Joseph Story:

No fue necesario ningún razonamiento para probar a los pueblos de América las ventajas de una Cámara de Representantes emanada directamente de ellos, que velase por sus intereses, sostuviera sus derechos, expresara su opinión e hiciera conocer sus necesidades y reparar las injusticias; que introdujera, en fin, la influencia popular en todos los actos del gobierno. La experiencia, lo mismo que la teoría, les habían enseñado como un principio de todo gobierno libre, y sobre todo, de un gobierno republicano, que ninguna ley debía hacerse sin la cooperación y el consentimiento de los representantes del pueblo, y que los representantes debían ser elegidos por el pueblo, sin la intervención de ningún funcionario que pudiese debilitar su responsabilidad o modificarla.¹⁷

Estas razones, tantas veces desvirtuadas en los últimos tiempos, son las que justificaron la existencia de nuestra Cámara de Diputados, su trayectoria honorable, la reapertura de su recinto cada vez que fuera silenciado por la barbarie, y la esperanza siempre viva de un pueblo que sueña vivir en una democracia constitucional vigorosa, que respete su libertad y sus anhelos de justicia.

¹⁷ Joseph Story, *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, volumen 6, México: Oxford University Press México, 1999, p. 43.

Guillermo Carlos Schinelli*

El reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación

1. El reglamento. Generalidades

«Cada Cámara hará su reglamento [...]», estatuye el artículo 66 de la Constitución nacional. En virtud de este derecho-deber consagrado por la carta magna, la Cámara de Diputados de la Nación sancionó la norma jurídica básica relativa a sus procedimientos y estructura.

El reglamento¹ vigente es consecuencia del texto actualizado elaborado mediante resolución R.P. 2019/96, del 26 de diciembre de 1996, de la Presidencia de la Cámara, a raíz de la reforma dispuesta por una resolución de esta, del 4 de diciembre de 1996, y de sus posteriores modificaciones parciales.² Se le atribuye un lejano origen en los aportes de Jeremías Bentham, que fueran presuntamente

* Profesor protitular ordinario de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires». Prestó servicios en dependencias técnicas y profesionales de la Cámara de Diputados de la Nación. Autor de distintas publicaciones y artículos sobre derecho constitucional, focalizándose especialmente en el derecho parlamentario.

¹ Por razones prácticas, en este artículo se denomina como «reglamento» al de la Cámara de Diputados. Salvo excepciones específicas, los artículos mencionados con un número pertenecen a ese reglamento.

² En los diez años posteriores se sancionaron veintidós resoluciones que reformaron el reglamento (algunas de ellas, en más de un artículo), lo cual revela una peligrosa (y recientemente incrementada) tendencia hacia la inestabilidad. Este trabajo fue elaborado sobre la base del reglamento existente al 30 de septiembre de 2006, según el texto que informó el sitio web oficial de la Cámara.

utilizados con cierto fundamento para el reglamento aprobado por la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires en 1822.

El reglamento no es, en sí, más que una resolución³ de la Cámara de Diputados, quizás la más importante. Por esto último, y evidentemente con el afán de concretar una más reflexiva decisión, para que la Cámara proceda a su reforma (que debe efectuarse también por otra resolución), se establece, además del trámite ordinario, un procedimiento dificultado, a tenor del cual ninguna de las disposiciones del reglamento puede ser alterada o derogada por una resolución sobre tablas, no pudiendo además ser considerado el proyecto de reforma en la misma sesión en que hubiere sido presentado (artículo 227).

Es competente (en principio) para dictaminar en los proyectos de reforma, la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento (artículo 89). En los casos de enmienda, deberán tenerse presentes todas las resoluciones que la Cámara haya expedido sobre puntos de disciplina y de forma (artículo 224).

Al presidente de la Cámara le compete hacer observar el reglamento (artículo 39, inciso 14), debiéndolo cumplir todos los diputados, quienes tienen el derecho de reclamar a la Presidencia su observancia si juzgan que es contravenido (artículo 222). En última instancia, la cuestión debe ser resuelta por la Cámara (artículo 223), consagrada como intérprete necesario (artículo 228). La interpretación concreta que en cada caso realice la Cámara constituye un precedente parlamentario, que podrá tener *a posteriori* un valor análogo al de la jurisprudencia judicial.

La existencia de la norma que estudiamos no obsta a que la Cámara, sus autoridades y sus comisiones emitan otras reglamentaciones de ulterior detalle. Por ejemplo, la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento dicta el procedimiento de juzgamiento, en lo que respecta a las impugnaciones de los títulos de los diputados (artículo 7); o la Comisión de Juicio Político, con relación al procedimiento a seguir en las causas sometidas a su dictamen (artículo 90).

Pasaremos a resumir y analizar los contenidos básicos del reglamento, agrupándolos en grandes rubros. Por la índole de la obra en que este capítulo se inserta (y también por cuestiones de brevedad), no haremos en principio referencias a cuestiones constitucionales de fondo, que el lector podrá profundizar en otras partes de este libro.⁴

³ Sobre qué es una resolución véase *infra* n.º 11.

⁴ Algunos trabajos anteriores del autor de este artículo pueden ayudar a profundizar este resumen desde el punto de vista constitucional y reglamentario. Se trata de *Breve comentario del reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación*, editado por la Secretaría Parlamentaria de la Cámara, Imprenta del Congreso de la Nación, 1983, 1985 y 1992, y su posterior actualización, *Breve comentario del reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación (según su texto vigente en 2004)*, de igual origen y pie de imprenta, pero emitido en el año indicado en su título. Asimismo, también del autor, *Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación comentado*, de similares características de edición y del año 1996, actualmente agotado, pero disponible en texto completo en la sección correspondiente

2. Incorporación de los diputados. Impugnaciones

Los diputados se *incorporan* como tales a la Cámara durante la *sesión preparatoria* del año que corresponda a los períodos normales de renovación de la Cámara. En caso de cobertura de una vacante, el reemplazante debe asumir en la primera reunión posterior a la fecha de otorgamiento del diploma (artículo 11).

Las calidades y elecciones aludidas de los legisladores deben ser evaluadas por la Cámara, por cuanto esta es «juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez» (según estipula el controvertido artículo 64 de la Constitución nacional, objeto de análisis en otras partes de este libro). El procedimiento interno a tal efecto es el siguiente.

Las impugnaciones pueden ser presentadas —dentro de ciertos plazos, que determina el artículo 4—, por escrito (artículo 5), sólo por (con lo que se subraya el carácter político del juzgamiento) un diputado en ejercicio o electo, o el órgano ejecutivo máximo nacional o de distrito de un partido político; y, oralmente, durante el debate, por un diputado (artículo 2). Pueden originarse por negación de las calidades exigidas por la Constitución (las que denominamos como *impugnaciones personales*); y por la supuesta existencia de irregularidades en el proceso electoral (*impugnaciones electorales*).

Las primeras deben ser consideradas en la sesión preparatoria, tras la elección de las autoridades provisionales de la Cámara y antes del juramento de los nuevos legisladores. Tras un corto debate, puede ocurrir que (artículo 3, inciso 1) si la Cámara considera *prima facie* la inexistencia de los requisitos personales constitucionales, el impugnado no podrá prestar juramento, y su diploma se discutirá en sesiones ordinarias. También el debate puede demostrar que existe, por lo menos, un título aparente, siendo necesaria una investigación a fondo para comprobar o no la existencia de la causal de impugnación; en tal situación, el diputado se incorporará en las formas previstas para las *impugnaciones electorales*. Con relación a estas, solo se considerarán las presentadas por escrito; los impugnados pueden incorporarse provisionalmente con los mismos caracteres y atribuciones de los diputados en ejercicio (artículo 3, inciso 2).

a la Dirección de Información Parlamentaria (promotora activa de estas publicaciones), en Internet, en la página web <www.hcdn.gov.ar>. También, aunque referido a otro órgano legislativo, de quien esto escribe, *La legislatura de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

Por otra parte, la mayoría de las obras integrales de derecho constitucional argentino contienen comentarios e interpretaciones, aunque sea en términos generales, a la cuestión reglamentaria. Para un análisis especializado, no muy frecuentado en esta materia, véanse entre otros: Jorge H. Gentile, *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997; Alberto Zarza Mensaque, *El Congreso en la Argentina finisecular*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1986; Arturo Pellet Lastra, *El Congreso por dentro. Desde 1930 hasta nuestros días*, Buenos Aires, Sainte Claire Editora, circa 1992; y el clásico de Carlos María Bidegain: *El Congreso de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Depalma, 1950.

La Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento es la competente para entender en las impugnaciones a los diplomas, con amplias facultades. Su dictamen debe ser tratado por la Cámara, en principio, en *sesiones especiales* (artículo 7). La discusión de las *impugnaciones personales* se hará individualmente, y la de las *electorales* por distrito electoral, participando los impugnados en la deliberación, mas no en la votación (artículo 8).

Tras la deliberación en sesión, la Cámara decide sobre la nulidad, o no, del título de la elección (artículo 6), precisándose, en el primer caso, dos tercios de los votos emitidos (artículo 8). De no pronunciarse en tres meses, el título quedará definitivamente saneado (artículo 9).

Al incorporarse, el diputado presta juramento (artículo 67 constitucional) que el reglamento adapta en cuatro fórmulas según las creencias del legislador (artículo 10). Encontrándose todos los diputados de pie, lo toma en voz alta el presidente (artículo 12; en el caso ordinario de renovación de la Cámara, debe hacerlo el presidente provisional, conforme al artículo 2), por orden alfabético de distrito y, según la práctica, agrupando a los legisladores de un mismo distrito de acuerdo con las fórmulas elegidas.

3. Asistencia a las sesiones

Se trata de una de las obligaciones de los diputados (artículos 16, 17 y 26), como lo son también las de incorporarse a la Cámara, prestar juramento, integrarse a las comisiones, participar de la labor de estas, ejercer los cargos parlamentarios para los cuales hayan sido designados, participar de la discusión, emitir el voto, etcétera. A estas obligaciones corresponden derechos (presentar proyectos y mociones, intervenir en los debates, gozar de la dieta, etcétera) y determinados privilegios, de carácter esencialmente colectivo.

El reglamento es detallista en el tratamiento de la asistencia, ya que esta tiene directa relación con el quórum, requisito sin el cual el plenario de la sala cesará de hecho en su actividad. Se exceptúa de esta obligación por:

- a) *Concesión de permisos para desempeñar empleos o comisiones del Poder Ejecutivo* (artículo 72 CN). El reglamento (artículo 21) es demasiado generoso en esta materia. Estos permisos (inclusive los originados en empleos o comisiones otorgados por las provincias) duran por el año legislativo en que fueren otorgados, no podrán ser concedidos con autorización de ejercer simultáneamente funciones legislativas (con excepciones, si esas comisiones hubieran sido encomendadas por la Cámara), son, en principio, sin goce de dieta, y, sentando un precedente probablemente alejado del criterio constitucional, en caso de producirse alguna vacancia transitoria con motivo del permiso, la Cámara podrá disponer la

incorporación del diputado suplente, temporariamente y mientras no se reincorpore el titular;

- b) *Concesión de licencias*, sin goce de dieta (artículo 17), o con posibilidad de percibirla (si se dan ciertos requisitos que regulan los artículos 18 y 19);
- c) *Concesión de licencia por maternidad*, durante determinados plazos (artículo 17).

El legislador que se ausentare sin licencia pierde el derecho a la dieta por el período en que se prolongue su inasistencia (artículo 20). Este mandato concreto, y aparentemente automático, es alterado, en algunos casos morigerado y en otros agravado (artículo 23); es que además de existir la figura de la «ausencia con aviso a la Presidencia», en caso de impedimento accidental, está vigente un sistema de descuento de la parte proporcional de la dieta a los inasistentes, sujeto a varios requisitos, especialmente el de que las ausencias sin permiso hayan sido más de tres en un mes. Otros casos de hipotético (usamos esta palabra pues la aplicación práctica del instituto no nos consta) descuento de dietas se dan respecto de los diputados que se ausentaren, y esta actitud tuviere efectos sobre el quórum (artículos 24, 26 y 178).

El reglamento establece un engorroso sistema para el control de las asistencias y su publicidad (artículos 22, 26, y 48 inciso 1). También, y sin agregar demasiado a lo que determinan las disposiciones constitucionales respectivas, contiene previsiones sobre la aplicación de otras medidas disciplinarias a los inasistentes (artículo 25), y la adopción de medios por la minoría para compeler a la mayoría ausente (artículo 27).

4. Los bloques políticos

En términos bastante generales hace referencia el reglamento a la labor institucional de los partidos políticos dentro de la Cámara, esto es, a los bloques, reconocidos a partir de 1895 en el cuerpo y que se han ido transformado en un elemento aglutinador de las tareas concretas de los parlamentarios.

Podrán constituirse bloques siempre que sus integrantes registren «afinidades políticas» (artículo 55). Este requisito no parece exigir la comprobación formal de afiliaciones político-partidarias comunes: basta la comunión de ideas para habilitar, de acuerdo con la forma que luego analizaremos, a un bloque político.

Ese artículo requiere tres diputados, como mínimo, para la constitución de un bloque. Sin perjuicio de ello, la misma norma es más permisiva: «cuando un partido político existente con anterioridad a la elección de los diputados tenga solo uno o dos diputados en la Cámara, podrán ellos, asimismo, actuar como bloque». La interpretación de esta frase ha sido muy amplia, permitiéndose la existencia de muchos bloques uni o bipersonales, lo que es un obstáculo evidente para la labor eficiente de la sala.

Para constituir un bloque no basta más que una comunicación formal, escrita y firmada por todos sus integrantes, dirigida a la presidencia de la Cámara anoticiando su composición y autoridades (artículo 56; norma que a su vez deja librada a los bloques la elección de sus autoridades y las características y distribución de sus cargos, debiendo al menos existir un presidente, según reza el artículo 58). El artículo 57 contempla, dentro de un bloque, la existencia, además, de un secretario parlamentario y otro legislativo, y de personal de carácter transitorio, que cesa en sus funciones de disolverse aquel.

El principal efecto de la regimentación de los bloques políticos no está consagrado formalmente, pero es obvio: la afinidad política produce una participación efectiva, en los casos concretos, en una misma línea de ideas y, consecuentemente, ello tiende a provocar *actitudes y decisiones orientadas en un mismo sentido* (más precisamente, en las votaciones) por los diputados del mismo sector. A lo expuesto cabe agregar la enumeración de *diversas situaciones reglamentarias concretas*, que ejemplifican la influencia de los bloques y sectores políticos en la actividad de la Cámara; así por ejemplo, la integración personal de las comisiones permanentes o especiales se hará en forma proporcional a los sectores políticos que integran la Cámara (artículo 105); el representante del bloque goza de un derecho especial para usar de la palabra (artículos 137 inciso 4, 153, 158), privilegio que, en materia de tiempo, poseen también los bloques con mayor número de integrantes (artículo 150); la muy importante Comisión de Labor Parlamentaria (CLP) se fundamenta en los bloques (artículo 58).

5. El presidente y los vicepresidentes

Las autoridades políticas de la Cámara están también reguladas en el reglamento.

Regularmente se elige al presidente de la Cámara en la sesión preparatoria, y una vez incorporados los nuevos diputados (esto último, en los años en que corresponda la renovación normal de la Sala; artículos 1 y 2). El presidente es elegido entre los diputados, *a pluralidad de votos* (artículo 2). La votación se practica en forma *nominal* (artículo 190), aunque en la mayoría de los casos existe un consenso político previo.

El presidente dura un año en sus funciones, cargo que, por supuesto, ocupará si dentro de ese plazo no cesare como diputado (artículo 37). En caso de *vacancia temporaria*, por ausencia o impedimento transitorio, lo reemplazarán los vicepresidentes y, de ocurrir el mismo supuesto con estos, corresponderá hacerlo a los presidentes de las comisiones, en el orden en que estas figuran en el reglamento (artículo 38).

Las funciones del presidente son diversas, y en lo sustancial están reguladas por el artículo 39. Algunas tienen que ver con la conducción de las sesiones de la Cámara⁵ (abrir la sesión, conceder el uso de la palabra); otras están relacionadas con las

⁵ En este y en los demás casos pondremos solamente ejemplos.

comisiones (destinarles los asuntos a las que sean competentes, nombrar formalmente a sus integrantes); también tiene funciones representativas (hablar y comunicar en nombre de la Cámara, con su consentimiento; firmar las comunicaciones oficiales), y administrativas (es el jefe inmediato de las secretarías del cuerpo); y asume ciertos roles en el debate (vota en caso de empate y, como cualquier diputado, puede llegar también a tener participación en las discusiones, desde una banca).

La Cámara de Diputados posee asimismo un vicepresidente 1.º, un vicepresidente 2.º y un vicepresidente 3.º designados en las mismas oportunidades y bajo las mismas formas que para el presidente, y que permanecen en el cargo por un tiempo similar al del titular (artículos 1, 2, 37 y 190), aunque su única atribución, como autoridades, sea la de sustituir, por su orden, al presidente, si estuviere impedido o ausente (artículo 38), e integrar —como el presidente— la CLP (artículo 58).

6. Las secretarías y la organización administrativa de la Cámara

También la norma que estamos estudiando hace referencia a lo que acabamos de enumerar, aunque es de señalar que buena parte de las prescripciones que dedica al respecto han sido superadas y modernizadas por otras disposiciones subsidiarias y las prácticas del cuerpo.

La tarea administrativa de la Cámara de Diputados es ejecutada por los secretarios de esta, en la práctica dividida en dos grandes aspectos, el parlamentario y el administrativo, aunque es de destacar que desde hace dos décadas se creó la Secretaría de Coordinación Operativa (artículo 46), de muy imprecisos objetivos.

La Cámara debe nombrar a *tres* secretarios *de fuera de su seno*, mediante una *elección* que también se practicará a *pluralidad de votos* y en forma *nominal* (artículo 190). No es requisito indispensable que la elección se realice en la sesión preparatoria. En esta elección la Cámara debe tener presente, además, la pertenencia política de los candidatos (los secretarios parlamentario y administrativo corresponderán al sector político con mayor cantidad de integrantes, y el de coordinación operativa a aquel que siga en orden de importancia numérica; artículo 43).

Incorporados tras prestar juramento (artículo 44), los secretarios tienen un asiento fijo en el recinto, en el *rostrum* de este y a los costados del presidente, su jefe inmediato (artículo 43). En caso de *vacancia temporaria*, su cargo será momentáneamente cubierto por los prosecretarios, quienes deben auxiliarlos en forma permanente (artículo 53). Los tres prosecretarios son también elegidos entre personas que no sean diputados, a pluralidad de sufragios y en votación nominal.

La Cámara de Diputados posee además una compleja organización burocrática. Esa realidad excede los términos del reglamento, el que, empero, contiene algunas previsiones básicas. Además de los servicios propios, la Cámara utiliza aquellos emergentes de organizaciones complejas o bicamerales, comunes a ambas salas del Parlamento, creados por leyes o resoluciones conjuntas, tales como la Imprenta del

Congreso de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación y la Biblioteca del Congreso de la Nación.

Empecemos mencionando a los funcionarios y empleados de la Cámara, que *sirven a la Secretaría* y dependen inmediatamente de ella, pero sus *funciones son determinadas por el presidente* (artículo 211), quien los designa (artículo 39, inciso 12; norma que contiene previsiones particulares sobre los nombramientos), a propuesta de un secretario (artículo 51, inciso 2). Los funcionarios pueden ser removidos exclusivamente por el presidente, pero solo cuando así proceda legalmente (artículo 39, inciso 12); al ser empleados públicos gozan de la estabilidad del artículo 14 *bis* constitucional, refirmada por el estatuto y escalafón específico regulado por la ley 24600. Cierta personal posee regímenes especiales, como el de los bloques (como antes referimos), los taquígrafos (cuyas obligaciones en punto a la calidad de sus servicios están particularmente reguladas por los artículos 33; 48, inciso 5; 50, inciso 2; y 54, y por la ley 915, y cuyo ingreso se produce por *concurso* y sus promociones se efectúan por ascensos dentro de un *escalafón cerrado*) y los funcionarios de la Oficina (hoy Dirección) de Información Parlamentaria (creada por una decisión de la Cámara de Diputados del 30 de diciembre de 1913, y reglada por los artículos 213 a 215, con parecidas condiciones de ingreso y promoción —también complementadas por una resolución de la Cámara del 13 de diciembre de 1946— que las de los taquígrafos, y que atiende servicios no solo requeridos por la Cámara, sino también por el Senado Nacional y otras dependencias públicas y particulares). Las demás dependencias mencionadas en el reglamento son la Contaduría (artículo 22), el Archivo General y el Archivo Secreto (artículo 51, inciso 1) y la Dirección de Informática (artículo 114 *bis*).

Esta organización se basa en un presupuesto, que si bien se concreta en la norma general anual respectiva, se elabora de acuerdo con un sistema interno progresivo, con participación de los secretarios y el presidente (artículos 39, inciso 11; 45, inciso 8; 52, inciso 2; 57; 211 y 212).

7. Publicaciones

La Cámara de Diputados ha establecido (en su reglamento y en otras disposiciones suplementarias) medios suficientes para que sus iniciativas, deliberaciones y decisiones sean debidamente conocidas por el público en general, corriendo a cargo de los secretarios encargar, dirigir y distribuir las publicaciones existentes a tales efectos (artículos 45, inciso 2; y 50, incisos 4 y 5). Estas (que referiremos en el párrafo siguiente) se han visto complementadas y en buena medida superadas por los medios electrónicos que posee la Cámara (en particular, por su página web de Internet).

El *Diario de Sesiones* es la publicación que registra prácticamente toda la actividad de la Cámara: los proyectos presentados, los mensajes recibidos, la discusión,

las resoluciones del cuerpo, etcétera, y está puntillosamente regulado en el artículo 48 y sus accesorios artículos 39, inciso 7; 45, inciso 2; 47, inciso 2; 49; 111; 164; 181; 186; 190; 191; 197 y 207. El *Boletín de Asuntos Entrados* (reglamentado por los artículos 165 y 167), es el documento por el cual el presidente da cuenta a la Cámara de todos los instrumentos llegados a esta antes de las 20 horas del día anterior a la sesión (que, en concreto, son: comunicaciones oficiales, despachos de comisión, peticiones o asuntos particulares, proyectos presentados por los diputados, pedidos de licencia que estos formulen y la nómina de asuntos para los cuales se hubiere fijado preferencia); debe ser distribuido previamente a la sesión a los diputados y a la prensa y reemplaza, de hecho, la lectura de asuntos que debería realizar el presidente, por medio del secretario, al inicio de la sesión. Las *Órdenes del Día* o *Dictámenes de Comisión* (que analizaremos, en su sentido estricto, más adelante) son otros elementos que, según el artículo 113, deben ser impresos y numerados correlativamente. La frase «las demás publicaciones que por Secretaría se hicieren» (artículo 50, inciso 5), trae a colación la existencia de otro tipo de ediciones, tales como el *Boletín de Trámite Parlamentario* (publicación diaria donde se incluye el texto completo de los asuntos, comunicaciones y proyectos ingresados, y que reemplaza, a partir de una resolución adoptada en 1990, en estas reproducciones, a las partes correspondientes del *Diario de Sesiones*) y otras que se ordenen elaborar para casos concretos (por ejemplo, la publicación *Labor de las Comisiones*).

El mismo *Reglamento* debe materializarse en una publicación, y distribuirse a todos los miembros de la Cámara (artículo 229).

8. Comisiones de asesoramiento. Su organización

Organismos esenciales en los Congresos modernos para la elaboración racional y meditada del producto legislativo, las comisiones permanentes⁶ (y también las especiales) de asesoramiento están previstas en el reglamento, que determina sus normas de organización, competencia y funcionamiento, materias que pasamos a desarrollar.

El *número de integrantes* de cada comisión será determinado (artículo 61) por la Cámara, entre un mínimo de 15 y un máximo de 31 diputados, con excepción de las de Asuntos Constitucionales, Educación, Energía y Combustibles, y Agricultura y Ganadería (máximo de 35), Relaciones Exteriores y Culto (máximo de 43) y Presupuesto y Hacienda (hasta 49 integrantes). Empero, la Cámara siempre está habilitada para aumentar estas cantidades en casos especiales (artículo 103).

Si bien los integrantes de cada comisión deberían ser *designados* en la sesión preparatoria que corresponda a un año de renovación de la Cámara, esta decisión habitualmente se formaliza en las primeras sesiones ordinarias, y corre por cuenta

⁶ En la actualidad alcanzan el exagerado número de 45.

de la Cámara, por sí o delegando esta facultad en el presidente (artículo 29), que es también el modo habitual, evitándose la formalidad de una votación nominal (artículo 190), muy dificultosa prácticamente dado que la decisión no es totalmente libre, puesto que se debe atener, «en lo posible», a un criterio objetivo: *la composición proporcional* de las comisiones (que deben constituir un reflejo de la integración de la Cámara; artículo 105).

Los vicepresidentes de la Cámara pueden integrar las comisiones y pueden estar presentes en sus reuniones los diputados ajenos a ellas (con posibilidad de participar en la discusión, mas no en las decisiones o en la suscripción de despachos). Debe ser citado especialmente a las reuniones el autor del proyecto en estudio (artículo 105), aunque no pertenezca a la comisión.

El reglamento contempla, para cada comisión, la existencia de un presidente, un vicepresidente 1.º, un vicepresidente 2.º y tres secretarios (cinco en el caso de la de Acción Social y Salud Pública y cuatro en las comisiones de Asuntos Constitucionales, Legislación General, Presupuesto y Hacienda, Relaciones Exteriores y Culto, Educación, Cultura, Obras Públicas, Agricultura y Ganadería, y Ciencia y Tecnología), elegidos por los integrantes de la comisión a pluralidad de votos (artículo 106).

Con la excepción general del relevo anticipado por resolución expresa de la Cámara o, en su caso, el acaecimiento de cualquier causal que provoque su cese como diputado, el integrante de una comisión permanente *dura* en ese cargo por dos años, salvo cuando la comisión se integre fuera del plazo normal, o si se tratare de una nueva comisión permanente, situaciones en las que sus miembros durarán hasta la nueva renovación de la Cámara (artículo 107).

El orden lógico y la responsabilidad republicana de sus integrantes presupone la obligación de *asistencia a las sesiones* de comisión. El reglamento (artículos 110 y 26) establece diversas formas para publicitar esa presencia, dando a conocimiento las listas y estadísticas correspondientes. Las inasistencias pueden llegar a causar que la Cámara proceda a integrar a la comisión con otros miembros (artículo 108), no previéndose expresamente la penalidad del descuento de dieta, en este caso.

Las reuniones de las comisiones no deben coincidir con las sesiones plenarias del cuerpo (artículo 109), existiendo disposiciones internas que fijan a esos efectos un complejo esquema de horarios de funcionamiento, contemplando evitar, en lo posible, su superposición.

Las comisiones pueden *funcionar* en todo tiempo, inclusive durante el receso de la Cámara. Sin embargo, poseen limitaciones temporales para *dictaminar*: en sesiones ordinarias, hasta el 20 de noviembre de cada año, salvo una resolución expresa de la Cámara en contrario, adoptada con una mayoría especial; y para el caso de las sesiones extraordinarias o de prórroga, hasta diez días antes de la fecha prevista para su culminación (artículo 106).

La *competencia* específica de cada una de las comisiones permanentes responde aproximadamente a una estructuración temática de las atribuciones constitucionales de la Cámara, y está determinada en los artículos 62 a 101 (*sexies*).

La tarea habitual de *girar* los asuntos a las comisiones la realiza el presidente (artículo 167), estando facultada esta para «en cualquier caso» decidir las dudas que ocurran en la distribución de los proyectos (artículo 103; decisiones internas del cuerpo habilitan también al presidente a cambiar o ampliar el destino de los proyectos, pero, en caso de no aceptar algún legislador dicha decisión, deberán girarse los antecedentes a la Comisión de Peticiones, Poderes y reglamento, para su análisis y posterior decisión por la Cámara).

Son habituales los casos de *competencia mixta*, en que corresponde que intervengan dos o más comisiones, situaciones que, incluso, pueden ser solicitadas por la única comisión a la que el proyecto haya sido girado (artículo 103). El reglamento prevé dos tipos de competencia mixta: *a) cuando el tema es proporcionalmente común a las dos o más comisiones intervinientes* (artículo 102), en que estas pueden estudiarlo en conjunto, o estudiarlo por separado, con aviso a la otra u otras comisiones competentes, pero el despacho debe ser sometido al pleno de todas las comisiones; *o b) cuando el asunto es girado a una o más comisiones y a la de Presupuesto y Hacienda* (las primeras deben formular su anteproyecto de dictamen, remitirlo a la Comisión de Presupuesto y Hacienda, y esta tiene un mes para pronunciarse, pasado el cual el anteproyecto originario se elevará a la Cámara, como despacho de la o las comisiones respectivas, también llamadas *especializadas*; cf. artículo 102).

Sin perjuicio de la existencia de las comisiones permanentes, es frecuente en la vida parlamentaria la creación de *comisiones especiales* para la realización de dictámenes de estudio particulares o para hacer investigaciones. El reglamento también las recepta. Su creación corre por cuenta de la Cámara (artículo 104), la que puede delegar en el presidente esta prerrogativa (materia no habitual). Muchas de las previsiones sobre las comisiones permanentes, que hemos resumido, son aplicables a las especiales; pero una diferencia consiste en que los miembros de estas duran en sus cargos hasta que la comisión termine su cometido, siempre que la Cámara no tomare resolución en contrario al iniciarse el primer período ordinario de sesiones en los años de renovación parcial del cuerpo (artículo 107). Las comisiones *investigadoras*, particularmente, han sido fuente de pronunciamientos por la Cámara, en defensa de su derecho a crearlas y a concederles amplias facultades. También han sido objeto de controvertidas opiniones en el ámbito doctrinario. El estudio de esta problemática merece un tratamiento especial y particularizado, ajeno a los limitados alcances del presente capítulo.

Asimismo existen comisiones *especiales bicamerales* (también llamadas *parlamentarias*) creadas por resoluciones conjuntas de ambas Cámaras y, en algunos casos, por leyes (la reciente ley 26122 acaba de institucionalizar a la que podría ser quizás la «comisión bicameral» por antonomasia, la prevista por el artículo 99,

inciso 3, de la Constitución nacional) normas que, generalmente, determinan las atribuciones de que aquellas gozan.

9. Comisiones de asesoramiento. Su funcionamiento

Para que una comisión de asesoramiento pueda sesionar, deberá estar presente la *mayoría* de sus miembros (artículo 108), es decir, más de la mitad de ellos. Sin embargo, pasada la media hora, dispone el mismo artículo que podrá considerar y despachar los asuntos por lo menos la *tercera parte* de los integrantes (y, para la Comisión de Presupuesto y Hacienda, la *cuarta parte*). Existe, empero, la figura excepcional del *dictamen en minoría*, emitido por los asistentes a las reuniones siguientes luego de fracasada una reunión por falta de quórum, el que es considerado como si fuera un dictamen formal de comisión.

Los asuntos objeto de tratamiento en una reunión deben consignarse en la citación a esta, presuponiéndose que ello lo determinará el presidente de la comisión. Pese a esta circunstancia, el pedido de tres integrantes obliga a incorporar al *temario* los asuntos entrados que estos indiquen (artículo 109).

Las comisiones durante su desempeño podrán por sí pedir *informes*, requerir el *asesoramiento* que estimen necesario —de sus dependientes, funcionarios y personas internas o externas del Congreso— e invitar a *audiencias* a quienes considere conveniente; fijarán su propio plan de trabajo para cada reunión o conjunto de reuniones, y lo llevarán a cabo. La Cámara, por intermedio del presidente, puede hacer los requerimientos que crea necesarios a las comisiones que se encuentren en retardo, las que hasta podrán llegar a ser emplazadas para pronunciarse en un día determinado (artículo 106: el llamado «requerimiento de *pronto despacho*», el que puede ser decidido también por la CLP —artículo 59, inciso 5).

También, el artículo 114 *bis* contempla que las comisiones realicen (por decisión mayoritaria) *audiencias públicas* y abran foros y *videochat* de debates virtuales con la finalidad de conocer la opinión de la ciudadanía en general, personas jurídicas de carácter público o privado y organizaciones de la comunidad, sobre materias de su competencia. Si bien las opiniones y conclusiones de estas reuniones no son vinculantes, deben ser incluidas como antecedentes de los expedientes relacionados con los asuntos motivo de la convocatoria.

Es obligatorio labrar un acta de cada reunión, pero solo consignando las resoluciones que se adopten. Sin embargo, a pedido de un diputado integrante, se debe dejar constancia de las razones en las que este fundó su voto (artículo 110).

Se denomina *despacho* al dictamen de la comisión, que debe ser firmado por los asistentes a la reunión en la cual este se aprobó, o por los presentes en la mayoría de las reuniones, si se trata de más de dos sesiones. La firma debe producirse en la sala de la comisión (artículo 110), norma que pretende evitar la rúbrica de despachos preconfigurados, por diputados inasistentes, concretada por ejemplo en el recinto de

la Cámara antes o durante una sesión plenaria. La presentación de los despachos de comisión se da cuenta a la Cámara por su inclusión en el *Boletín de Asuntos Entrados* (artículo 165) y en el posterior *Diario de Sesiones*.

Estando conteste la comisión en determinado sentido, debe designar a un integrante para que redacte el despacho y sus fundamentos. El despacho de comisión debe contener el *dictamen* concreto a que esta arribe respecto del tema en estudio, y un *informe escrito* aclaratorio de sus motivaciones. Además, debe publicarse un *anexo con los antecedentes* reunidos sobre el asunto y con las opiniones vertidas en su seno. Incluso, si algún diputado presentara a la comisión *propuestas de modificaciones* a cualquier asunto objeto de estudio, estas propuestas, y sus fundamentos por escrito, serán publicadas también con el despacho de comisión (artículo 111).

También debe la comisión designar, en cada caso, al integrante que ha de sostener el despacho en el plenario de la Cámara (artículo 111). La existencia de ese «miembro informante» no solamente tiene *efectos prácticos y racionales* en orden a la discusión, sino que, además, adquiere *relieves normativos determinados*, dado que el «miembro informante» goza de prelación en el orden de la palabra (artículo 137, inciso 1) y de plazos especiales para hablar en los debates (artículos 150, 153 y 158), pudiendo replicar o contestar observaciones al despacho (artículos 138 y 158).

Los despachos emitidos por las comisiones mantienen su *vigencia* (artículo 111) mientras no se produzca su retiro o modificación en la forma prevista por el artículo 125 (necesidad de una decisión de la Cámara para retirar o modificar un despacho); o hasta la renovación ordinaria de los integrantes de la comisión (salvo ciertos dictámenes de la Comisión de Juicio Político); o hasta que se produzca su caducidad de conformidad con lo dispuesto por la ley 13640. Esta norma, reformada por las leyes 23821 y 23992, establece con detalle los plazos de caducidad según el tipo de documento en cuestión, y sobre una base bianual.

Produciéndose en la comisión opiniones diversas, la minoría tiene derecho a practicar su propio dictamen que, acompañado por un informe escrito, será sostenido en la discusión (artículo 112). Inclusive, la minoría tiene derecho a designar a su *propio «miembro informante»*, quien también goza de ciertas prerrogativas parecidas a las que recién aludimos (previstas en los artículos 137, inciso 2, y 150). Si hubiera dos dictámenes con igual número de firmas, será el de mayoría el que lleve la firma del presidente de la comisión o de quien presida el pleno de las comisiones (artículo 112).

Los despachos son impresos y numerados correlativamente en el orden de su presentación a la Secretaría. En la práctica, ese despacho impreso y numerado recibe el nombre específico de Orden del Día (artículo 113; ello, en su sentido más estricto, tema sobre el que volveremos).

El documento queda *en observación* por siete días hábiles. Este plazo, y lo que de allí en más ocurra, es fundamental: la Cámara a posteriori no considerará propuestas de modificaciones al despacho (también llamadas *observaciones*) que

no hayan sido planteadas dentro de ese término, salvo que la comisión interviniente aceptara las propuestas de modificación presentadas fuera de término, antes de la consideración del despacho por la Cámara; o que la Cámara, por dos tercios, determine, sin debate, considerar o no las observaciones presentadas fuera del plazo antedicho. Adquieren el carácter de observaciones formuladas en término, en el debate en particular, el dictamen de la minoría de la comisión y las disidencias parciales a ese dictamen (artículo 113).

El *efecto principal* del dictamen de comisión es que los asuntos no podrán ser tratados por la Cámara en su ausencia. Este principio general, que pretende racionalizar la tarea legislativa procurando que todos los proyectos pasen por el «filtro» de estudio de las comisiones, sin embargo, registra *excepciones* en la letra del reglamento: cuando la Cámara, por dos tercios de votos luego de una moción de sobre tablas o de preferencia decida tratar el proyecto sin despacho de comisión (artículo 147); o si la Cámara decide otro procedimiento, tras la aprobación de una moción de apartamiento del reglamento (artículo 127, inciso 10); o si la Cámara trata el proyecto constituida *en comisión* (artículo 141). La existencia, o no, del despacho de comisión, y el tipo de este, produce también otros *efectos secundarios*, particularmente con relación a las mociones de preferencia (artículo 133) y a los procedimientos especiales de los artículos 152 y 153, que luego analizaremos.

Merece una particular referencia el instituto de la *Cámara en comisión*. Se trata de los casos en que la Cámara se constituye para considerar en calidad de comisión los asuntos que estime conveniente (aunque previamente tuvieren formal despacho de aquella). Para ello (y tras la aprobación de una moción que luego analizaremos), primero debe decidir el cuerpo (artículo 142) si se *conservará o no la unidad de debate* (es decir, si los oradores podrán o no aducir consideraciones ajenas al punto en discusión; artículo 159). La *discusión siempre es libre*: no rigen las limitaciones temporales o personales para el uso de la palabra y cada diputado tendrá derecho a hablar cuantas veces lo estime conveniente (artículo 151). Durante el debate en comisión, la Cámara puede *resolver por votación* todos los asuntos que estudia *en tal carácter*, pero sobre estos no podrá pronunciar sanción legislativa mientras no quede cerrado ese debate. Producida esta circunstancia, si el cuerpo decidiera tratar el asunto objeto de la consideración anterior en comisión, el reglamento prohíbe la existencia de debate ordinario posterior y, directamente, dispone que se pasará a votar si se aprueba o no el proyecto en general (artículo 156). El *cierre del debate en comisión* será determinado por la Cámara, a propuesta del presidente o ante una moción de orden planteada por un diputado (artículo 143).

10. La Comisión de Labor Parlamentaria

Merece una especial mención, por su importancia, la CLP, creada a partir de una reforma reglamentaria realizada en 1963, institución distinta de una comisión

de asesoramiento pues tiene funciones diferentes y relevantes, que pretenden posibilitarle a la Cámara medios para obtener una optimización de su labor normal, racionalizando su tarea y acortando plazos a veces innecesariamente prolongados. Todo ello por un órgano que, por su propia integración, pasa a ser una especie de «mini Cámara».

La CLP está formada por el presidente de la Cámara (quien también la encabeza), los vicepresidentes y los presidentes de cada bloque o sus reemplazantes, y debe reunirse al menos una vez por semana, mientras el Congreso esté en sesiones (artículo 58).

El artículo 59 le atribuye, entre otras, las siguientes importantes funciones (aunque la práctica parlamentaria frecuentemente las ha extendido más allá de estos límites formales): preparar los planes de labor parlamentaria y el orden del día de las sesiones, fijar los horarios de votación de la Cámara y precisar la forma en que se practicarán las votaciones en particular de los proyectos, promover medidas prácticas para la agilización de los debates en las comisiones y en el recinto, considerar y resolver los pedidos de pronto despacho a las comisiones y las consultas que formulen por escrito los bloques, los diputados y las comisiones, resolver sobre la forma de rendición de los homenajes y autorizar a la presidencia a cursar directamente al Poder Ejecutivo ciertos asuntos. Volveremos sobre estos temas en otras partes de esta obra.

11. Las mociones

Están definidas por el artículo 126 como las proposiciones hechas de viva voz desde la banca por un legislador. Deben ser proposiciones concretas, tendientes a promover un asunto, generalmente de inmediato objetivo procesal, también concreto (ordinariamente relacionado con el ordenamiento del debate). Debe advertirse la diferencia existente entre la formulación de una moción y la común participación en la discusión, normada en otra parte del reglamento, oportunidad en que el legislador sostiene una postura legislativo-política determinada, pero en orden a una cuestión ya promovida y encaminada por la vía correspondiente, un proyecto o, también en su caso, una moción. Hay varios tipos de mociones.

11.1. las mociones de orden

Determinadas casuísticamente por el artículo 127 (aunque creemos que esa enumeración no es taxativa), gozan de preferencia respecto de todo otro asunto, incluido el que está en debate, y no pueden repetirse en la misma sesión si hubiesen sido desechadas (artículo 129). Solo pueden considerarse y votarse cuando la Cámara cuente con quórum (artículo 128). Las agrupamos de la siguiente forma, por algunas de sus características comunes:

a. *Mociones de orden de levantamiento de la sesión (artículo 127, inciso 1), de pase a cuarto intermedio (inciso 2), de cierre del debate (inciso 4), de pase al orden del día (inciso 5) y de que se aplaze la consideración de un asunto pendiente, por tiempo determinado (inciso 7)*: son puestas a votación sin discusión (artículo 128) y se aprueban con la mayoría normal, la absoluta (artículo 129).

b. *Moción de orden de que se declare libre el debate (artículo 127, inciso 3)*: según el artículo 151, aprobada esa moción, cada diputado tiene derecho a hablar cuantas veces lo estime conveniente, pero exclusivamente sobre el asunto sometido a discusión. Esta moción tampoco se discute (artículo 128), pero se aprueba por dos terceras partes de votos (artículo 129).

c. *Moción de orden de que se trate una cuestión de privilegio (artículo 127, inciso 6)*. Se vincula con los privilegios que la Constitución (artículos 68, 69 y 70, y su reglamentación por la ley 25320) otorga a la Cámara y a sus miembros, y que se analizan en detalle en otros capítulos de este libro. El artículo 128 estatuye para esta moción un procedimiento especial. Quien la plantea (con preferencia y desplazamiento de otros asuntos) goza de cinco minutos para hacerlo. Ello se somete a consideración de la Cámara, que debe decidir, por dos terceras partes de votos de los presentes, si la moción es preferente o no (esto último es lo que ocurre, de hecho, en casi todas las situaciones). En caso afirmativo, se pasa a discutir la cuestión de privilegio. De lo contrario, el asunto pasa a la Comisión de Asuntos Constitucionales, para que continúe el trámite parlamentario normal.

d. *Moción de orden para que el asunto se envíe o vuelva a comisión (artículo 127, inciso 8)*: el procedimiento y la mayoría necesarios son idénticos a los citados en el escenario *a*, siendo destacable que por el retorno del asunto a la comisión, una vez que este haya sido sancionado en general por la Cámara, al volver a ser considerado por esta debe ser sometido al trámite ordinario, como si no hubiese tenido sanción (artículo 155).

e. *Moción de orden para que la Cámara se constituya en Comisión (artículo 127, inciso 9)*: también el procedimiento es el descrito en *a*, pero la mayoría requerida es de dos terceras partes de votos (artículo 129).

f. *Moción de orden para que la Cámara se aparte del reglamento (artículo 127, inciso 10)*: por tratarse de un caso extremo, se precisa del voto afirmativo de las tres cuartas partes para su aprobación (artículo 129). La moción debe ponerse a consideración sin discusión (artículo 128).

11.2. Las mociones de preferencia

«Es moción de preferencia toda proposición que tenga por objeto anticipar el momento en que, con arreglo al reglamento, corresponde tratar un asunto, tenga o no despacho de comisión» (artículo 130). El principio general sobre el orden de tratamiento de los asuntos lo establece el artículo 170 y es en el cual figuren impresas las

órdenes del día. Las excepciones se establecen por las mociones en estudio y también, aunque con efectos algo diferentes, por las de sobre tablas (ello sin perjuicio del orden que determine el plan de labor aprobado en definitiva por la Cámara, como luego analizaremos).

Hay mociones de preferencia *sin fecha fija* (artículo 131), caso en el cual el asunto será tratado en la reunión subsiguiente que la Cámara celebre, como el primero del orden del día (las preferencias de igual clase se tratarán a continuación y por su orden); y *con fecha fija* (artículo 132), situación en la que el asunto será considerado en la reunión de la fecha fijada como preferente, como el primero del orden del día (si así no ocurriese, o si ese día no se realizara la sesión, la preferencia caducará).

Las mociones de preferencia solo se formulan en la oportunidad del artículo 168 (véase *infra*, número XV), y en el orden en que sean propuestas (artículo 133). Si el asunto objeto de la moción tiene despacho de comisión, la preferencia debe ser aprobada por mayoría absoluta de votos emitidos. Si no existe ese despacho, será necesario contar con las dos terceras partes de los votos (en este caso, la aprobación de la moción implica otra importante excepción reglamentaria: la Cámara podrá considerar el asunto declarado preferente, sin despacho de comisión). La moción debe ser discutida brevemente y con limitaciones de tiempo (artículo 136).

Sin perjuicio de lo anterior, señalamos que existen ciertos casos de preferencias reglamentarias, aplicables aunque no exista una moción especial al respecto, y son los previstos en los artículos 7, 128, 134 y 204.

11.3. Las mociones de sobre tablas

Se trata de «toda proposición que tenga por objeto considerar en la misma sesión un asunto, tenga o no despacho de comisión» (artículo 134). En esos casos (que no son aplicables a reformas del reglamento; cf. artículo 227), el asunto objeto de la moción aprobada será tratado como primero del orden del día en la sesión en que así se hubiere establecido.

Estas mociones también se plantean en la oportunidad del artículo 168, y en el orden en que se propongan (artículo 134). Su forma de discusión (artículo 136) es idéntica a la referida respecto de las mociones de preferencia. En todos los casos deben contar para su aprobación con una mayoría de dos terceras partes de los votos emitidos. Es importante recalcar que en caso de que el asunto objeto de la moción no tenga despacho de comisión, la aprobación de aquella provoca que la cuestión sea tratada igualmente por la Cámara, siendo esta otra de las excepciones al principio que exige, por regla, un dictamen de comisión, para llevar un asunto al recinto.

11.4. Las mociones de reconsideración

Se definen como las proposiciones que tengan por objeto rever una sanción de la Cámara, sea en general o en particular (artículo 135). Se trata de la única forma de volver a tratar una decisión antes aprobada por la Cámara (artículo 160).

Las mociones de reconsideración solo pueden formularse mientras el asunto esté pendiente o mientras dure la sesión en que el asunto quedó terminado. Si la Cámara decidiera rever la aprobación en oportunidades futuras y distintas a las recién previstas, será necesario recurrir a todo el mecanismo procesal ordinario para obtener la derogación o modificación de lo antes aceptado.

Las mociones de reconsideración se tratan inmediatamente después de formuladas, y con un debate breve (artículo 136). Para su aprobación se requiere la mayoría calificada de dos terceras partes de los votos emitidos, y no pueden ser repetidas.

12. Los proyectos

Si los asuntos generalmente procesales deben ser instados por los legisladores mediante mociones, estos promueven habitualmente las cuestiones de fondo, propias sustantivamente de su función constitucional, por la vía de los proyectos parlamentarios, cuyos tipos enumera el artículo 115. Son los proyectos de ley («toda proposición que deba pasar por la tramitación establecida en la Constitución para la sanción de las leyes», establece el artículo 116), los de *resoluciones* (cuya definición, en el artículo 117, no es precisa, acotando de nuestra parte que básicamente consisten en normas jurídicas obligatorias, aunque de un alcance constitucional distinto del de las leyes, y con efectos generalmente dentro del ámbito propio de la administración de la Cámara, o dictadas en defensa de las prerrogativas constitucionales y privilegios individuales de los legisladores o colectivos de aquella), y los de *declaraciones* (con una definición en el artículo 118 tampoco clara, precisando nosotros que se trata de expresiones de deseos, que manifiestan una voluntad que no puede, por las limitadas atribuciones del cuerpo, extenderse a ámbitos generales o a otros poderes del Estado o del exterior).

Los proyectos podrán ser presentados conjuntamente por hasta quince diputados (artículo 120). Deben ser presentados por *escrito, firmados* (artículo 119). Y acompañados por sus *fundamentos*, también por escrito (artículo 123; en la práctica parlamentaria, cuando el proyecto es suscrito por más de un legislador, se considera su autor a quien firma los fundamentos). Los proyectos de ley y de resoluciones deben ser de carácter rigurosamente *preceptivo* (artículo 121).

El *autor* goza de ciertas prerrogativas, entre otras las de tener prelación y gozar de plazos especiales en el uso de la palabra (artículos 137, inciso 3; 150; 153; 158), de poder requerir el retiro del asunto (artículo 125), y de ser especialmente citado por la comisión encargada de dictaminar en el tema (artículo 105).

El reglamento intenta garantizar una amplia *publicidad* a los proyectos (inclusive a través del periodismo, según afirma el artículo 124). Estos deben referirse inicialmente en el *Boletín de Asuntos Entrados*, por cuyo medio se dan cuenta, en cada sesión, a la Cámara (artículo 165). Toma así *estado parlamentario*, se incluye simultáneamente en el *Boletín de Trámite Parlamentario* y son mencionados asimismo en el *Diario de Sesiones* (artículo 48, inciso 4). Modernamente, esta difusión se asegura por la inclusión de estas iniciativas en el sitio web de la Cámara.

Ingresados de esa forma los proyectos (incluyendo los del Poder Ejecutivo y las sanciones del Senado llegadas en revisión), son girados a la comisión que corresponde (artículos 122 y 123) en la forma que ya hemos descrito.

13. El debate

En el recinto de sesiones, la Cámara termina de concretar sus atribuciones poniendo en ejercicio (en lo que respecta a los proyectos de ley) lo que determinan los artículos 77 a 84 de la Constitución nacional. Para ello, se pone en marcha un elaborado procedimiento interno, también regulado en el reglamento, que ordena un debate en *dos* etapas: primero, la *discusión en general*, finalizada la cual se pasa a votar; luego, la *consideración en particular*, que también culmina en cada porción con una votación (artículo 144). La discusión se da por terminada cuando recae resolución sobre el último artículo o período (artículo 148). Lo pasamos a analizar.

13.1. *Discusión en general*

Tiene por objeto la idea fundamental del asunto bajo análisis considerado en conjunto (artículo 145). En esta, quizás su parte más importante, el reglamento contempla una *situación normal de discusión* y cuatro casos especiales (sin perjuicio de otras situaciones excepcionales, a las que también hemos hecho y haremos referencia en el resto de este capítulo): el *debate libre*, la *consideración de un despacho sin disidencias generales ni observaciones*, la *consideración de un despacho sin disidencias generales pero con observaciones* y el *tratamiento de un asunto tras la reunión de la Cámara constituida en Comisión*.

El *caso normal* es el indicado en el artículo 150. Gozan de un plazo (en este y los demás casos, reglamentariamente improrrogable) de veinte minutos para hacer uso de la palabra los miembros informantes de los despachos de la mayoría y de la minoría de la comisión (quienes tienen la prelación en el uso de la palabra —artículo 137— y pueden replicar —artículo 138), y el autor del proyecto. El resto del tiempo podrá ser utilizado por los sectores políticos, en forma proporcional: los bloques de hasta tres integrantes dispondrán de doce minutos; los que tengan desde hasta diez integrantes, poseerán quince minutos; y los de más de diez integrantes, gozarán de veinte minutos. También podrán hablar otros diputados que no asuman representación

de un bloque, pero por no más de siete minutos. Ningún diputado —salvo las excepciones del artículo 138— podrá usar de la palabra más de una vez, pero dispondrá de cinco minutos, además, para rectificar aseveraciones equivocadas que se hayan hecho sobre sus palabras.

El *primer caso especial* es el de *debate libre*. Este se puede decidir tras una moción de orden a tal efecto (artículo 127, inciso 3) y sus efectos, regulados por el artículo 151, los analizamos en el n.º 9.

El *segundo caso especial* es la *consideración de un despacho sin disidencias generales ni observaciones*, en los términos del artículo 113, situación en la cual «prescindiéndose de todo debate, se votará sin más trámite» (artículo 152).

El *tercer caso especial* es el de la *consideración de un despacho sin disidencias pero con observaciones*. Entonces (artículo 153), solo podrán hablar el miembro informante del despacho de la comisión (por quince minutos), el autor del proyecto, un representante de cada sector político de la Cámara (que debe representar a todos los objetores en similar sentido, de ese bloque) y los diputados que hubieren presentado observaciones (todos estos por cinco minutos).

El *cuarto caso especial* consiste en la *consideración de un asunto tras la reunión de la Cámara en comisión*, materia que también hemos visto (*supra*, n.º 9, artículos 142 y 156).

Cerrado el debate en general, se procederá a votar. Sin perjuicio de los *efectos constitucionales*, respecto de los proyectos de ley, que una decisión afirmativa o negativa de la Cámara pueda tener (y que se analizan en otros capítulos de este libro), los *efectos procesales* parlamentarios de la situación son que si se *desecha* el proyecto en general concluye toda discusión sobre él, pero si se *aprueba* en general, se pasa a su discusión en particular (artículo 154). Ello sin perjuicio de la eventual caducidad del proyecto, regulada por la ley 13640.

13.2. Discusión en particular

Tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o períodos del proyecto pendiente (artículo 146). Debe realizarse en detalle, artículo por artículo, o capítulo por capítulo, o título por título. Sobre cada uno de estos, sucesivamente, debe procederse a la votación (artículos 157 y 192). Debe guardarse la unidad de debate y no podrán aducirse consideraciones ajenas al punto en discusión (artículo 159).

Cada diputado podrá usar de la palabra dos veces (cada una, por cinco minutos), salvo el miembro informante (quien también podrá replicar), el autor del proyecto y el diputado que asuma la representación de un bloque político, los que tendrán siete minutos (en este último caso, si el bloque tiene más de diez diputados, tendrá hasta diez minutos), como estipula el artículo 158.

Durante la consideración en particular pueden introducirse nuevos artículos, que sustituyan al que está en tratamiento (artículo 161), que deben presentarse por

escrito, y si la mayoría de la comisión acepta la sustitución, modificación o supresión de su despacho por el nuevo o los nuevos artículos introducidos, estos se considerarán como parte integrante del despacho; pero si no acepta, se pasa a votar el despacho de la comisión, y si es rechazado por la Cámara, se discuten y votan el o los artículos nuevos propuestos, en el orden en que hubieren sido presentados (artículo 162).

Aunque el artículo 79 constitucional (introducido en 1994) permite la posibilidad de tratamiento en particular dentro de la comisión, ello aún no ha sido reglamentado en la norma que estamos analizando.

14. Las votaciones

Con la votación finaliza la discusión en general y también con la votación, artículo por artículo, capítulo por capítulo o título por título, se culmina, progresivamente, la discusión en particular. Además de esas oportunidades, el reglamento admite (artículos 59, inciso 3; y 189) que la votación se lleve a cabo cuando la CLP o el plenario de la Cámara lo decidan, permitiéndose así unificar o normalizar horarios para votar.

Votar en el recinto es una de las fundamentales obligaciones del diputado, y así se deduce del artículo 197: el diputado presente en el recinto solo puede *abstenerse* de votar con un permiso especial de la Cámara, que debería concederse en casos realmente particulares (aunque en la práctica más reciente así no ocurre, habiéndose generalizado este tipo de autorizaciones), tales como, por ejemplo, cuando por razones de colusión de intereses, la ética del legislador le obligue a solicitar tal excepción. De no obtenerse dicha autorización, al diputado que deseara abstenerse le queda no presentarse o ausentarse del recinto, con las sanciones que esas conductas deberían conllevar y que ya hemos comentado. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador posee otro derecho: si bien no puede protestar contra la resolución que la Cámara votó, podrá pedir la *consignación de su voto* en el acta y en el *Diario de Sesiones*, aun en el caso en que no se practicase votación nominal.

Según el artículo 189, las votaciones serán *nominales*, *mecánicas* y *por signos*. Salvo en el primer caso, en los otros dos se consignará el resultado final de la votación, sin detalle de la forma en que cada legislador emita su decisión. La Cámara está provista de un sistema electrónico que refleja en los tableros existentes en el recinto, en la Secretaría, y en la memoria central, el resultado de la votación.

La votación por signos se refleja en el tradicional sistema de *mano levantada* que, pese a la existencia de los medios mecánicos, muchas veces, cuando el asunto sujeto a votación no ofrece mayores disidencias, resulta más rápido y efectivo.

Una reforma reglamentaria de 2006 (al artículo 189) extiende las *votaciones nominales* (que permiten individualizar el nombre y apellido de cada diputado votante, y la forma en que produjo su decisión) a todos los casos de proyectos de ley, además las votaciones respecto de los nombramientos que deba hacer la Cámara,

dispuestos por el reglamento (que ya hemos ido enunciando) o por la ley (por ejemplo, la designación del Defensor del Pueblo, cf. artículo 86 CN), y a los casos en que lo exija una décima parte de los diputados presentes. Todo ello sin perjuicio del supuesto de votación nominal contemplado por el artículo 83 CN (insistencia tras un veto del Poder Ejecutivo).

Antes de la votación, el *presidente debe llamar* a tomar parte en ella a los diputados que se encuentren en antesalas (artículo 176), y *propone* la votación (artículo 39, inciso 5; y 172). La secretaría computa, verifica y anuncia el resultado (artículo 45, incisos 4 y 5), el que es *proclamado* por el presidente (artículo 39, inciso 5), quien no puede votar, salvo (artículo 41) en tres situaciones: cuando hubiere participado del debate desde una banca, y quien lo reemplazare en el estrado no desee emitir su voto, en caso de empate reiterado una vez (artículo 196) y en las situaciones en que la Constitución exigiere mayoría absoluta o especial.

La votación (que según el artículo 193 será por la afirmativa o la negativa) podrá *parcializarse*. En principio, la votación tras la discusión en particular se limita a un solo artículo, salvo que la CLP o la Cámara acordaran hacerlo capítulo por capítulo o título por título (artículo 192).

Toda decisión votada en particular puede ser objeto de reconsideración (artículo 135), como ya vimos. Sin llegar a ese extremo, cabe considerar el supuesto de la *rectificación* de la votación, que se presenta si se suscitan dudas respecto del resultado del escrutinio después de proclamado, y que se realizará con los legisladores presentes que hubiesen tomado parte en la votación (artículo 195).

15. Las sesiones

Según el método que nos fijamos, no haremos referencia a las sesiones ordinarias, de prórroga y extraordinarias, suficientemente reguladas por la Constitución, y que el reglamento no tiene por qué profundizar (solo las menciona circunstancialmente).

Aunque no específicamente mencionadas en la carta magna, son de fundamental importancia las sesiones *preparatorias*, objeto directo de la norma que estamos estudiando. De acuerdo con el artículo 1, se realizan dentro de los primeros diez días del mes de diciembre de cada año, y sus *finalidades* son la recepción y, en su caso, el juramento de los diputados electos en los años en que correspondiere la renovación de la Cámara, la constitución de esta, la elección de sus autoridades y la fijación de los días y horas de las sesiones (artículos 1 y 2). Respecto de sus *autoridades*, en principio, las preside el diputado de mayor edad, a continuación, el presidente provisional, elegido a pluralidad de sufragios, y finalmente las autoridades ordinarias electas, precisamente, en la misma sesión preparatoria (artículo 2).

La circunstancia de que las sesiones de 1983 se iniciaran (por razones relacionadas con la finalización del gobierno *de facto* anterior) el 29 de noviembre de ese año, provocó que se debiera prever para el futuro (artículo 1) que la fijación de días

y horas de sesión para el período ordinario inmediatamente siguiente se efectúe en otra sesión preparatoria, que se debe realizar dentro de los últimos diez días del mes de febrero de cada año.

Las sesiones pueden ser *de tablas* y *especiales*. Las primeras se realizan los días y horas preestablecidos en la sesión preparatoria recién indicada (en los últimos períodos parlamentarios, habitualmente los días miércoles). Son sesiones *especiales* las que se llevan a cabo fuera de los días y horas predeterminados (artículo 30) y se convocan por resolución de la Cámara, por sí o previa petición del Poder Ejecutivo, o a petición escrita de diez o más diputados, que deberán expresar el objetivo de la sesión solicitada (artículo 35), o cuando se consideren despachos sobre impugnaciones de diplomas de diputados (artículo 7), o cuando lo determine la CLP, para rendir homenajes.⁷ Generalmente se convoca a sesión especial para tratar un tema determinado.

En materia horaria, la tolerancia reglamentaria (frecuentemente superada) para iniciar las sesiones es de media hora (artículo 26). El artículo 173 dispone que no se podrán acordar o pedir sesiones para que se celebren entre las cero y las nueve horas, salvo decisión en contrario de dos tercios de los miembros de la Cámara.

Responde a nuestra impronta republicana que, ordinariamente, las sesiones de la Cámara de Diputados sean *públicas* (artículo 31). Excepcionalmente, podrá haberlas *secretas*, pero existiendo previamente una resolución especial del cuerpo, adoptada por mayoría absoluta, previa petición del Poder Ejecutivo o de cinco diputados (artículo 32). En estas sesiones secretas (una rareza en las últimas décadas) pueden estar presentes legisladores, secretarios, ministros y secretarios de Estado, y funcionarios internos y taquígrafos previo juramento de secreto (artículo 33). La sesión secreta puede derivar en una pública, y viceversa (artículo 34). De estas sesiones se llevarán actas por separado (artículos 47, inciso 3; y 50, inciso 2).

También existen sesiones de Asamblea Legislativa, reuniéndose ambas Cámaras conjuntamente, cuando así lo dispone la Constitución nacional, y que no merecen un tratamiento especial para el reglamento.

16. Orden de una sesión

El recinto de sesiones, ubicado en el centro del Palacio del Congreso nacional, es el único lugar donde se constituye la Cámara, salvo razones de fuerza mayor (artículo 14). Podrán estar presentes en el recinto ordinariamente los legisladores, los

⁷ Tal lo que estipula el artículo 221. Esta norma desecha viejas prácticas y dispone que, en principio, los homenajes se concretan mediante proyectos de resolución, pero cuando la CLP lo decida, habrá una sesión especial mensual de homenaje, oportunidad en la cual, además, los diputados podrán optar por insertar sus discursos; todo ello salvo circunstancias especiales que aconsejen que el homenaje se haga en la misma sesión en que se peticiona, tras una decisión del presidente, limitándose la cantidad de oradores y el tiempo de las exposiciones, y no permitiéndose réplicas ni debates.

ministros y secretarios de Estado y excepcionalmente cualquier persona que autorice la presidencia (artículo 216). La sesión, bajo la autoridad del presidente (artículo 39, inciso 3; este funcionario está encargado de convocar a los diputados al recinto, artículo 39, inciso 1), se compone de los siguientes pasos.

Primero, la *apertura*: no puede abrirse la sesión sin quórum (caso contrario existiría una simple reunión en minoría, con alcances meramente políticos). Llegado ese momento, el presidente la declara abierta (artículos 39, inciso 1; y 163), indicando cuántos son los presentes. A continuación se procede a izar el pabellón nacional en el mástil existente en el recinto.

Luego, los diputados pueden indicar los *errores del Diario de Sesiones*, anotándose por Secretaría las observaciones que formularen, para la rectificación del caso, ello sin perjuicio de una resolución en contrario que adopte la Cámara (artículo 164).

Asuntos entrados: las cuestiones que deberá tratar la Cámara adquieren *estado parlamentario* en el momento en que el presidente la entere de estas (artículos 39, inciso 2; y 165), en el estadio procesal de la *lectura de asuntos entrados*. Para evitar la pérdida del tiempo que insumiría la lectura de todos los documentos (medio al cual de todas formas reglamentariamente se puede llegar a recurrir, cf. artículo 166), los asuntos se informan a la Cámara por la remisión que el presidente hará al Boletín de Asuntos Entrados (cuyo contenido ya hemos analizado).

Preferencias: en la siguiente etapa procesal, el presidente hace conocer a la Cámara los asuntos que deben tratarse en esa misma sesión, por tener preferencia acordada (artículo 175).

Luego se procede a *considerar del plan de labor y del orden del día propuesto*.

Antes de comentar esta etapa, digamos que el reglamento, en diversas oportunidades, utiliza los términos *plan de trabajo*, *plan de labor y orden del día*, a veces en forma indistinta, y en oportunidades con significados multívocos. Si bien en el reglamento no se precisa debidamente el contenido exacto de estos conceptos (*plan de labor o plan de trabajo, en su sentido estricto*, es la proposición que se haga a la Cámara para el tratamiento concreto de asuntos en la sesión del caso, pero a veces su sentido es más *amplio*: la proyección de la tarea de la Cámara para una serie continuada de sesiones, que abarque más allá de una reunión efectiva; mientras que *orden del día* es un giro aplicable, ya más propiamente, a la lista de asuntos específicos que deben tratarse en una sesión determinada, aunque en el Congreso también se le da un significado distinto, más *restringido*: se denomina como tal a cada despacho de comisión, debidamente publicado y numerado), esta falta de certeza se ve simplificada en la práctica por la intervención de un órgano especial, la CLP, encargado de *proyectar* estos elementos (artículos 59, incisos 1 y 2; y 60), con lo cual se ahorra tiempo y se racionaliza la tarea. En defecto de la realización de ese proyecto por dicha comisión, corresponderá hacerlo al presidente (artículo 39, inciso 6). La propuesta de la CLP debe ser *considerada y aprobada* (o no) por la Cámara (artículo

168), durante media hora, lapso durante el cual hablarán por tres minutos, y por una vez, los diputados que pidan la palabra (artículo 60).

A continuación (con un procedimiento especial que regula el artículo 168), la Cámara dedica media hora a la *consideración de mociones* de preferencia, de sobre tablas y a los pedidos de tratamiento de homenajes en la misma sesión.

La duración de los turnos indicados precedentemente es *improrrogable* (aunque los términos no invertidos en un turno se emplearán en el siguiente, artículo 169). Vencida la última etapa se pasa a *tratar el orden del día*. Al respecto, establece el artículo 170 que los asuntos se discutirán en el orden en que figuren impresos en el orden del día, salvo resolución de la Cámara en contrario, que, como antes dijimos, puede no obedecer únicamente a mociones de preferencia o de sobre tablas, sino asimismo a materias tratadas por la Cámara en comisión o mediando un apartamiento del reglamento, y también cuando así se establece al determinar la Cámara el orden del día y plan de labor en la oportunidad del artículo 168 que acabamos de analizar.

Durante la sesión puede haber *cuartos intermedios*, es decir, interrupciones o suspensiones, originándose estos en una invitación del presidente (artículo 171) o en la aprobación de una moción de orden a ese efecto presentada por cualquier diputado (artículo 127, inciso 2). En las oportunidades en que se prevé un corto interregno, el cuarto intermedio se realizará *en las bancas*. Si tras el cuarto intermedio no se reanudara la sesión, esta quedará levantada de hecho, excepto el caso en que la interrupción sea establecida hasta determinada oportunidad concreta (artículo 174). Si el cuarto intermedio se prolongara hasta otra fecha, se considera que, si bien las reuniones son distintas, la segunda o ulteriores asambleas serán *continuación* de la sesión anterior, y permanecerán con la numeración que tenía aquella. El recurso del cuarto intermedio hasta otra fecha es de frecuente utilización práctica puesto que permite la continuidad en el tratamiento de uno o varios temas determinados, eludiéndose en la segunda o sucesivas reuniones distintas etapas procesales.

Sobre el *final de las sesiones*: estas no tienen una duración horaria predeterminada, aunque la CLP está facultada para proponer límites de tiempo (cf. artículo 174). Así, concluirán por decisión de la Cámara, ante una moción de orden presentada al respecto, o ante una indicación del presidente, cuando se termine la consideración del orden del día, o atento a lo avanzado de la hora (artículo 174). Y, sin manifestación expresa de la Cámara, también terminarán cuando se pase a cuarto intermedio sin fijación de plazo de continuación y no se reanudaran en el mismo día.

17. Uso de la palabra

Si bien distintas disposiciones del reglamento determinan *a priori* qué legisladores pueden hacer uso de la palabra, de acuerdo con los asuntos en tratamiento, aquel también establece las pautas generales respecto del orden en que la palabra debe ser concedida por el presidente.

Así, el artículo 137 precisa que corresponderán preferencias para a) *el miembro informante* de la comisión que haya dictaminado en el asunto en discusión (inciso 1), al que se le equiparan, a estos efectos, los *ministros y secretarios de Estado* participantes en un debate (artículo 203); b) *el miembro informante de la minoría* de la comisión, si esta se encontrare dividida (inciso 2); c) *el autor del proyecto* en discusión (inciso 3), agregando el artículo 138 que en caso de oposición entre el autor del proyecto y la comisión, el primero podrá hablar también en último término; d) *el diputado que asuma la representación de un bloque* (inciso 4); y e) *el primer diputado que pida la palabra* (inciso 5), donde pueden darse varios supuestos: el otorgamiento en lo posible de la palabra al diputado que se oponga a las razones expuestas anteriormente (artículo 139), pero si dos diputados pidieran al mismo tiempo la palabra, y no se diera el caso anterior, se preferirá a quien aun no hubiese hablado (artículo 140); y, finalmente, en todo caso no particularmente contemplado por estas normas del reglamento, corresponderá al *presidente* decidir a quién acordará la palabra «en el orden que estime conveniente» (artículo 140).

Respecto de la cantidad de veces que un diputado puede hablar y al tiempo aplicable a esos efectos, ya hemos hecho las referencias del caso (n.º 13), destacando que el artículo 177 determina que los plazos fijados por el reglamento para el uso de la palabra son *improrrogables*, salvo su ampliación por el *asentimiento* de la mayoría de los diputados presentes, cualquiera que sea el número de estos.

En lo que hace a la *forma* de utilizar la palabra, se prohíbe la lectura de discursos, salvo la lectura de citas documentales breves (artículo 179), y se exige a los diputados dirigirse a la presidencia y no personalizar en los colegas. Se prohíben las alusiones irrespetuosas o las imputaciones de mala intención o de móviles ilegítimos no solo respecto de los restantes legisladores sino también de la misma Cámara (artículo 180), así como también todo tipo de discusión en forma de diálogo (artículo 181). Están vedadas asimismo las interrupciones, salvo cuando se trate de una explicación pertinente, produciéndose la interrupción con la venia del presidente y el consentimiento del orador (artículo 181) o cuando el orador saliere notablemente de la cuestión o faltare al orden (artículo 182).

La presidencia puede *llamar* a un orador *a la cuestión*, cuando se aparte del tema en debate (artículos 39, inciso 4; y 183), pero en caso de insistencia corresponde a la Cámara decidir (artículo 184). También puede el presidente *llamar al orden* (artículo 185) en casos de violaciones a lo dispuesto por los recién referidos artículos 179, 180 y 181; el procedimiento a esos efectos lo fijan los artículos 186 y 187, pudiendo llegar a producirse, ante un tercer llamado al orden en una sesión, que se prohíba el uso de la palabra, y la eventual utilización de las medidas disciplinarias previstas por el artículo 66 de la Constitución nacional (artículo 188).

También corresponde al presidente tomar medidas para guardar el orden (cf. artículo 39, inciso 10) en el recinto, ante demostraciones o señales bulliciosas de aprobación o desaprobación (artículo 218) por el público que asiste desde las

galerías (la «barra» en la jerga propia del Parlamento). Si se violare esta disposición el presidente mandará salir del edificio del Congreso a quien contraveniere lo antes mencionado, pudiendo llegar hasta suspender la sesión y recurrir a la fuerza pública para ese desalojo (artículos 219 y 220).

18. Quórum y mayorías

El reglamento (de conformidad con el artículo 64 constitucional, que requiere el quórum para *entrar en sesión*), exige el quórum (artículo 163), como esencial *para declarar abierta la sesión*. Una vez ocurrido este hecho, la Cámara puede perder el quórum legal y continuar la reunión pero, llegado el caso de votar nuevamente deberá verificarse el número de los presentes, y si así ocurriera, llamarse a los diputados que se encontraren en antecámaras para retornar al recinto (artículo 176); de no obtenerse el requisito legal de presencias, se cerrará el debate y *será imposible la votación*. Por esta circunstancia la Cámara podrá no consentir que el presidente autorice a un legislador a retirarse del recinto si la sala quedara, por ello, sin el quórum reglamentario (artículo 178). Exceptúase de lo anterior a la *consideración de mociones de orden*, caso en el que, según el artículo 128, será necesario que la Cámara cuente con quórum durante su tratamiento, y no solo en el momento de votarse.

La interpretación que hace el reglamento del artículo 64 constitucional (quórum con «mayoría absoluta de sus miembros») está en su artículo 15: «*entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes*». Por ende, con la actual composición de 257 diputados, 129 presentes (en realidad, *más de la mitad*) harán quórum. Ello en los casos en que no se interprete que la Constitución exige quórums agravados.

Dado el requisito de quórum, la Cámara deberá contar asimismo con una cantidad determinada de votos favorables para que sus decisiones sean válidas, constitucional y reglamentariamente.

El principio general lo establece el artículo 194: «Para las resoluciones de la Cámara será necesaria la mayoría absoluta de los votos emitidos, salvo los casos en que la Constitución o este reglamento exijan una mayoría determinada». Subrayamos que el cómputo debe ser sobre los votos *emitidos*: por ende, para el cálculo deben *excluirse* a los diputados presentes que se hubieren *abstenido* de votar (artículo 197) y al presidente, que no vota salvo en los casos excepcionales arriba descritos. Las excepciones constitucionales exceden los límites de este capítulo, y se estudian en otros; las excepciones reglamentarias son las siguientes:

a) *mayoría de tres cuartas partes*: para la aprobación de una moción de orden de apartamiento del reglamento (artículo 129).

b) *mayoría de dos terceras partes de votos emitidos*: para declarar la nulidad del diploma de un diputado (artículo 8), autorizar a una comisión a seguir dictaminando luego del 20 de noviembre (artículo 106), decidir la consideración de una

propuesta de modificación de un despacho de comisión presentado fuera de término (artículo 113); adoptar una moción de preferencia respecto de un asunto que no tiene despacho de comisión (artículo 133, inciso 2); aprobar una moción de sobre tablas (artículo 134), o una moción de reconsideración (artículo 135), y decidir la consideración de un proyecto que no cuente con despacho de comisión, medie moción de sobre tablas o de preferencia (artículo 147).

c) mayoría de las dos terceras partes de los presentes: para que la Cámara decida si la cuestión de privilegio tiene carácter preferente o no (artículo 128), y resolver el tratamiento sobre tablas de un proyecto presentado durante una *interpelación* (artículo 210).

d) mayoría de dos terceras partes de los miembros de la Cámara: para realizar una sesión entre las 0 y las 9 horas (artículo 173).

e) mayoría de dos terceras partes, sin aclararse si se computan solo los votos «emitidos», o si el cálculo se hace sobre la totalidad de los presentes en la votación o sobre el total de los integrantes: para la aprobación de una moción de orden de libertad de debate, de constitución de la Cámara en comisión o de que se trate una cuestión de privilegio (artículo 129).

f) pluralidad de sufragios: para la elección del presidente provisional, en la sesión preparatoria, del presidente y de los vicepresidentes 1.º, 2.º y 3.º (artículo 2), la elección de secretarios (artículo 43), y, si bien el artículo 53 no lo expresa, también de prosecretarios (idéntico sería el supuesto de la elección de los integrantes de las comisiones, si la Cámara no delegara esa facultad en la presidencia; cf. artículo 29).

19. Relaciones con el Poder Ejecutivo

Finalmente, unas breves referencias sobre cómo contempla el reglamento a ciertas relaciones entre la Cámara y el Poder Ejecutivo, dentro del marco específico que en cada caso fija la Constitución.

Por ejemplo, en lo que hace a la *concurrencia voluntaria de ministros* (artículo 106 constitucional) y *secretarios de Estado*, esa presencia está regulada en detalle en los artículos 203 y 216.

El poder de información e investigación de que goza el Congreso puede ponerse de manifiesto mediante la solicitud al Poder Ejecutivo de informes por escrito (artículo 204), que tendrán la forma y el procedimiento normal de cualquier proyecto (en este caso particular, de resolución) y que detallarán los puntos sobre los que el Poder Ejecutivo debe informar. Pero existe un procedimiento más rápido y expeditivo, sin pasar por el plenario de la Cámara, que contempla ese mismo artículo, tratándose de pedidos de informes decididos por unanimidad en la comisión y con el acuerdo del autor.

Asimismo tiene una cuidadosa reglamentación (artículos 204 a 210) la *interpelación* a los ministros del Poder Ejecutivo prevista por los artículos 71 y 101 CN,

aunque es habitual que en los casos concretos en que estas cuestiones ocurren se adopten medidas procesales ad hoc.

Asimismo tiene una regulación detallada la concurrencia mensual al Congreso del Jefe de Gabinete de Ministros, prevista en el artículo 101 constitucional. No ha habido muchas ocasiones de poner en ejercicio lo que, en consecuencia, establecen los artículos 198 a 202 reglamentarios, dada la escasa cantidad de oportunidades en que se registró el cumplimiento de este mandato constitucional.

Capítulo 4

SENADO

Guillermo Carlos Schinelli

El reglamento del Senado de la Nación

1. Introducción

Nos basaremos para este análisis en el capítulo que escribimos relativo al reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación.¹ Por esta razón, el presente será más escueto, puesto que muchos de los conceptos básicos fueron expuestos entonces y nos parece ocioso repetirlos. Los reglamentos de ambas Cámaras del Congreso argentino tienen grandes similitudes, pues partieron de moldes comunes; el del Senado, cuyas primeras versiones fueron aprobadas en 1855 y 1862, se nutrió también originalmente en el texto de los reglamentos de la década de 1820. Sus últimas, pero sustanciales, actualizaciones se produjeron mediante resoluciones del cuerpo (utilizando la atribución del artículo 66 constitucional) aprobadas el 18 de diciembre de 2002 y el 2 de julio de 2003.²

¹ También hacemos alusión al material bibliográfico allí citado, que se enriquece, en este caso, con el artículo inserto en la *Revista de Derecho Parlamentario*, publicada por la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación, en su n.º 8, producido por Miguel Alejandro Luna y José Cruz Pérez Nieves, llamado «Análisis coordinado del reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación», editado en 1998 que, si bien ha perdido algo de actualidad por las importantes reformas reglamentarias producidas con ulterioridad, posee indudable valor (y será de fácil referencia para el lector, pues esa obra fue volcada en el molde del *Breve comentario...* a que en nuestra bibliografía anterior hicimos referencia y utilizamos).

² Para la preparación del presente texto se tomó en cuenta el contenido de la página web del Senado, consultada a mediados de octubre de 2006. Por razones prácticas citamos en este artículo como

Existen, empero, importantes diferencias, originadas en razones constitucionales. Tales son ciertos roles específicos que la carta magna atribuye al Senado (a mero título de ejemplo, la presencia del vicepresidente de la Nación como *autoridad* senatorial máxima, o el sistema de *acuerdos*, o el proceso de *juicio político*). Y, sobremanera, su composición numérica (72 bancas) notablemente inferior a la de la Cámara de Diputados (257 integrantes), que posibilita —entre otros elementos— trámites parlamentarios más pausados, mayores oportunidades de los senadores de gozar del uso de la palabra, y de imprimir un ritmo más reflexivo a las sesiones. Todo ello se ve reflejado en distintas instituciones normadas en el reglamento.

La importancia y correspondiente necesidad del reglamento se subraya al exigirse el voto de dos tercios de los miembros del Senado para su reforma, que no se podrá concretar mediante una resolución sobre tablas (artículo 227). Al presidente del Senado le corresponde hacerlo observar (artículo 32, inciso *p*) y los senadores tienen derecho a reclamar su aplicación (artículo 224), resolviendo en última instancia esta cuestión la sala, en una votación sin discusión (artículo 225).

La existencia del reglamento no obsta a que se dicten otras reglamentaciones de la actividad interna, como surge de la potestad general que tienen a tales efectos las comisiones (artículo 94), o de atribuciones particulares que poseen ciertos de esos órganos de asesoramiento, como la Comisión de Asuntos Constitucionales en materia del procedimiento del juicio político (artículo 61), o la de Acuerdos, sobre el procedimiento a seguir en su materia específica (artículo 82).

Pasaremos a resumir y analizar los contenidos básicos del reglamento, agrupándolos en los grandes rubros que utilizamos también en el artículo precedente sobre el reglamento de la Cámara de Diputados. Como dijimos entonces, reiteramos acá que por la índole de la obra en que este trabajo se incluye (y también por cuestiones de brevedad), no haremos en principio referencias a materias constitucionales de fondo, que el lector podrá profundizar en otras partes de este libro o en la bibliografía que indicamos.

2. Incorporación de los senadores. Impugnaciones

Los senadores se *incorporan* como tales durante la *sesión preparatoria* que se realiza el 29 de noviembre de cada año de renovación del cuerpo (artículo 7). El juzgamiento de las elecciones, derechos y títulos de sus integrantes (y también de los senadores suplentes, cuyos títulos pueden reconsiderarse, de llegar a producirse en el futuro su incorporación efectiva, y por circunstancias sobrevinientes que se hayan producido respecto de los requisitos constitucionales para el cargo), que realiza el

reglamento al del Senado de la Nación; salvo excepciones específicas, cada artículo mencionado con un número corresponde al de ese reglamento.

Senado en virtud del artículo 64 constitucional, se concreta mediante un procedimiento que registra diferencias respecto de su similar de la Cámara de Diputados.

Si bien se parte de bases análogas, como la existencia de impugnaciones (básicamente originadas en órganos o personas de actuación política, aunque también se admiten las de particulares «responsables a juicio del Senado»), y la elaboración de un dictamen por la Comisión de Asuntos Constitucionales (o por una Comisión Especial de Poderes que se designe al respecto, si esa comisión no estuviere constituida), en ningún supuesto se habilita al impugnado a incorporarse, aun de manera provisoria. El reglamento del Senado no es tan detallista, en esta materia procedimental, como la norma que resumimos en el trabajo sobre la Cámara de Diputados, y no exige, como allí, la mayoría calificada de dos tercios para decidir sobre la nulidad de un diploma senatorial.³

Al incorporarse, el senador⁴ presta el juramento del artículo 67 constitucional, en alguna de las tres fórmulas previstas (artículo 10) y ante el presidente (artículo 11).

3. Asistencia a las sesiones

La norma que ahora estamos estudiando es más escueta que la de la Cámara de Diputados, en materia de la consideración de las asistencias, ausencias, licencias y permisos.

Conforme al artículo 25, existe obligación de pedir licencia (en lugar de un mero aviso a la presidencia) ante inasistencias a más de tres sesiones consecutivas, la que se concederá con o sin goce de dieta (la licencia por maternidad es con goce de dieta, y por el plazo legal). El derecho a la dieta se pierde por el plazo que exceda a la licencia (artículo 26).

Se contempla la existencia de medidas para compeler a los inasistentes (artículo 28) y hasta la adopción de castigos disciplinarios (artículo 29), sobre la base de las previsiones constitucionales que serían de aplicación.

La única disposición existente sobre los permisos a otorgarse para ejercer empleos o comisiones decididas por el Poder Ejecutivo (artículo 72 CN) es que aquellos no se extenderán más allá del año legislativo en el que fueron otorgados (artículo 31).

³ Las formalidades de este documento están detalladas en el artículo 12.

⁴ O la senadora; en el artículo 228 se prevé la utilización indistinta de todas las normas del reglamento para senadores o autoridades del cuerpo, de cualesquiera de ambos sexos.

4. Los bloques políticos

También es muy escaso en contenido el reglamento en lo que respecta a los bloques, a los que solo se dedica el artículo 55. Dos o más senadores pueden formar bloque, de acuerdo con sus afinidades políticas; y cuando un partido político o alianza electoral existente con anterioridad a la elección senatorial tenga un solo representante en el cuerpo, también podrá actuar como bloque.

Diversas situaciones reglamentarias concretas ejemplifican la influencia de los bloques en las actividades del Senado; así, por ejemplo, la integración personal de las comisiones permanentes o especiales se hará en forma proporcional a los sectores políticos que integran la Cámara (artículo 91); el representante del bloque goza de un derecho especial para usar de la palabra (artículo 150, inciso *d*), y el Plenario de Labor Parlamentaria se organiza sobre la base de los bloques que integran el Senado (artículo 56).

5. El presidente, el presidente provisional y los vicepresidentes

Las *autoridades* del Senado (además del vicepresidente de la Nación, titular nato del cuerpo en virtud del artículo 57 CN)⁵ son su presidente provisional (también de origen constitucional, artículo 58), un vicepresidente, un vicepresidente primero y un vicepresidente segundo (artículo 2).

La *elección* de todos estos últimos es por mayoría absoluta; de no obtenerse esta (como dispone el no del todo claro artículo 3) se elegirá entre los dos candidatos que hayan obtenido más votos, y en caso de empate resolverá la presidencia. Estas elecciones deben hacerse en forma nominal (artículo 206). Dichas autoridades deben prestar juramento (según las fórmulas descritas en el artículo 4), el que puede omitirse en caso de reelección.

El *plazo* de duración de estos cargos es anual (hasta final de febrero del año siguiente al de la elección), y solo puede extenderse más allá si no se hubieren elegido reemplazantes, y mientras que los ocupantes sigan siendo senadores (artículo 5). Eventuales reemplazos temporarios de la autoridad presidencial (incluyendo a todos los vicepresidentes) los concretarán los presidentes de las comisiones, según lo prevén los artículos 34 y 60.

Son muchas las *atribuciones* del presidente, en gran medida reglamentadas por el artículo 32. Algunas tienen que ver con la conducción de las sesiones (abrir la sesión, conceder el uso de la palabra),⁶ otras están relacionadas con las comisiones (destinar los asuntos a las que sean competentes); también tiene funciones

⁵ Podría también darse el caso excepcional de que presida el Senado el titular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en caso de juicio político al presidente de la República, según el artículo 59 de la Constitución nacional.

⁶ En este y en los demás casos pondremos solamente ejemplos.

representativas (hablar en nombre del Senado, firmar las comunicaciones oficiales). Sobre su actividad política en el recinto, el vicepresidente de la Nación no puede actuar en el debate, y vota solo en caso de empate (artículo 57 constitucional y artículo 33 reglamentario, tema que ampliaremos en el punto 13), pero un senador que actúe como presidente puede participar en la discusión (artículo 33) aunque, en ese caso, no puede volver a ejercer la presidencia sino después de que se vote el asunto objeto de su intervención personal (artículo 35).

6. Las secretarías y la organización administrativa de la Cámara

El Senado tiene dos *secretarios*, que se eligen —de fuera de su seno— por mayoría absoluta, y cuyas funciones determina el presidente (artículo 38); no obstante ello, sus atribuciones reales están predeterminadas en el reglamento, el que desarrolla la tradicional división existente entre la Secretaría Parlamentaria (artículos 40 a 47, básicamente) y la Secretaría Administrativa (artículos 48 a 50, entre otros).

La configuración normativa de la organización administrativa excede, como en el caso de la Cámara de Diputados, los términos del reglamento, salvo en algunas precisiones particulares, como respecto de los *prosecretarios*, que se eligen como los secretarios (artículo 51) y poseen atribuciones determinadas, sobre todo en el caso de los prosecretarios parlamentario (artículo 52) y administrativo (artículo 53), que no son del todo claras en lo que respecta al tercer prosecretario, el de Coordinación Operativa (artículo 54).

El *presupuesto* del Senado está organizado por el secretario administrativo (artículo 48). Con el presupuesto se atienden, entre otros, los servicios de los *empleados*. Estos son nombrados (previa propuesta de los secretarios, según el artículo 39, inciso *k*) y removidos (con causa) por el presidente, quien debería cubrir las vacantes por ascensos, tomando en cuenta competencias, aptitudes y antigüedades y, en caso de cobertura de cargos nuevos, previo concurso de selección (artículo 32, inciso *j*). Dedicó el reglamento una particularizada referencia a los *taquígrafos* (artículos 221 a 223). No dejamos de señalar que, a la estructura burocrática propia del cuerpo, se le añaden los servicios de organizaciones complejas y bicamerales y, además, los de una institución de la Cámara de Diputados, la Dirección de Información Parlamentaria, que también provee datos y asesoramiento al Senado.

7. Publicaciones

Se ponen a cargo del secretario parlamentario (artículo 43) las impresiones del *Diario de Sesiones* (cuyo contenido está detallado en el artículo 45), del *Diario de Asuntos Entrados* y del *Boletín de Asuntos en Trámite y Asuntos Considerados*.

También se le encarga al mismo funcionario (artículo 44) realizar determinadas inserciones en el sitio de Internet del Senado (que de hecho reemplaza en muchos

casos concretos, y con más rapidez, a aquellas publicaciones). También debe incorporar (en este caso, el secretario administrativo, cf. artículo 50) al sitio web la información sustancial bajo la órbita de ese funcionario.

El secretario parlamentario tiene que custodiar el archivo reservado del Senado, aunque (y esta es una previsión no habitual en materia de publicidad), deben ser liberados al público los documentos de tal carácter que tengan más de cincuenta años de antigüedad (artículo 47).

8. Comisiones de asesoramiento. Su organización

Desde las últimas grandes reformas reglamentarias de principios de este siglo, el Senado tiene solo *veinticuatro* comisiones permanentes (artículo 60), aunque cada una de estas puede organizarse en no más de dos *subcomisiones*, por razones de trabajo, por tiempo determinado y al solo fin de profundizar el estudio de un asunto (artículo 94). Quince son los *integrantes* de cada comisión (artículo 60), no pudiendo cada senador ser integrante de más de cinco comisiones permanentes (artículo 91).⁷ Las autoridades políticas del Senado (excepto el vicepresidente de la Nación) pueden integrar comisiones (artículo 97).

La *designación* de los integrantes de las comisiones (artículo 14) está a cargo del presidente del Senado, por delegación de este (cuerpo que, hipotéticamente, podría concretar ese acto por sí), previsión que se cumple habitualmente siguiendo las proposiciones de los bloques, dado que, «en lo posible», los sectores políticos deben estar representados en las comisiones en la misma proporción que en el pleno (artículo 91).

El cargo de integrante de una comisión es *renunciable*. En ese caso, la nota respectiva debe ser girada al presidente del cuerpo, quien sólo debe dar cuenta al Senado para que este lo tome en cuenta, sin requerirse una votación (artículo 111).

Cada comisión designa anualmente a sus *autoridades* (un presidente, un vicepresidente y un secretario), que podrán ser reelectas. Un senador no puede ser presidente de dos comisiones permanentes al mismo tiempo (artículo 92).

Los miembros de las comisiones permanentes *duran* dos años en tales cargos (plazo de renovación parcial del Senado); los de las comisiones especiales, lo hacen por el plazo fijado al instituirlos, salvo el cumplimiento de los objetivos de esas comisiones antes de dicho plazo (artículo 93). Todo ello salvo, por supuesto, la renuncia anticipada de un senador, como tal o como integrante de la comisión.

Dos *ausencias* injustificadas a una reunión de comisión provocan, en teoría, la aplicación de un *apercibimiento*, y cuatro ausencias injustificadas consecutivas

⁷ La redacción de este artículo no es muy feliz, pues indica que cada senador *integrará* cinco comisiones permanentes, no *hasta* cinco. La interpretación puramente literal de la norma conduce a resultados irrazonables.

también ocasionan el descuento de dieta. Estas sanciones deberían ser tomadas por el plenario del Senado (artículo 102).

Se prevén reuniones de las comisiones cada quince días (salvo convocatorias extraordinarias), a realizarse en forma no coincidente con las sesiones del Senado. Las *citaciones* a las reuniones (a cargo de las autoridades) deben fijar con detalle el temario a discutir; aunque, a pedido de tres senadores pueden incorporarse a la *agenda* otras cuestiones (artículo 103).

Durante todo el año las comisiones pueden reunirse, pero solo pueden dictaminar sobre asuntos legislativos durante las sesiones ordinarias y de prórroga (y también, durante las sesiones extraordinarias, para los asuntos a los que fuera convocado el Congreso). Durante el receso del Congreso, solo pueden dictaminar sobre cuestiones internas del Senado (artículo 95).

La *competencia* específica de cada una de las comisiones permanentes responde aproximadamente a una estructuración temática de las atribuciones constitucionales de la Cámara, y está determinada en los artículos 61 a 84.

La tarea habitual de *girar* los asuntos a las comisiones la realiza el presidente (artículo 32, inciso *b*), y, en principio, cada asunto debe destinarse a una sola comisión. Pero, a tenor del mecanismo de los artículos 89 y 90, puede haber cambios al respecto, dado que cada senador tiene la potestad —dentro de los siete días posteriores a la inserción del destino de un asunto en el sitio Intranet del Senado— de formular observaciones a esa decisión, que el presidente debe resolver en tres días hábiles. Si esto no ocurriera (y si antes la comisión no hubiere producido dictamen), la cuestión debería ser decidida por el Senado en pleno en la primera sesión siguiente. Ello podría llevar a la hipótesis del envío a estudio a más de una comisión (decisión que también podría tomar inicialmente el presidente). En ese caso, las comisiones actuarán reunidas, bajo la autoridad del presidente de aquella a la que el asunto fue girado en primer término (artículo 92). Nada de esto obsta a que, durante la consideración de un asunto por la comisión única inicialmente designada, y dada la trascendencia del tema u otro motivo especial, ese cuerpo pueda solicitar el aumento de sus miembros, o el estudio conjunto, cuestiones que debería decidir el Senado en pleno (artículo 89).

Los artículos 85 a 88 contemplan la existencia de comisiones *especiales* (para entender sobre un tema determinado), que pueden ser también *mixtas* (integradas no solo por legisladores, sino también por otras personas expertas, profesionales o académicas), y también la creación de comisiones *investigadoras*. Las primeras deben durar por no más de un año, pudiendo prorrogarse su plazo por seis meses, previa votación de dos terceras partes de los integrantes del Senado. En el caso de las comisiones investigadoras, el plazo inicial es el que fije la resolución que las instituya, pero la misma previsión recién analizada debe aplicarse respecto de la prórroga.

Pretendiendo resaltar la seriedad del acto de creación de comisiones de este tipo (muchas veces no tenida en cuenta, en el pasado), el reglamento exige el voto de los

dos tercios del total de los integrantes del Senado, para la adopción de esa decisión (artículos 85, 87 y 88). En esa línea, se dispone que las comisiones especiales caducarán si no fueron integradas dentro de los dos meses a partir de su institucionalización (artículo 85). También el Senado puede aceptar de la Cámara de Diputados (o proponerle a esta) la creación de comisiones bicamerales o bicamerales mixtas, lo que requerirá asimismo la mayoría calificada a que recién hicimos referencia. Obvio es señalar que estas supermayorías no se requerirán para el caso de comisiones bicamerales creadas por leyes.⁸

9. Comisiones de asesoramiento. Su funcionamiento

Las comisiones se reúnen en el Senado, aunque el artículo 98 contempla que cuando circunstancias especiales lo aconsejen podrán hacerlo en el *lugar* que consideren conveniente.

Para que una comisión pueda sesionar, deberá estar presente *más de la mitad* de sus miembros (artículo 100); sin embargo, pasada la media hora, dispone el mismo artículo que podrá *considerar* los asuntos por lo menos la *tercera parte* de los integrantes. Ello no obstante, la norma siguiente, con afanes de mayor permanencia de esta situación en principio excepcional (pues, también, el artículo 105 exige que para que exista dictamen, este deberá ser firmado por más de la mitad de los miembros que reglamentariamente integran la comisión), establece que si no se alcanzara quórum en dos citaciones, cualquiera de los miembros de la comisión puede ponerlo en conocimiento de la presidencia del Senado y, si luego continuara la falta de quórum, la comisión podrá no solo sesionar, sino *también dictaminar* con la presencia de un tercio de sus miembros. Lo anterior no empece a la existencia de *dictámenes en minoría*, si la opinión de la comisión se fraccionara (considerándose, en caso de empate, como de mayoría, al dictamen suscrito por el presidente de la comisión; cf. artículo 105).

Las comisiones durante su desempeño podrán por sí pedir *informes* (y es su presidente el instrumento para requerirlos, cf. artículo 94), y solicitar el *asesoramiento* que estimen necesario, de sus dependientes, funcionarios y personas internas o externas del Congreso. Existe la obligación reglamentaria de que los miembros de la comisión que dispongan de documentos susceptibles de influir en la elaboración de los dictámenes los pongan a disposición de sus colegas, bajo apercibimiento de no poder utilizar esos instrumentos en el recinto (artículo 96). El presidente, por sí o por recomendación del Senado (a indicación de un senador) puede hacer los

⁸ Salvo exigencias constitucionales, como las previstas en el artículo 99, inciso 3, de la Constitución nacional, para la creación de la Comisión Bicameral Permanente allí específicamente prevista, hoy instituida por la ley 26122.

requerimientos que crea necesarios a las comisiones que se encuentren en retardo (artículo 107), esto es, el llamado «requerimiento de *pronto despacho*».⁹

Las reuniones de las comisiones son en principio *públicas* (salvo una decisión por el secreto, de dos tercios de los miembros, cuando los asuntos en cuestión requieran estricta confidencialidad, y con posibilidad muy limitada de que asistan terceros; artículo 98). En las reuniones puede invitarse a audiencia a quienes se crea conveniente. También están habilitadas las comisiones para convocar a *audiencias públicas*, con una determinación de la mayoría absoluta de sus miembros, según la reciente y detallada reglamentación contenida en los artículos 112 a 123. Dentro de ese género existe la especie de audiencias públicas previas a la consideración de acuerdos para la designación de magistrados del Poder Judicial e integrantes del Ministerio Público, organizadas por la Comisión de Acuerdos según también un moderno procedimiento creado por los artículos 123 *bis* a 123 *decies*.

Es obligatorio labrar un *acta* de cada reunión, consignando el orden del día, los asuntos dictaminados y las resoluciones que se adopten; a pedido de un senador integrante, se debe dejar constancia de las razones en las que este fundó su voto (artículo 104).

Se denomina también como *despacho* al dictamen de la comisión, la cual, si es conteste en determinado sentido, debe decidir si el informe al plenario del Senado sobre el despacho se hará en forma verbal o escrita. En el primer caso designará a quien será el *miembro informante*, y en el segundo, al *redactor* del texto del dictamen (artículo 105). La existencia del *miembro informante* (que por lo que antes dijimos, puede serlo también del dictamen de minoría) tiene no solo *efectos prácticos y racionales* en orden a la discusión, sino que, además, adquiere *relieves normativos determinados*, dado que el miembro informante goza de prelación en el uso de la palabra (artículo 150, incisos *a* y *b*), de derecho a replicar discursos u observaciones (artículo 151), y de plazos especiales para hablar en la discusión en general (artículo 163) y en particular (artículo 172).

Producidos los despachos, estos son comunicados a la presidencia del Senado, ingresando oficialmente por la mesa de entradas del cuerpo, momento a partir del cual los senadores integrantes no pueden retirar sus firmas. Los despachos se imprimen y numeran correlativamente, y a cada uno se lo llama *orden del día*, en su acepción más limitada. Esos dictámenes pasarán a consideración del plenario de la Cámara de Senadores (con excepción de aquellos que aprueben proyectos de comunicación solicitando informes, o de declaración vinculados con eventos a realizarse

⁹ En principio, las comisiones no tienen plazos perentorios para pronunciarse, y su silencio no produce efectos. La excepción está contenida en el artículo 184, norma ubicada dentro de la sección correspondiente a la delegación del tratamiento en particular de leyes en el seno de las comisiones, y que determina que pasados quince días sin decisión de estas, el proyecto debe ser devuelto al Senado para su consideración por su pleno. Otro caso especial es el del artículo 138, que analizamos *infra* en el n.º 12.

en fecha determinada; los que, firmados por más de dos tercios de los integrantes de la comisión, deben ser directamente comunicados por la presidencia del Senado a quien corresponda, sin pasar por la consideración plenaria, según dispone el artículo 106). Empero, los dictámenes pasarán al orden del día¹⁰ de tratamiento en el recinto cuando lo disponga la comisión, lo que ocurrirá automáticamente cuando el asunto hubiere sido firmado por la unanimidad de los integrantes de aquella, en el que la inclusión en el Orden del Día será inmediata (artículos 109 y 110). Todo ello sin perjuicio de la elaboración y aprobación del plan de labor del Senado, que más adelante analizaremos.

Los despachos emitidos por las comisiones permanentes comunicados al Senado o incorporados al orden del día mantienen su *vigencia* (artículo 106) hasta la próxima renovación del cuerpo, o hasta que se produzca su caducidad a tenor de la ley 13640 (reformada por las leyes 23821 y 23992), que establece con detalle los plazos de caducidad según el tipo de documento en cuestión, y sobre una base bianual.

En forma parecida a lo que ocurre en la Cámara de Diputados (pero menos estricta, pues en el Senado no existe el rígido procedimiento de las observaciones formales que consideramos en el artículo que precede a este), la inclusión de los dictámenes en el plan de labor (elaborado prioritariamente por el Plenario de Labor Parlamentaria, según los artículos 57 y 58), «en lo posible» (reza el primero de los dos artículos recién citados) ocurrirá solo después de *siete días* corridos desde la fecha de su distribución.

El *efecto principal* del dictamen de comisión consiste en que los asuntos no podrán ser tratados por el pleno de la Cámara en su ausencia. Este principio general, que pretende racionalizar la tarea legislativa, procurando que todos los proyectos pasen por el «filtro» de estudio de las comisiones, sin embargo, registra *excepciones* en el reglamento: cuando la Cámara, por dos tercios de los votos emitidos luego de una moción de preferencia o de sobre tablas decida tratar el proyecto sin despacho de comisión (artículos 146 y 147) o si la Cámara trata el proyecto constituida *en comisión* (artículos 154 y siguientes). Literalmente, no sería aplicable la invocación de un apartamiento del reglamento (artículo 140, inciso 12), pues esta norma solo hace referencia a tal apartamiento solo sobre la «forma de la discusión de los asuntos», lo cual no parece incorporar lo atinente a la forma en que ingresan los asuntos a ser discutidos. Para poder delegar el tratamiento en particular de un asunto a una comisión es también requisito esencial que dicho proyecto haya contado previamente con dictamen de aquella (artículo 178).

Merece una particular referencia el instituto del *Senado en comisión*. Se trata de los casos en que aquel se constituye para considerar en calidad de tal algún proyecto o asunto. Para ello (y tras la aprobación de una moción que luego analizaremos), primero debe decidir el cuerpo quienes serán sus autoridades durante este tratamiento

¹⁰ En su acepción más amplia, indicativa de la agenda de tratamiento de asuntos por el Senado.

(artículo 156) y si se *conservará o no la unidad de debate* (es decir, si los oradores podrán hablar indistintamente sobre los diversos puntos o cuestiones que el proyecto o asunto comprenda; artículo 157). En la discusión no rigen limitaciones para hablar (artículo 158). Durante el debate del Senado en comisión, este actúa por consenso, prohibiéndose la existencia de votación (artículo 159). Posteriormente el presidente por sí o por petición apoyada por más de cinco senadores declarará *cerrada la conferencia*, pasándose a votar el proyecto en general y en particular, sin ingresar nuevamente el plenario en la etapa de discusión (artículos 160 y 170).

10. El Plenario de Labor Parlamentaria

Este podría compararse en importancia con la Comisión de Labor Parlamentaria de la Cámara de Diputados (aunque la menor dispersión política habitualmente registrada en el Senado, a diferencia de la Cámara de Diputados, provoca que a veces las determinaciones procesales y de orden sean adoptadas básicamente por los bloques mayoritarios), y fue institucionalizado formalmente a partir de una reforma reglamentaria realizada en 1992, en los artículos hoy numerados como 56 a 59.

El Plenario de Labor Parlamentaria está formado por el presidente del Senado (quien lo encabeza) y por los presidentes de cada bloque o sus reemplazantes, y debe reunirse al menos una vez por semana, mientras el Congreso esté en sesiones, o en el receso cuando lo solicite cualquiera de sus integrantes.

Entre otras, tiene formalmente las siguientes importantes funciones: preparar los planes de labor parlamentaria y el orden del día de las sesiones, informarse del estado de los asuntos en las comisiones, promover medidas prácticas para la agilización de los debates y proponer medidas que conduzcan a un mejor funcionamiento del Senado. Si no se alcanzare consenso para elaborar el plan de labor, en una determinada instancia de la sesión se procurará alcanzar tal objetivo siguiendo el procedimiento que analizaremos más adelante.

11. Las mociones

Las mociones están definidas por el artículo 139 como las proposiciones hechas de viva voz desde la banca por un senador o ministro. Deben ser proposiciones concretas, tendientes a promover un asunto, generalmente de inmediato objetivo procesal, también concreto (ordinariamente relacionado con el ordenamiento del debate). También en este caso debe advertirse la diferencia existente entre la formulación de una moción y la común participación en la discusión, normada en otra parte del reglamento, oportunidad en la que el legislador sostiene una postura legislativo-política determinada, pero en orden a una cuestión ya promovida y encaminada por la vía correspondiente, un proyecto o, también en su caso, una moción.

Hay varios tipos de mociones.

11.1. Las mociones de orden

Determinadas casuísticamente por el artículo 140 (aunque creemos que esa enumeración no es taxativa), gozan de preferencia respecto de todo otro asunto, incluido el que está en debate, y no pueden repetirse en la misma sesión si hubiesen sido desechadas (artículo 141).

En principio, son las mismas existentes en el reglamento de la Cámara de Diputados (según el artículo 140, son: levantamiento de sesión, pase a cuarto intermedio, libertad de debate, cierre de lista de oradores o conclusión de debate, pase al plan de labor, planteo de cuestión de privilegio, aplazamiento de un asunto, devolución de un tema a comisión —situación en la cual, de volver al recinto, según el artículo 177, el asunto debe volver a considerarse como si nunca hubiera sido debatido—, constitución del Senado en comisión y apartamiento del reglamento —aunque solo en puntos relativos a la forma de discusión de los asuntos), pero se le agregan dos situaciones, en los incisos 10 y 11, que tienen que ver con el envío a comisión o la devolución de esta al plenario, respecto de los trámites legislativos especiales de consideración de proyectos en particular en la comisión, previstos por el artículo 79 constitucional (incorporado en 1994) y con un procedimiento al respecto solo reglamentado por el Senado (artículos 178 a 185), que hasta ahora no ha sido de aplicación.

En casi todos los casos, las mociones de orden se votan sin discusión, salvo en las dos últimas hipótesis recién mencionadas y también en las de las mociones de apartamiento del reglamento, de constitución de la Cámara en comisión y de envío de un asunto a comisión, situaciones en que puede darse una breve discusión, con limitados plazos para que hablen los senadores por una sola vez (salvo el autor de la moción, que puede hacerlo dos veces), según consigna el artículo 141, norma que también condena a la llamada *moción mordaza*, previendo que no se puede requerir el cierre de debate mientras algún senador desee usar de la palabra.

Para su aprobación, salvo en dos casos (las recién indicadas mociones vinculadas con el artículo 79 constitucional, en que, en coherencia con este, se precisa de la mayoría absoluta del total de los miembros del Senado), en las demás situaciones, para la aprobación, se precisa la mayoría absoluta de los votos emitidos (artículo 142).

Respecto de la moción de planteo de una cuestión de privilegio (materia que el reglamento no define formalmente, pero que como es bien sabido tiene que ver con ciertos institutos jurídicos especiales en procura de la independencia del cuerpo y de sus miembros), tras esa presentación la presidencia dispondrá su pase a comisión, salvo que el Senado, con dos tercios de votos de los presentes, disponga su tratamiento preferente (artículo 140, inciso 6).

11.2. Las mociones de preferencia

«Es moción de preferencia toda proposición que tiene por objeto determinar la oportunidad o anticipar el momento en que debe tratarse un asunto» (artículo 143). El principio general sobre el orden de tratamiento de los asuntos, según su inclusión en las órdenes del día, fue visto en el punto 8. Las excepciones se establecen por las mociones en estudio, y también, aunque con efectos algo diferentes, por las de sobre tablas (ello sin perjuicio del orden que determine el plan de labor aprobado en definitiva por el Senado, como luego analizaremos).

Hay mociones de preferencia *sin fecha fija* (artículo 144), casos en los cuales los asuntos serán tratados en la reunión subsiguiente que el Senado celebre, en el orden de proposición de las mociones (las preferencias de igual clase se tratarán a continuación y por su orden); y *con fecha fija* (artículo 145), situación en la que el asunto será considerado en la reunión de la fecha fijada como preferente, en primer término y a continuación de las órdenes del día impresas (si así no ocurriese, o si ese día no se realizara la sesión, la preferencia caducará).

Para la aplicación de determinada mayoría en la aprobación de estas mociones, el criterio reglamentario se basa en si la orden del día correspondiente al despacho de comisión objeto de la moción está publicada (precisándose entonces la mayoría absoluta de votos emitidos) o si no lo está (situación idéntica a la de carencia de dictamen de comisión, en la cual se requerirá dos terceras partes de votos emitidos, como también precisa el artículo 146).

Estas mociones (como así también las de sobre tablas y de reconsideración) llevan un trámite de discusión breve, donde el único que puede hablar dos veces es el autor de la moción (los demás senadores pueden usar de la palabra una vez por no más de cinco minutos (artículo 149).

Existen ciertos casos de preferencias reglamentarias, aplicables aunque no exista una moción especial al respecto; tales como el ejemplo que párrafos arriba referimos, en referencia al artículo 141.

11.3. Las mociones de sobre tablas

Abarcan a «toda proposición que tiene por objeto considerar inmediatamente un asunto, con o sin dictamen de comisión» (artículo 147). «Inmediatamente» implica, literalmente, con prelación a todo otro asunto o moción, a diferencia de lo que ocurre en la otra Cámara, en que los asuntos objeto de estas mociones aprobadas son tratados como primeros del orden del día. Estas mociones no son aplicables a reformas del reglamento (artículo 227).

Requieren para su aprobación las dos terceras partes de los votos emitidos y solo pueden considerarse, en principio, cuando se haya terminado de dar cuenta de los asuntos entrados.

11.4. Las mociones de reconsideración

Se definen como las proposiciones que tengan por objeto rever una sanción de la Cámara, sea en general o en particular, u otra decisión recaída sobre un pedido de acuerdo formulado por el Poder Ejecutivo. Solo pueden interponerse mientras el asunto esté pendiente o mientras dure la sesión en que aquel quedó terminado. Se tratan inmediatamente después de formuladas y para su aprobación se requiere la mayoría calificada de dos terceras partes de los votos emitidos, y no pueden ser repetidas (artículo 148).

12. Los proyectos

Si los asuntos generalmente procesales deben ser instados por los legisladores mediante mociones, estos promueven habitualmente las cuestiones de fondo, propias sustantivamente de su función constitucional, por la vía de los proyectos parlamentarios, cuyos tipos enumera el artículo 125. Son los proyectos de *ley* («toda proposición que deba pasar por la tramitación establecida en la Constitución para la sanción de las leyes», establece el artículo 127), los de *resolución* («toda proposición que tenga por objeto originar una resolución particular del Senado», dice el artículo 129), los de *declaración* («toda proposición destinada a reafirmar las atribuciones constitucionales del Senado o a expresar una opinión del cuerpo», reza el artículo 131), agregándose —a la clásica enumeración de la Cámara de Diputados— los proyectos de *decretos* («toda proposición que tenga por objeto originar una decisión especial de carácter administrativo», cf. artículo 128) y de los de *comunicación* («toda proposición dirigida a contestar, recomendar o pedir algo, o a expresar un deseo o aspiración de la Cámara, en particular los pedidos recabando informes», establece el artículo 130).

Los proyectos deben ser presentados por *escrito, firmados*, y se les tiene que agregar su versión digital, para incorporación al sistema informático (artículos 132 y 133). Deben ser acompañados por sus *fundamentos*, también por escrito (artículo 133), aunque los proyectos que no sean de ley también pueden hipotéticamente ser fundados verbalmente por el autor, por no más de diez minutos, si el Senado así lo resuelve (artículo 134). Los proyectos que importen gastos deben indicar la fuente de financiamiento (de lo contrario, no se podrán discutir); en todo caso, este tipo de proyectos siempre debe tener dictamen de comisión (artículo 126).

Aunque la Constitución nacional vigente no contempla un procedimiento de ese tipo, el reglamento (artículo 138) concede un tratamiento especial a los proyectos de ley cuyo autor es el Poder Ejecutivo, remitidos con carácter de urgencia por este (o a las sanciones venidas de la otra Cámara, respecto de proyectos de similares orígenes): el Senado, por dos tercios de votos de los presentes debe decidir la preferencia a otorgárseles y, en su caso, el plazo que se concederá a las comisiones a las que se destinen, para que emitan su dictamen.

El *autor* del proyecto goza de ciertas prerrogativas, entre otras las de tener prelación y gozar de plazos especiales en el uso de la palabra (artículos 150, 163, 172), y de ser especialmente citado por la comisión encargada de dictaminar en el tema (artículo 98). Los proyectos presentados podrán ser retirados o girados al archivo, pero solo con anuencia del Senado (artículo 137).

El reglamento intenta garantizar una amplia *publicidad* a los proyectos (inclusive a través de la prensa, según afirma el artículo 136). Estos deben incluirse, con sus fundamentos, en el *Diario de Asuntos Entrados*, por cuyo medio se dan cuenta, en cada sesión, a la Cámara (artículo 187; en realidad, tanto este artículo como el artículo 133 hacen referencia a la enunciación de los proyectos en el recinto, que en los hechos se reemplaza por la alusión a ese documento), tomando así *estado parlamentario*. También, según el artículo 45, inciso *a*, se incluyen en el *Diario de Sesiones* referencias a los proyectos ingresados. Modernamente, esta difusión se asegura por la inclusión de estas iniciativas en el sitio web de la Cámara.

Ingresados de esa forma los proyectos (incluyendo los del Poder Ejecutivo y las sanciones del Senado llegadas en revisión), son girados a la comisión que corresponda (artículo 133).

13. El debate

En el recinto de sesiones el Senado termina de concretar sus atribuciones poniendo en ejercicio (en lo que respecta a los proyectos de ley) lo que determinan los artículos 77 a 84 de la Constitución nacional. Para ello ejecuta un elaborado procedimiento interno, también regulado en el reglamento, que ordena un debate en *dos* etapas: primero, la *discusión en general*, finalizada la cual se pasa a votar; luego, la *consideración en particular*, que también culmina en cada porción con una votación (artículos 161, 162 y 171). La discusión se da por terminada cuando recae resolución sobre el último artículo (artículo 176, salvo que se produzca alguna reconsideración, según el procedimiento del artículo 148). Lo pasamos a analizar.

13.1. *Discusión en general*

Por las especiales características del Senado (en particular, por la menor cantidad de miembros que posee) el procedimiento del debate en general (sobre todo el proyecto o el asunto tomado en masa, o sobre su idea fundamental, dice el artículo 162) tiene plazos que son más amplios que en la Cámara de Diputados, y que pueden ser también incrementados por el Senado al inicio del debate. El cuerpo también puede establecer horarios de votación, una vez que esté cerrada la lista de oradores, y respetando el uso de la palabra de todos los anotados. Todo esto lo prevé el artículo 163, que dispone que cualquier senador puede usar de la palabra por veinte minutos, con posibilidad de rectificar aseveraciones de colegas por diez minutos. Poseen un

plazo especial de cuarenta minutos para usar de la palabra los miembros informantes de mayoría y minoría de la comisión, los autores de los proyectos y los senadores que asuman la representación de un bloque. Es libre la posibilidad de insertar discursos o documentos al *Diario de Sesiones*, si el Senado lo autoriza.

Por la inexistencia de un sistema tan rígido como en la Cámara de Diputados, como lo es el vinculado con las observaciones de dictámenes de comisión, a efectuarse en plazos rigurosos y con efectos estrictos, el reglamento del Senado no contempla procedimientos especiales para los casos de despachos sin disidencias, o sin disidencias pero con observaciones. Pero incluye el escenario del debate libre (artículo 164: cualquier senador puede hablar cuantas veces quiera, una vez que se aprueba la moción de orden al respecto) o del tratamiento de un asunto una vez que haya sido despachado por el Senado constituido en comisión (artículo 170: el asunto así dictaminado se pasa directamente a votar, sin discusión). Existen asimismo particulares referencias para los casos de presentación de nuevos proyectos durante el debate (o reemplazo del proyecto en discusión, en la misma instancia), en los artículos 166 a 168.

Cerrado el debate en general, se procederá a votar. Sin perjuicio de los *efectos constitucionales*, respecto de los proyectos de ley, que una decisión afirmativa o negativa de la Cámara pueda tener (y que se analizan en otros capítulos de este libro), los *efectos procesales* parlamentarios de la situación son que si se *desecha* el proyecto en general concluye toda discusión sobre este, pero si se *aprueba* en general, se pasa a su discusión en particular (la habitual o la especial que contempla, como dijimos, el artículo 79 constitucional, nunca aplicado todavía aunque haya sido motivo de una cuidadosa reglamentación en los artículos 178 a 185), como reza el artículo 169. Ello sin perjuicio de la eventual caducidad del proyecto por el paso del tiempo, regulada por la ley 13640.

13.2. Discusión en particular

La discusión en particular tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o períodos o partes del proyecto pendiente (artículos 171 y 207). Sobre cada una de estas etapas, sucesivamente, debe procederse a la votación. Debe guardarse la unidad de debate y no podrán aducirse consideraciones ajenas al punto en discusión (artículo 173).

Cada senador podrá usar de la palabra por cinco minutos en cada norma en discusión, salvo los miembros informantes de comisión, de mayoría y de minoría, el autor del proyecto y el senador que asuma la representación de un bloque parlamentario, los que tendrán diez minutos (en cada caso), como estipula el artículo 172.

Durante la consideración en particular pueden introducirse nuevos artículos, que sustituyan al que está en tratamiento, los cuales deben presentarse por escrito, y si la mayoría de la comisión acepta la sustitución, modificación o supresión de su

despacho por el nuevo o los nuevos artículos introducidos, estos se considerarán como parte integrante del despacho; pero si no acepta, se pasa a votar el despacho de la comisión y, si es rechazado por la Cámara, se discuten y votan el o los nuevos artículos propuestos, en el orden en que hubieren sido presentados (artículos 174 y 175).

Obsérvese, finalmente, que el artículo 177 en buena medida repite las prescripciones constitucionales relativas al procedimiento parlamentario cuando el proyecto legislativo recibe adiciones o correcciones por la cámara revisora, su diferente situación según que estas sean aprobadas por mayoría absoluta o por dos tercios. Interesa en particular destacar que esta norma exige (en concordancia con lo que dispuso una resolución de los presidentes de ambas Cámaras del Congreso suscrita el 26 de octubre de 1995) que en la comunicación que se gire a la otra Cámara conste el resultado de la votación, consignándose si fue por mayoría absoluta o por dos tercios.

14. Las votaciones

Con la votación finaliza la discusión en general (artículo 169) y también con la votación, artículo por artículo, capítulo por capítulo o título por título, o parte por parte, se culmina, progresivamente, la discusión en particular (artículo 171).

Votar en el recinto es una de las fundamentales obligaciones del senador, y así se deduce del artículo 212: el legislador presente en el recinto sólo puede *abstenerse* de votar con una autorización especial de la Cámara, que debería concederse en casos realmente particulares, tales como, por ejemplo, cuando por razones de colusión de intereses, la ética le obligue a solicitar tal excepción. De no obtenerse dicha autorización, al senador que deseara abstenerse le queda no presentarse o ausentarse del recinto, con las sanciones que esas conductas deberían conllevar y que ya hemos comentado. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador posee otro derecho: si bien no puede protestar contra la resolución que el Senado votó, podrá pedir la *consignación de su voto* en el acta y en el *Diario de Sesiones*.

Según los artículos 205 y 206, las votaciones serán *nominales*, *mecánicas* y *por signos*. El Senado posee un sistema electrónico que refleja en los tableros existentes en el recinto, en la Secretaría y en la memoria central, el resultado de la votación.

La votación por *signos* se refleja en el tradicional sistema de *mano levantada* (aunque el artículo 205 también contempla el método de *ponerse de pie*) que, pese a la existencia de los medios mecánicos, muchas veces, cuando el asunto sujeto a votación no ofrece mayores disidencias, resulta más rápido y efectivo.

Las *votaciones nominales* (que permiten individualizar el nombre y apellido de cada senador votante, y la forma en que produjo su decisión) son obligatorias para todos los casos de proyectos de ley, de decisiones sobre acuerdos, y de las elecciones que deba hacer el Senado. También se harán votaciones nominales en los demás casos que decida el cuerpo, por mayoría absoluta (artículo 205). Todo ello sin perjuicio

del supuesto de votación nominal contemplado por el artículo 83 constitucional (insistencia tras un veto del Poder Ejecutivo). De aplicarse el régimen de discusión y votación en particular, por delegación, en la comisión, también la votación allí debería hacerse en forma nominal (artículo 183).

Las votaciones tienen que ser por la *afirmativa o la negativa* (artículos 208 y 212), aunque esta definición reglamentaria no es completa puesto que existen también votaciones para elegir candidatos, donde esta alternativa necesariamente no se da.

El *presidente propone* la votación (artículo 32, inciso *d*). La Secretaría computa, verifica y anuncia el resultado (artículo 39, inciso *d*), el que es *proclamado* por el presidente (artículo 32, inciso *d*), quien, como ya dijimos, no puede votar salvo en caso de empate (tras repetirse una vez la votación, debiendo participar en la segunda oportunidad los legisladores que lo hicieron en la primera; cf. artículo 213). El artículo 211 también contempla la necesidad de que vote el presidente (cuando la Cámara está presidida por un senador) en los casos en que la Constitución o el reglamento requieran su voto para hacer resolución (que puede ser una hipótesis fuera del empate, por ejemplo, para constituir una mayoría especial), situación en la cual ese senador presidente debe votar en último término.

Toda decisión votada en general o en particular puede ser objeto de reconsideración (artículo 148), como ya vimos. Sin llegar a ese extremo, cabe considerar el supuesto de la *rectificación* de la votación, que se presenta si se suscitan dudas respecto del resultado del escrutinio después de proclamado, y que se realizará con los legisladores presentes que hubiesen tomado parte en la votación (artículo 210).

15. Las sesiones

Según el método que nos fijamos, no haremos referencia a las sesiones *ordinarias*, de *prórroga* y *extraordinarias*, suficientemente reguladas por la Constitución, y que el reglamento no tiene por qué profundizar (solo las menciona circunstancialmente y en casos que ya vimos).

Son de fundamental importancia las sesiones *preparatorias*, suficientemente tratadas en la norma que estamos estudiando. De acuerdo con los artículos 1 y 7, se producirán cada año, el 24 de febrero (para elegir autoridades y designar días y horas de reunión) y el 29 de noviembre (para incorporar senadores, los años en que corresponda la renovación parcial del cuerpo).

Las sesiones pueden ser *de tablas* y *especiales*. Las primeras se realizan los días y horas preestablecidos en la sesión preparatoria recién indicada. Son sesiones *especiales* las que se llevan a cabo fuera de los días y horas predeterminados (según determina el artículo 17, que incorpora también como especiales a las sesiones secretas) y se convocan por resolución del Senado, por sí o previa petición del Poder Ejecutivo, o a petición escrita de cinco o más senadores; estos últimos deberán expresar el objetivo de la sesión solicitada, vinculándolo con un proyecto formalmente ingresado (artículo 19).

Responde a nuestra impronta republicana que, ordinariamente, las sesiones del Senado sean *públicas* (artículo 18). Excepcionalmente, podrá haberlas *secretas*,¹¹ pero existiendo previamente una resolución especial del cuerpo, adoptada por dos tercios de votos, o por una resolución fundada del presidente, o a pedido del Poder Ejecutivo, o mediando una petición fundada de cinco o más senadores. Se autoriza a presenciar las sesiones secretas a los diputados, solo cuando se traten asuntos de carácter legislativo; no se mencionan como autorizados a concurrir a los secretarios de Estado, aunque sí a los ministros del Ejecutivo (artículo 24). El motivo del pedido de sesión secreta se puede reservar; de todas formas, iniciada una sesión como secreta, se puede transformar en pública (artículo 21).

Características especiales poseen las sesiones en que el Senado se constituye en *tribunal* para los casos de juicio político, existiendo un reglamento interno específico que regula el procedimiento para esas reuniones, notoriamente distintas de las convocadas para las actividades no jurisdiccionales, habituales del cuerpo.

También existen sesiones de *Asamblea Legislativa*, en que se reúnen ambas Cámaras conjuntamente, cuando así lo dispone la Constitución nacional, y que no merecen un tratamiento especial para el reglamento.

En materia horaria, la *tolerancia* reglamentaria (frecuentemente superada) para iniciar las sesiones es de treinta minutos (artículo 15).

16. Orden de una sesión

El recinto de sesiones del Senado, ubicado en el Palacio del Congreso nacional, es el único lugar donde se constituye esa Cámara, salvo razones de gravedad institucional (artículo 30). A este recinto solo tienen acceso los senadores, diputados, representantes del Poder Ejecutivo, secretarios y prosecretarios del Senado, directores y secretarios de comisión (estos, mientras se consideren asuntos de sus respectivos órganos asesores), personal de Secretaría y quien cuente con autorización especial de la Presidencia previo acuerdo de la Cámara (artículo 217). La sesión, bajo la autoridad del presidente (artículo 32, inciso *c*; este funcionario está encargado de convocar a los senadores al recinto, artículo 32, inciso *a*), se compone de los siguientes pasos.

Primero, la *apertura*: no puede abrirse la sesión sin quórum (caso contrario existiría una simple reunión en minoría, con alcances meramente políticos). Llegado ese

¹¹ Hasta una reforma reglamentaria de 1992 y la enmienda constitucional de 1994, eran sesiones secretas las dedicadas a la consideración de los *acuerdos* por el Senado. Ello cambió radicalmente desde entonces, y esta materia es ahora objeto de una particular regulación en los artículos 22, 22 *bis*, 22 *ter* y 23 (con particular referencia a la integración del Poder Judicial y del Ministerio Público), que intentan garantizar la publicidad de los pliegos remitidos por la Presidencia de la Nación, la realización de audiencias públicas previas, etcétera. En concordancia con lo anterior, también todas las audiencias de la Comisión de Acuerdos deben ser públicas (artículo 98).

momento, el presidente la declara abierta (artículos 32, inciso *a*; y 186). A continuación (artículo 187) se da cuenta al Senado de los *asuntos entrados*, en las formas que ya hemos analizado. Sin perjuicio de esto último, se señala que el artículo 32, inciso *m*, contempla también un trámite que debe ser previo: la *consideración de los diarios de sesiones anteriores*, lo que tiene que ser sometido a tratamiento por el presidente.

El paso siguiente, conforme al artículo 187, es considerar el *plan de labor*, que debe en principio ser preparado por el Plenario de Labor Parlamentaria (artículo 57), para su consideración por el Senado en pleno en esta oportunidad; cada senador puede hacer uso de la palabra por una sola vez y por no más de cinco minutos, se vota en particular cada observación formulada a dicho plan (artículo 58). Empero, si no se hubiera consensuado un documento de este tipo en el Plenario de Labor Parlamentaria, la presidencia o cualquier senador podrán proponer planes específicos, promovándose un procedimiento que habilita a cada uno de los bloques a fundar su posición por no más de cinco minutos, votándose las propuestas en el orden en que hayan sido formuladas (artículo 59).

En caso de *ausencia de plan de labor*, el artículo 188 establece cuál debería ser el orden de tratamiento de los asuntos. En concreto, primero los homenajes,¹² y luego el tratamiento de los acuerdos, la constitución del Senado en tribunal de juicio político, la consideración de órdenes del día (que, según el artículo 192, deben repartirse a los senadores con antelación), el tratamiento de preferencias votadas con anterioridad, los pedidos de tratamientos sobre tablas y la consideración de pedidos de pronto despacho, de sobre tablas y de preferencia.

El tratamiento reglamentario del orden de las sesiones es mucho más simple en el reglamento que ahora estamos analizando que en el de la Cámara de Diputados. Son prácticamente inexistentes las referencias a los cuartos intermedios (salvo en lo que respecta a la moción de orden respectiva y a la potestad del presidente de proponerlos, incluida en los artículos 32, inciso *c*; y 33) y al final de las sesiones. De todas formas, los principios que enumeramos en el artículo correspondiente al reglamento de la Cámara de Diputados sobre estas cuestiones son de general aplicación.

17. Uso de la palabra

Si bien distintas disposiciones del reglamento determinan *a priori* qué legisladores pueden hacer uso de la palabra, de acuerdo con los asuntos en tratamiento, aquel también establece las pautas generales respecto del orden en que la palabra debe ser concedida por el presidente.

¹² Según el artículo 17, se pueden dar varios escenarios al respecto. Si los homenajes están destinados a temas de actualidad, no podrá hablar más de diez minutos cada orador, salvo que el Senado dispusiera que uno solo de sus miembros use de la palabra, circunstancia en que podrá hablar por veinte minutos. Y si se tratare de acontecimientos pasados que hubieren sido objeto de homenajes anteriores, estos honores se concretarán únicamente mediante un proyecto de declaración.

Así, el artículo 150 precisa que corresponderán preferencias para a) *el miembro informante* de la comisión que haya dictaminado en el asunto en discusión; b) *el miembro informante de la minoría* de la comisión, si esta se encontrase dividida;¹³ c) *el autor o autores del o de los proyectos* en discusión;¹⁴ d) *el presidente de un bloque parlamentario o el senador que lo represente*; y e) *los distintos senadores, en el orden en que soliciten la palabra*, situación en la que pueden darse varios supuestos: el otorgamiento, en lo posible, de la palabra al senador que se oponga a las razones expuestas anteriormente (artículo 152), pero si dos senadores pidieran al mismo tiempo la palabra, y no se diera el caso anterior, se preferirá a quien aun no hubiese hablado (artículo 153); esta última norma también consagra el derecho del presidente de dar la palabra «en el orden que estime conveniente».

Respecto de la cantidad de veces que un senador puede hablar y al tiempo aplicable a esos efectos, ya hemos hecho las referencias del caso en el punto 13.

En lo que hace a la *forma* de utilizar la palabra, se prohíbe la lectura de discursos, con algunas excepciones, como la de documentos ingresados, o de piezas que expongan los senadores, por no más de cinco minutos en este caso (artículo 196), y se exige a los legisladores dirigirse a la presidencia o a los senadores en general, y no personalizar, en lo posible, en los colegas (artículo 194). Se prohíben las alusiones irrespetuosas o las imputaciones de mala intención o de móviles ilegítimos no solo respecto de los restantes senadores y diputados sino también de ambas Cámaras (artículo 195). Están vedadas las interrupciones, salvo con la venia del presidente y el consentimiento del orador (artículos 197 y 200) o cuando el orador saliere notablemente de la cuestión o faltare al orden (artículo 198).

La presidencia puede *llamar* a un orador *a la cuestión*, cuando se aparte del tema en debate (artículos 32, inciso *c*; y 198), pero en caso de insistencia corresponde al Senado decidir (artículo 199). También puede el presidente *llamar al orden* (artículos 32, inciso *c*; y 202) en casos de violaciones a lo dispuesto por los artículos referidos en el párrafo anterior, o cuando se incurra en personalizaciones, insultos, expresiones o alusiones ofensivas (artículo 201); el procedimiento a esos efectos lo fijan los artículos 202 y 203, pudiendo llegar a producirse, ante un tercer llamado al orden en una sesión, que se prohíba el uso de la palabra, y la eventual utilización de las medidas disciplinarias previstas por el artículo 66 de la Constitución nacional (artículo 204).

También corresponde al presidente tomar medidas para garantizar la seguridad y vigilancia (cf. artículo 32, inciso *h*) en todas las dependencias, incluyendo el recinto, ante demostraciones o señales bulliciosas de aprobación o desaprobación

¹³ El artículo 151 dispone que los miembros informantes tienen derecho de replicar discursos u observaciones que no hubieren sido contestados antes por ellos.

¹⁴ También precisa el artículo 151 que, en caso de oposición entre el autor del proyecto y la comisión, aquel puede hablar en último término.

(artículo 219) por el público que asiste desde las galerías (la *barra*, en la jerga propia del Parlamento). Si se violare esta disposición el presidente mandará salir del edificio del Congreso a quien contraviniere lo antes mencionado, pudiendo llegar a suspender la sesión hasta que se concrete ese desalojo (artículo 220). El artículo 218 contempla la existencia de la *policía del Senado*, dependiente de un comisario, encargado de cumplir las disposiciones que se adopten. Inclusive, el artículo 216 prevé que el Senado, con dos terceras partes de votos de los presentes, puede llegar a aplicar arrestos por hasta setenta y dos horas (debiendo poner el hecho en conocimiento del juez competente), contra quienes obstaculicen o impidan la actividad parlamentaria, atribución jurídicamente discutible (que se analizará en otros capítulos de este libro y que por ello no vamos a profundizar).

18. Quórum y mayorías

El reglamento (de conformidad con el artículo 64 constitucional, que requiere el quórum para *entrar en sesión*) subraya esta prescripción suprema en el artículo 16. Una vez abierta la sesión, el Senado puede perder el quórum legal y continuar la reunión pero, llegado el caso de votar nuevamente deberá verificarse el número de los presentes, y si no hubiere quórum para votar, la sesión quedará levantada luego de quince minutos de la llamada realizada a los senadores que se encontraren en antesalas para retornar al recinto (artículo 191). Ningún senador podrá ausentarse durante la sesión sin dar aviso al presidente, establece el artículo 193, norma que no exige la autorización presidencial o del Senado para retirarse, y que conspira con la conservación del quórum.

El artículo 16, al definir al quórum, no hace más que reiterar el criterio general establecido por el artículo 64 constitucional (*mayoría absoluta de sus miembros*), al decir que «la mayoría absoluta del número constitucional de senadores hace Cámara». No se pronuncia este texto vigente sobre viejas discusiones (mayoría absoluta como más de la mitad o mitad más uno de sus integrantes).¹⁵ Ello, por supuesto, en los casos en que no se interprete que la Constitución exige quórums agravados.

Dado el requisito de quórum, la Cámara deberá contar asimismo con una cantidad determinada de votos favorables para que sus decisiones sean válidas, constitucional y reglamentariamente.

El principio general lo establece el artículo 209:

El voto de la *mayoría absoluta* de los senadores presentes, en quórum legal, hace decisión, salvo los casos en que la Constitución nacional u otra norma exija mayorías

¹⁵ Nótese empero que el artículo 212 prescribe que el cálculo del quórum debe hacerse sobre la cantidad de votos que se emitan (descartando las abstenciones autorizadas por el Senado), norma en principio inconstitucional, pues el artículo 64 de la carta magna no comprende excepciones de ningún tipo.

especiales o bases de cómputos diferentes, según que deba tomarse en cuenta la totalidad de los miembros del cuerpo o solo de los presentes. [...] Entiéndese por mayoría absoluta, más de la mitad de los presentes.

Esta norma se complementa con el artículo 212, el cual, tras aceptar la posibilidad de abstención de votar (autorizada por el Senado), prescribe que «el cómputo de la votación se hará sobre la cantidad de votos que se emitan».

Las excepciones constitucionales y legales exceden los límites de este capítulo, y se estudian en otros; las *excepciones reglamentarias* son las siguientes:

- a. *Mayoría de dos terceras partes de votos de los miembros del Senado*: para crear comisiones especiales, especiales mixtas, bicamerales, bicamerales mixtas e investigadoras (artículo 88), para prorrogar el plazo de labor de las comisiones especiales (artículo 85) e investigadoras (artículo 87) y para reformar el reglamento (artículo 227).
- b. *Mayoría de dos terceras partes de votos de los miembros presentes*: para dar preferencia a proyectos del Poder Ejecutivo enviados con carácter de urgencia (artículo 138), para dar tratamiento preferente a una cuestión de privilegio (artículo 140, inciso 6) y para imponer arrestos (artículo 216).
- c. *Mayoría de dos terceras partes (sin aclaración, con lo que es de aplicación el principio general de que debe calcularse sobre votos emitidos)*: para entrar en sesión secreta (artículo 18, inciso a).
- d. *Mayoría de dos terceras partes de los votos emitidos*: para aprobar una moción de preferencia sin existir despacho de comisión impreso (artículo 146, inciso b); para aprobar una moción de sobre tablas (artículo 147) y para aprobar una moción de reconsideración (artículo 148).
- e. *Mayoría absoluta del total de los miembros del Senado*: son todas hipótesis que tienen que ver con el envío a comisión para el tratamiento de proyectos de ley en particular en ese ámbito, la aprobación dentro de la comisión y la revocación de la autorización para que la comisión trate ese tema en particular (artículos 140, incisos 10 y 11; 178 y 185).
- f. *Mayoría absoluta de presentes*: para obviar la votación nominal (artículo 205, inciso 2), y la situación general de cualquier votación (artículo 209) aunque ya hemos visto que el artículo 212 la acota a votos emitidos.
- g. *Mayoría absoluta de votos emitidos (consagrado esto último en forma específica)*: para aprobar una moción de orden (salvo las enumeradas en sus incisos 10 y 11 del artículo 140; es lo que determina el artículo 142) y para aprobar una moción de preferencia existiendo dictamen de comisión impreso (artículo 146, inciso a).
- h. *Mayoría absoluta (sin aclaración, con lo que es de aplicación el principio general de que debe calcularse sobre votos emitidos)*: para elegir a las autoridades políticas del Senado (artículo 2; aunque, si no se registra esa

cantidad, se elige a continuación por mayor número de sufragios, artículo 3), a secretarios (artículo 38), prosecretarios (artículo 51) y para las demás elecciones que deba hacer el cuerpo, en general (artículo 206).

- i. *Apoyo de cinco senadores*: para declarar cerrada la conferencia, estando el Senado reunido en comisión (artículo 160).¹⁶

19. Relaciones con el Poder Ejecutivo

Finalmente, unas breves referencias sobre cómo contempla el reglamento a ciertas relaciones entre el Senado y el Poder Ejecutivo, dentro del marco específico que en cada caso fija la Constitución.

Si bien no se incluyen previsiones especiales sobre la *concurrencia voluntaria de ministros*¹⁷ (artículo 106 constitucional), un artículo específico, el 214, está dirigido a regular la «interpelación» a los ministros del Poder Ejecutivo prevista por los artículos 71 y 101 CN, aunque es habitual que en los casos concretos en que ello ocurre se adopten medidas procesales ad hoc.

Asimismo tiene una regulación detallada la *concurrencia mensual al Congreso del Jefe de Gabinete de Ministros*, prevista en el artículo 101 constitucional. No ha habido muchas ocasiones de poner en ejercicio lo que, en consecuencia, establecen los artículos 215 y siguientes, dada la escasa cantidad de oportunidades en que se registró el cumplimiento de este mandato constitucional.

El poder de información e investigación de que goza el Congreso puede ponerse de manifiesto mediante la solicitud al Poder Ejecutivo de informes por escrito, que tendrán la forma y el procedimiento normal de cualquier proyecto (en este caso particular, de comunicación, como reza el artículo 130) y que detallarán los puntos sobre los que el Poder Ejecutivo debe informar. Pero existe un procedimiento más rápido y expeditivo, sin pasar por el plenario de la Cámara, que contempla el artículo 106, si se trata de pedidos de informes decididos por dos terceras partes de votos de los integrantes de la comisión.

¹⁶ En el punto 9 hemos hecho referencia al quórum y mayorías requeridos en el ámbito de las comisiones. Recapitulamos acá que allí, además del criterio general de la mayoría absoluta de presentes para emitir dictamen (artículo 105) o para convocar a audiencia pública (artículo 112), existen también casos de votaciones en que es necesario el consenso de dos terceras partes de los miembros, como para declarar reservada una reunión (artículo 98), o para aprobar ciertos dictámenes que luego no necesitan pasar por el pleno del Senado (artículo 106).

¹⁷ Salvo en el artículo 139, que califica a los ministros como potenciales autores de mociones.

Alejandra Rodríguez Galán*

El acuerdo del Senado

Entre las funciones propias que ejerce el Senado de la Nación se destaca la de conferir el acuerdo para la designación de las más altas jerarquías del Poder Judicial y de ciertos funcionarios del gobierno federal, según lo establece la Constitución nacional.

El acuerdo del Senado se perfila así como una intervención necesaria y un factor condicionante para perfeccionar el nombramiento de los magistrados federales y los funcionarios y oficiales de rango superior del servicio exterior y de las fuerzas armadas de la Nación, extremo que confiere a este instituto una significación institucional destacada.

El presente trabajo se propone examinar esta cuestión sustantiva que concierne a la legitimidad de las instituciones políticas, con especial énfasis en el caso de los magistrados federales.

1. El sistema vigente

El acuerdo para la designación de funcionarios de los otros dos poderes del Estado es, en el sistema de la Constitución, una facultad privativa del Senado de la Nación, que se inserta en la lógica del principio de separación de los poderes y

* Abogada y máster en Ciencias Políticas (Estados Unidos). Profesora de Derecho Constitucional, UBA. Secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

constituye una expresión del sistema de pesos y contrapesos, propio de aquel. En el marco de los controles recíprocos entre los órganos del gobierno federal, el otorgamiento del acuerdo senatorial constituye una expresión de contralor que ejerce la Cámara alta, en orden a la provisión de empleos de los magistrados judiciales y altos funcionarios de los otros órganos del poder.

En lo que concierne a los magistrados federales, su nombramiento corresponde al presidente y requiere el acuerdo del Senado en sesión pública, y en el caso de los tribunales inferiores, a ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la intervención previa del Consejo de la Magistratura. En tal sentido, el artículo 99, inciso 4, dispone que:

Artículo 99. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

[...]

4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. 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 [...].

Asimismo, el acuerdo del Senado es requerido para la designación de los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, para la concesión de los empleos o grados de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas con arreglo al artículo 99, incisos 7.º y 13, respectivamente,¹ y para la designación del presidente del directorio del Banco Central, según lo determina la carta orgánica de este banco.²

2. Antecedentes

La Constitución histórica de 1853-60 contempló el acuerdo del Senado en el entonces artículo 86, inciso 5. Si bien este precepto reconoce como fuente

¹ «Artículo 99. [...] 7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.

[...]

13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas; y por sí solo en el campo de batalla».

² «Artículo 7.º El presidente, el vicepresidente, y los directores serán designados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado de la Nación; durarán seis (6) años en sus funciones, pudiendo ser designados nuevamente. El Poder Ejecutivo nacional podrá realizar nombramientos en comisión durante el tiempo que insuma el otorgamiento del acuerdo del Senado de la Nación. Las retribuciones del presidente, el vicepresidente y los directores serán las que fije el presupuesto del banco» (cf. ley 24144).

normativa a la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1778 —artículo II, sección 2, n.º 2— cabe observar que en el sistema norteamericano, el acuerdo senatorial es un requisito que se exige en general para el nombramiento de todos los altos funcionarios civiles del gobierno. En efecto, mientras el presidente norteamericano necesita del «consejo y consentimiento» del Senado para nombrar a embajadores y ministros del cuerpo diplomático, jueces de la Suprema Corte y a todos los demás empleados cuya provisión no esté dispuesta de otro modo en la Constitución el presidente argentino nombra *por sí solo* a todos los funcionarios cuyo nombramiento no esté reglado de otra forma en nuestra ley fundamental. En consecuencia, la regla en los Estados Unidos es la intervención del Senado, en cambio, en nuestro sistema institucional es la excepción.³

Con respecto al acuerdo que se otorga a los magistrados judiciales, en particular los ministros de la Corte, cabe recordar que la práctica de designación de los *Justices* de la Suprema Corte de los Estados Unidos da cuenta de un exhaustivo mecanismo de *hearings*, más riguroso que el que se lleva a cabo en nuestro medio, aun con las nuevas reformas, cuya expresión paradigmática fue el caso de Robert H. Bork, en 1987, juez de circuito de la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia y candidato de fuerte extracción conservadora, propuesto por el entonces presidente Ronald Reagan, que al cabo de un largo y riguroso interrogatorio y debate no fue confirmado por la comisión judicial del Senado.⁴ En esa vacante entró más tarde Clarence Thomas, ministro actualmente en funciones en la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Alexander Hamilton explicaba las ventajas del acuerdo senatorial en estos términos:

Sería un excelente freno para el espíritu de favoritismo del presidente. [...] Se comprenderá inmediatamente que un hombre que tuviera la exclusiva disposición de los cargos estaría gobernado mucho más por sus inclinaciones e intereses privados que si estuviera obligado a someter la propiedad de su elección a la discusión y determinación de un cuerpo diferente e independiente, que fuera a la vez toda una rama de la legislatura. La posibilidad del rechazo sería un fuerte motivo para poner cuidado en las propuestas. El peligro para su reputación y, en el caso de un magistrado electivo, para su existencia política, de traslucir un espíritu de favoritismo o una indecorosa búsqueda de popularidad ante la observación de un cuerpo cuya opinión tendría gran peso en la formación de la opinión del pueblo, no dejaría de obrar como una barrera para el uno y para el otro [...]. Apenas podría ocurrir que la mayoría del Senado sienta

³ Juan A. González Calderón: *El Poder Legislativo*, tesis doctoral, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1909, pp. 332 y 333.

⁴ Robert H. Bork: *The temptation of América*, Nueva York, The Free Press, Macmillan Inc., 1990, en especial su parte III, capítulos XIV y siguientes. En esta obra el autor expone la formulación definitiva del criterio de interpretación de la Constitución denominado *original understanding* y concluye con el relato de su experiencia personal durante los *hearings* ante la Comisión del Senado de los Estados Unidos.

complacencia hacia el objeto de su nombramiento que no sea la que pueda inspirar la apariencia del mérito y destruir las pruebas de su carencia.⁵

En la tesis de Hamilton subyace la idea de limitar los posibles excesos de la legislatura y para ello proponía dividir al Congreso en dos ramas y vincular el accionar del Poder Ejecutivo con el Senado, la rama menos fuerte de aquél. En suma, la propuesta del presidencialismo norteamericano, que se plasmó en la Constitución Federal de los Estados Unidos, consistía en conformar el Poder Judicial —el más débil de los poderes en la concepción de uno de los autores de *El federalista*— sobre la base de la acción conjunta de los dos órganos políticos del gobierno.

A su vez, en nuestro sistema de gobierno republicano, representativo y federal, la validez constitucional y la legitimidad del recipiendario del acuerdo están dadas justamente por la representación política que inviste el Senado. Así, por aplicación del principio de representación indirecta consagrado en el artículo 22 de la Constitución nacional, el pueblo está llamado a participar en la designación de funcionarios y magistrados conforme lo establece, en cada caso, la ley fundamental.

Al respecto, se ha sostenido con acierto que la trascendencia de los nombramientos reclama la intervención de la voluntad del cuerpo electoral por medio de alguno de sus órganos representativos para que el ejercicio de la función judicial tenga la legitimación no solo jurídica sino política, y esto es solo posible mediante la participación de esos órganos, que representan los poderes constituidos.⁶

Tanto el sistema norteamericano como el de nuestras instituciones políticas basan la eficacia de su funcionamiento en la cooperación de los órganos que ejercen el poder político del Estado, como expresión de fiscalización y control. El distinguido constitucionalista y profesor de Harvard, Lawrence Tribe, observa que la dinámica de la separación de poderes, en muchas instancias, requiere que al menos dos ramas del gobierno federal cooperen ante diversas opciones gubernamentales con el fin último de protección de los derechos individuales. Tal es el caso del proceso de formación de las leyes que requiere en su faz de elaboración la concurrencia de ambas Cámaras del Congreso y la posterior anuencia del Poder Ejecutivo mediante la promulgación; en tanto la aplicación y observancia de la ley comporta la cooperación del Poder Judicial y del Ejecutivo, pero ninguna acción del Congreso.⁷

Joaquín V. González señala que cada uno de los tres poderes tiene funciones propias, características, y asimismo juega un *rol* determinado con cada uno de los otros dos poderes. Si bien al Legislativo se lo identifica con la función de legislar, no es menos cierto que también le corresponde autorizar al Ejecutivo en diversos

⁵ Carlos María Bidegain: *El Congreso de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 414 y 415.

⁶ Carlos Santiago Fayt: *Supremacía constitucional e independencia los jueces*, Buenos Aires, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 50. Se busca sortear así el argumento contramayoritario.

⁷ Laurence H. Tribe: *Constitutional Law*, 2.^a edición, Nueva York, The Foundation Press, 1988, pp. 19-20.

actos en los que a este último debe en proceder.⁸ En tal orden de ideas se inscribe el proceso de designación *sub examine*, que da cuenta de las relaciones de cooperación y coordinación entre dos de los poderes del Estado para proveer a la integración de la estructura del gobierno.

3. El funcionamiento del sistema

1. En nuestro régimen vigente, según se ha indicado, la atribución constitucional al presidente de la Nación de nombrar a los jueces, con acuerdo del Senado, se mantiene en su formulación original solo respecto de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, bien que para los demás jueces federales e integrantes de las Cámaras de Apelaciones en el orden federal se ha previsto un procedimiento de selección consistente en la integración de ternas por el Consejo de la Magistratura. La sesión del Senado en la que se otorgue el acuerdo respectivo debe revestir carácter público (véanse artículos 99, inciso 4.º; y 114).⁹

No obstante ello, en términos generales, el proceso de designación de los magistrados —conforme a su similar en los Estados Unidos— permite diferenciar tres etapas sucesivas: la designación se cumple mediante la proposición del candidato por el presidente, surgido de la terna del Consejo de la Magistratura si se trata de jueces inferiores (*nomination*), la ratificación senatorial o acuerdo (*conformation*), y el ulterior nombramiento por el Poder Ejecutivo (*appointment*).

Se pone en funcionamiento así un procedimiento de carácter mixto, toda vez que concurren en él dos poderes públicos distintos del que se va a integrar, según el reparto de competencias propias, constitucionalmente asignadas a aquellos. De modo tal que corresponde con exclusividad al presidente nominar al candidato, a propuesta del Consejo de la Magistratura, y ponerlo en ejercicio de su función, es decir nombrarlo en el cargo. En tanto, compete únicamente al Senado confirmar o no al candidato propuesto, prestando o denegando el mentado acuerdo.

Cabe observar que la función del Senado ha de exceder a la mera expresión del consentimiento, dado que su intervención constituye un acto de control interorgánico, en la medida en que tiene arbitrio suficiente para valorar las condiciones del candidato. En efecto, al prestar o denegar el acuerdo, el Senado considera si el candidato reúne los requisitos constitucionales para el cargo y pondera la conveniencia y oportunidad del nombramiento.

La designación de jueces con acuerdo del Senado confiere un estatus definitivo a favor del juez, que solo se pierde por la destitución mediante enjuiciamiento

⁸ Jorge Reinaldo Vanossi: *Teoría constitucional*, II, 2.ª edición, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 156-157.

⁹ Alberto Ricardo Dalla Via: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pp. 552-553. María Angélica Gelly: *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, artículos pertinentes.

político; de allí que la inamovilidad implique, entre otros aspectos, que el título adquirido por el nombramiento es perfecto y vitalicio.¹⁰ De ello se colige la vinculación entre la trascendencia institucional del acto de remoción mediante el juicio político y la importancia del proceso de nombramiento. «Se muere el juez con el acuerdo si antes no se lo remueve con el juicio político».¹¹

A su vez, el acto del Senado puede ser abordado desde una doble dimensión: política y administrativa. Desde el punto de vista político, el acuerdo senatorial es considerado un acto de control y de gobierno. Es de control, en la medida en que constituye una valla a los avances del Poder Ejecutivo, pero es también de gobierno, pues su contenido es decisivo para la vida del Estado.¹² Por su parte, el enfoque administrativo considera al acuerdo como un acto autónomo e irrevocable, por cuanto es una actividad propia y exclusiva del Senado como poder coadministrador sobre el cual ya no se podría volver.¹³

Al respecto, cabe recordar que la necesidad de un nuevo acuerdo, al alcanzar un magistrado de la Corte Suprema la edad de 75 años —extremo introducido por la reforma constitucional y receptado en el último párrafo del artículo 99, inciso 4.º, y la disposición transitoria undécima—¹⁴ fue cuestionada ante el alto tribunal, dando lugar a su nulidad en el caso *Fayt*.¹⁵

En suma, la designación por el Poder Ejecutivo, a instancias del Consejo de la Magistratura en el caso de los jueces federales inferiores, y el acuerdo del Senado convergen en un acto complejo y definitivo, de tal suerte que la ausencia de una de

¹⁰ Germán José Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997, pp. 189, 269 y 271. Véase también el fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados recaído en la causa n.º 9, caratulada *Doctor Ricardo Lona s/ pedido de enjuiciamiento*, del 18 de febrero de 2004, voto del senador Dr. Alfredo Agúndez.

¹¹ Juan Carlos Luqui: *Sobre la movilidad de los jueces nombrados con acuerdo del Senado*, Buenos Aires, La Ley, 25.4.1984, pp. 1 ss, citado en Dardo Pérez Guilhou y otros, *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 167.

¹² Juan Fernando Segovia, «La independencia del Poder Judicial», en Dardo Pérez Guilhou y otros, *El Poder Judicial*, o. cit., nota 5, pp. 165-167.

¹³ En este terreno, en rigor, no cabría presumir la imprevisión de los miembros de la Comisión de Acuerdos al dictaminar respecto de los antecedentes de los nominados.

¹⁴ Artículo 99, inciso 4.º: «Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite».

Disposición transitoria undécima: «La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el artículo 99 inciso 4.º entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional».

¹⁵ *Fallos*, 322:1616. Para un exhaustivo análisis del control de constitucionalidad ejercido en el caso con relación a la reforma constitucional, véase: Antonio María Hernández (h): *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.

las voluntades intervinientes lo torna ineficaz. En efecto, ambos poderes participan de un acto fundamental y fundacional; fundamental porque se refiere a la conformación de un órgano que es la base de uno de los poderes del Estado —el órgano judicial— y fundacional porque integra uno de los pilares institucionales de nuestro régimen republicano.¹⁶

Si bien la propuesta del Ejecutivo condiciona al Senado toda vez que este no puede sino prestar acuerdo a quienes proponga el presidente y para cargos judiciales concretos, a partir de la reforma constitucional de 1994 puede sostenerse que la terna resultante del proceso de selección del Consejo de la Magistratura condiciona indirectamente al Ejecutivo.¹⁷

2. En cuanto al trámite del acuerdo en el ámbito del Senado de la Nación, corresponde poner de relieve que es competencia específica de la Comisión de Acuerdos dictaminar sobre los acuerdos solicitados por el presidente de la Nación (véase artículo 69 del reglamento del Senado). Una vez ingresado el pedido del Poder Ejecutivo, que se conoce como *envío de pliego*, por mesa de entradas del Senado, de allí se remite a la Secretaría Parlamentaria y se recibe en la Comisión de Acuerdos donde se da lectura a las solicitudes de acuerdo de las personas propuestas; el pedido debe referirse a un cargo individual y a un juzgado determinado.

En el período de siete días, contados a partir del momento en que el pedido de pliego tiene estado parlamentario, los interesados pueden formular impugnaciones. Superado ese plazo, el procedimiento avanza en el seno de la Comisión y con mayoría de votos positivos de sus integrantes se obtiene dictamen y se está en condiciones de enviarlo a sesión de la Cámara, que ahora es pública, en la que se aprueba o desaprueba el pliego. Si se cuenta con dictamen favorable de Comisión, es muy factible que el acuerdo sea concedido.

Con respecto a las impugnaciones vale observar que su trámite ha sido objeto de crítica por la deficiente difusión del ingreso de los pliegos y la falta de reglamentación correspondiente.¹⁸ La necesidad de otorgarle una mayor publicidad al procedimiento en consonancia con la reforma constitucional de 1994 y las observaciones apuntadas motivaron la modificación del reglamento del Senado en este punto, primero en el año 1994 a fin de establecer que las sesiones públicas y luego en el año 2003, para adecuarlo a las disposiciones contenidas en el decreto n.º 222/03.¹⁹

¹⁶ Dardo Pérez Guilhou y otros, *El Poder Judicial*, o. cit., p. 137.

¹⁷ Orlando J. Gallo, en Carlos María Bidegain, *Curso de derecho constitucional*, tomo IV «El gobierno federal», Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 328.

¹⁸ Beltrán Gambier: «Acerca del acuerdo del Senado para la designación de los jueces», en *ED*, 20 de junio de 1995.

¹⁹ María Angélica Gelly: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit. El Poder Ejecutivo dictó el decreto autónomo n.º 222/03, de autolimitación presidencial, por el que se estableció un mecanismo reglado para la designación de ministros de la Corte Suprema.

4. Conclusión

Hasta aquí se han considerado las características y el alcance del acuerdo del Senado, en tanto facultad privativa de ese órgano político.

Sin embargo, el presente análisis quedaría ciertamente incompleto si no se lo enfocara desde la dimensión de la calidad de las instituciones de la República. Por ello, en las páginas precedentes se ha intentado poner de relieve el trascendente significado institucional que reviste tan delicada función. En este sentido es deseable que en esta tarea, que el Senado está llamado a cumplir por mandato constitucional, la Comisión de Acuerdos lleve a cabo un papel fundamental de control, que privilegie la idoneidad técnica de los candidatos por sobre cualquier otra consideración, extremo que sin duda contribuirá a recuperar y robustecer el prestigio de nuestras instituciones democráticas.

Capítulo 5

DISPOSICIONES COMUNES A AMBAS CÁMARAS

Ricardo Haro*

La justiciabilidad de decisiones de las Cámaras del Congreso negando la incorporación de un legislador: nuestras reflexiones y la doctrina de la Corte Suprema

1. A manera de introducción

1. Para un adecuado tratamiento del tema referido a los alcances y la posible revisibilidad judicial de la atribución que la Constitución nacional concede a las Cámaras del Congreso de la Nación en su artículo 64 al disponer, en su parte pertinente, que cada una de ellas «*es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez*», consideramos necesario enfocarlo básicamente desde tres perspectivas que, por estar concurrentemente entrelazadas, es indispensable analizarlas para arribar a conclusiones que en nuestro entender son acertadas.

2. En este sentido, adelantando nuestra opinión con el alcance que le daremos en la presente exposición, sostenemos que la decisión de una Cámara contraria a la incorporación de un legislador que, oficializado oportunamente como candidato, luego resulta proclamado por la justicia electoral como diputado o senador de la Nación, en virtud del favorable resultado electoral, *es justiciable* por los tribunales competentes por las siguientes razones: a) por no tratarse de una *cuestión política* no justiciable; b) porque las *facultades privativas* de los poderes del Estado son revisibles judicialmente; c) por la decisiva y creciente injerencia que ha tomado en el proceso electoral la *jurisdicción electoral* como una rama integrante del Poder Judicial de la Nación.

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

2. Aproximación a las *cuestiones políticas*

2.1 *Perfilación y función de las cuestiones políticas*

3. La temática referida a la justiciabilidad o no de la decisión de una Cámara del Congreso de la Nación, negando su incorporación a un legislador debidamente elegido y proclamado por la justicia electoral, debe ser analizada en primer lugar desde el complejo ámbito de las llamadas *cuestiones políticas* o *no justiciables*, las cuales han sido, desde antaño, motivo de nuestra investigación tanto en la perspectiva jurisdiccional como desde la doctrinaria.¹

Las *cuestiones políticas* constituyen una faceta por demás embarazosa del *control de constitucionalidad jurisdiccional* tendiente a garantizar la supremacía constitucional prescrita básicamente en los artículos 31 y 75, inciso 22, CN. Como tales, se manifiestan como una excepción al control judicial, y generan una casuística hartamente polémica y de perfiles a menudo inasibles. Tan ello es así que cuando se ha procurado dilucidarlas, inevitablemente se ha caído en un verdadero círculo vicioso, que hemos resumido en la siguiente expresión: «Las denominadas *cuestiones políticas* son aquellas *cuestiones no judiciales*, y a su vez, las *cuestiones no judiciales* son las que se consideran *cuestiones políticas*».

4. Esta intrincada conceptualización ha posibilitado que, con su mera invocación, muchas veces los tribunales se inhiben de conocer y decidir procesos de relevante importancia institucional, viéndose de este modo muy a menudo frustrada la plena vigencia del Estado de derecho por un restringido ejercicio del control de constitucionalidad que lógicamente afecta el principio liminar de la división y equilibrio de los poderes. Podríamos sintéticamente decir que «no hay mayor cuestión política, que el pronunciamiento judicial sobre qué es o cuándo existe una *cuestión política*», lo cual nos lleva asimismo a sostener, parafraseando la afirmación de Hughes sobre la Constitución, que «las *cuestiones políticas* son aquellas que los jueces dicen que son».

5. No obstante ello, congratula observar que el ámbito de justiciabilidad por los tribunales con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la cabeza (CSJN), ha ido progresivamente avanzando con el consiguiente reducción de la anteriormente muy amplia gama de *cuestiones políticas*, ejerciendo su eminente función moderadora en el sistema político, asumiendo el Poder Judicial una posición de ponderado equilibrio, que no le permita resignar su eminente función del control de constitucionalidad, pero tampoco excederse a punto de *pretender constituirse en el supremo órgano de control de todas las actividades estatales*.

¹ Ricardo Haro: 1. «Las cuestiones políticas; prudencia o evasión judicial?», en *Estudios en Homenaje al Dr. Hector Fix Zamudio*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma, 1988, tomo I, p. 333; 2. «De nuevo sobre la justiciabilidad de las cuestiones políticas», en revista *La Ley*, Buenos Aires, 6 de septiembre de 1991.

Entre los criterios cardinales unánimemente aceptados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, se destaca aquel que desde sus orígenes la CSJN consolidó en el sentido de que *no incumbe a los tribunales el examen de la oportunidad, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por los Poderes Legislativo y Ejecutivo en el ámbito de sus propias atribuciones, ya que no corresponde sustituirlos, sino aplicar las normas tal como estos las concibieron* (Fallos, 253: 362; 257: 127; 300: 642 y 700; 306: 655; 312: 72; 319: 1640), pues *el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar fines que los poderes políticos se propusieron es ajeno a la competencia de la CSJN, a la cual solo incumbe pronunciarse sobre la razonabilidad de los medios elegidos* (Fallos, 306: 655), *efectuando el control de compatibilidad de la ley o reglamento en juego con las garantías y derechos amparados por la CN* (Fallos, 172: 21; 204: 195 y 359; 243: 449; 319: 1537; entre muchos otros).

2.2 *Lo jurídico y lo político; el mundo jurídico y el mundo político*

6. Tenemos la convicción de que en el trasfondo conceptual del contralor jurisdiccional y las *cuestiones políticas* surge, con decisiva necesidad, la caracterización de *lo político* y de *lo jurídico*. Con Alberto A. Spota,² podemos expresar que el ordenamiento jurídico establece normativamente el señalamiento de una conducta debida y enuncia una sanción para el supuesto de incumplimiento de esa conducta, de forma tal que la coacción efectivizada objetivamente se constituye en elemento esencial de *lo jurídico*.

Por el contrario, en *lo político* campea el arbitrio, como capacidad para decidirse libremente entre opciones que han sido dadas o para crear nuevas opciones dentro del marco normativo, produciendo respuestas eficaces en la superación de los desafíos o incitaciones recibidas por el poder político.

7. La acción política es una actividad social no sujeta a normas jurídicas. Esto es, una *actividad no normalizada jurídicamente*. En la vida social hay actos ordenados, cuya realización y eficacia están previstos por una norma jurídica y que se cumplen de acuerdo con lo que esa norma prescribe. La acción política, en cambio, no es regular, cumplida de acuerdo con una regla, sino acción creadora, fuente de cambio, impulso de lo nuevo y de lo imprevisto. Cuando discurre en el cuadro de una norma, esta contiene un amplísimo margen de discrecionalidad en cuanto a la realización o no del acto, su tiempo, sus contenidos.³

No parece carente de sustento conceptual que, aun en la brevedad de este estudio, señalemos que la distinción entre *lo político* y *lo jurídico* aparece como

² Alberto Antonio Spota, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 24-25 y 86 y conchs.

³ Luis Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1972, p. 59.

manifiesta a poco que se repare que una cosa es *el ámbito de la política* y otra *el ámbito de lo jurídico*, dentro del cual debe desenvolverse la actividad política.

2.3 Normatividad y arbitrio político

8. Congruentemente con lo expuesto, cabe distinguir las dos perspectivas que, surgiendo de la señalada diferenciación, advertimos *en todo acto estatal* y en el ejercicio de las atribuciones de los órganos del poder, a saber: a) *la perspectiva normativa*, reglada o estrictamente jurídica; b) *la perspectiva del arbitrio*, de lo discrecional o estrictamente político.

9. Y esto es así porque, si bien es cierto que *lo jurídico* siempre trasunta una dimensión política que lo inspira, también lo es que *lo político* —como expresión de la voluntad estatal— tiende a implementarse a través del derecho. Ambas perspectivas, la jurídica y la política, sin perjuicio de aquellos casos en que se muestran equilibradamente, constituyen siempre los ingredientes necesarios y concurrentes en el ejercicio de toda potestad gubernamental. Predomina unas veces un *contenido estrictamente jurídico*, y en otras, es *el arbitrio político* el que tipifica marcadamente la atribución, arbitrio que entendemos como *un margen o ámbito de libre disposición, dentro del marco jurídico y según pautas axiológicas que hacen a la necesidad, oportunidad, conveniencia y eficacia de la decisión que se vaya a tomar*.

2.4. Cuándo procede, o no, el control judicial

10. A esta altura de nuestras reflexiones estamos en condiciones de afirmar que el control judicial es básicamente un *control de juridicidad*, por el cual los tribunales verifican si en el caso sub examine se ha dado debido cumplimiento a las prescripciones constitucionales o legales que lo rigen.

De allí que para nosotros constituya el meollo del asunto poder afirmar que *existe justiciabilidad en todo aquello en que los principios y las normas constitucionales y legales* han regulado de tal forma la cuestión sub examine que, en menor o en mayor medida, *pueda realizarse el juicio cierto, concreto y objetivo, que permita detectar y declarar alguna violación a la regulación constitucional o legal*, mediante un adecuado juicio comparativo de compatibilidad. De allí que, y esto es de trascendental importancia, la función judicial siempre será *secundum legem*, mientras que la función propiamente política lo será *secundum arbitrium*.

Dicho de otra forma, más diáfana y concluyente, entendemos que *existe justiciabilidad respecto de todo el ámbito de lo normado y en toda la hondura de lo normado, pero nunca más allá de lo normado*. Lo realmente definitorio es que *una cuestión es justiciable en todas las implicancias que afecten el «bloque de juridicidad»*. Allí donde penetra la juridicidad, ya sea constitucional, legal o reglamentaria, debe penetrar la revisibilidad jurisdiccional.

11. En cambio, entendemos que *no corresponde la revisibilidad judicial* en los siguientes supuestos: a) *en la apreciación o juicio sobre la existencia o no de una situación fáctica*, que prevista en la Constitución o en la ley, no posee una configuración jurídica precisa y determinada, y queda librada fundamentalmente a la valoración política (v. g. la conmoción interior del artículo 23 CN); b) en el ejercicio de *facultades privativas* de los poderes, si han respetado las normas que las rigen, tanto en el *debido proceso sustancial* que hace al contenido normativo, como en el *debido proceso formal* o adjetivo, referido al cumplimiento de las normas que regulan el órgano y el debido procedimiento; c) en todos los casos en que los poderes, frente a las concretas situaciones que demandan soluciones gubernamentales, deben realizar un juicio de prudente valoración política sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia de las respuestas que deben implementarse.

Todo ello no obsta para que proceda la justiciabilidad en los casos en que, trascendiendo esas coordenadas, el órgano competente haya actuado en *forma manifiestamente irrazonable o inicua*, afectando los derechos y garantías constitucionales.

2.5. La potestad de las Cámaras de negar la incorporación de un miembro, ¿es una cuestión política?

12. Aplicando estas reflexiones en el caso que nos ocupa, en primer lugar debemos precisar si la facultad de las Cámaras para juzgar de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y por lo tanto su incorporación o no, pertenece al ámbito de la *discrecionalidad política y constituye una cuestión política*, y por ende no justiciable, o si en cambio, pertenece al *ámbito de la juridicidad y constituye una cuestión justiciable* y, por lo tanto, sujeta al control jurisdiccional.

Para nosotros, *en modo alguno se trata en sí de una cuestión política* no justiciable, pues la función de las Cámaras no queda al solo arbitrio de una valoración netamente de sustancia política, sino que al estar la citada atribución subsumida en un plexo jurídico cuyo cumplimiento debe respetar en su ejercicio, pertenece lógicamente al *ámbito de la juridicidad* y constituye una típica «causa judicial» en la que el Poder Judicial de la Nación deberá interpretar y aplicar las normas que las rigen, como así también los principios, fines y valores que configuran la ideología y la axioteleología que nutren la integridad de la supremacía constitucional en que se asienta la totalidad del orden jurídico. Ello no implica en modo alguno que no exista una cierta pertenencia al *ámbito de la discrecionalidad política*, en el que corresponda realizar apreciaciones sustancialmente de naturaleza política y, por ende, ajenas a la revisibilidad judicial.

3. La revisibilidad judicial del ejercicio de las facultades privativas

3.1. *La originaria doctrina de la CSJN sobre la irrevisibilidad judicial*

13. La atribución que el artículo 64 CN concede a cada una de las Cámaras de ser *juez de las elecciones, derecho y títulos de sus miembros en cuanto a su validez*, es de las que comúnmente se ha considerado como una *facultad o garantía privativa* propia del órgano de poder al que le ha atribuido la ley fundamental. Veamos entonces qué nos dice la jurisprudencia de la CSJN.

En un comienzo, la CSJN sostuvo que *las facultades que la CN ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes, son privativas de estos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la existencia y modos de su ejercicio*, puesto que si así no fuere, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación. *Esta Corte, incluso al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor medida*, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades que le son propias, cuanto en el respeto de las que la CN asigna, con carácter privativo, a los otros poderes federales y a las autoridades provinciales (*Fallos*, 263: 265; 32: 120; 170: 246; 210: 1095; 242: 73; 254: 43; 313-63; 321: 3236; entre otros).

En abono de esta posición, la CSJN dijo en *Fallos*, 321: 1252: «Desde antiguo se ha sostenido que *la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones*», ya que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución, pero consiente que un avance desmedido de este poder en desmedro de las facultades de los demás, afectaría con suma gravedad la armonía constitucional y el orden público (*Fallos*, 155: 248; 311: 2580, entre otros).

3.2. *El avance hacia la justiciabilidad de las facultades privativas*

14. Pero años después se produjo un nítido avance en la justiciabilidad de las facultades privativas y la expresa negación del caso como una *cuestión política*, cuando en 1993 la CSJN en la causa *Apoderados y electores de la Alianza Frente de la Esperanza* (*Fallos*, 316: 972) expresó con notable claridad conceptual:

Es inherente a la función del Tribunal ante el cual se ha planteado una controversia referente al ejercicio de facultades privativas de otros poderes, interpretar las normas que las confieren para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una «cuestión política» inmune al ejercicio de la jurisdicción. Decidir si un asunto ha sido conferido a otro poder del Estado o si ha habido excesos en su ejercicio, es en sí mismo una delicada tarea de interpretación constitucional y una responsabilidad de la Corte, como último intérprete de la Constitución (en similar sentido, *Fallos*, 321-3236).

En el caso *Peláez*, de 1995 (*Fallos*, 318: 1967), la CSJN estimó que si se ha invocado la protección de la libertad ambulatoria cercenada por una orden de arresto del Senado, se configura una *causa* y, entonces, *no hay otro poder por encima del de la CSJN para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y del deslinde de atribuciones de estos entre sí y con respecto a los de las provincias; revisión judicial que solo puede ser ejercida cuando haya mediado alguna violación normativa que ubique los actos de los otros poderes fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere o del modo en que esta autoriza a ponerlas en práctica* (*Fallos*, 98: 20; 147: 402; 150: 89; 160: 247; 238: 60; 247: 121; 251: 21; 275: 218; 295: 814; 301: 341; 302: 457; 303: 1029; 308: 2246, entre otros).

3.3. *Las facultades privativas y las cuestiones políticas*

15. En la trayectoria de su jurisprudencia, advertimos que el tribunal afirma, por un lado, *la irrevisibilidad del modo* como los poderes políticos ejercitan las facultades privativas y de las *razones de oportunidad, mérito o conveniencia* tenidas en cuenta en su ejercicio. Pero de otro lado, también afirma la *revisibilidad* acerca de la *existencia y límites* de esas facultades y cuando en su ejercicio ha mediado alguna *violación normativa*.

El principio liminar de la *división y equilibrio de los poderes* requiere para su adecuado cumplimiento que en cada uno de ellos existan atribuciones que tiendan tanto al afianzamiento de la *independencia y separación* de los departamentos de gobierno, como para lograr su *equilibrio*, mediante la *colaboración y el control* entre ellos.

16. Esto implica evidentemente la existencia de *facultades privativas*, pero de modo alguno significa que necesariamente surja de su naturaleza «privativa», lisa y llanamente, la irrevisibilidad judicial, pues *presentar una simetría entre facultades privativas y facultades no justiciables*, no solo es erróneo, sino que constituye un expediente fácil para acentuar un Poder Judicial más ajeno, «autista», y autorrestringido (*self-restraint*).

Repárese que de aceptar la errónea simetría que acabamos de señalar, y de ser congruentes, tendríamos que aceptar que *facultades privativas* tan específicas como la *sanción de una ley por el Congreso, o el veto de un proyecto de ley o el dictado de un decreto reglamentario por el Poder Ejecutivo, o también las sentencias del Poder Judicial, se encontrarían excluidas por esa sola circunstancia del control jurisdiccional*, aun cuando violasen el orden constitucional o legal, lo cual es a todas luces absurdo e inaceptable.

17. Nosotros creemos que, más allá de *facultades privativas* de los poderes, es preciso hablar del *juicio privativo* que esos poderes deben realizar sobre la configuración de los supuestos que hagan procedente el ejercicio de las atribuciones que les otorga la Constitución Nacional (mérito, oportunidad, conveniencia, etcétera), juicio que lógicamente *no es justiciable*.

Por lo tanto, las llamadas *facultades privativas* serán susceptibles de control jurisdiccional toda vez que en su ejercicio afecten formal o sustancialmente el «debido proceso constitucional o legal». Pues es inaceptable, desde todo punto de vista, *que existan facultades privativas en los poderes del Estado que no solo puedan ser ejercidas al margen de los parámetros que hacen a su constitucionalidad, sino que además pretendan evadir el control jurisdiccional de constitucionalidad*, esencial a la vigencia del principio de la supremacía de la ley fundamental.

18. A la atribución del artículo 64 CN al otorgar a cada Cámara el juicio de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, le queda un escaso margen de irrevisibilidad judicial, pues la complementaria reglamentación del Código Electoral en sus artículos 60 y 61 ha establecido precisas competencias en el tema desde hace décadas a favor de la justicia electoral, prescripciones a las que las Cámaras deben un acatamiento irrestricto del texto y la finalidad constitucional y legal, pues no cabe aceptar de modo alguno que un poder del Estado posea un *bill* de indemnidad para violar el orden jurídico al cual debe adecuar todas sus decisiones en el tema.

Ello ha traído asimismo un notable acrecentamiento respecto de la justiciabilidad de las facultades privativas, situación consolidada por la doctrina de la CSJN, protagonista de un constante proceso de mayor justiciabilidad en este como en tantos otros temas a los que antes se los consideraba irrevisibles jurisdiccionalmente; ha logrado así reducir su autolimitación judicial solamente hacia cuestiones que esencial e indiscutiblemente se tratan de *cuestiones políticas* por los juicios de sustancia política que presuponen.

4. Integración de las Cámaras del Congreso

19. Para responder a la inquietud central de estas reflexiones desde una perspectiva más integral, es preciso bucear en la justiciabilidad relativa a las cuestiones controvertidas que plantea el ejercicio de la atribución del citado artículo 64 CN, a la luz de la doctrina de la CSJN precisamente en el tema que hace a la incorporación de los miembros a las Cámaras.

4.1. La no judiciabilidad de la integración del Congreso

20. Desde el siglo XX, in re *Varela*, de 1881 (*Fallos*, 23: 257), la CSJN afirmó que los tribunales de justicia no tienen jurisdicción para la legalidad o la ilegalidad de la composición del Congreso, desde que por el artículo 56 CN (actual artículo 64), cada Cámara es juez único de la validez de las elecciones, de los derechos y de los títulos de sus miembros.

Este criterio fue ratificado tanto en la causa *S. A. Cía. Azucarera Tucumana*, de 1924 (*Fallos*, 141: 271) al señalar que es una causa esencialmente política la referida

a las formalidades y procedimientos de organización de una rama de la legislatura en determinada sesión de esta, como asimismo y de forma categórica in re *Junta Electoral Nacional - Entre Ríos*, en 1963 (*Fallos*, 256: 208), al afirmar que dicha materia, la referida a la integración y a los títulos de los electos para el desempeño de funciones políticas del gobierno nacional, está reservada por la Constitución nacional al Congreso de la Nación, según lo dispuesto por los artículos 56; 67, incisos 18 y 28; y 81 a 85 (hoy artículos 64; 75, incisos 21 y 32; y 94 a 98), alcanzando la decisión del Congreso a las elecciones igualmente *en cuanto a su validez* o a la pertinencia de su *rectificación*. Se trata de una facultad privativa cuyo ejercicio no debe ser interferido o limitado por una resolución de esta Corte. En igual sentido, véanse las sentencias en *Partido Justicialista*, de 1965 (*Fallos*, 263: 268), y en *Unión Cívica Radical*, de 1973 (*Fallos*, 285: 147).

4.2. Hacia la judiciabilidad con posterioridad a la reforma de 1994

21. Pasaron más de dos décadas y el Tribunal comenzó a realizar un viraje expreso hacia la judiciabilidad en la materia. Los pronunciamientos se originaron en lo dispuesto tanto por el artículo 54 de la reforma de 1994 —que establece tres senadores por cada provincia y por la Ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta— como por la disposición transitoria cuarta, que procuraba reglar el procedimiento para incorporar el tercer senador hasta el 9 de diciembre de 2001, lo cual provocó la promoción de causas judiciales, ante la variada casuística que se planteaba.

22. Con motivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por el gobernador del Chaco contra la resolución del Senado de la Nación, por la que se dispuso hacer lugar a la impugnación deducida por el Partido Justicialista contra senadores designados por la provincia pertenecientes a la Alianza Frente de Todos —por no cumplir con las condiciones exigidas en la citada cláusula transitoria cuarta de la CN— e incorporar a los senadores justicialistas, la CSJN dictó sentencia el 24 de noviembre de 1998 en el caso *Provincia de Chaco* (*Fallos*, 321-3236).

Como en el anterior citado *Fallos* 316: 972, la CSJN declaró que *es inherente a la función de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una cuestión política inmune al ejercicio de la jurisdicción, pues establecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones, exige interpretar la CN, lo que permite definir en qué medida —si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial.*

No obstante lo afirmado, el Tribunal resolvió *desestimar la demanda, por cuanto la decisión del Senado se encuentra fundada en el pormenorizado dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, en el marco de una cuestión constitucional novedosa, suscitada por la aplicación de normas de vigencia transitoria, que no*

contienen provisiones expresas que contemplen el modo de solucionar el conflicto planteado, actuando en el ámbito de sus facultades privativas, de modo que no revela irrazonabilidad ni notorio apartamiento de las normas constitucionales que las definen, ni de aquellas de las que ha hecho aplicación para resolver el caso.

Por su parte, la minoría disidente de los ministros Belluscio, Bossert, Fayt y Petracchi, según sus pertinentes votos que compartimos, arribaban a una conclusión más congruente en el sentido de *imprimir a la cuestión planteada el trámite de juicio sumarísimo y hacer saber al Senado que debería abstenerse de tomar juramento a los senadores justicialistas*. Ante situaciones similares se pronunció en igual sentido tanto la mayoría como la minoría del tribunal en los siguientes casos: *Hernández, Guadalupe*, del 31 de agosto de 1999 (*Fallos*, 322: 1988), *Partido Justicialista - Distrito de Corrientes*, el 5 de octubre de 1999 (*Fallos*, 322: 2368), y *Tomasella Cima*, transcrito a pie de página en *Fallos*, 322: 2370.

23. En todos estos casos influyó notablemente la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por la doctrina que sobre este tema se sentó en el caso *Powell vs. Mc Cormack*, al declararse como cuestión justiciable la exclusión del diputado Powell, toda vez que para resolver la causa judicial debía realizarse una interpretación de la Constitución respecto de la existencia, alcance y modo de ejercicio de dicha atribución por la Cámara de Representantes.

4.3. Nuevo avance de la judicialización: el caso Haquim

24. El actor Carlos G. Haquim interpuso amparo contra el Estado nacional —Senado de la Nación— y la provincia de Jujuy —legislatura provincial— con motivo de lo decidido por la Cámara de Senadores de la Nación, que incorporó al Sr. Alberto M. Tell como senador por Jujuy, ante lo resuelto por la legislatura local al elegir a propuesta del Bloque Peronista la fórmula integrada por el citado señor Tell y Delfín N. Zamboni, distinta de la consagrada en los comicios partidarios del Partido Justicialista compuesta por los señores Haquim y Tell.

25. La CSJN dictó sentencia rechazando la demanda el 9 de agosto de 2001 (*Fallos*, 324: 2299) en la causa *Haquim c/ Provincia de Jujuy y otro*, con apoyo en la cláusula transitoria cuarta del texto de la CN según la reforma de 1994, que introdujo una novedosa participación de los partidos políticos que tenían representación en las legislaturas locales, *al disponer que, en todos los casos, los candidatos a senadores serán propuestos por aquellos o por alianzas electorales*. Continuaba la CSJN diciendo que quien invoca su condición de candidato titular del cargo de senador (Haquim), no aparece legitimado para cuestionar lo resuelto por el Senado de la Nación sobre la base de lo actuado en sede local, ya que es el partido político con derecho a proponer el candidato el titular de la acción, en tanto serían sus derechos constitucionales, y no los del candidato, los presuntamente afectados por la decisión de la

legislatura provincial y por la validez que a ella le otorgó el Senado de la Nación. En conclusión: la CSJN judicializó la cuestión debatida.

4.4. Reafirmación de la justiciabilidad: el caso Bussi (I)

26. Antonio Domingo Bussi fue electo diputado nacional por la provincia de Tucumán en los comicios de octubre de 1999. Presentado el diploma ante la Cámara de Diputados, esta le negó su incorporación al cuerpo en mayo de 2000, invocando *inhabilidad moral y política e inidoneidad constitucional* por su participación en la represión del proceso militar de 1976-1983. Planteada por Bussi la acción de amparo, fue desestimada *in limine* en primera y segunda instancias, y llegó a la CSJN por vía del recurso extraordinario. El tribunal revocó el pronunciamiento el 11 de octubre de 2001 (*Fallos*, 324: 3358), con fundamentos que compartimos, y que abren definitivamente la posibilidad de la justiciabilidad de las resoluciones de las Cámaras en la materia, ordenó que volviesen los autos al juzgado de origen a fin de que se diera trámite a la acción de amparo deducida.

27. En lo sustancial, la CSJN dijo que *configura cuestión justiciable el conflicto planteado por la negativa de la Cámara de Diputados a la incorporación de un legislador*, con sustento en objeciones de orden ético y en ejercicio de la atribución que le concede el artículo 64 CN respecto del examen y aprobación de los títulos de los legisladores. Ello así, por ser función del Poder Judicial precisar el alcance de las normas jurídicas que atribuyen facultades a los poderes del Estado —en el caso, las Cámaras del Congreso— pues esa tarea exige una interpretación de la CN a fin de establecer si tales poderes existen y su ejercicio puede someterse a revisión judicial.

Por otra parte señaló que, *planteada una causa, no hay otro poder por encima de esta Corte, para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo o Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de estos entre sí y con respecto a las provincias, sin que tal tema constituya una «cuestión política»*, inmune al ejercicio de la jurisdicción atendiendo a que el tribunal es el intérprete final de la Constitución (doctrina de *Fallos*, 316: 972).

4.5. Un caso más a tener en cuenta: Alianza Frente por un Nuevo País

28. Continuando con el decidido vuelco de la doctrina de nuestro más alto tribunal en cuanto a la *justiciabilidad de las cuestiones que hacen a la incorporación de legisladores a sus respectivas Cámaras*, cabe señalar el pronunciamiento de la CSJN en la causa *Alianza Frente por un Nuevo País*, del 4 de junio de 2003 (*Fallos*, 326: 1816), por el que entró a conocer de la resolución de la Cámara Nacional Electoral que decidió proclamar como senador por la Ciudad de Buenos Aires al candidato postulado por el Frente por un Nuevo País, señor Gustavo Béliz, en virtud

de los recursos interpuestos tanto por el candidato Alfredo Pedro Bravo, como por el Partido Popular Nuevo Milenio y la alianza Alternativa para una República de Iguales y, por su propio derecho, por el señor Rafael Martínez Raymonda. Estaba en juego la interpretación del artículo 54 CN y concordantemente los artículos 157 del Código Electoral y 3 y 10 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos.

29. El tribunal, luego de un pormenorizado examen de temas referidos tanto a la interpretación de la CN y de las leyes, como al sistema representativo y a los partidos políticos, expresó en su sentencia y según los sumarios que le preceden en su publicación en el citado *Fallos*, 326:1816, los siguientes fundamentos doctrinarios: «Del examen armónico de las normas que regulan el sistema electoral se desprende que, *en materia de elección de senadores nacionales, fue intención del constituyente asignar las bancas de ese cuerpo a los partidos políticos.* [...] La tercera banca de senador de cada distrito corresponderá al partido político (o alianza electoral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 157 del Código Electoral) que hubiera seguido al partido (o alianza) que hubiera obtenido el mayor número de votos en la elección. [...] Si dos o más partidos coinciden en oficializar la misma lista de candidatos a senador y su intención es la de acumular los votos obtenidos por cada uno, *deben someterse a las formalidades impuestas en la reglamentación establecida para la constitución de alianzas o acuerdos transitorios* (cf. artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos); esas son las únicas fuerzas políticas con derecho a proponer candidato a ocupar la banca en disputa. [...] *Para que exista la posibilidad de que dos fuerzas unan sus votos a favor de un candidato es preciso que hayan formalizado el acuerdo entre ellas con la constitución de una alianza en los términos exigidos en la ley 23298 (artículos 3 y 10).* Todo acuerdo informal, fuera de las prescripciones de dicha ley, no podrá tener el efecto de acumular los votos obtenidos por cada una».

4.6. Nuevo pronunciamiento de la CSJN en caso Bussi (II)

30. Devuelta en la anterior oportunidad la causa al juzgado de origen, se desestimó la demanda interpuesta. Apelada la resolución, la Cámara Nacional Electoral declaró que «carece de interés jurídico actual pronunciarse en la presente causa», atendiendo a que el cargo de diputado nacional al que pretendía acceder el actor ya había sido cubierto con la incorporación del suplente y por lo tanto el asunto presentaba un interés puramente teórico y la cuestión se había tornado abstracta.

Llegados los autos a la CSJN por vía de la queja y del recurso extraordinario, el tribunal se pronunció el 4 de noviembre de 2003 (*Fallos*, 326: 4468) y sostuvo por mayoría (ministros Fayt, Patracchi, Boggiano, Vazquez y Antelo, y con las disidencias de los ministros Belluscio, Maqueda y Mitchell), recordando su primer fallo que:

Aun cuando las circunstancias impidieron al tribunal expedirse en tiempo oportuno por haberse consumado la proclamación y asunción de cargos, ello no es óbice suficiente para impedir el dictado de un pronunciamiento sobre la cuestionada validez

de los antecedentes de los títulos, *porque los hechos de toda causa, producidos con olvido o desconocimiento de resoluciones judiciales, no pueden erigirse en obstáculos para que la Cámara Nacional Electoral resuelva una cuestión propia de su competencia, consolidando el derecho de defensa en el debido proceso electoral.*

31. Que en la causa, *«quedó sometido a decisión un caso concreto de competencia y derecho electoral y no una simple cuestión abstracta, meramente académica o conjetural, toda vez que la vía intentada resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de la soberanía popular. Y en este ámbito es donde debe primar la defensa de la transparente manifestación de la voluntad de los ciudadanos, a riesgo de quedar afectado el pleno imperio de la CN (artículos 1, 5, 22 y 33)».*

Que la pretensión esgrimida en el ámbito electoral, sin tener naturaleza distinta de la que se formula en cualquier otro proceso, goza —por su propia índole— de peculiaridades que exigen un cumplimiento estricto de lo que se podría denominar el «debido proceso electoral», como una garantía innominada de la representación política o de los derechos electorales que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa.

Con estos argumentos, entre muchos otros, el tribunal hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia de la Cámara y ordenando que los autos volvieran al tribunal de origen a fin de que se dictara un nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo decidido.

32. Cabe destacar la extensa disidencia del ministro Maqueda que en lo cardinal, y retomando la vieja jurisprudencia del tribunal basada en la irrevisibilidad del ejercicio de las facultades privativas, estimó que la decisión adoptada por la Cámara en virtud de la atribución que le otorga por el artículo 64 CN —cuestión más política que legal— y la posterior incorporación del diputado suplente, pertenecen al marco de la actividad y decisión exclusivas del cuerpo legislativo y, por consiguiente, excluidos del control judicial de esta Corte.

5. La justicia electoral y sus ámbitos de actuación

33. La visión integral de las vertientes que alimentan el análisis de la justiciabilidad o no de la atribución que el artículo 64 CN citado concede a cada Cámara, requiere asimismo que, junto a los tópicos referidos a las *cuestiones políticas*, a la justiciabilidad de las *facultades privativas* y a la *integración de las Cámaras*, realicemos asimismo un examen sobre la decisiva influencia en el tema que produce la intervención creciente de la justicia nacional electoral, pues es de suma importancia precisar cómo juegan sus competencias jurisdiccionales respecto a la facultad que el artículo 64 CN otorga a cada Cámara legislativa.

De comienzo cabe señalar que en las últimas décadas la doctrina de la CSJN fue manifestando un notable vuelco hacia la justiciabilidad de las cuestiones electorales,

de modo muy especial a partir de la creación en 1965 de la Cámara Nacional Electoral, que integra el Poder Judicial de la Nación.

5.1. *La originaria incompetencia en las cuestiones electorales*

34. Salvo dos casos realmente excepcionales en que se revisaron aspectos electorales (*Fallos*, 9: 318 y 147: 286), el alto tribunal desde 1918 in re *Bavastro* (*Fallos*, 128: 314) se declaró incompetente para entender en las cuestiones electorales, afirmando la naturaleza política de las funciones y resoluciones de los organismos electorales, posición esta que se afianzó en numerosísimos casos, destacándose la doctrina sentada en *Partido Demócrata - Distrito San Juan*, cuando en 1957 (*Fallos*, 238: 283) afirmó que *las cuestiones electorales* referentes al procedimiento previsto por las leyes en el orden nacional o estadual, para la constitución de los poderes políticos, como momentos que son de la organización de otros poderes, *no son propias del ejercicio regular de la función judicial, sino estrictamente políticas*. A la luz de este criterio, la CSJN declaró en numerosos casos *cuestiones políticas* y, por ende, irrevisibles judicialmente, las resoluciones de las juntas o tribunales electorales (*Fallos*, 148: 215; 189: 155; 252: 54 y 256: 47; 257: 155).

5.2. *De la Cámara Nacional Electoral a la plena justiciabilidad*

35. A partir del funcionamiento de la Cámara Nacional Electoral, la jurisprudencia del alto tribunal produjo un notable vuelco hacia una mayor justiciabilidad de las cuestiones electorales, como lo fue en la causa *Frente Justicialista de Liberación*, en 1973 (*Fallos*, 285-410), en la que *se declaró competente para entender en todas las decisiones de dicha Cámara, cuando se haya puesto en tela de juicio la aplicación e interpretación de leyes electorales de la Nación*.

Esta doctrina constituyó la base sustancial para numerosos pronunciamientos en los que el tribunal la fue reiterando y explicitándola, entre los que podemos mencionar los siguientes: *Fallos*, 284: 446 y 467; 285: 138; 310: 819; 312: 2192; 314: 1784; 315: 380; 316: 2030; 317: 1469; 321: 607; 322: 2424.

Una de las causas en que la CSJN fue categórica al expresar su claro pensamiento fue en *Apoderados UCR/MOP y otro*, en 1994 (*Fallos*, 317: 1469), al afirmar que *es el pronunciamiento de la Cámara Nacional Electoral el que debe juzgar sobre la adecuación del acto electoral a las normas vigentes, lo cual no comporta violación de las potestades de la Cámara de Diputados de la Nación*, a la que no le compete la decisión del mérito sobre las impugnaciones contra el escrutinio definitivo practicado por la Junta Electoral.

5.3. *El Código Nacional Electoral y su reglamentación en la materia*

36. Si somos coherentes, no podemos negar las amplias atribuciones que posee la justicia electoral en virtud de las distintas leyes que el propio Congreso de la Nación ha sancionado a fin de garantizar que todos los actos que integran las elecciones nacionales estén conformes a la CN y a la ley, como lo exige la real vigencia de un Estado democrático de derecho.

Ello así, baste recordar que el capítulo III del Código Nacional Electoral intitulado «Oficialización de listas de candidatos», comprende el artículo 60 referido a los diversos aspectos que hacen al *registro de los candidatos y pedido de oficialización de listas*, y el artículo 61 relativo a la *resolución judicial* del juez y, en su caso, de la Cámara Nacional Electoral, con expresión concreta y precisa de los hechos que la fundamentan respecto de la *calidad de los candidatos* y la oficialización de la respectiva lista, calidades que, como ha señalado recientemente la citada Cámara, se refieren a las constitucionales (artículos 48 y 55 CN) y legales, como así también al requisito de la idoneidad (artículo 16 CN) (*Patti, Luis Alberto*, del 14 de septiembre de 2006). Baste recordar, a mayor abundamiento, que la disposición transitoria cuarta de la reforma de 1994, en su párrafo quinto, dispone que la proclamación de un candidato a senador será certificada por la justicia electoral nacional y comunicada a la legislatura.

A las Cámaras legislativas les compete, en su caso, juzgar sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales del candidato (artículos 48 y 55 CN), ante error u omisión de la justicia electoral; o sobre las circunstancias inhabilitantes sobrevinientes a la actuación de esta, pero no pueden entrar a debatir y decidir sobre los aspectos contenciosos del proceso electoral ya juzgado por aquella.

5.4. *Riesgos y ventajas institucionales*

37. Dejar librado al criterio discrecional de las mayorías legislativas de turno y sin posibilidad de revisión judicial la atribución por la que se pueda negar arbitrariamente a un legislador el derecho que tiene a ocupar la banca para la cual fue elegido, es un riesgo muy peligroso que afecta grave y manifiestamente la integración de un poder del Estado.

Baste para apoyar lo expresado, y a título de ejemplo, que la causal de la *inhabilidad moral y política e inidoneidad constitucional* invocada a veces para encubrir intereses políticos subalternos es de una imprecisión y vaguedad tal que puede oponerse con peligrosa arbitrariedad ante las más diversas e imprevisas circunstancias de vida de quien fue elegido por la voluntad popular (corrupción, participación en el terrorismo de Estado, participación en la guerra subversiva, alcoholismo, drogadicción, etcétera).

Por otra parte, cabe también preguntarse: ¿es justo que una mayoría interesada de legisladores tenga la potestad de frustrar el derecho de los electores, impidiendo

la incorporación de candidatos que han obtenido no solo el suficiente respaldo de la voluntad popular, sino que además transitaron indemnes todos los controles y procedimientos judiciales electorales, habiendo sido oficializados y proclamados en el cargo por la autoridad judicial competente, después de someterse a lo que se ha llamado el *debido proceso electoral*?

38. Por el contrario, tenemos la convicción que la revisibilidad judicial por tribunales y magistrados independientes, alejados de las turbulencias y pasiones políticas partidarias, constituye la mejor garantía para una decisión objetivamente justa y fundada jurídicamente en tan trascendental atribución.

La cuestión es grave. Por ello viene al caso recordar dos apotegmas severamente lúcidos: uno, de Thomas Jefferson: «Ciento setenta y tres déspotas, aun elegidos, serán tan opresores como uno»; el otro, de Maximilien de Robespierre: «Que el despotismo tenga una cabeza o setecientas cabezas, siempre es despotismo».

En conclusión, toda vez que una Cámara, en ejercicio de la atribución del artículo 64 CN, hubiese desconocido las resoluciones propias de la justicia electoral en el ámbito de la competencia que le otorga la ley, será pasible de revisión judicial por haber desbordado el marco de su *juicio privativo* y avanzado sobre el bloque de jurisdicción que diseñan la Constitución y las leyes, y que siempre será el fundamento de un verdadero Estado de derecho.

Oswaldo A. Pérez Sammartino*

Las Cámaras del Congreso como jueces de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores

1. Introducción

El artículo 64 de la Constitución nacional establece: «Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez».

La fuente de esta norma es el artículo 46 del proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, de Juan Bautista Alberdi, que fue adoptado literalmente. A su vez, el texto propuesto por Alberdi reconoce como fuente al artículo I, sección 5, cláusula 1, de la Constitución de los Estados Unidos: «Cada Cámara será juez de las elecciones, los informes sobre escrutinios y las calidades de sus miembros» («*Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members*»). Alberdi sin dudas tuvo a la vista la traducción francesa, que modifica levemente el precepto original: «*Chaque chambre sera juge des elections et de droits et titres de ses membres*». Los *escrutinios (returns)* y *calidades (qualifications)* fueron convertidos por el traductor en ‘derechos’ y ‘títulos’.^{1 2}

* Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1985). LLM (University of Connecticut School of Law, 2005). Profesor adjunto interino de Derecho Constitucional (cátedra del doctor Alberto Dalla Via) en la Facultad de Derecho de la UBA.

¹ Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la nación argentina comentada*, 3.ª edición, Buenos Aires, Zavalía, 2000, p. 327.

² Las traducciones del texto en inglés varían. La que ofrece el sitio web del Departamento de Estado de los Estados Unidos (<www.usinfo.state.gov>) es esta: «Cada Cámara calificará las elecciones, los informes sobre escrutinios y la capacidad legal de sus respectivos miembros». En la traducción de

El juzgamiento por el órgano legislativo de la validez de los títulos de sus miembros se remonta a Inglaterra. Fue uno de los instrumentos mediante los cuales el Parlamento se afianzó en su lucha con la monarquía. Originalmente esta atribución era ejercida por el rey, hasta que en 1604 la Cámara de los Comunes la reivindicó para sí. Desde entonces hasta 1868 se mantuvo en la esfera parlamentaria. A partir de ese año, el Parlamento decidió que el juicio de las elecciones correspondería a tribunales judiciales.³

En el momento de sancionarse la Constitución argentina, esa facultad legislativa era de vigencia universal. Ningún país había adoptado aún el control judicial de las incorporaciones a las legislaturas. Como nuestra ley fundamental siguió muy de cerca al texto de Filadelfia, era natural que adoptara el criterio de juzgamiento político que este, a su turno, había tomado de la práctica inglesa.

Las cuestiones que presenta esta atribución se vinculan fundamentalmente al alcance del juzgamiento y a la posibilidad de control judicial de las decisiones que sobre esa materia adopten las Cámaras del Congreso.

2. Algunos precedentes parlamentarios

Muy temprano en nuestra historia constitucional hubo oportunidad de debatir este instituto en el seno del Poder Legislativo. En 1860 se impugnó el pliego del diputado electo Pedro Ávila, por haber liderado en la provincia de Córdoba una revuelta contra el gobierno constitucional. La Cámara de Diputados determinó que eventualmente podría intervenir en el marco de un proceso de desafuero, si se interponía una querrela criminal, pero hasta que fuera desaforado «tiene el diputado derecho a ocupar aquí su asiento que no es todavía el banco de los acusados».⁴

Entre varios otros casos controvertidos puede citarse el de los senadores electos por San Juan durante la segunda presidencia de Yrigoyen. Como lo recuerda Gelli,

El período parlamentario de 1929 se esterilizó en el debate acerca de los diplomas de Federico Cantón, Carlos Washington Lencinas y Carlos R. Porto, finalmente rechazados. [...] Otro tanto sucedió en la Cámara de Diputados con el diploma presentado por Daniel Videla Dorna, disputa enmarcada en la crisis de 1930, que llevó

Nicolás Calvo a los *Comentarios* de Story (citado por Carlos Baeza: «Las Cámaras como jueces de sus miembros», en *El Dial*, 20.3.2006), los *returns* son 'registros', lo que también es correcto. Pero la versión que se lee en el voto del doctor Adolfo Vázquez de *Fallos*, 321: 3236 es a todas luces equivocada: allí los *returns* pasan a ser 'desempeños', lo que altera sustancialmente el sentido del artículo. Más allá de que las Cámaras no tienen la potestad de juzgar el desempeño de sus miembros, salvo el caso de inhabilidad moral sobreviniente, en el momento del examen de la admisión al cuerpo legislativo no hay aún ningún desempeño que juzgar.

³ Juan A. González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, tomo II, Buenos Aires, J. Lajouane, 1918, p. 449.

⁴ Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1026.

al derrocamiento militar del presidente Hipólito Yrigoyen. La prensa de entonces se hizo eco de las interminables disputas en la Cámara de Diputados, dominada por el oficialismo, acerca de las impugnaciones que proponían los legisladores de la oposición. La exacerbación del debate, a la postre, resultó nefasta para el gobierno de entonces.⁵

En 1958, la Cámara de Diputados rechazó la impugnación ética planteada por el diputado Agustín Rodríguez Araya al diploma del diputado electo por Santa Fe, Juan Carlos de la Vega. El fundamento del rechazo fue que la inhabilidad moral no está prevista en la Constitución para condicionar la incorporación de un diputado electo.⁶

Los casos de mayor repercusión reciente serán indicados en el comentario a los fallos respectivos.

3. El control judicial

Aunque, como lo señala Germán Bidart Campos, «no es abundante la jurisprudencia existente en la materia»,⁷ desde sus primeros pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el juicio de las elecciones, derechos y títulos de los legisladores electos era una facultad privativa de ambas Cámaras del Congreso.

Reiteró esa doctrina en el fallo *Partido Justicialista*,⁸ emitido el 15 de noviembre de 1965, en el que se debatía la denegación de personería política a ese partido por la Cámara Nacional Electoral. La Corte se mantuvo férreamente dentro de la tesis de las cuestiones políticas, con lo que no analizó el fondo de la cuestión. En cuanto al tema que concierne a este trabajo, el alto tribunal sostuvo que:

la organización del proceso electoral por ley, en forma que comprenda instancias de tipo jurisdiccional, accidentales o permanentes, es válida en cuanto estas sean instrumentales y destinadas al encauzamiento del trámite electoral. Lo que supone como necesaria la *preservación íntegra de la facultad legislativa*, explícitamente constitucional, del *juzgamiento final* de la validez de las elecciones y los títulos de los electos. *Facultad que no puede ser turbada ni interferida por resolución judicial alguna*, habida cuenta del inequívoco alcance con que en el artículo 56 de la Constitución nacional se enuncia la voluntad de instituir a las Cámaras del Congreso en juez exclusivo y excluyente de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros.⁹

⁵ María Angélica Gelli: *Constitución de la nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 433, nota 1192.

⁶ Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., p. 1027.

⁷ Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 121.

⁸ *Fallos*, 263: 270.

⁹ Sin cursivas en el original.

Uno de los más cuestionables fallos de la Corte Suprema durante la década del noventa fue el dictado en *Provincia del Chaco c/ Estado Nacional*.¹⁰ En el período de transición entre la designación de los senadores nacionales por las legislaturas provinciales y su elección popular, conforme a la reforma constitucional de 1994, la legislatura del Chaco eligió a un senador nacional titular y a uno suplente en representación de esa provincia. La elección fue impugnada ante el Senado de la Nación, el cual no solo acogió la impugnación, sino que, en un acto insólito, designó a otra persona, el candidato elegido por el Partido Justicialista chaqueño, para ocupar esa función.

Al examinar la validez de ese proceder, la Corte Suprema no se amparó formalmente en la doctrina de las cuestiones políticas, ya que sostuvo que correspondía a la justicia juzgar si un poder del Estado actuaba en el marco de su competencia, si bien no debía revisar el modo en el que lo hacía siempre que no se apartara de ese cauce.

Ahora bien, más allá del acierto o el error en el acogimiento de la impugnación, lo que resultaba indudable —como fue puesto de relieve en el voto en minoría de los doctores Fayt y Bossert— es que el artículo 64, que le confiere a las Cámaras del Congreso la facultad de *juzgar* los títulos de los legisladores electos, no comprende la facultad de *crear* esos títulos.¹¹

En los Estados Unidos, el *leading case* en la materia es *Powell v. McCormack*.¹² Este fallo fue dictado en 1969, pocos años después de que la Corte Suprema modificara su rígida concepción de las *political questions* en *Baker v. Carr*¹³ y admitiera su justiciabilidad.

El actor, Adam Clayton Powell Jr., era un diputado que había sido reelecto. La Cámara de Representantes, en ocasión de ejercer la facultad que le acuerda el artículo I-5 de la Constitución norteamericana, fuente de nuestro artículo 64, le rechazó el pliego por considerar que había incurrido en el delito de malversación de fondos públicos, en haber presentado declaraciones patrimoniales falsas y en haber cometido faltas éticas. Powell sostuvo que cumplía con todos los requerimientos formales establecidos por el artículo I, 2-2 de la Constitución (edad, ciudadanía y residencia). McCormack, presidente de la Cámara, replicó que la facultad constitucional

¹⁰ Fallos 321: 3236 (1998).

¹¹ El fallo mereció duras críticas de la doctrina. Véanse, entre otros: Germán Bidart Campos: «El atropello a la Constitución federal consumado en el Senado y en la Corte Suprema», en *La Ley*, 1998-F-510; Miguel Padilla: «Una grave lesión en el federalismo constitucional», en *El Derecho*, 180-347; Jorge Bacqué: «El Senado, los senadores y la Corte Suprema», en *Revista del Colegio Público de la Capital Federal*, n.º 19, diciembre de 1998; Andrés Gil Domínguez, Ricardo Gil Lavedra y Daniel Sabsay: «Banca del senador por el Chaco: La usurpación constitucionalizada», en *La Ley*, 1999-B-1110.

¹² 395 U.S. 486 (1969).

¹³ 369 U.S. 186 (1962).

de juzgar las calificaciones de los electos constituía una «asignación textual»¹⁴ de la cuestión a otra rama y que, por lo tanto, el asunto no era justiciable. Powell recurrió la medida ante la Corte Suprema y esta —luego de determinar que la cuestión era justiciable— sostuvo que el rechazo del pliego era inconstitucional.¹⁵

La Corte señaló, entre otros fundamentos, que si se analiza la Constitución en una perspectiva histórica se advierte que esta, al establecer expresamente ciertas condiciones para acceder al Congreso, no tuvo por objeto que el Poder Legislativo pudiera incorporar otras. Ello solo podría hacerse mediante una reforma constitucional. Por eso sostuvo: «Nuestro examen de los antecedentes históricos relevantes nos conduce a la conclusión de que los demandantes tienen razón y que la Constitución no le otorga a la Cámara ninguna autoridad para excluir a una persona debidamente electa que reúne todas las condiciones para ser miembro de ella».

3.1 *El caso Bussi*

El 24 de octubre de 1999 Antonio Bussi fue electo diputado nacional en la provincia de Tucumán. La lista que lo postulaba, del Partido Fuerza Republicana, obtuvo la mayoría de los votos emitidos en ese distrito. La candidatura de Bussi no fue objeto de impugnaciones en el curso del proceso electoral, el que tampoco fue cuestionado respecto de su validez y regularidad. Sin embargo, a raíz de las impugnaciones presentadas por varios diputados, con relación a su falta de idoneidad moral por el desempeño que le cupo durante la última dictadura militar, la Cámara de Diputados rechazó el diploma de quien no solo había obtenido el favor de la mayoría de los tucumanos, sino que había sido antes diputado provincial y nacional, convencional constituyente en 1994 y gobernador de la provincia de Tucumán.

El amparo que Bussi interpuso ante la justicia electoral fue rechazado por la jueza federal Servini de Cubría, quien encuadró el tema como una cuestión política no justiciable. El fallo fue confirmado por la Cámara Nacional Electoral, integrada entonces por los doctores Rodolfo Munné, Eduardo Luraschi y Horacio Catan por el mismo fundamento, con invocación de la doctrina sentada por la Corte en *Provincia del Chaco*. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema, por unanimidad, revocó la sentencia y determinó que la cuestión era justiciable.¹⁶

Sustanciado el amparo, la jueza Servini de Cubría rechazó la acción entablada por entender que el artículo 64 de la Constitución nacional facultaba a la Cámara de Diputados a ponderar las cualidades éticas de un diputado electo. Asimismo, interpretó que del juego de los artículos 16 y 66 de la ley fundamental, si es posible

¹⁴ La expresión fue usada en *Baker v. Carr* para definir una cuestión política no justiciable.

¹⁵ Kathleen Sullivan, Gerald Gunter: en *Constitutional Law*, 14.^a ed., Nueva York, Foundation Press, 2001, p. 37.

¹⁶ *Fallos*, 324: 3358.

excluir a un diputado por inhabilidad física o moral sobreviniente, también lo es impedirle el acceso a la banca si las causales que podrían motivar su remoción son conocidas con anterioridad a su incorporación. El fallo fue nuevamente confirmado por la Cámara Nacional Electoral, pero en esta oportunidad por considerar que la cuestión había devenido abstracta porque la banca en disputa había sido ocupada por el diputado suplente de la lista que encabezaba Bussi a pedido del Partido Fuerza Republicana.

Una vez más intervino la Corte frente al recurso extraordinario interpuesto por Bussi. Ahora por mayoría decidió que la cuestión no era abstracta: «quedó sometido a decisión un caso concreto de competencia y derecho electoral y no una simple cuestión abstracta, meramente académica o conjetural, toda vez que la vía intentada resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de soberanía popular», por lo que «resultaría un excesivo rigor formal y una renuncia al deber de la Corte de preservar la autoridad de sus decisiones subsumir los serios agravios de la apelación en la órbita de las cuestiones abstractas».¹⁷

En su nueva intervención, una vez que el período para el cual fue electo Bussi ya había vencido, la Cámara Nacional Electoral, conformada ahora por los doctores Rodolfo Munné, Alberto Dalla Via y Santiago Corchera, sostuvo que:

Habiendo sido constatados en la etapa correspondiente de registro de candidatos y oficialización de listas los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se postuló el actor, sin que a su candidatura, por otra parte, ninguna agrupación política hubiera efectuado oposición alguna, y al haber resultado electo en los comicios correspondientes, esto es, verificada la imputación de la representación, se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fuera investido por el pueblo de la provincia de Tucumán.¹⁸

3.2. *El caso Borocotó*

Eduardo Lorenzo Borocotó, diputado electo por una alianza que se presentaba como opositora en las elecciones del 23 de octubre de 2005, anunció dos semanas más tarde, en conferencia de prensa en la Casa de Gobierno junto al Jefe de Gabinete de Ministros, su pase al oficialismo.¹⁹

Este súbito e indecoroso cambio de filas irritó a buena parte de la sociedad, en particular a quienes habían votado por la lista que postulaba al diputado tránsfuga, cuyo apellido se convirtió en un verbo que ahora se usa con frecuencia:

¹⁷ *Fallos*, 326: 4468.

¹⁸ *Fallos*, CNE, 3303/04. *La Ley*, 2004-C-993.

¹⁹ La transcripción íntegra de la curiosa conferencia de prensa puede consultarse en el portal de la Presidencia de la Nación: <<http://www.presidencia.gov.ar>>.

borocotizar.²⁰ Pese a ese extendido malestar, la Cámara de Diputados, en su sesión del 6 de diciembre de 2005, aprobó el pliego del pediatra mutante por 124 votos a favor, 102 en contra y 6 abstenciones.²¹

Apoderados de los partidos que integraban la coalición por la que se presentó Borocotó interpusieron acciones judiciales ante la jueza federal con competencia electoral en la Capital Federal tendientes a que se impidiese la asunción de este. La doctora Servini de Cubría sostuvo:

La facultad para realizar un juicio de valor respecto de la idoneidad o la falta de ella del diputado electo Eduardo Lorenzo Borocotó se encuentra comprendida dentro de las atribuciones que la Constitución nacional le ha conferido a la H. Cámara de Diputados de la Nación en su artículo 64, al investirla en juez de los títulos de sus miembros. En consecuencia, corresponderá a ese cuerpo legislativo analizar si el mencionado diputado electo cumple con los requisitos formales y con la exigencia de idoneidad establecida en el artículo 16 de la Constitución nacional, y sólo si la decisión que dicho cuerpo adoptare fuere arbitraria o irrazonable sería revisable por el Poder Judicial, ante la existencia de un planteo en tal sentido.

La jueza consideró que las Cámaras del Congreso pueden juzgar la idoneidad de quienes han sido electos y enmendarles la plana a los ciudadanos que habían hecho al votarlos su propio juicio. Afirmó que «podría cuestionarse si el accionar de Eduardo Lorenzo Borocotó resulta éticamente reprochable, pero efectuar dicha valoración excede la función jurisdiccional que la Constitución nacional le(s) encomienda a los jueces de la Nación». Sin embargo, en forma innecesaria ella se interna en ese plano valorativo y llega a conclusiones muy poco convincentes: al examinar la conferencia de prensa, no halla otra cosa que la promesa de una oposición constructiva. Como análisis político, que de todas formas no debió haber realizado, fue muy pobre. Todo indicaba en esa cuidadosa puesta en escena que difundió con aires triunfales la Presidencia de la Nación que el aporte del ex compañero de fórmula de Luis Patti iba a ser muy constructivo (para el gobierno) y muy poco opositor. El tiempo lo confirmó de manera rotunda.

La Cámara rechazó los planteos sobre la idoneidad de Borocotó por considerarlos extemporáneos. Para el tribunal,

los planteos dirigidos a cuestionar la idoneidad del demandado para desempeñar el cargo de diputado nacional no pueden ser atendidos en esta instancia, toda vez que —como ya se ha explicado en otras oportunidades— es al momento en que las agrupaciones políticas registran a sus candidatos ante el juez electoral (artículos 60 y

²⁰ No sería raro que este neologismo fuera incorporado por la Academia Argentina de Letras en alguna próxima edición de su diccionario de argentinismos. Denota el cambio súbito de bando por razones de conveniencia y no de principios.

²¹ En la misma sesión se resolvió girar a la Comisión de Poderes, Peticiones y Reglamento el pliego del diputado electo Luis Patti, por las impugnaciones de que fue objeto en virtud de supuestos actos de violación a los derechos humanos que se le atribuían. Posteriormente su pliego fue rechazado por la Cámara.

61 CEN) cuando se realiza la verificación judicial del cumplimiento de las calidades constitucionales y legales requeridas para la función a que aquellos se postulan (*Fallos*, 3303/04 CNE y jurisprudencia allí citada).

En esa línea argumentativa, el fallo sostiene que el comportamiento del candidato electo posterior a esa instancia

solo puede ser considerado por la Cámara de Diputados de la Nación, en los términos del artículo 64 de la Constitución nacional y que más allá de las valoraciones que en cuanto a la idoneidad pudiera formular la Cámara de Diputados de la Nación (cf. considerando 3.^o), lo cierto es que el hecho de que un diputado electo se desvincule de la agrupación que postuló su candidatura, para vincularse con una muy diferente, no autoriza a la justicia a negar su proclamación en los términos de la legislación vigente.

La Cámara rechaza también, con toda razón, el planteo de los recurrentes según el cual el «pase» de Borocotó al oficialismo habría implicado una renuncia tácita a su cargo. Nada más alejado de la realidad. Como bien lo recuerda el tribunal, las renunciaciones no se presumen, pero en este caso, además —nos permitimos agregar— lo que surge de la singular conferencia de prensa y de los actos posteriores del diputado tránsfuga es que lo que en verdad hizo fue aferrarse a su banca con singular ahínco.

Por último, acaso consciente de que la aplicación estricta del derecho (que es la tarea de los jueces) deja en este caso cierto gusto amargo en la sociedad, el tribunal se ocupa de manifestar

su preocupación por la reiteración de comportamientos públicos que, como el que se denuncia en esta causa, impactan negativamente en el ánimo de la ciudadanía y debilitan progresivamente la confianza en el sistema republicano y representativo que establece el artículo 1.^o de la Constitución nacional.

El fallo comentado se ajusta a las normas constitucionales y legales, como así también a los precedentes del propio fuero electoral. No le compete a la justicia dirimir una cuestión netamente política como lo es la desvinculación de un legislador del partido que lo postuló.²²

No es la primera vez que un diputado o un senador se aparta del cauce de las agrupaciones políticas por las que se presentaron como candidatos. En estas ocasiones se suele renovar el debate sobre la pertenencia de las bancas. Ningún pronunciamiento judicial, sin embargo, ha acogido hasta ahora el planteo sobre la «propiedad» de los partidos de las bancas en disputa. Es un asunto político y moral, no jurídico. La Cámara reitera esa sana doctrina.

²² Osvaldo Pérez Sammartino: «¿Pueden las Cámaras del Congreso valorar la idoneidad moral de los legisladores electos?», en *La Ley*, suplemento «Actualidad», p. 1: «[...] Borocotó se diferencia de muchos dirigentes solo en una cuestión de grado. Su actitud fue más burda y grosera que otras, no de una naturaleza distinta. Cambios de bloques parlamentarios, cambios de partido, cambios de programa, volteretas de todo tipo han sido moneda frecuente en nuestra historia. El gran juez de esas idas y venidas es el ciudadano en el momento de las siguientes elecciones».

Lo que diferencia al caso de Borocotó de los demás casos de cambios de bloques es la premura con el que se operó. No se habían apagado los ecos del festejo de la alianza PRO de su muy buen resultado en la Capital Federal en las elecciones de octubre de 2005 cuando, sin esperar siquiera a incorporarse al Congreso, el pediatra anunció su pase. La diferencia con los precedentes que puedan citarse es de grado, no de naturaleza. Si en la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires se aplicara un criterio tan riguroso como el que los impugnantes de Borocotó le piden a la justicia, pocos legisladores mantendrían sus bancas.

Ahora bien, ¿qué hubiera pasado si la Cámara de Diputados rechazaba el pliego de Borocotó? Entendemos que la justicia hubiera debido revisar esa decisión. La idoneidad moral de los electos —como será desarrollado más adelante— no puede ser juzgada por dicha Cámara, que debe limitarse a analizar el cumplimiento de las condiciones exigidas por el artículo 48 de la Constitución nacional: «Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella». Estos requisitos y la regularidad de las elecciones en las que se fundan los pliegos de los diputados electos constituyen el alcance del juzgamiento de «las elecciones, derechos y títulos de sus miembros» que le impone a las Cámaras del Congreso el artículo 64 de la Constitución nacional. Es lo que, por otra parte, establece el artículo 3.º del reglamento de la Cámara de Diputados.

El brusco giro político de Borocotó debe ser objeto de repudio por la ciudadanía, pero si se abriera la puerta a su impugnación no habría por qué cerrarla en cientos de hipótesis solo levemente distintas. El resultado sería un semillero de pleitos que judicializaría la política y politizaría a la justicia.²³

La solución no es esa. Es imprescindible revitalizar a los partidos políticos como «instituciones fundamentales del sistema democrático» (artículo 38 CN). Con partidos estables, que canalicen debidamente las distintas tendencias ideológicas de la sociedad, el margen para la aparición de los Borocotós se achica considerablemente.

²³ Disentimos, por lo expuesto, de la posición asumida en este aspecto por un jurista de la talla de Augusto M. Morillo («El caso *Borocotó*», en *SJA*, 10-5-2006), quien se adhiere al voto en disidencia de la doctora Delfina Borda como miembro de la Junta Electoral Nacional. El doctor Morello funda su criterio mayormente en normas y principios de derecho privado, fundamentalmente los vinculados al mandato. Sin embargo, como lo aclara el fallo de la Cámara Nacional Electoral, la representación política es de otra naturaleza, «consistente con el principio de representación libre que invisten los diputados nacionales, el cual supone que el legislador “no está ligado por instrucción alguna, siendo señor de su propia conducta. Sólo necesita atenerse con carácter de deber moral a lo que son sus propias convicciones objetivas” (Max Weber: *Economía y sociedad*, México, FCE, 1964, p. 236)». De todas formas, nuestra coincidencia no puede ser más plena con el eminente autor citado en cuanto a las finalidades moralizadoras que inspiran su tesis.

3.3. *El caso Patti*

En las elecciones legislativas del 23 de octubre de 2005, Luis Patti fue electo diputado nacional. En la sesión del 6 de diciembre de ese año, la Cámara de Diputados, al considerar su pliego en el marco de las atribuciones que le acuerda el artículo 64 de la Constitución nacional, determinó, ante la sorpresiva impugnación de que fue objeto por algunos diputados,²⁴ que le imputaban haber participado en violaciones a los derechos humanos durante la lucha contra la subversión, girar ese pliego a la Comisión de Poderes, Peticiones y Reglamento.

El dictamen de mayoría de la mencionada comisión recomendó no aprobar el ingreso de Patti al cuerpo para el que había sido electo, por «carecer de idoneidad moral». El plenario de la Cámara, en su sesión del 23 de mayo de 2006, votó favorablemente ese despacho.

Contra esa resolución, Patti interpuso acción de amparo, que fue rechazada por la jueza federal con competencia electoral en la Capital Federal. Al entender en el recurso de apelación planteado, la Cámara Nacional Electoral revocó la sentencia de grado e hizo lugar al amparo interpuesto.

3.3.1. *La asunción de otro diputado no torna la cuestión abstracta*

En primer lugar, con cita de un precedente de la Corte Suprema,²⁵ la CNE determinó que la asunción del segundo candidato de la lista por la que se presentó Patti no tornaba abstracta la cuestión planteada. Ello es evidente. Además de los fundamentos que aporta el fallo —la necesidad de un «cumplimiento estricto de lo que se podría denominar el “debido proceso electoral”, como garantía innominada de la representación política o de los derechos electorales que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa—, si la asunción de quien sigue en el orden de la lista tornara abstracta la cuestión, el propio cuerpo impugnado tendría la atribución de sortear cualquier revisión judicial.

²⁴ La impugnación de Patti fue una respuesta política del oficialismo a la impugnación que en la misma sesión dedujo el bloque de PRO contra el pliego de Eduardo Lorenzo Borocotó, quien, electo por esa alianza, pocos días después se entrevistó con el presidente de la Nación en la Casa de Gobierno, luego de lo cual dio una conferencia de prensa junto al jefe de gabinete de ministros en la que, en términos algo ambiguos, anunció que en su acción legislativa se acercaría al partido gobernante. En la referida sesión el pliego de Borocotó fue aprobado por la Cámara de Diputados.

²⁵ *Fallos*, 326: 4468.

3.3.2. *Las decisiones de la CNE como precedentes de los fallos de jueces electorales inferiores*

Luego de esa cuestión liminar, el tribunal se dirige al fondo del asunto para resolverlo, según lo indica, de conformidad con sus propios precedentes. Antes de explicarlos y desarrollarlos, le reprocha a la jueza de primera instancia haberse apartado de ellos. La CNE recuerda la importancia que la Corte Suprema federal le asigna al seguimiento de los precedentes por los tribunales inferiores.

Por cierto, este es un tema que la Corte no ha encarado hasta ahora con la necesaria claridad. No basta sostener la *conveniencia* o el *deber moral* de seguir los precedentes «en tanto no se aleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación» —como lo expresa la CNE glosando diversos fallos del máximo tribunal—, porque eso es lo mismo que decir que los tribunales inferiores no están obligados a conformarse a la doctrina que emane de aquel: siempre se puede alegar que uno se aparta de un precedente por un buen motivo.²⁶ Desde mi punto de vista, por lo menos respecto de los fallos de la Corte Suprema, dictados en ejercicio de la competencia por apelación extraordinaria y que versen sobre cuestiones federales típicas,²⁷ es insuficiente la actual doctrina de la Corte, consolidada desde el fallo *Cerámicas San Lorenzo*,²⁸ que Sagüés denomina *de seguimiento condicionado*.²⁹ Creo que en esos casos el seguimiento debería ser incondicionado —es decir, obligatorio— para los tribunales inferiores, y que el seguimiento condicionado debería ser la regla que la Corte aplicara a los fallos que dicte con relación a sus propios precedentes. Señalo la cuestión de modo incidental, ya que requeriría mayores desarrollos y no hace al objeto de este trabajo.

Sin embargo, no resulta dudoso que los fallos de los tribunales de alzada deben tener para los inferiores una fuerza persuasoria muy importante y que, como

²⁶ Como lo expresa Santiago Lagarre, «si los jueces inferiores pueden apartarse del derecho judicial del tribunal supremo siempre que aporten nuevos fundamentos, entonces no están obligados en sentido estricto, al estilo del *common law*, a seguir dicha jurisprudencia» («*Stare decisis* y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos», en *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*, 17.10.2005, p. 3). En el mismo sentido se ha dicho que «el estándar propuesto por la Corte es fácilmente superable pues, generalmente, con el dictado de una sentencia ni la Corte ni un juez agotan la cantidad de razones en las que basan su decisión. Por lo tanto, ello generará el espacio suficiente como para la explicitación de “nuevas” razones por parte de los tribunales inferiores, quienes, entonces, se encontrarán habilitados para fallar el caso en sentido contrario al precedente que rige la cuestión» (Alberto Garay y Alejo Toranzo: «*Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*», en *JA*, 2.4.2005 supl.).

²⁷ Es el acotado alcance que, acertadamente, le asigna a la doctrina del seguimiento condicionado Emilio Ibarlucía en su detallado trabajo «El seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», en *El Derecho*, 17.2.2006, p. 7.

²⁸ *Fallos*, 307: 1084 (1985).

²⁹ Néstor Sagüés: «Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», *ED*, 93 p. 890.

mínimo, para apartarse de ellos deben fundamentar muy bien en qué razones se basan. No es lo que hace la jueza de grado en este asunto, en el que, en palabras de la CNE, «contraviene expresa e infundadamente la doctrina sentada por esta Cámara» en el caso *Bussi*.³⁰

En efecto, la CNE considera que la doctrina que sentó en ese caso, «cuyos extremos fácticos resultan sustancialmente análogos a los que aquí se presentan», debía haber orientado a la sentencia apelada, pese a lo cual «ni siquiera lejanamente el a quo intentó exponer los motivos por los cuales consideraba que esta no resultaba aplicable».

3.3.3. *La justicia electoral es la que debe resolver en forma exclusiva las impugnaciones por causa anterior a la oficialización de las candidaturas*

El tribunal señala que:

En *Bussi* se cuestionaba la decisión de la H. Cámara de Diputados de la Nación que —como en el caso— negó la incorporación de un diputado electo por considerar que carecía de «idoneidad moral». Allí el tribunal sostuvo que *habiendo sido constatados en la etapa correspondiente los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se había postulado, sin que su postura hubiese merecido oposición alguna, y verificada la imputación de la representación, aquel se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fue investido por el pueblo*.³¹

Así expuesta la regla que, según la Cámara, debe gobernar hipótesis como la que se suscitó con el pliego de Patti, el fallo ubica los orígenes del actual artículo 64 de la Constitución nacional en la historia constitucional inglesa. La atribución de juzgar las elecciones de los miembros del Parlamento resultó una conquista de este en su lucha contra la corona. Sin embargo, con el correr del tiempo se advirtieron las deficiencias del sistema, ya que no brindaba garantías contra los abusos del propio órgano legislativo, por lo que se asignó la competencia electoral a órganos judiciales, a partir de 1868.

Del mismo modo, pese a la subsistencia de esta norma constitucional, el Congreso argentino creó la justicia electoral para dirimir esas cuestiones. La CNE lo justifica en estos términos:

La incorporación del Poder Judicial al examen del proceso electoral significó un singular avance del Estado de derecho, pues —como se explicó en otras oportunidades— se trata justamente de una regulación concebida por aquellos que tenían originariamente la facultad que depositaron en el Poder Judicial, entre las que se incluye —precisamente— el control relativo a la aptitud de los candidatos para cubrir los cargos a los que se postulan (cf. *Fallos*, CNE 3196/03 y 3303/04).

³⁰ *Fallos*, CNE, 3303/04.

³¹ Lo que resalto en cursivas constituye el *holding* de los fallos en *Bussi* y *Patti*.

¿Pero hay entonces un doble control, primero judicial y luego político? ¿O el Congreso, al crear la justicia electoral, se autolimitó en sus atribuciones?

Esta última es la tesis que surge del fallo comentado. El tribunal distingue con claridad dos momentos. El primero es el del registro de candidatos y oficialización de las listas. En esa etapa es que pueden interponerse impugnaciones con relación a las calidades de los candidatos, que la justicia electoral —y solo ella— puede resolver. Una segunda etapa es la oportunidad que, en las sesiones preparatorias, tienen las Cámaras del Congreso de ejercer el juicio de las elecciones, derechos y títulos que indica el artículo 64 CN. Pero, de acuerdo con lo que se colige del fallo *Patti*, esa atribución se habría acotado enormemente luego de la creación de la justicia electoral, porque se limitaría a las «inhabilidades sobrevinientes de los legisladores electos; es decir, aquellas advertidas durante el lapso que transcurre desde la oficialización de las candidaturas hasta el momento de su ingreso al cuerpo legislativo».

Coincido con este criterio hermenéutico. No tendría sentido alguno que las Cámaras del Congreso pudieran desconocer a su arbitrio las decisiones adoptadas por la justicia electoral en el marco de la competencia que le fija la ley.

3.3.4. *El juzgamiento de la idoneidad no puede desconocer el principio de inocencia*

El fallo podría haber terminado ahí. La resolución de la Cámara de Diputados es improcedente porque la causa en la que funda su rechazo del pliego no es sobreviniente a la intervención de la justicia electoral. Conforme a esta postura, no era necesario analizar el motivo de ese rechazo. Sin embargo, la CNE avanza en ese examen, aunque sea de modo lateral. Para hacerlo, parte de la base de que:

la verificación efectuada en el marco de los artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional no se limita a la constatación de las condiciones formales previstas, en este caso, por el artículo 48 de la Constitución nacional, sino que —de conformidad con lo expuesto por esta Cámara en *Fallos*, 3275/03— incluye también el requisito de la idoneidad (artículo 16 de la CN).

Más adelante explicaré por qué no comparto este aspecto, pero lo trascendente es que el tribunal estima que «este paradigma no puede importar desconocer el principio de inocencia (cf. artículo 18 de la Constitución nacional)».

Es un tema de una extraordinaria importancia. La Cámara de Diputados impidió que un legislador electo pudiera asumir su cargo por la sospecha de que habría cometido actos repugnantes a los derechos humanos. Ignoró que sobre *Patti* no pesaba condena judicial alguna. Pasó por alto, entonces, el principio de inocencia, uno de los más sagrados de cualquier orden jurídico civilizado. No hay nada más progresista que este simple enunciado: que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene desde la reforma de 1994 jerarquía constitucional en nuestro país (artículo 75, inciso 22, CN),

dispone en su artículo 23 que los derechos políticos activos y pasivos pueden ser reglamentados exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o *condena por juez competente en proceso penal*.

En ningún lado se establece que alguien pueda ser privado de sus derechos por sospecha. Que esta resolución de la Cámara de Diputados haya sido adoptada en nombre de los derechos humanos parece una broma de mal gusto. La mejor prueba del compromiso con los derechos humanos es respetarlos con los adversarios o los enemigos.

3.3.5. *El examen de la idoneidad*

Como lo indiqué, el tribunal, a modo de un *obiter dictum*, señala que la verificación que debe realizar la justicia electoral en el marco de los artículos 64 CN, y 60 y 61 CEN, «incluye también el requisito de la idoneidad».

No coincido en este punto con el muy fundado fallo de la CNE.³² En una democracia la idoneidad de los candidatos la juzgan los electores.³³ ¿Cuáles serían los parámetros para que la justicia electoral o las Cámaras del Congreso determinaran que un candidato a legislador o un legislador electo, respectivamente, carecen de idoneidad? ¿El examen abarcaría la idoneidad técnica y la moral? ¿Sobre qué bases? Dar esa atribución, en forma abierta, a los jueces y los legisladores sería permitir las mayores arbitrariedades.³⁴

³² Osvaldo Pérez Sammartino: «¿Pueden las Cámaras del Congreso valorar la idoneidad moral de los legisladores electos?», o. cit., p. 1; y «Patti debe ocupar su banca», en *El Cronista Comercial*, 23.5.2006.

³³ Comp. Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo II, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 122: «En ejercicio de la facultad que consagra el artículo 56 (actual artículo 64) las Cámaras pueden —y deben— juzgar si el electo reúne el requisito de la “idoneidad” para ser diputado o senador (conforme al artículo 16). Inclusive, cuando el artículo 58 (actual artículo 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 similar inhabilidad es “anterior” a la incorporación (y la Cámara la conoce), el legislador electo no debe ser incorporado». A mi modo de ver, lo que fluye de la norma es lo contrario: si se puede remover por inhabilidad sobreviviente, *a contrario sensu* no se puede impedir la incorporación del electo por inhabilidad anterior, salvo que la causa de la inhabilidad moral surja o se «advierta» —como dice la CNE en el fallo que comento— entre la oficialización de la candidatura y el momento del examen del pliego por la Cámara.

³⁴ Para Humberto Quiroga Lavié, si se aceptara el control de idoneidad «estaríamos modificando el sistema electoral de los legisladores, haciéndolo indirecto, convirtiendo a las Cámaras en filtro discrecional de esa elección. El requisito de idoneidad del artículo 16 debe estar reglamentado por las leyes, y si estas no especifican determinada calidad, las Cámaras no pueden exigirla. Pero, además, la ley no podría ampliar los requisitos constitucionales para ser legislador, más allá de determinar inhabilidades de hecho o de derecho, en función del principio de razonabilidad [...]. Permitir que una mayoría partidaria excluya por falta de idoneidad a un analfabeto, por ejemplo, o a alguien por actos de presunta

Esa verificación solo tiene sentido si el Congreso reglamenta el artículo 64 y establece, de modo objetivo y general, ciertas inhabilidades. De hecho, es lo que han establecido los artículos 3.º, 60 y 125 de la ley 19945 y 33 de la ley 23298. Podrían incluirse otras. Habría que ver en su caso, y con un criterio sumamente restrictivo,³⁵ si superan el *test* de constitucionalidad. Pero lo que es inadmisibles es que los jueces o los legisladores creen —*ex post* y sin carácter general— categorías no previstas en la Constitución ni en las leyes.³⁶

Por cierto, aún más grave que la descalificación judicial en la etapa de la oficialización de las candidaturas sin norma previa que lo autorice, es la descalificación política por las Cámaras del Congreso, de un legislador electo, en el momento del juicio de elecciones, derechos y títulos por motivos que la justicia electoral no admitió. Porque en este último caso es el pueblo el afectado directamente, cuando se le retacean sus derechos políticos al impedir el acceso a su banca del legislador al que había votado.

3.3.6. Consideraciones sobre el fallo

Para la CNE, la creación de la justicia electoral, por el Congreso de la Nación, implicó que este *deposító* en el Poder Judicial la atribución del «control relativo a la aptitud de los candidatos para cubrir los cargos a los que se postulan».

En consecuencia, las Cámaras del Congreso no pueden sustituir o revisar ese control y solo quedan facultadas para examinar las inhabilidades sobrevinientes de

inmoralidad o escándalo (caso de la Chicholina, en Italia), nos parece una grave tergiversación de nuestro sistema democrático» (*Constitución de la Nación argentina comentada*, 3.ª edición, Buenos Aires, Zavalía, 2000, p. 330).

35 En el mismo sentido se pronuncia María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, o. cit., p. 434, quien señala que «las prerrogativas de las Cámaras deben ser explícitas e interpretarse de modo restrictivo si interfieren con derechos o principios constitucionales. En el caso de aceptarse aquella atribución de las Cámaras, la vulneración democrática resultaría palmaria y una circunstancial mayoría política podría enmendar los supuestos *errores* o *inadvertencias* de los legisladores. En el sistema constitucional solo ellos, sin tutelajes, deben rectificar sus opciones políticas». Un criterio distinto expuso uno de los impugnantes de Patti, el diputado oficialista Miguel Bonasso, quien, desde una concepción paternalista poco compatible con la democracia, sostuvo que el pueblo se había equivocado y que la Cámara de Diputados debía rectificar su decisión.

36 Cf. Gregorio Badeni: «Ética, educación republicana y solución de conflictos electorales», *ED*, pp. 216-276, para quien los jueces electorales «no están facultados para expedirse sobre las condiciones éticas de los candidatos cuando ellas, por ser tales, no tienen una previsión normativa. El único órgano habilitado para expedirse sobre las cualidades éticas de los candidatos, cuando carecen de esa previsión, es el cuerpo electoral. Por más que socialmente sea cuestionable la idoneidad técnica o ética de un candidato, solo el pueblo se puede pronunciar sobre el particular en los comicios. Es el pueblo quien juzga la idoneidad de los candidatos y su decisión no puede ser alterada o desconocida sin violar el principio de la “soberanía popular”».

los legisladores electos, es decir aquellas «advertidas»³⁷ durante el lapso que transcurre desde la oficialización de las candidaturas hasta el momento de su ingreso al cuerpo legislativo.

El tribunal entiende que este esquema legal constituye «una reglamentación razonable de las previsiones del artículo 64 de la Constitución nacional» y no una delegación, por lo que «la única vía mediante la cual las Cámaras legislativas podrían retomar esa atribución sería modificando las citadas normas pero no “avocándose” al estudio de las materias que en un caso puntual ellas contienen».

Al mismo tiempo —y en lo que considero un *obiter dictum*—, la CNE rescata el principio de inocencia y señala que para desvirtuarlo se requiere al menos el dictado de una sentencia condenatoria por un juez competente.

La Cámara, asimismo, recuerda la necesidad de respetar el valor de los precedentes. Es lo que ella hace respecto del criterio que fijó en *Bussi* y lo que le reprocha a la jueza de grado que desconozca sin aportar ningún fundamento.

En tiempos de dificultades para el ejercicio de la independencia judicial, el fallo de la CNE merece ser saludado como ejemplar. Ahora le tocará a la Corte Suprema de Justicia ratificar esa clara muestra de independencia y de respeto por la legalidad. Cabe esperar que no apele a la tradicional doctrina de las cuestiones políticas no justiciables,³⁸ que el máximo tribunal ha ido esmerilando en sus pronunciamientos de las últimas dos décadas.³⁹ Ni siquiera el máximo tribunal norteamericano, que acaso siguió con mayor apego que el nuestro la tesis de las *political questions*,⁴⁰ se

³⁷ ¿Aun las de causa anterior que se adviertan en este período?

³⁸ Representativo de esta tendencia es el fallo *Partido Justicialista*, de 1965, en el que la Corte Suprema expresó que la organización del proceso electoral por ley, en forma que comprenda instancias de tipo jurisdiccional, accidentales o permanentes, es válida en cuanto estas sean instrumentales y destinadas al encauzamiento del trámite electoral. Lo que supone como necesaria la preservación íntegra de la facultad legislativa, explícitamente constitucional, del juzgamiento final de la validez de las elecciones y de los títulos de los electos. Facultad que no puede ser turbada ni interferida por resolución judicial alguna, habida cuenta del inequívoco alcance con que en el artículo 56 de la Constitución nacional se enuncia la voluntad de instituir a las Cámaras del Congreso en juez exclusivo y excluyente de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros» (*Fallos*, 263: 270).

³⁹ En el mismo sentido se pronuncia Carlos R. Baeza, «Las Cámaras como jueces de sus miembros», en *El Dial*, suplemento de Derecho Público, 20.3.2006: «En este supuesto, entendemos que la Corte Suprema de Justicia no podría ampararse en la doctrina de las *political questions* invocando la preservación del principio de división de poderes. Es que como lo entiende Bidart Campos, si bien se reconoce la existencia de zonas de competencia reservadas a cada órgano y ajenas a la intervención de los restantes, ello lo es a condición (de) que esas competencias se ejerzan válidamente dentro del marco constitucional».

⁴⁰ Tesis que se remonta a *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137), en el que el *Chief Justice* Marshall expresó: «Las cuestiones políticas por su naturaleza o que son, por la Constitución y las leyes, remitidas al Ejecutivo, no pueden nunca ser resueltas en este tribunal». La doctrina empezó a flexibilizarse a partir de *Baker v. Carr* (369 U.S. 186), de 1962. *Powell v. Mc Cormack* (395 U.S. 486), de 1969, es un ejemplo de esa morigeración de la abstención judicial. Cf. Kathleen Sullivan y Gerard Gunther: *Constitutional Law*, 14.ª ed., o. cit., p. 37.

amparó en ella para dejar de ejercer la revisión judicial de un rechazo de la Cámara de Representantes al pliego de un legislador electo. En efecto, en *Powell v. Mc Cormack*,⁴¹ como hemos visto, sostuvo que «la Constitución no le otorga a la Cámara ninguna autoridad para excluir a una persona debidamente electa que reúne todas las condiciones para ser miembro de ella».

4. Proyectos de reglamentación de la idoneidad moral

Luego del rechazo de la Cámara de Diputados del pliego de Patti, algunos diputados presentaron proyectos destinados a prohibir la presentación como candidatos de quienes estuvieran involucrados en delitos de lesa humanidad.⁴²

Un proyecto de la diputada Marcela Rodríguez, del ARI, dispone que no podrán ser candidatos a cargos electivos o partidarios «las personas contra las que existan pruebas suficientes de violaciones graves de los derechos humanos que puedan implicar delitos de lesa humanidad».

Por su parte, la diputada radical Silvana Giudici presentó un proyecto similar. En la búsqueda de una «herramienta de fondo» para establecer «qué hacer con los represores confesos o los colaboracionistas civiles enquistados en el seno de la democracia», Giudici consideró necesario cubrir un vacío de la Ley de Ética Pública. En ese sentido, propuso incorporar a la ley «un articulado que inhabilite para el ejercicio de la función pública a quienes cometieron delitos conexos asociados a la etapa del terrorismo de Estado, con antecedentes penales, procesos judiciales o denuncias mediante prueba fehaciente por algún órgano de los poderes del Estado y/o por organismo de derechos humanos, como asimismo quienes hubieren colaborado con ellos en la consecución de sus fines delictivos».

«Pruebas suficientes», según el proyecto de Rodríguez. ¿Suficientes para quién? Si es para la justicia no se requiere ley alguna. Y si no es para la justicia, se está transformando en jueces a los legisladores, sin garantía alguna para los «procesados».

El proyecto de Giudici se conforma con «denuncias mediante prueba fehaciente por algún órgano de los poderes del Estado y/o organismo de derechos humanos». Ignoro qué es una «denuncia mediante prueba fehaciente». ¿Quién determina la fehaciencia de esa prueba? ¿A quién debe hacerle fe? Otra vez, si es a un juez en el marco del respeto del debido proceso y las garantías constitucionales, no se requiere ninguna innovación. Pero evidentemente el proyecto apunta a sacar de la órbita judicial estos casos. ¿Por qué? Porque molestan los procedimientos, las garantías, la necesidad de probar las acusaciones. ¿Pero no era Patti el que supuestamente

⁴¹ 395 US 486 (1969).

⁴² Informa sobre estas iniciativas la nota del diario *Página 12* del 28.5.2006 titulada «Proyectos para evitar otros “Pattis” en el Congreso». Puede consultarse en el sitio web: <www.pagina12.com.ar>.

proclamaba esta relajación del debido proceso en aras de la celeridad y de la eficiencia punitiva?

Sin dudar de los elevados propósitos que animan a estas destacadas legisladoras, hay que decir que en este caso el remedio es peor que la enfermedad: la denuncia, la mera sospecha, llevadas a la categoría de pruebas de cargo, con el propósito de afianzar los derechos humanos.⁴³

5. Conclusiones

Hay dos maneras de leer el artículo 64 CN. Una interpretación amplia les confiere a las Cámaras del Congreso la facultad de valorar la idoneidad moral de los legisladores electos al momento en que deben juzgar las «elecciones, derechos y títulos» de estos. Otra, de carácter restrictivo, entiende que solo cabe el juzgamiento acerca de la regularidad del proceso eleccionario y del cumplimiento de los requisitos (*qualifications*, en la Constitución norteamericana, que fue la fuente de nuestra disposición) previstos en el artículo 48 CN, para los diputados (25 años de edad, cuatro de ciudadanía en ejercicio y ser natural de la provincia que lo elija o con dos años de residencia inmediata en ella) y en el artículo 55 CN, para los senadores (30 años de edad, seis años de ciudadanía en ejercicio, renta anual de dos mil pesos fuertes o entrada equivalente⁴⁴ y haber nacido en la provincia que representará, salvo que tenga en ella dos años de residencia inmediata).

No tengo dudas de que esta última es la interpretación que más se aviene a nuestros principios constitucionales y al sistema democrático de gobierno. La otra —que hoy, por los casos en los que fue aplicada, puede lucir como «progresista», pero que bien podría servir el propósito contrario cuando el equilibrio de fuerzas sea distinto— abre las puertas a la más grosera arbitrariedad. Juzgar un diploma es un acto jurisdiccional, no político. No implica innovar en el mundo jurídico, crear normas, promover políticas, sino interpretar y aplicar la ley; en este caso, la ley fundamental. Es mejor que esa tarea la realicen los jueces. Aun sin tener una visión idílica sobre la judicatura, que al fin y al cabo está integrada por seres humanos y no providenciales, siempre será más imparcial en sus juicios que quienes tienen un interés directo en el resultado de esa función jurisdiccional.

La famosa admonición de Montes de Oca no ha perdido vigencia: «Las Cámaras son los peores jueces. Generalmente irresponsables, se convierten en comités o camarillas y no hay título o diploma de diputado que no esté sujeto a críticas, si

⁴³ Cabe agregar, sin que altere las conclusiones del texto, que el 26 de septiembre de 2006 los diarios informaron que en una causa en la que Patti está investigado por encubrimiento, el juez dispuso la elevación de la causa a juicio oral.

⁴⁴ «Fue una presencia de oligarquismo político en el texto constitucional que no se respetó nunca». Cf. Quiroga Lavié, o. cit., p. 311.

así conviene al partido que priva». ⁴⁵ Hoy como entonces, permitir que una mayoría circunstancial decida —fuera de las expresas previsiones constitucionales— si un legislador electo por el pueblo puede asumir su banca, es tolerar el avasallamiento de la soberanía popular.

El verdadero compromiso con los derechos humanos se pone a prueba con relación a nuestros adversarios y a nuestros enemigos.

⁴⁵ Manuel Montes de Oca, en Carlos Tagle Achával: «El derecho parlamentario y el juicio de las elecciones de los diputados nacionales», *JA*, 1964-III, p. 78.

Silvia B. Palacio de Caeiro*

Incorporación de legisladores electos. ¿Cuestión política no justiciable (*political question*)?

1. Introducción

Entre las denominadas facultades colectivas y privativas de las Cámaras del Congreso de la Nación, respecto al juzgamiento de sus propios miembros, se encuentran aquellas que conciernen a la incorporación de los legisladores electos, conforme lo prevé el artículo 64 de la Constitución nacional.¹

Dicha norma establece:

Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos, títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros; pero un número menor podrá compeler a los miembros ausentes a que concurran a las sesiones, en los términos y bajo las penas que cada Cámara establecerá.

* Jueza de la Cámara Sexta en lo Civil y Comercial de Córdoba. Ex secretaria de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Autora y coautora de varias obras de derecho procesal constitucional y derecho federal y de numerosos artículos de doctrina. Docente de posgrado en UNC, UBA, UCA Rosario, UE Siglo 21, Universidad Blas Pascal, Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, y del Centro "Ricardo C. Nuñez". Dictó clases en la Universidad Austral, UNLR y Colegio de Abogados de Córdoba. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

¹ Este tema fue abordado por la autora en las IX Jornadas de Derecho Procesal Constitucional, organizadas por el Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, los días 7 y 8 de septiembre de 2006, en la Universidad del Salvador, Ciudad de Buenos Aires, en el módulo «Control judicial de los poderes propios del Ejecutivo y del Congreso».

Es significativa la diferencia existente entre lo dispuesto en esa norma, que alude exclusivamente a la función de *cada Cámara como juez «de las elecciones, derechos, títulos de sus miembros en cuanto a su validez»*, de lo expresado por el artículo 66 CN, referido a un supuesto y etapa diferente que involucra el juzgamiento de la conducta de los legisladores en actividad, «por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviviente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno»,² aunque ambas normas se entroncan y logran un vínculo en común al reglar el ejercicio de facultades jurisdiccionales, disciplinarias y sancionatorias de las Cámaras sobre sus propios integrantes.

Concretamente, el tenor de los contenidos constitucionales implicados en el artículo 64 permite un análisis enfocado desde la tríada: 1) dirigida al análisis doctrinario y abstracto respecto a la naturaleza jurídica, sentido y alcance, forma y modo del ejercicio de las facultades privativas en su calidad de cuestiones de política institucional de las Cámaras del Congreso nacional; 2) enfocado a los determinados casos en los que las Cámaras han analizado la incorporación y elección de los legisladores como asimismo a la política puntual de las posturas que han sostenido los legisladores en representación de los partidos políticos pertenecientes a las mayorías y minorías parlamentarias; 3) el examen la posibilidad del conocimiento y juzgamiento por el Poder Judicial de la Nación, de los casos concretos en que las Cámaras ejercitaron tales atribuciones en función del señalado artículo 64 CN.

Este último aspecto concierne a puntos que se han denominado como cuestiones políticas no justiciables —*political questions*—, cuyo desarrollo se efectuará a continuación, conforme a las posturas sostenidas por la doctrina y los criterios de la jurisprudencia sustentada por la CSJN y por la Cámara Nacional Electoral.

2. Incorporación de los legisladores (artículo 64 de la Constitución nacional)

2.1. Examen de las elecciones, derechos y títulos de los miembros electos.

Su alcance

Se dijo que en el esquema constitucional cada Cámara es «juez en la elección de derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez», atribución específica englobada dentro de las *facultades privativas comunes* que se ejercen conforme lo permiten los respectivos reglamentos.

La clásica doctrina del derecho constitucional le otorga a ese precepto un sentido y alcance que bien puede denominarse restringido, afirmándose que su contenido

² El artículo 66 preceptúa: «Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviviente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno; pero bastará la mayoría sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos».

normativo señala la posibilidad de un control estrictamente relativo a la constatación del cumplimiento de los recaudos formales exigidos para ser legislador,³ que consisten en los contenidos por los artículos 48 y 55 CN.⁴

Se afirma que la base sobre la cual se adoptó el texto en la Constitución nacional de 1853, mantenido luego de todas las reformas habidas incluso la de 1994, es la norma similar de la Constitución de Filadelfia, cuyo artículo I, sección 5.^a, establece: «Cada una de las Cámaras juzgará sobre las elecciones, escrutinios y capacidades de sus miembros respectivos [...]».

De ahí se deriva que el control de cada una de las Cámaras sobre la elección de sus miembros implica resolver las cuestiones que se planteen respecto de ellos, sus títulos o los recaudos que deben cumplir conforme a las leyes reglamentarias. Edmedkjian, recordando la opinión de Montes de Oca, expone que esta disposición fue abandonándose por algunas Constituciones americanas, al advertirse que:

dejar a las Cámaras del Congreso el control exclusivo de las elecciones y títulos de sus miembros era contraproducente, ya que se dejaba a las ocasionales mayorías el manejo de la integración de las Cámaras, más allá de la justicia o injusticia de las impugnaciones. El propio Parlamento británico se separó de esa tesitura votando diversas leyes que encargaron el control de elecciones a sus jueces.⁵

González Calderón también se inscribe en una posición similar, por lo que aconseja que los abusos referidos al ejercicio de esta facultad pueden ser sometidos a reglamentación adecuada a los fines de asegurar la voluntad popular libremente expresada en los comicios.⁶

Quienes se enrolan en esa postura entienden que el control de la elección y de las condiciones constitucionales exigidas para ser candidato y luego legislador electo, ha quedado derivada a la justicia electoral, conforme a las normas del Código Electoral de la Nación, el régimen jurídico-político de los partidos políticos y las leyes complementarias y concordantes.

Por lo cual, afirman, el propio Congreso de la Nación a través de la legislación electoral ha realizado una especie de delegación de dichas facultades, siguiendo así

³ Montes de Oca, Joaquín V. González, Germán Bidart Campos, entre otros importantes tratadistas.

⁴ Artículo 48. Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella. Artículo 55. Son requisitos para ser elegidos senador: Tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

⁵ Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 345.

⁶ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo II, o. cit., pp. 449-451.

que la disposición del artículo 64 habría perdido vigencia y resultaría anacrónica, debido al doble examen que sobre las mismas cuestiones implica.⁷

No obstante, al continuar dicho mandato en vigencia, los tratadistas no pueden dejar de admitir el ejercicio de esas facultades, ya que la *última palabra* la tienen indudablemente las Cámaras.⁸

María Angélica Nelly afirma que realizado el control de las condiciones constitucionales exigidas por la Constitución nacional en la etapa preelectoral y decidida la validez de la elección por las juntas electorales competentes, el examen de las Cámaras consistirá en la revisión acerca de la autenticidad del diploma entregado al legislador electo, como asimismo la constatación de la competencia del órgano, no pudiendo analizarse las cuestiones atinentes al desarrollo y pureza de los sufragios.⁹

Evidentemente, a la luz de lo acontecido en dos resonantes casos, *Bussi y Patti*, donde la Cámara de Diputados de la Nación no autorizó el ingreso de tales legisladores electos con fundamento en razones de índole ética —«inhabilidad moral»—, los criterios reseñados han quedado superados por las circunstancias provenientes de la realidad política actual, en las que se ha aplicado el artículo 64 CN partiendo de una perspectiva política diferente.

Con base en las decisiones adoptadas por la Cámara de Diputados en los citados casos, en algún ámbito de la doctrina contemporánea se ha expresado que, admitiéndose por imperio del referido artículo 64 el control formal y sustancial de los títulos de los miembros electos por las Cámaras del Congreso, esa facultad de control se extiende a los requisitos de idoneidad en su faz técnica, ética y moral, conforme a las previsiones de los artículos 16 y 36 CN y el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica.¹⁰

En líneas generales, desde esta posición se afirma la procedencia de lo actuado por la Cámara de Diputados de la Nación en los casos *Bussi*¹¹ y *Patti*,¹² con asidero

⁷ Bidart Campos, Ekmekdjian, entre otros distinguidos autores.

⁸ Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit.

⁹ María Angélica Gelli: *Constitución de la nación argentina*, 1.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 433.

¹⁰ Andrés Gil Domínguez: «El caso *Patti*», en *La Ley*, 6.6.2006, p. 1, Carlos Adolfo Álvarez: «Los procedimientos dentro del Poder Legislativo y el derecho constitucional (A propósito de las normas utilizadas para juzgar la admisibilidad de los cargos públicos electivos)», en *La Ley*, 30.5.1006, p. 1.

¹¹ El denominado caso *Bussi* y sus alternativas judiciales se comenta más adelante.

¹² *Patti* fue elegido diputado el 23 de octubre de 2005 en representación del Partido Unidad Federalista (PAUFE), pero al tiempo de su incorporación a la Cámara de Diputados, los legisladores en ejercicio le impidieron asumir el cargo por razones «de idoneidad ética y moral» fundadas en las violaciones a los derechos humanos que se le atribuyen. En el voto contra *Patti* se unieron el kirchnerismo, el ARI, el socialismo, el juecismo y diez radicales. A favor de la asunción, en cambio, se inclinaron la mayor parte de los diputados radicales, el PRO, el PAUFE y los provinciales. Hubo 164 votos en contra de su incorporación y 62 votos a favor de ella.

en lo previsto por el artículo 66 CN, cuya aplicación se encuentra admisible para examinar y aprobar los títulos de los legisladores, según el artículo 64 CN.

Cabe indicar que el referido artículo 64 ha sido atendido por el reglamento de la H. Cámara de Diputados de la Nación, el cual prevé, en su capítulo I, las condiciones y los términos en los que se enmarca el análisis de las calidades exigidas por la Constitución nacional y de las objeciones suscitadas respecto de la negación de tales extremos.¹³

Especifica el artículo 3.º del reglamento:

Las impugnaciones solo pueden consistir: 1.º En la negación de alguna de las calidades exigidas por el artículo 48 de la Constitución nacional. Cuando la impugnación demostrare, prima facie, la falta de uno de los requisitos constitucionales, el impugnado no podrá prestar juramento, reservándose su diploma para ser juzgado en las sesiones ordinarias. Si se considerare necesaria una investigación, el impugnado se incorporará en las condiciones indicadas en el inciso siguiente. 2.º En la afirmación de irregularidad en el proceso electoral. En este caso los impugnados podrán incorporarse con los mismos caracteres y atributos de los diputados en ejercicio.

2.2 *Examen judicial de las facultades privativas de las Cámaras en la jurisprudencia de la CSJN*

La posibilidad del examen judicial de las facultades privativas de las Cámaras en torno al ingreso o incorporación de los legisladores electos ha suscitado valiosa pero no por ello inmutable jurisprudencia de la CSJN.

Se han sostenido, en líneas generales, dos tesis absolutamente diferentes sobre el mismo punto, las que giran en torno a aceptar o desestimar como un asunto justiciable, el acierto del ejercicio de las facultades privativas y de las disciplinarias. Es decir, si ellas pueden someterse al contralor jurisdiccional.

i) En ese orden puede evocarse el siempre recordado *Cullen c. Llerena*, dictado en 1893,¹⁴ donde se estableció una regla de autorrestricción, en consideración a la índole política de la cuestión, que requería examinar la atribución y ejercicio de los poderes políticos del Congreso de la Nación para decidir la intervención federal

¹³ Carlos Adolfo Álvarez: «Los procedimientos dentro del Poder Legislativo y el derecho constitucional (A propósito de las normas utilizadas para juzgar la admisibilidad de los cargos públicos electivos)», en *La Ley*, 30.5.2006, p. 1. Explica el autor que el plazo para evaluar y dictaminar sobre las impugnaciones es el comprendido entre el 1.º de marzo y el 31 de mayo, por ser los tres meses sucedidos desde el inicio del período legislativo siguiente a aquel en el cual fueron efectuadas las elecciones. Además informa que la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamentos dictó un procedimiento propio de juzgamiento específico destinado a garantizar el derecho de defensa, «sentando en este caso (*Patti*) como precedente que este reglamento debe dictarse en cada procedimiento impugnatorio, ya que dejó de lado el utilizado en el caso *Bussi* [...] cuando menos hasta que el reglamento sea homologado por el pleno de la Cámara».

¹⁴ *Fallos*, 53: 420 (1893).

en la provincia de Santa Fe. Esa política judicial obedecía a razones fundadas en la división de los poderes; allí se sostuvo que: «no compete a esta Suprema Corte, en la presente demanda, examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso han dado al artículo sesenta y uno de la Constitución. [...] Por consiguiente esta demanda no ha podido ni debido ser presentada ante esta Suprema Corte».¹⁵

En *Cullen c. Llerena*, llama la atención la solitaria disidencia del juez Dr. Luis V. Varela, quien advirtió que la objeción del actor, el Dr. Cullen, era de índole formal, pues lo que se cuestionaba en ese caso era el procedimiento utilizado para la sanción de la ley que disponía la intervención federal. Y luego de un análisis pormenorizado, el Dr. Varela concluyó diferenciando los aspectos de orden formal de los de orden sustancial, por lo que consideró que en el Poder Judicial la justicia estaba habilitada para conocer y resolver acerca de los primeros.

La doctrina restrictiva de *Cullen c. Llerena* respondía también al criterio sentado en 1865 en la causa *Provincia de Mendoza*,¹⁶ en la cual frente a un reclamo iniciado por el gobierno de Mendoza con motivo de una resolución del Senado de la Nación que anuló la elección de un senador por esa provincia, con fundamento en que la legislatura local era inconstitucional en razón de los vicios que presentaba la ley de elecciones vigente, la CSJN sostuvo su incompetencia para resolver el punto. Adujo que no le correspondía intervenir en la cuestión relativa a la anulación de la elección de un senador, por ser ello de exclusiva atribución del Senado.

La opinión relativa a la no judiciabilidad de las resoluciones atinentes a la integración de las Cámaras del Congreso se mantuvo en los casos *Varela* (1881),¹⁷ *Compañía Azucarera Tucumana* (1924),¹⁸ *Junta Electoral de Entre Ríos* (1963),¹⁹ *Partido Justicialista*,²⁰ *Unión Cívica Radical* (1973).²¹

Durante largos años, la CSJN continuó en una postura restrictiva²² en lo que atañe a la utilización de las atribuciones privativas de las Cámaras en torno al ingreso de sus miembros, persistiendo en una tesis estricta aun después del nuevo advenimiento de la plenitud del sistema democrático en 1983 y hasta las postrimerías del siglo XX.

La Corte Suprema de la década de los noventa reiteró por mayoría tal criterio, lo que puede verificarse en los casos *Provincia del Chaco c. Estado Nacional*,²³

¹⁵ Fallo citado.

¹⁶ *Fallos*, 2: 253.

¹⁷ *Fallos*, 23: 257.

¹⁸ *Fallos*, 141: 271.

¹⁹ *Fallos*, 256: 208.

²⁰ *Fallos*, 263: 268.

²¹ *Fallos*, 285: 147.

²² *Fallos*, 155: 248; 254: 45, caso *Ávila Posse de Ferrer c. Aerolíneas Argentina*, entre muchos otros.

²³ *Fallos*, 321: 3236, 24.11.1998. En este caso, el gobernador de la provincia del Chaco promovió acción declarativa de inconstitucionalidad contra la resolución del Senado de la Nación que hizo

Tomasella Cima, Carlos L. c. Congreso de la Nación (Cámara de Senadores),²⁴ ambos recaídos en 1998, en los que se analizaron las facultades privativas de las Cámaras del Congreso en el juicio sobre la validez de derechos y títulos de sus miembros y se rechazó la posibilidad de su justiciabilidad.

Lo propio ocurrió en los años 1999 y 2001, en los casos *Partido Justicialista, Distrito Corrientes*²⁵ y *Haquim, Carlos G. c. Provincia de Jujuy y otro*,²⁶ en los que se volvió a reiterar el criterio estrecho acerca de la no judiciabilidad de tales cuestiones.

lugar a la impugnación formulada por un partido político, desestimando en consecuencia los pliegos de dos ciudadanos como senadores por la provincia mencionada —titular y suplente—, por no cumplir con las exigencias de la cláusula transitoria cuarta de la Constitución y disponiendo la incorporación de otras personas, que no habían sido designadas por la legislatura local. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, desestimó la demanda.

²⁴ *Fallos*, 322: 2370, 24.11.1998. El actor Sr. Tomasella Cima, invocando su condición de candidato titular a senador nacional por Alianza Pacto Autonomista Liberal - Demócrata Progresista (distrito Corrientes), para ocupar la banca que corresponde a esa provincia, promovió acción de amparo en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de obtener la declaración de nulidad de la decisión adoptada por la Cámara de Senadores por la cual se designó senador nacional —según dice, en forma irregular— al candidato propuesto por otra fuerza política. La Corte, por mayoría, no dio curso al amparo promovido.

²⁵ *LL*, 2000-E.72, 5.10.1999. El Partido Justicialista del distrito Corrientes se presentó ante la justicia electoral de la provincia de Corrientes requiriendo la certificación de las exigencias estatutarias de su candidato a senador nacional. El juez de primera instancia consideró acreditados los requisitos y decidió librar oficio a la legislatura provincial. La Cámara revocó lo decidido. Contra este pronunciamiento se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegatoria motivó la queja. Con posterioridad al fallo recurrido, el Senado de la Nación incorporó al candidato mediante una resolución que la Corte Suprema había considerado irrevisable. El Tribunal desestimó la queja por haber devenido abstracta la cuestión. Se dijo: «Que toda vez que tal candidato fue admitido como miembro por el Senado de la Nación —e incorporado posteriormente— mediante una resolución que esta Corte estimó irrevisable judicialmente por no comportar un exceso de la competencia atribuida a dicha Cámara por el artículo 64 de la Constitución nacional, ni exhibir un apartamiento palmario de lo previsto en la cláusula transitoria cuarta de la ley fundamental o de las leyes que reglamentan su ejercicio (cf. pronunciamiento del 24 de noviembre de 1998 en la causa T. 161 XXXIV *Tomasella Cima, Carlos L. c. Estado Nacional, Congreso de la Nación [Cámara de Senadores] s/ acción de amparo*), no existe gravamen actual que justifique la apertura de la instancia extraordinaria. Máxime si en el auto denegatorio del remedio federal la Cámara declaró que la cuestión que dio origen a la presente causa había quedado sin objeto y, por ende, resultaba abstracto todo pronunciamiento».

²⁶ *Fallos*, 324: 2299, 09.08.2001. Celebrados los comicios nacionales del 13 de septiembre de 1998, se suscitó una controversia entre los candidatos a senador por Jujuy de dos listas pertenecientes al Partido Justicialista para ocupar la banca que corresponde a la provincia, por vencimiento del mandato del senador señor Alberto Máximo Tell. La justicia electoral resolvió la integración del binomio titular y suplente electos con un candidato de cada una de ellas, remitiendo a la legislatura local la certificación de ambos postulantes. Dicho cuerpo designó al suplente y el Senado de la Nación confirmó tal criterio. Tras reclamar sin éxito ante la Cámara, el candidato titular entabló acción de amparo ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en instancia originaria para que se invalidara tal designación. El Tribunal desestimó la demanda.

ii) Esa postura tuvo un cambio radical en octubre del año 2001 con el primer pronunciamiento dictado en el caso *Bussi*,²⁷ donde se puntualizaron los siguientes términos: a) judiciabilidad del conflicto planteado por la negativa de una de las Cámaras del Congreso; b) competencia del Poder Judicial para interpretar la CN (artículo 64); c) competencia del Poder Judicial para analizar el ejercicio de las facultades de los legisladores, lo que exige interpretar las cláusulas de la CN; d) competencia del Poder Judicial por no existir bloques temáticos que excluyan ni el control de constitucionalidad ni el control judicial en mérito a los tratados internacionales; e) revisión judicial de las decisiones de las Cámaras del Congreso por estar afectados derechos subjetivos.

En esa línea, se afirmó:

[...] planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de estos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por el Tribunal, ya desde 1864, en cuanto a que él «es el intérprete final de la Constitución» (*Fallos*, 1: 340). 8. Que, en fin, uno de los pilares en que se asienta la Constitución nacional es el principio de la soberanía del pueblo (artículo 1.º). Este, en términos de Hamilton, implica que el pueblo debe poder elegir a quien lo gobierne según le plazca (véase la cita en *Powell v. Mc. Cormack*, p. 547). El actor, elegido por el pueblo en comicios libres, resiste la negativa de la Cámara de Diputados a incorporarlo y esta invoca la Constitución nacional para vedarle su ingreso. Este conflicto configura la cuestión justiciable que el *a quo* desconoció y cuya comprobación impone dejar sin efecto la sentencia recurrida.

Cabe recordar aquí que tanto la CSJN como el dictamen del señor procurador general de la Nación evocaron el precedente *Powell v. Mc. Cormack*,²⁸ resuelto por

²⁷ *Bussi, Antonio D. c. Cámara de Diputados*, 19.11.2001, *Fallos*, 324: 3358; *La Ley*, 2001-F, 457; *DJ*, 2001-3, 793; *La Ley*, 2001-F, 873; *La Ley*, 2002-A, 70, con nota de Germán J. Bidart Campos; *JA*, 2001-IV, 688; *ED*, 197, 145; *La Ley*, 2003-C, 236, con nota de Jorge H. Gentile; Ricardo A. Guibourg, *Teoría general del derecho*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Buenos Aires, *La Ley*, p. 341. El caso consistió en que Antonio D. Bussi fue proclamado candidato del Partido Fuerza Republicana a los comicios para diputado nacional del 24 de octubre de 1999 por el distrito de Tucumán. Su candidatura fue oficializada y resultó electo; la Junta Electoral expidió el pertinente diploma. La Cámara de Diputados, atendiendo a impugnaciones de orden ético formuladas por otros legisladores, se negó a la incorporación de Bussi, quien promovió acción de amparo contra dicho acto. La demanda fue desestimada *in limine* en primera y segunda instancia. Concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema revocó el pronunciamiento de grado.

²⁸ Se recordó que «La Cámara de Representantes “excluyó” a un diputado electo, impidiéndole así ocupar su escaño, por razones ajenas a los requisitos previstos en la Constitución norteamericana (artículo I, sección 5). Llegado el asunto a la Suprema Corte de dicho país, esta, desestimando las alegaciones de la mencionada Cámara, resolvió: a) que se encontraba en presencia de un “caso” que surgía bajo la Constitución en el sentido del artículo III (fuente del artículo 100, Constitución nacional); b) que para esclarecer la no justiciabilidad alegada por los demandados con base en el artículo I, sección 5 (fuente del artículo 56, Constitución nacional [actual artículo 64]), esto es, para determinar “cuando ha sido dada una clara atribución (*textual commitment*) constitucional a un departamento del Gobierno

la Corte Suprema estadounidense, advirtiendo que constituía una referencia apropiada, por la notable similitud con los hechos de la demanda de *Bussi*.

En efecto, en el antecedente *Powel vs. Mc Cormack*, el punto de conflicto lo constituyó la exclusión del actor como diputado electo por la Cámara de Representantes, situación que fue admitida como un *caso judicial*, por exigir la interpretación de la Constitución federal y la forma de ejercicio de las atribuciones constitucionales por un departamento. De ahí que no era susceptible de englobarse dentro de las *political questions*, mencionándose también la doctrina aperturista que significó el caso *Baker vs. Carr*.²⁹

En *Powell* se abordó la aplicación de la doctrina *self restraint - political questions*, haciéndose hincapié en cuatro puntos: a) relevancia jurídica de la cuestión estableciéndose que no era materia abstracta; b) el alcance de la cláusula de discurso o debate destinada a la inmunidad de los legisladores; c) competencia material de la Corte Suprema de Estados Unidos; d) justiciabilidad del asunto.

De todo el análisis ahí efectuado se derivó el reconocimiento de límites en torno al poder de exclusión del Congreso norteamericano respecto a sus miembros electos.

Con base en ese precedente, en *Bussi* se declaró procedente el recurso extraordinario federal, revocándose la sentencia apelada y devolviéndose las actuaciones al juzgado de origen a los fines de que se imprimiera trámite a la acción de amparo que había sido rechazada *in limine* por el tribunal de primera instancia, decisión que había sido confirmada por la Cámara Nacional Electoral.

Llegadas las actuaciones nuevamente a la justicia electoral, dicha Cámara declaró que el planteo había devenido abstracto por haber sido cubierto el cargo de diputado nacional, al que pretendía acceder Bussi, por el suplente electo. Esta decisión

de igual rango (*coordinated*) constitucional debemos interpretar la Constitución. En otras palabras, debemos primero determinar qué poder ha concedido la Constitución a la Cámara de Representantes mediante el artículo I, sección 5, antes de que podamos determinar con qué extensión, si alguna, el ejercicio de ese poder está sujeto a la revisión judicial"; y c) finalmente, rechazó la alegación de la Cámara —fundada en que la citada sección 5 le concedía un amplio poder y que, por ello, podía determinar cuáles eran las calificaciones necesarias para ser miembro de ella— y tuvo por ilegal la "exclusión" impugnada, considerando que el artículo I, sección 5, citado, es "a lo sumo" (*at most*) una "clara atribución" al Congreso para juzgar "solo las calificaciones expresamente expuestas en la Constitución. Por ende —añadió— la formulación, en la doctrina de las *political questions*, de la existencia de una "clara atribución", no impide a las cortes federales hacer lugar al reclamo del peticionario (véase respecto de este último punto: *Baker v. Carr*; 369 U.S. 186)» (las partes resaltadas se encuentran en el original).

²⁹ 369 U.S. 186, Carlos S. Fayt: *Nuevas fronteras del derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 1995, p. 29, luego de reseñar la doctrina del caso *Powel vs. Mc Cormack*, expresa que «los límites establecidos a las cuestiones políticas en *Baker* y *Powel* representan una mutación de la mayor importancia, pero no constituyeron de por sí su necrología». Afirma el autor: «Ciertamente, tienen alcances revolucionarios con relación a la jurisprudencia tradicional que asignó valor talismánico a la *judicial self restraint*».

dio lugar a un nuevo recurso extraordinario del actor, cuya denegatoria motivó la queja. Nuevamente la CSJN, por mayoría, dejó sin efecto la sentencia apelada.³⁰

En el segundo pronunciamiento que originó el caso *Bussi*, dictado por mayoría en el año 2003, se especificaron los siguientes aspectos: a) relevancia jurídica del tema en discusión por la existencia de un interés actual para decidir sobre la validez de la decisión de la Cámara de Diputados;³¹ b) representación republicana poseída por el candidato titular, en función de que el «electo no representa al partido sino al pueblo cuyo voto lo consagró»;³² c) cumplimiento estricto del *debido proceso electoral*, como «garantía innominada de la representación política o de los derechos electorales que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa»;³³ d) reconocimiento de la existencia del ámbito de las facultades privativas de otros órganos de gobierno —Poder Legislativo—; e) habilitación de la función jurisdiccional para examinar la forma, competencia y alcance de su ejercicio;³⁴ f) autoridad institucional del precedente anterior dictado en el mismo juicio, circunstancia que

³⁰ *Fallos*, 326: 4468. El procurador general de la Nación coincidió con el criterio de la Cámara Nacional Electoral y opinó que no había grava o agravio actual, por lo que la materia se había tornado abstracta, haciendo innecesario emitir un pronunciamiento sobre los temas debatidos.

³¹ Se dijo: «[...] la doctrina reseñada por el *a quo* también permite concluir que la presente causa no resulta abstracta. En efecto, el mandato del recurrente no ha vencido, por lo que no puede interpretarse que carezca de interés actual decidir la cuestión. Ello es así —es del caso que la Corte lo recuerde— porque no deben confundirse las dificultades para hacer efectiva la sentencia que en su caso admita la pretensión del actor, con la existencia o inexistencia de interés actual en resolver el pleito» (considerando 9.º).

³² «[...] es doctrina de esta Corte que la representación del pueblo de la Nación argentina compete a los representantes y no a los partidos políticos que actúan como instrumentos para la designación de los candidatos y la formulación y realización de la política nacional, y que es deber de los partidos evitar la partidocracia (*Fallos*, 319: 1645 y sus citas)».

³³ «También es doctrina del Tribunal que la pretensión esgrimida en el ámbito electoral, sin tener naturaleza distinta de la que se formula en cualquier otro proceso, goza —por su propia índole— de peculiaridades que exigen un cumplimiento estricto de lo que se podría denominar el “debido proceso electoral”, como una garantía innominada de la representación política o de los derechos electorales que sirven de fundamento jurídico de la democracia representativa. En salvaguardia de los principios del gobierno representativo y republicano, resultaría un excesivo rigor formal y una renuncia al deber de la Corte de preservar la autoridad de sus decisiones, subsumir los serios agravios de la apelación en la órbita de las cuestiones abstractas. Y ello, aun cuando pudieran existir otras razones para que el *a quo* llegase a una solución igualmente adversa para los recurrentes en cuanto al fondo de la litis (*in re*: “Apoderados de la UCR-MOP y sub lema ‘Juárez Vuelve’”. *Fallos*, 317: 1469, voto de los jueces Fayt y Boggiano)».

³⁴ «“[...] Por tal motivo, en las causas que se impugnan actos cumplidos por otros poderes, en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones [...] Pero, en cambio y siguiendo el modelo de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren dichas potestades para determinar su alcance [...]”. Recordó, asimismo, que uno de los pilares en que se asienta la Constitución nacional es el principio de la soberanía del pueblo, el cual implica que este debe poder elegir a quien lo gobierne según le plazca».

no puede desconocerse y que obliga al órgano jurisdiccional inferior a proceder de conformidad con lo resuelto anteriormente por la CSJN.³⁵

En este último decisorio hubo sendas disidencias de los doctores Belluscio y Maqueda, como asimismo del juez doctor Mitchell.³⁶

El primero coincidió con que el tema era abstracto, en tanto resultaba «inoficioso el examen de la pretendida nulidad de la decisión del órgano legislativo», por haberse incorporado el diputado electo suplente a solicitud del partido político, sin que mediara oposición alguna.

El segundo magistrado, Dr. Maqueda, adscribió al criterio restrictivo, conforme al anterior pensamiento sostenido por la CSJN, considerando que en mérito a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, la decisión de las Cámaras del Congreso de la Nación quedaba enmarcada en los criterios de ponderación del propio cuerpo legislativo, sin que pudiera ser sometida a la decisión jurisdiccional.³⁷

Afirmó pues la teoría de la autorrestricción judicial —*self restraint*—, y defendió la competencia privativa de las legislaturas y el ejercicio discrecional de la sustancia política atribuida por el artículo 64 CN, encontrando diferencias importantes con el sistema constitucional norteamericano por la redacción distinta de los

³⁵ «De tal manera, y con fundamento en el principio básico según el cual las decisiones del Tribunal deben atender a la situación de hecho y derecho existentes en el momento de pronunciarse, sería un contrasentido sostener ahora que la causa es abstracta sobre la base de un hecho anterior que esta Corte —de haberlo considerado relevante— no podía haber dejado de ponderar al momento de decidir, según lo señalado. Semejante conclusión, por parte del *a quo*, importaría desconocer la autoridad del pronunciamiento de la Corte, lo que autoriza sin más a dejar sin efecto la sentencia apelada».

³⁶ El Dr. Wagner Gustavo Mitchell, además de compartir el criterio del procurador general, agregó que el candidato Bussi se había presentado como electo intendente municipal de la ciudad de Tucumán, lo que supone la aceptación de un cargo incompatible con el de legislador nacional.

³⁷ Dijo el Dr. Maqueda: «Por consiguiente, en las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros poderes, en el ámbito de estas facultades que les son privativas con arreglo a lo prescrito por la Constitución nacional, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la nación (*Fallos*, 254: 48)» (considerando 8.º). «En síntesis, el tema es dirimir si la cuestión admite o no una resolución judicial en virtud de la división de poderes, centrando el análisis en aquello que la doctrina denomina el ámbito propio y exclusivo del órgano, que por su naturaleza está sustentado en la discrecionalidad política para ponderar los fines y alcances de la atribución conferida, cuyo modo de ejercicio ha puesto en práctica o ha reglamentado por aplicación de las disposiciones constitucionales. Presupuesto este último ligado íntimamente en cada caso al alcance e interpretación que el órgano asigna al ejercicio de aquellas facultades (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211, 217; 1962)» (considerando 10.º) [...] la cuestión debatida involucra la responsabilidad y autoridad del Congreso de la Nación en el ejercicio de una atribución consagrada expresamente en el artículo 64 de la Norma Fundamental, que en sí misma es más política que legal. Excluye el control judicial de modo de evitar avanzar sobre las competencias propias de otro de los poderes y a los efectos de desechar la imposición de un criterio político sobre otro (*Fallos*, 311: 2580)» (considerando 11.º).

dispositivos que habilitan a las Cámaras a realizar el control de los títulos de sus miembros.³⁸

Bajados los autos a jurisdicción de la Cámara Nacional Electoral,³⁹ esta revocó la sentencia por la cual se rechazó la acción de amparo, aduciendo que:

[...] la circunstancia de que en la etapa de oficialización de listas y registro de candidatos hayan sido constatados los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al cual se postuló el actor, sumada al hecho de haber resultado electo en los comicios correspondientes, ponen de manifiesto que se encontraba habilitado para ejercer el cargo para el que fuera investido.

En esa línea se aclaró que:

La facultad de la Cámara de Diputados de ser juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en los términos del artículo 64 de la Constitución nacional sólo puede referirse a la verificación de que los diplomas hayan sido regularmente emitidos por la autoridad competente, en tanto constituye una atribución de la justicia federal electoral, y no del Poder Legislativo, comprobar que los candidatos reúnan las calidades constitucionales y legales necesarias para la función a la cual se postulan.

Y se agregó:

Es atribución de la justicia federal electoral la solución de los conflictos suscitados en la etapa preelectoral referidos al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para presentarse como candidato a cargos electivos en el orden nacional, por lo que es al momento en que los partidos políticos registran sus candidatos ante el juez electoral —en los términos de los artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional— cuando se realiza la verificación del cumplimiento de aquellas calidades.

En síntesis, se culminó que al haber resultado Bussi electo en los comicios correspondientes, y verificada la imputación de su representación, «se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fuera investido por el pueblo de la provincia de Tucumán».

En el espacio doctrinario, Alberto Bianchi critica la postura estricta sostenida por la CSJN en los casos anteriores al de *Bussi* ya reseñados y afiliándose a una posición amplia, reconoce que la CSJN ha realizado esfuerzos para ampliar el campo de la revisión judicial en casos de juicio político o de sanción de leyes. Por ello no encuentra reparos para que pueda analizarse en sede jurisdiccional el ejercicio de las nombradas facultades legislativas, ni motivos valederos para que el Poder Judicial se

³⁸ El artículo I, sección 5, cláusula 1.ª, de la Constitución de Estados Unidos, establece que cada Cámara será juez de las «elecciones, escrutinios y calificaciones de sus propios miembros», mientras que el artículo 64 de la Constitución argentina prevé que las Cámaras son jueces de los «derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez». De ello derivan las distinciones consiguientes, que no habilitan a equiparar ni las normas ni la situación planteada en *Powel vs. Mc Conmark*.

³⁹ Dictó su fallo el 25.3.2004, haciendo la salvedad de que cuando la causa quedó en estado de resolución ante ese Tribunal, habían transcurrido catorce días del vencimiento del mandato de diputado nacional al cual pretendía acceder Bussi. Sin embargo, en cumplimiento de lo ordenado por la CSJN procedió a dictar su pronunciamiento.

abstenga de intervenir en situaciones donde no resulte incorporado quien ha resultado legítimamente elegido, al que se le vede el acceso sin fundamentos.⁴⁰

Jorge Gentile señala también que la decisión del caso *Bussi* implicó una variación de la CSJN respecto a su antigua postura.⁴¹

De igual modo, Ricaro Haro encuentra que no admite excepciones el principio sostenido por la CSJN acerca de que es el intérprete final de la Constitución, aun en esas cuestiones suscitadas en los ámbitos legislativos.⁴²

iii) En el caso *Patti*, la Cámara Nacional Electoral⁴³ volvió a aplicar la doctrina de la CSJN sentada en *Bussi*,⁴⁴ valorando que el hecho de que haya asumido el segundo candidato de la lista presentada por el partido no es óbice para analizar el asunto, «porque los hechos de toda causa, producidos con olvido o desconocimiento de resoluciones judiciales, no pueden erigirse en obstáculos para que la Cámara Nacional Electoral resuelva una cuestión propia de su competencia».

De ahí que la cuestión no pueda ser tratada como un tema abstracto, meramente académico o conjetural, pues:

la vía intentada resulta absolutamente esencial para salvaguardar un interés concreto y actual que arraiga en el principio de soberanía popular. Y [es] en este ámbito, donde debe primar la defensa de la transparente manifestación de la voluntad de los ciudadanos, a riesgo de quedar afectado el pleno imperio de la Constitución nacional (artículos 1, 5, 22 y 33).

Agrega la Cámara Nacional Electoral consideraciones relativas a la necesidad y conveniencia de acatar los precedentes jurisdiccionales, tanto de la CSJN como de su propio tribunal, con el objetivo de preservar de la confusión y el injustificado dispendio que pronunciamientos disímiles en una misma cuestión aparejarían. Por ello hace notar que la Dra. Servini de Cubría, jueza electoral de primera instancia, se apartó indebidamente de la doctrina sentada por ese tribunal de alzada en el fallo relativo al caso *Bussi*,⁴⁵ sin proporcionar fundamentos sólidos ni motivos valederos que justificaran tal proceder. Luego —recordó la CNE— que en esa sentencia

[...] el Tribunal sostuvo que, habiendo sido constatados en la etapa correspondiente los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo al que se había postulado, sin que su candidatura hubiese merecido oposición alguna, y verificada la imputación de la representación, aquel se encontraba habilitado a ejercer el cargo para el que fue investido por el pueblo.

⁴⁰ Alberto Bianchi: *Control de constitucionalidad*, tomo II, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 207.

⁴¹ Jorge H. Gentile: «El Congreso que creó la Constitución de 1853», disponible en la página web del autor.

⁴² Ricardo Haro: «El control de constitucionalidad», Buenos Aires, Zavalía, 2003, p. 148.

⁴³ CNE, fallo n.º 3741/06, 14.9.2006.

⁴⁴ *Fallos*, 326: 4468.

⁴⁵ CNE, fallo n.º 3325/04.

La CNE desarrolló el origen y razón política del artículo 64 de la Constitución nacional, que se remonta a la historia constitucional de Inglaterra, destinada a impedir los abusos en contra del Parlamento, puntualizando además las condiciones por las que fue incluida en la ley fundamental de Argentina en 1853, con igual objetivo. No obstante, evocó los abusos también cometidos por el propio Parlamento, cuyas mayorías aprobaban incondicionalmente los títulos de sus miembros y rechazaban los de las minorías que no le convenían. Por ello:

El único medio de que el examen y discusión de actas sea una verdad y de sustraerlas a la arbitrariedad y al capricho, es entregarlas a los tribunales para que juzguen con estrecha sujeción al derecho escrito. Las elecciones se hacen con arreglo a una ley y, por ende, corresponde al Poder Judicial examinar las actas y resolver en juicio, con arreglo al derecho constituido, las protestas que se hagan. Cuando en las elecciones se perturba el orden jurídico, violando leyes, claro es que solo a los tribunales corresponde [su] restablecimiento y la reparación de las trasgresiones y violaciones de los preceptos legales.⁴⁶

Habiéndose impuesto en el país el contralor judicial de los procesos electorales en todas sus fases, a través del debido proceso electoral, que contiene regulaciones puntuales respecto a la aprobación de aptitud de los candidatos a cargos legislativos electivos en el período preelectoral, el que culmina con su oficialización oficial que los habilita para participar en las elecciones, quedan aplicadas allí las debidas garantías constitucionales que competen a quienes participan del comicio. Tanto para los electores cuanto para los elegidos, pues la constatación que exigen los artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional no se refiere solo al cumplimiento de extremos formales, sino que atañe principalmente a las condiciones de idoneidad en los términos del artículo 16 CN.

Asimismo rige en tal etapa el principio de inocencia, según el cual los habitantes son presumidos inocentes hasta que se declare su culpabilidad y, en virtud de ello, no habiendo una sentencia condenatoria emanada de juez competente, la presunción posee eficacia plena.

Los citados artículos 60 y 62 del Código Electoral Nacional son reglamentarios del artículo 64 CN, «presupuesto jurídico indispensable donde se asienta el sistema», de manera que aquellos dan certeza y ponen fin a las posibles controversias, discusiones e impugnaciones que pueden darse respecto a la legitimidad de los electos.

En esa línea, la CNE sostuvo que las Cámaras legislativas no pueden, invocando el artículo 64, «sustituir el control efectuado por la justicia electoral», sin perjuicio de las inhabilidades sobrevinientes que pueden afectar al legislador electo, en el

⁴⁶ Ojea y Somoza, citado por Justino Jiménez de Aréchaga: *El Poder Legislativo*, tomo II, Montevideo, Esc. Nac. de Artes y Oficios, 1906, pp. 43-44, citado por la CNE. También cita la opinión de Montes de Oca parafraseado por Carlos Tagle Achaval: «El derecho parlamentario y el juicio de las elecciones de los diputados nacionales», en *JA*, 1964-III, p. 78, y de Emilio Ravignani: *Asambleas constituyentes argentinas*, tomo IV, Buenos Aires, Casa Jacobo Peuser Ltda., 1937, p. 1308.

tránsito que va desde la oficialización de las listas hasta el momento de su ingreso al cuerpo.

Pues no habiendo ninguna agrupación política realizado observaciones o imputaciones en las etapas procesal-electoral debidas y no tratándose de cuestiones sobrevinientes, no es posible realizar una interpretación de la norma constitucional extensiva a un aspecto que la extralimita y deja sin efectos actos jurídicos refrendados por el fuero específico.

Se invocó también el precedente *Powell vs. Mc.Cormack* y las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 23), dejándose asentado que la finalidad que inspira la resolución es la preservación de los principios que sustentan el Estado de derecho.

La reseñada postura muestra nuevamente la admisión del criterio amplio de revisión jurisdiccional, superando las barreras de la autorrestricción jurisdiccional ya señaladas.

3. Conclusión

En primer término, una conclusión plausible es la evolución operada en la jurisprudencia nacional en torno a las facultades amplias del órgano jurisdiccional para interpretar la totalidad de las cláusulas de la Constitución nacional sin excepción, sin que hayan preceptos de esta que escapen o soslayen el debido control judicial.

La doctrina judicial se fue modificando paulatinamente en épocas más recientes, imponiéndose una solución de mayor flexibilidad, la cual considera que las facultades de los órganos legislativo y ejecutivo de gobierno deben ser dictadas y cumplidas dentro del marco de las respectivas competencias asignadas por la Constitución nacional.

En reiterados pronunciamientos, la CSJN ha puesto invariablemente de relieve que el primero y más elemental de sus deberes, conforme lo estatuyen los artículos 116 y 117 de la carta magna, es ser custodio e intérprete supremo de la ley fundamental y de los derechos en ella consagrados, por lo que no es congruente con tal principio admitir que un dispositivo constitucional pueda ser ajeno a su exégesis.

De ahí que la hermenéutica aplicada al artículo 64 por las Cámaras del Congreso de la Nación no puede quedar fuera de la tutela jurisdiccional del intérprete magno, es decir, del conocimiento y decisión de la Corte Suprema de la Nación, como bien lo puso de manifiesto la Corte Suprema norteamericana en el nombrado *Powell vs. Mc. Cormack*.

En segundo lugar, aun reconociendo la distinta factura del artículo 64 de la CN respecto a la normativa similar contenida en la Constitución estadounidense, que alude al juzgamiento por las Cámaras de las «elecciones, escrutinios y calificaciones», es indudable que ambas preceptivas reconocen un origen unitario y persiguen iguales objetivos. Por ello, el precedente extranjero resulta de tanta importancia para esta cuestión.

A este respecto es importante tener en cuenta los reparos que Jonathan Mathías Miller formuló en su momento respecto a la decisión que la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamentos adoptó en el caso *Bussi*, explicando que había existido una confusión sobre el tipo de análisis jurídico realizado por la Cámara de Diputados de la Nación, «por entender mal su función en un caso como el presente».⁴⁷

Sobre la base de considerar que la Argentina, como cualquier sociedad, requiere de estabilidad constitucional y seguridad jurídica, Miller propuso una serie de puntos y alternativas que a su criterio pudieron haberse adoptado para tratar la cuestión, sin haber extralimitado el marco del artículo 64 de la CN.

Antiguos y prestigiados autores nacionales⁴⁸ advirtieron también —mucho antes de que sucedieran los casos comentados— acerca del peligro que para el sistema democrático acarrearán decisiones que desnaturalizan la voluntad popular, como asimismo del riesgo siempre latente de que los partidos mayoritarios puedan avanzar y hacer valer su predominio numérico en perjuicio de las conformaciones de las minorías.

Por ello, y aun comprendiendo las críticas y reparos formulados por los legisladores en las situaciones concretas aludidas, es imposible soslayar el imperio del diseño constitucional destinado a garantizar el funcionamiento del régimen democrático y republicano.

Evidentemente, subyace aquí el drama que para el sistema democrático presenta esta situación, como asimismo el *balancing test* que tan trascendente tema amerita, se origina en la pugna institucional evidente, arraigada en el interrogante acerca de quién tiene preeminencia en una república: ¿la voluntad del electorado libremente expresada en los sufragios o la posición opuesta adoptada en el cónclave de los legisladores?

⁴⁷ Jonathan Mathías Miller: «Soluciones imperfectas en una democracia imperfecta», en *El caso Bussi*, dirigida en colaboración con Jorge Pedro Busti, Juan Carlos Vega, Juan E. Méndez, Gastón Chillier, Buenos Aires, Imp. del Congreso de la Nación, 2002. La opinión del Dr. Miller es de mucha importancia y suma objetividad pues el autor, además de su reputada posición en la doctrina constitucional y de derechos humanos, es patrocinante de presos políticos argentinos ante la CIDH.

⁴⁸ Me remito a los autores nombrados en las notas precedentes.

Juan F. Armagnague*

La pertenencia de las bancas legislativas

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es determinar a qué entidad, órgano o sujeto pertenecen en propiedad las bancas legislativas, en especial las de los diputados nacionales.

La importancia del tema excede todo tipo de comentarios. Su pertenencia a determinados sectores puede decidir votaciones, orientaciones a los grupos o bloques parlamentarios y, en fin, el asunto tiene honda gravitación institucional.

Ahora, en estos tiempos de vertiginosos cambios, de conductas políticas frágiles, ha recobrado inusitada expectativa su estudio e investigación.

Como método iniciaremos el estudio a través del análisis de la Constitución de 1853 y su vinculación con los derechos políticos; luego abordaremos, suscintamente, la aparición de los partidos políticos. Posteriormente analizaremos la reforma constitucional de 1994 con la jurisprudencia nacional.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Cuyo. Ex diputado de la Nación.

2. La Constitución de 1853 y los derechos políticos

Pellegrino Rossi, fuente donde abrevó Alberdi, según el autor español Tambaro, fue quien introdujo en la primera mitad del siglo XIX la distinción entre derechos políticos y derechos privados y públicos.¹

En tal sentido, el profesor de la Universidad de París señalaba que «ordinariamente se dividen los derechos en derechos privados o civiles, y en derechos políticos. La verdadera división pareceme ser la división de los derechos en derechos privados, públicos y políticos». Expresaba Rossi que, en lo atinente a los derechos privados, ellos podían concebirse aun sin la existencia de sociedad alguna.

En cuanto a los derechos públicos, Rossi los denominaba también *sociales*, por cuanto no se concebían fuera de la sociedad, ya que «son la expresión del desarrollo de las facultades humanas en el Estado social, la expresión del desarrollo del hombre, en el ejercicio de sus más nobles facultades o el goce de sus derechos más esenciales», haciendo referencia a la libertad individual, libertad de conciencia, libertad de opinión entre otros derechos.

Finalmente, Pellegrino Rossi hacía referencia a «los derechos políticos propiamente dichos». Ellos consisten, indicaba el profesor de origen italiano, «en la participación en el poder público. No puede confundirse a los derechos políticos con los derechos públicos, porque los derechos políticos, de cualquier manera que sea, por generales que quiera suponerseles, implican siempre una condición de capacidad».²

Por su parte, Alberdi, en las *Bases*, señalaba que «todo el éxito del sistema republicano en países como los nuestros depende del sistema electoral», a la vez que sugería que «para no tener que retocar o innovar la Constitución, reducidla a las cosas más fundamentales, a los hechos más esenciales del orden político. No comprendáis en ella disposiciones por su naturaleza transitorias, como las relativas a elecciones».³

Quizás sea por la influencia alberdiana, acota González Calderón, que nuestra ley fundamental ni menciona el término *derecho* o *derechos políticos*.⁴

Sin embargo, Dana Montaña afirma que entre los derechos políticos que se encuentran reconocidos expresamente en la ley fundamental están el de peticionar a las autoridades, el de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa y el de asociarse con fines útiles, entre los que cuenta a los políticos, conforme al artículo 14. En igual sentido, otro derecho político según el recordado profesor santafecino, está

¹ I. Tambaro: *Los derechos públicos y las constituciones modernas*, Madrid, Hijos de Reus, 1911, pp. 49 y 55.

² Pellegrino Rossi: *Cours de droit politique professé à la Fac. de Droit de Paris*, t. I, 2.^a ed., París, Guillaumin, 1877, primera lección, citado por Salvador M. Dana Montaña: *La Constitución nacional y los derechos políticos*, Santa Fe, UNL, 1943, p. 6.

³ Juan B. Alberdi: *Bases para la organización política de la República Argentina*, t. I, Madrid, Ateneo, 1913, p. 122.

⁴ Juan A. González Calderón: *Boletín de la Junta de Historia y Numismática Argentina*, t. VI, 1929, p. 53.

el de ser admitido en los empleos públicos, sin otra condición que la idoneidad del artículo 16 e, implícitamente, el de reunión y el derecho de sufragio de los artículos 1.º, 22, 33 de la carta magna federal.⁵

3. La representación política

Uno de los temas más trascendentes de la teoría política lo constituye la representación política.

Nada más ilustrativo que el comentario efectuado por Karl Loewestein, quien ha dicho que «la invención [...] de la técnica de la representación ha sido tan decisiva para el desarrollo político de Occidente y del mundo, como ha sido para el desarrollo de la humanidad la invención del vapor, la electricidad, el motor de explosión o la fuerza atómica».⁶

En efecto, la representación política ha posibilitado en su manifestación contemporánea, la llamada democracia indirecta, al decir de Mario Justo López, la forma representativa republicana, tal como lo informa el artículo 1.º de la Constitución nacional.⁷

El significado de la palabra *representación* en el derecho privado es el de designar, hacer uno el papel de otro. Esta palabra deriva del latín *praessee*, que significa ‘poner delante’, ‘mostrar’, aludiendo a la representación de un drama, representación de una asociación, etcétera.

No es tarea nuestra analizar esta institución desde el ámbito del derecho privado. Suscintamente, desde el ángulo del derecho público, a diferencia del privado, se opera la desvinculación del representante con respecto al representado. En tal sentido, Loewestein sostiene que la representación política no se corresponde con los *perfiles técnicos* de la representación jurídica, siendo «más bien un modo de resolver el problema de la legitimidad del poder y concretamente un modo de organizar el asentimiento del pueblo y la responsabilidad política».⁸

La representación política se coloca, de este modo, en el centro de los problemas políticos. En este sentido amplio, señala U. Scheumer, representar es hacer presente a una persona, grupo o idea a través de una persona, grupo de personas o un símbolo. Esta concepción va unida a otro concepto político básico: el de la confianza, pues no es lo mismo la representación en la sociedad tribal que en la actual, ni en los grupos rurales que en los urbanos, por citar algunos ejemplos.

Según Carl Friedrich, la representación presenta una naturaleza dual: por un lado, es de carácter integradora como en los grandes Parlamentos y, por otro, es de

⁵ Salvador M. Dana Montaña: *La constitución nacional...*, o. cit., p. 122.

⁶ Karl Loewestein: *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 85.

⁷ Mario Justo López: *La representación política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 4.

⁸ Karl Loewestein: *Teoría de la constitución*, o. cit., p. 87.

carácter particular, en cuanto lleva a esos mismos cuerpos deliberativos la voz legítima de los distintos lugares o grupo de intereses, que siempre es más sencilla de articular con procedimientos propios del derecho privado.⁹

Jellinek entiende por *representación*,

la relación de una persona con otra, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona. En estricto sentido, se entiende por *representación* la relación de un órgano con los miembros de una corporación, a consecuencia de la cual representa dentro de esa corporación la voluntad de esos miembros.¹⁰

Desde una óptica norteamericana, los autores Ranney y Kendall entienden etimológicamente que *representación* significa ‘presentar nuevamente’ y, por extensión, presentar nuevamente ocupando el lugar de otro. Por lo tanto, un representante es una persona que, por ciertos motivos y en ciertas circunstancias, ocupa el lugar de otra persona o personas que no están físicamente allí, y presenta en su nombre lo que ella hubiera presentado si hubiese concurrido.¹¹

Desde el derecho constitucional francés, Duguit señala que:

La idea de *representación* reposa, naturalmente, sobre la idea del mandato; la nación expresa su voluntad mediante el cuerpo electoral, pero ese cuerpo electoral no ejerce por sí mismo la soberanía, que es órgano supremo y directo, sino que tiene uno o varios mandatarios; la voluntad que estos han de expresar, aunque de hecho es la suya propia, no lo es en derecho, toda vez que, en virtud del fenómeno de la *representación*, es una voluntad infundida o transmitida a ellos como si emanase directamente de la nación, teniendo por eso los mismos caracteres, la misma fuerza.¹²

Lo dicho por Duguit nos lleva al mandato imperativo y al mandato libre.

4. Mandato imperativo y mandato libre

Con anterioridad a la doctrina de la *representación* política diseñada por el abate Siéyes, existía en el período del absolutismo monárquico el denominado *mandato imperativo* que, como su nombre lo sugiere, eran facultades expresamente determinadas por los representados con la finalidad de no apartarse los representantes ni un ápice de lo que llevaban escrito.

⁹ Carl Friedrich: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, México, FCE, 1948, p. 251.

¹⁰ G. Jellinek: *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954, p. 429.

¹¹ Ramey-Kendall: *La democracia y el sistema de partidos políticos*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1958, p. 81.

¹² M. Duguit: *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1926, p. 128, (trad. de José G. Acuña).

Al respecto enseña Mario Justo López que las instrucciones estrictas eran una defensa de las ciudades contra el poder despótico de los monarcas, siempre inclinados a arrancar nuevas y mayores contribuciones, y esa era su justificación práctica.¹³

En Inglaterra, el tránsito del mandato imperativo al mandato libre es producto de la lenta evolución histórica. En Francia, en la Edad Media, los representantes de los tres Estados llevaban las instrucciones de sus electores anotados en los denominados *cahiers* ‘cuadernos’, decayendo los Estados Generales hasta prácticamente el advenimiento de la Revolución Francesa.¹⁴

Como bien señala Vanossi,

la incidencia de la eliminación del mandato imperativo fue muy grande en los cuerpos representativos, ya que se produjo una transformación fundamental con respecto a los primitivos órganos políticos en que los representantes no estaban asociados a la responsabilidad del poder ni las asambleas eran órganos del poder en el Estado.¹⁵

En nuestro país, el mandato imperativo estuvo presente en las famosas «Instrucciones» en la Asamblea General Constituyente de 1813, desapareciendo definitivamente en el Acuerdo de San Nicolás en 1852, a través del artículo 6.º, que dispuso que «[...] los diputados no tendrán mandato imperativo de ninguna clase».

En cambio, en la representación libre, por un lado, el mandatario no representa en forma fragmentada a grupos o distritos electorales parciales, sino a toda la nación —como sostenía Siéyes— y, por otro, el mandatario no se encuentra *atado* o *sujeto* a instrucción alguna de ningún elector, constituyendo este elemento la característica esencial del mandato libre.¹⁶

Nuestra Constitución federal adoptó la *forma representativa* en su artículo 1.º; en el artículo 22 estableció que «el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución; el artículo 38 consagra «la representación de las minorías»; el artículo 45 dispone que «la Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias»; el artículo 50 expresa que «los diputados durarán en su representación por cuatro años», etcétera.

5. Los partidos políticos

Loewestein señala, en su *Teoría de la Constitución*, que:

En la moderna sociedad tecnológica de masas todo gobierno es siempre gobierno de partidos, indiferentemente de que se trate de un sistema político autocrático o democrático constitucional. Todavía no se ha escrito una historia de los partidos

¹³ Mario Justo López: *La representación política*, o. cit., p. 29.

¹⁴ Jorge R. Vanossi: *El misterio de la representación política*, Buenos Aires, América Actual, 1972, p. 44.

¹⁵ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶ Luis Izaga: *Fundamentos de la política*, t. I, Barcelona, Bosch, 1932, p. 27.

políticos. Como fenómeno político, no tienen más de trescientos años y no operan como elemento integral del proceso del poder desde hace más de ciento cincuenta años. La historia obliga a concluir que existe una conexión causal entre los partidos políticos y la integración de la masa electoral en el proceso del poder por medio de la ampliación del sufragio. El sistema de partidos estuvo obligado a permanecer en forma rudimentaria, siempre y cuando el Parlamento, en virtud de un sufragio restringido, no era más que un club cerrado de dignatarios representando una clase dominante homogénea. El partido político se hace necesario, y, en realidad, indispensable para organizar y activar la voluntad política de la masa electoral. El encuentro entre el sufragio universal en una sociedad de masas y la civilización de los electores a través de los partidos políticos se produce claramente con ocasión de la primera aparición de un auténtico partido político en el sentido técnico moderno, esto es, los jacobinos bajo el dominio de la Convención. En este caso, una ideología política completa fue llevada a la masa con la ayuda de una organización y de una propaganda racionalizada por una estructura de partido.

Continúa el profesor naturalizado norteamericano:

Los partidos se constituyeron de esta manera como un elemento de unión indispensable entre el electorado y los miembros de Parlamento y gobierno. En una palabra, la entrada de los partidos políticos caracteriza el paso de un control oligárquico-burgués del proceso del poder a la democracia constitucional moderna.¹⁷

Por su parte, el politólogo Maurice Duverger afirma que:

Los partidos políticos constituyen una institución esencial de los regímenes liberales. No previstos por el modelo democrático, nacieron y se desarrollaron al mismo tiempo que las elecciones y la representación. [...] Los partidos políticos desempeñan un doble papel en la representación política. En primer lugar, encuadran a los electores, es decir, a los representados. Encuadran también a los elegidos, es decir, a los representantes. Son así una especie de mediadores entre elegidos y electores. Esta mediación es discutida, y a menudo en las democracias occidentales se critica a los partidos. Sin embargo, es indispensable. Sin partidos políticos, el funcionamiento de la representación política, es decir, de la base misma de las instituciones liberales, es imposible.¹⁸

Georges Burdeau ha dicho que «los partidos políticos son prácticamente indispensables para que el pueblo pueda expresarse; la disciplina que introducen en la agitación de las ideas mediante sus doctrinas y sus programas permiten abrir paso a la voluntad nacional».

Afirma Carl Friedrich que:

Los partidos políticos son inevitables —citando a Lord Bryce—, ningún gran país libre ha carecido de ellos. Los detractores contemporáneos de la democracia, al aceptar esta afirmación, sostienen que por esta razón debe desaparecer el gobierno popular. Siempre hay —dicen— mucha corrupción y patronazgo unidos al gobierno de partido. Esto es algo que no puede negar nadie que estudie atentamente los datos históricos. Pero lo que sí puede negarse es que esta tendencia a la corrupción y al

¹⁷ Karl Loewestein: *Teoría de la Constitución*, o. cit., p. 93.

¹⁸ Maurice Duverger: *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 85.

patronazgo sea en modo alguno peculiar al gobierno de partido. Los regímenes autoritarios no difieren a este respecto; tampoco ellos se encuentran nunca libres de toda corrupción y nepotismo, y en períodos de decadencia están notoriamente saturados de ambas cosas. La verdadera diferencia es que en los regímenes populares la ropa sucia se lava en público, en tanto que en los gobiernos autoritarios se lava entre bastidores o no se lava en absoluto. Por este motivo, está justificada la descripción de cualquier tipo de régimen autoritario como gobierno de un solo partido.¹⁹

Otro recordado e insospechado jurista como Hans Kelsen, en su obra *Esencia y valor de la democracia*, afirma que «solo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos». Entre nosotros, Estrada, aun con mayor drasticidad, asegura que la ausencia de partidos es el cretinismo de los pueblos.

Jorge Xifra Heras expresaba en 1958, en pleno apogeo de la España franquista, que «la importancia que los partidos han alcanzado en la moderna organización política ha motivado la acuñación de las expresiones *gobierno de partidos* y *Estado de partidos*», concluyendo que «se refleja así la decisiva influencia que ejercen los partidos en el gobierno de los Estados contemporáneos. Sin la intervención de los partidos políticos, el pueblo quedaría impotente y desarmado».²⁰

Quienes fustigan a los partidos como el leguleyo y el rábula a la justicia, desmereciendo gratuitamente a sus dirigentes, ni siquiera se dan cuenta de que ese parecer suyo es también una *opinión partidista*, que pronto se convierte en la cuna de los celos y resentimientos. Otros, con plena conciencia de su irracionalidad, ocultan su amor por las dictaduras.

Sin perjuicio de la gravitación fundamental que ejercen los partidos políticos en Argentina, tenemos que señalar que son los propios partidos los que deben proceder a una sana autocrítica a fin de reformularse y modernizarse para competir con la opinión pública a través de programas que sean conocidos por los votantes, como cuestión previa a los comicios, a fin de evitar las vanas promesas electorales que, además de carecer de cumplimiento, causan un profundo descreimiento de la sociedad.

6. Las bancas legislativas. Su regulación constitucional

Las anteriores reflexiones, en honor a la brevedad, se han formulado a los fines de determinar que, según nuestra posición, las bancas legislativas de los diputados nacionales en el actual sistema constitucional federal pertenecen a los partidos políticos.

Sin embargo, voces autorizadas sostienen que las bancas pertenecen al pueblo. Su fundamento se apoya en lo dispuesto por el artículo 45 de la Constitución nacional, en cuanto dispone: «La Cámara de Diputados se compondrá de representantes

¹⁹ Carl Friedrich: *Teoría y realidad...*, o. cit., p. 293.

²⁰ Jorge Xifra Heras: *Formas y fuerzas políticas*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 76.

elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de la Capital en caso de traslado».

Asimismo, sostienen que el artículo 33 del mismo cuerpo legal también da pie para sostener que son las bancas del pueblo, en razón del principio de soberanía popular como fundamento para los derechos implícitos.

Esta posición es excesivamente genérica, pues la interpretación del concepto *pueblo* es difícil de aprehender. ¿Cuál es la concepción de *pueblo* para la Constitución?, ¿es la concepción liberal del siglo XVIII?, ¿o el pueblo está constituido por todas las personas que tienen aptitud y capacidad para elegir los representantes y que integran el cuerpo electoral de la República? Por otra parte, y como señala Martín Kriele, el pueblo sólo es titular del poder constituyente y sólo actúa como tal cuando el mencionado poder fundacional es excitado.²¹

Sin embargo, la propia Constitución se encarga de refutar esta doctrina a través del artículo 22, que señala: «El pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes y funcionarios establecidos por esta Constitución».

Por otra parte, la representación está en manos de los partidos, tal como veremos oportunamente según la normativa sobre los partidos políticos.

La segunda postura expresa que las bancas legislativas corresponden al legislador como titular de la banca. Esta tesis se basa en que la actividad proselitista del legislador es preeminente y de allí que predomina el aspecto personal de este, su imagen, su trayectoria pública o privada, etcétera.

Esta postura tiene preponderancia en los Estados Unidos, donde a pesar de la existencia de dos partidos tradicionales, los lazos de los candidatos con los dirigentes de estos son débiles, por el sistema electoral de elecciones primarias. Dicho régimen electoral, como no puede ser de otra manera, impone que sea el propio legislador quien otorgue su impronta y propia dinámica a la campaña, consiga sus propios fondos. Además, cada Estado norteamericano tiene su propia legislación electoral, a diferencia de nosotros.

La tercera posición, que sostenemos, señala que son los partidos políticos los únicos legitimados para nominar exclusivamente sus candidatos.

El artículo 38 de la Constitución federal incorporado por la reforma constitucional de 1994 es claro, por cuanto pone en cabeza de los partidos políticos la exclusividad en la nominación de los diputados nacionales y tienen la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos. Así lo entendió la comisión específica que abordó el tema. En ocasión del debate, hubo solo el despacho de mayoría. Se advierte que no hubo despacho de minoría y solamente existió una disidencia parcial en lo que respecta a la regulación constitucional de los partidos políticos, del convencional constituyente Maqueda.

²¹ Martín Kriele: *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 311.

Solo hubo en el plenario escasas disidencias tales como la del convencional Battagion, quien sostuvo que «no queremos que se favorezca el establecimiento del monopolio de las candidaturas desde los partidos políticos».²²

Asimismo, Antonio Cafiero expresó, a título personal:

En el estado actual de la cuestión, esta facultad de exclusividad de los partidos políticos no me resulta ilógica; considero que se halla dentro de la actual lógica política. Pero la Constitución la estamos haciendo para un período de tiempo muy prolongado, y eliminar a priori otro tipo de representación política que pueda nacer por el transcurso de los años, nos ha parecido una restricción demasiado exagerada y una rigidez incomprensible en un texto constitucional.²³

Por su parte, el convencional Conesa Mones Ruiz dijo que «la competencia para la elección de candidatos a cargos públicos electivos no puede ser exclusiva de los partidos políticos».²⁴

En igual sentido, el convencional Saravia Toledo indicó que «establecer un monopolio en esta posibilidad me parece que es temerle a la competencia».²⁵

El constituyente y distinguido constitucionalista Cullen afirmó: «no digamos en la Constitución que las candidaturas independientes son un derecho, lo acepto; pero tampoco digamos que están prohibidas. Dejemos que sea el Congreso el que lo decida, para lo cual tendrá que modificar una ley vigente con una mayoría agravada».²⁶

Sin embargo, cuando se debatió específicamente en la Comisión respectiva el término *competencia*, la constituyente Colombo sostuvo que:

En el seno de la Comisión de Participación Democrática se interpretó que el texto consensuado por casi todos los bloques indicaba que la competencia es exclusiva, es decir que se reconoce a los partidos políticos el monopolio para la postulación de candidatos a cargos electivos.

En apoyo de tal posición, la convencional Dressino manifestó que:

La fundamentación que se dio para no incorporarse el término de la exclusividad era que resultaba demasiado duro para que figurara en la Constitución, pero se compartía el fondo de la cuestión en el sentido que la postulación a cargos electivos corresponde exclusivamente a los partidos políticos.²⁷

Puesta a consideración del plenario la moción del señor convencional Antonio María Hernández, arrojó un resultado de 164 votos por la afirmativa y solo 12 por la negativa.

²² *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente* (en adelante *DSCNC*): Sesión del 22 de julio de 1994, p. 1839.

²³ *Ibidem*, p. 1872.

²⁴ *Ibidem*, p. 1874.

²⁵ *Ibidem*, p. 1877.

²⁶ *Ibidem*, p. 1905.

²⁷ *Ibidem*, p. 1870.

En síntesis, seguimos a Kriele, quien sostiene que la *competencia* para elegir candidatos es propia de la representación política.²⁸ Esta es la interpretación auténtica del texto constitucional incorporado por la reforma de 1994.

En cuanto a los senadores nacionales, la Constitución es clara al señalar que corresponden 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, conforme al artículo 54.

Entendemos que la doctrina mayoritaria (Bidart Campos, Ekmekdjian, Badeni, Gelli, etcétera) sostiene que la exclusividad en la nominación de candidatos no es patrimonio de las agrupaciones políticas.

Con el debido respeto a tan autorizados juristas, desconocemos cuáles serían las otras representaciones que postulan. ¿En qué consisten las nuevas representaciones?, ¿pueden ser candidatos independientes?, ¿pueden ser asociaciones o grupos de interés?, ¿pueden ser corporaciones?, y, en su caso, ¿qué clase de corporaciones?

Compartimos lo dicho por Raúl Gustavo Ferreira en el sentido de que los diputados representan a sus respectivos partidos, «porque no es posible la candidatura de candidatos independientes en función del artículo 38 de la Constitución nacional.²⁹

Por su parte, Quiroga Lavié entiende que el artículo 38 de la carta magna nacional admite las candidaturas independientes, con la condición de que así lo determine la ley reglamentaria.³⁰

No compartimos esa opinión. El sentido de la norma constitucional es otorgarle a los partidos la exclusividad en la postulación de candidatos. Distinto es el caso de que un partido político abra sus listas e incorpore como candidato a un ciudadano independiente, esto es, no afiliado a ningún partido. En la medida que la carta orgánica del partido político así lo determine expresamente, no hay dificultad alguna, tal como lo señala el artículo 2 de la Ley de Partidos Políticos, como lo veremos a continuación.

7. Las bancas legislativas y su regulación legal

Por citar nada más que ejemplos de leyes que otorgaron la exclusividad de los partidos políticos en la nominación de candidatos, se encuentran las leyes 16652, del año 1965; 19102, del año 1971; 22627, de 1982; y la vigente ley 23298 (BO, 25.10.1985).

La ley 23298 dispone:

²⁸ Martín Kriele: *Introducción a la teoría del Estado*, o. cit., p. 361.

²⁹ Raúl G. Ferreira: «La pertenencia de las bancas de los legisladores», en *La Ley*, 22.11.2003, p. 1.

³⁰ Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la nación argentina*, Buenos Aires, Zavallía, 1996, p. 196.

Los partidos políticos son instrumentos necesarios para la formulación y realización de la política nacional. Les incumbe, en forma exclusiva, la nominación de candidatos para cargos públicos electivos. Las candidaturas de ciudadanos no afiliados podrán ser presentadas por los partidos siempre que tal posibilidad esté admitida en sus cartas orgánicas.

Claramente se advierte la exclusividad de los partidos políticos en la nominación de candidatos, los cuales pueden ser ciudadanos no afiliados, que pueden incorporarse a las listas de las agrupaciones políticas con la condición de que sus respectivas cartas orgánicas así lo determinen.

El Código Electoral Nacional (ley 19945 y sus modificatorias), en su título III, capítulo II, regula como actos preelectorales, una vez constituidas las juntas electorales nacionales, los jueces electorales respectivos y los tribunales electorales nacionales, la remisión inmediata de la nómina de los partidos políticos reconocidos y la de sus apoderados, con indicación de sus domicilios (artículo 55).

Por el artículo 56 del mismo cuerpo legal se dispone que: «Los partidos políticos reconocidos en el distrito respectivo y que se presenten a la elección, pueden nombrar fiscales para que los representen ante las mesas receptoras de votos», con la misión de «fiscalizar las operaciones del acto electoral y formalizar los reclamos que estimaren convenientes» (artículo 57), debiéndose otorgar de poderes a los mencionados fiscales bajo la firma de las autoridades directivas del partido (artículo 58).

El capítulo III «Oficialización de las listas de candidatos», ordena que:

Desde la publicación de la convocatoria y hasta cincuenta días anteriores a la elección, los partidos registrarán ante el juez electoral la lista de candidatos públicamente proclamados, quienes deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales (artículo 60).

En igual sentido, el mencionado Código dispone la oficialización de las boletas de sufragio estableciendo un plazo de por lo menos treinta días antes de la elección con modelos exactos de las boletas destinadas a ser utilizadas en los comicios (artículo 62).

8. Las bancas legislativas y la jurisprudencia

La Corte federal, en la causa *Ríos*, sostuvo:

El artículo 2 de la ley de facto 22627 que reconoce a los partidos políticos en forma exclusiva la nominación de cargos públicos electivos no es violatorio del artículo 28 de la Constitución nacional ni atenta contra la función electoral del derecho al sufragio, al eliminar los candidatos individuales, promovidos por sí, omitiendo determinar los requisitos que hubieran hecho posible la admisión de candidaturas independientes. En primer término, porque dentro del ordenamiento constitucional argentino, los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad. [...] La Constitución ha confiado

al Poder Legislativo la misión de reglamentar, dentro de cierto límite, el ejercicio de los que ella reconoce y no es del resorte del Poder Judicial decidir del acierto de los otros poderes públicos en el uso de las facultades que les son propias, aunque sí le incumbe pronunciarse acerca de los poderes reglamentarios del Congreso para establecer restricciones a los derechos teniendo en cuenta, para ello, la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de las medidas restrictivas o limitativas. [...] En segundo término, porque la restricción impuesta por la reglamentación impugnada se limita a establecer uno de los criterios de reducción dentro de las alternativas posibles, reconociendo de ese modo la condición de auxiliar del Estado que tienen en la actualidad los partidos políticos, criterio, por otra parte, consagrado jurídicamente por la mayoría de los países.³¹

Más aún, Ríos procedió a denunciar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la ley interna violaba la Convención Americana de Derechos Humanos, pero su queja fue desestimada.³²

Por su parte, la Cámara Nacional Electoral, en el caso *Padilla Miguel M. s/ inconstitucionalidad del artículo 2.º de la ley 23298*, señaló que el artículo 38 de la Constitución nacional no impone ni prohíbe el monopolio partidario de las candidaturas.

Recientemente, la Junta Electoral de la Capital Federal se declaró incompetente en el caso del diputado nacional por dicho distrito, Lorenzo Borocotó. Este tribunal dijo en mayoría que carecía de atribuciones para dirimir cuestiones vinculadas a comportamientos de candidatos relacionados con las conductas partidarias pues no se encontraba dentro de sus prerrogativas.

Como lo dijimos anteriormente³³ comentando ese fallo, participamos del voto en minoría de la Dra. Borda quien, apoyándose en el Código Electoral Nacional, expresó que los partidos políticos poseen la exclusividad legal, pero no constitucional en la nominación de sus candidatos. La mencionada juez asimismo sostuvo que los partidos políticos presentan las boletas a utilizar en el comicio; que nadie puede ser elegido si no figura en una lista que debe ser oficializada; que las agrupaciones mencionadas son los que fiscalizan el acto electoral; que si los afiliados de cualquier partido político están obligados a cumplir con los preceptos de la carta orgánica partidaria, con mayor razón el legislador debe cumplir con la disciplina partidaria.

La única disidencia que encontramos con dicho ponderado voto minoritario es que apoyándose en María Angélica Gelli, señala que la competencia de las agrupaciones políticas en la Constitución constituye una frase ambigua y por ende que el artículo 38 de la Constitución federal no impone expresamente el monopolio en la postulación de candidatos.³⁴

³¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación: «Caso Ríos Antonio», LL, 1987-C-278.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Caso n.º 10.109.

³³ CNE: Fallo del 24.9.2002, autos n.º 3531/02.

³⁴ María A. Gelli: *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 338.

9. Conclusiones

Nuestra opinión con respecto a que los partidos políticos son exclusivamente los legitimados para postular candidatos a cargos electivos se funda en que si, por vía de abstracción, todos los diputados nacionales —las agrupaciones políticas en el Senado están autorizadas expresamente por la carta magna— fuesen candidatos independientes, me pregunto cómo podría ser sancionada una ley, con tantas opiniones divergentes. ¿La Cámara acaso no se constituiría en una verdadera «olla de grillos»? ¿cómo sería el tratamiento en general de las leyes?, ¿quién sería el miembro informante por la mayoría?, ¿quién por la minoría?, ¿cuántos minutos dispondría cada legislador para fundar su opinión?

Por otra parte, ya lo indicó el voto minoritario en el caso *Borocotó* de la Dra. Borda, en el sentido de que son los partidos los que proporcionan todos los elementos para que el candidato sea ungido. Los partidos proporcionan la custodia del comicio, proporcionan las boletas donde se encuentra el candidato, proporcionan la publicidad y propaganda; en fin, otorgan toda la infraestructura para que los candidatos sean electos.

Más aún, el sistema electoral —en el caso de los diputados nacionales— es proporcional por lista; los partidos políticos son los legitimados para ello. Si estuviésemos en un sistema de circunscripciones uninominales, como el experimentado en 1904, tal vez podríamos admitir una candidatura independiente pues es el propio candidato quien le impone su impronta, su imagen, su estilo para ser nominado. Pero en un sistema proporcional no tenemos duda de que son los partidos políticos los que, en forma exclusiva, pueden postular a los diputados nacionales.

Desde ya que los partidos políticos tienen que *aggiornarse*, modernizarse, realizar debates que hoy son inexistentes en su seno. Es cierto que hay un malestar en torno a los partidos porque en la actualidad son meras máquinas electorales, pero no es menos cierto que la postulación es de su exclusiva responsabilidad.

Carmen Fontán*

Inmunidades parlamentarias y Estado democrático de derecho

En mi memoria, ninguna preocupación llega más lejos que la preocupación por mi país.

Eduardo Mallea, *Obra completa*, vol. 1, p. 21

1. Esquema para el análisis jurídico-político

David Easton¹ se interrogaba sobre cómo descubrir el modo en que las perturbaciones afectan al funcionamiento de un sistema. La investigación política tendió a prescindir de esta cuestión o a suponer que no constituye un problema especial vincular hechos del ambiente con las estructuras y procesos internos de un sistema político. Ignorar la tensión que las perturbaciones provocan sobre el sistema político es negarse a dar soluciones al problema. Los sistemas políticos, por oposición a los sistemas biológicos y mecánicos, tienen la capacidad de transformarse a sí mismos y de transformar sus metas, sus usos y la propia estructura de su organización interna. Los miembros pueden escoger y variar sus estrategias dentro de los límites que permiten las circunstancias para la persistencia del sistema.

Con su particular agudeza, Carlos Nino² señalaba la necesidad de una reconstrucción radical en la práctica constitucional argentina, porque las tres dimensiones del constitucionalismo estaban en permanente tensión. Su esfuerzo doctrinario buscaba demostrar que el constitucionalismo pleno surge de la combinación, no de dos elementos, sino de tres: el ideal liberal de derechos individuales, el ideal de un

* Profesora asociada de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán.

¹ David Easton: *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1999, p.145 ss.

² Carlos Santiago Nino: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1.^a reimpresión, 2000, pp. 713 ss.

procedimiento democrático participativo, y la preservación de una práctica jurídica establecida como tal como se articuló por primera vez en la Constitución histórica. Cuando la tensión se da entre los ideales de reconocimiento de derechos y de democracia y la preservación de la práctica constitucional, advertía Nino que:

Todos los que participan en la práctica —los jueces, legisladores y hasta los mismos ciudadanos— deben hacer permanentemente un equilibrio entre perfeccionar la práctica de acuerdo con los ideales de un liberalismo democrático y preservar su continuidad —si es en general moralmente aceptable— de modo de asegurar la eficacia y operatividad de las decisiones que se tomen.

Concluía que en la Argentina el esfuerzo recíproco de la tríada de elementos del constitucionalismo es muy débil.

En otra de sus obras, Nino³ expresaba:

El constitucionalismo y la democracia se combinan para formar un sistema de gobierno conocido bajo el nombre de *democracia constitucional*. Muchos consideran que esta unión constituye un feliz matrimonio entre dos valiosos ideales. [...] Sin embargo, este matrimonio no es sencillo. Sobrevienen tensiones cuando la expansión de la primera conduce a un debilitamiento del segundo o, por el contrario, el fortalecimiento del ideal constitucional se convierte en un freno para el proceso democrático. Estas tensiones no son fáciles de detectar con precisión debido a la falta de certeza respecto de qué es lo que hace que la democracia sea algo valioso, cuál es el modelo de democracia que maximiza ese valor, y la oscuridad de la noción misma de constitucionalismo.

Y para demostrar lo dificultoso que resulta determinar las tensiones del sistema, se interroga:

¿El valor de la democracia es instrumental o intrínseco? ¿Es la democracia un proceso político independiente de la moral o es un modo de elegir entre valores morales y solucionar conflictos morales? ¿Son los individuos los sujetos de la democracia o acaso son los grupos o las corporaciones? ¿Cuáles previsiones constitucionales serían esenciales a la democracia y cuáles serían contingentes e instrumentales? [...] De acuerdo con el modo en que estas preguntas sean contestadas, aparecerán modelos de democracia muy distintos.

Donde más se han sentido las perturbaciones y los cambios es en las instituciones representativas. A pesar de que la mayoría de los pensadores *corporativistas* (Schmitter, Panitch; Middlemas) han generalizado en exceso la importancia de sus descubrimientos, resulta útil señalarlos brevemente. En primer lugar, los cambios de la economía en el siglo XX han dado lugar a un poder económico cada vez más concentrado, que permitió al capital privado tomar ciertas ventajas en sus luchas con el trabajo. Enfrentado a una fuerza laboral recalcitrante, el capital siempre puede desplazar sus centros de inversión, haciendo el empleo más escaso y debilitando la capacidad de la fuerza trabajadora para satisfacer sus demandas. En respuesta,

³ Carlos Santiago Nino: *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 13 ss.

el movimiento obrero ha pasado a ser él mismo más concentrado, burocratizado y profesionalizado. Han surgido poderosas organizaciones empresariales y sindicales para enfrentarse entre sí en el mercado, cada una con capacidad y con voluntad para desbaratar los planes de la otra. Estos pensadores sostienen que:

Las instituciones políticas representativas tradicionales han sido desplazadas por los procesos de toma de decisiones tripartitos. La posición del Parlamento como centro supremo para la articulación de las políticas y el acuerdo, se ha erosionado; la aprobación por el Parlamento de un proyecto de ley es ahora más que nunca un mero trámite. En segundo lugar la representación parlamentaria o territorial ya no es la forma principal de expresar y proteger los intereses. Los procesos políticos extraparlamentarios se han convertido poco a poco en el dominio central de la toma de decisiones. En tercer lugar, el grado de participación de los representantes con base territorial, y no digamos de los ciudadanos comunes, ha caído en picado. [...] En definitiva, la soberanía del Parlamento y el poder de los ciudadanos están siendo minados por los cambios económicos, las presiones políticas y los desarrollos organizativos.⁴

Las tendencias subrayadas por los pensadores corporativistas son ciertamente dignas de atención, sobre todo con los efectos producidos por la denominada *globalización*. De tal manera que la teoría de la democracia contemporánea está cambiando continuamente. Basta ver los modelos elaborados por Habermas y Offe,⁵ que analizan cómo el Estado está inmerso en el conflicto, la crisis de legitimidad del Estado, etcétera.

Ante la existencia de tensiones y perturbaciones al sistema, que deben ser reconocidas y asumidas por los investigadores y los operadores políticos, nos preguntamos: ¿tiene sentido en la actualidad el mantenimiento de las prerrogativas parlamentarias?, ¿son consustanciales al sistema democrático de derecho la existencia de esas prerrogativas? A la luz del derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal, que deparan una tutela supranacional para la igualdad y el respeto a la honra y al reconocimiento de la dignidad de toda persona, ¿siguen teniendo la misma vigencia las citadas prerrogativas?

En el presente trabajo intentaremos ensayar algunas respuestas posibles a estos interrogantes, sabiendo de antemano las distintas opiniones y valoraciones que genera esta temática.

2. Significación del derecho parlamentario

No puede ignorarse que, en último extremo, el derecho parlamentario constituye el *substratum* del proceso de formación del resto del ordenamiento jurídico; con

⁴ David Held: *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, pp. 261 ss.

⁵ Jürgen Habermas: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973. Para analizar el pensamiento de Offe, véase David Held, *Modelos de democracia*, o. cit., pp. 281-285.

él se instrumentaliza la génesis del conjunto de normas que regulan la convivencia en una determinada organización política.

Sin el derecho parlamentario sería imposible llegar a resultados aceptables en la configuración de un Estado de derecho, correspondiendo a aquel establecer los cimientos sobre los cuales se ha de construir un orden jurídico y político, tratando no solo de facilitar el nacimiento de normas justas, sino también y, fundamentalmente, de armonizar las distintas fuerzas sociales y políticas que, desde su especial perspectiva, tienen una concreta idea de justicia. Así, sostenía Mohrhoff⁶ que en el derecho parlamentario confluyen, más que en cualquier otra rama del derecho, elementos jurídicos formales y políticos materiales. El derecho parlamentario y la política no son antitéticos; antes bien, son dos aspectos del mismo fenómeno.

Sin ignorar el carácter formal del derecho parlamentario, León Martínez Elipe⁷ enfatiza su conexión con la realidad fenoménica, sosteniendo que: «Norma y realidad, forma e idea, flexibilidad jurídica y existencia fenoménica se acrisolan armónicamente en el derecho parlamentario». De tal manera se produce esa combinación, según este autor, que

El derecho parlamentario no se circunscribe al conjunto de normas reguladoras del proceso de formación de las leyes, sino que contribuye también, a través de los diversos medios de control, a acomodar las decisiones políticas gubernamentales a los principios constitucionales, y estos, a la realidad existencial. No en vano podría mantenerse que la larga permanencia de una Constitución, de lo que sería claro ejemplo el constitucionalismo inglés y norteamericano, se debe, básicamente, al derecho parlamentario.

Concluye Martínez Elipe, en coincidencia con la doctrina de Hatschek, que «las normas parlamentarias tienen una flexibilidad aplicativa superior al sistema de fuentes que funciona en el resto del ordenamiento jurídico. Los usos, prácticas, costumbres y convenciones parlamentarias actúan no solo *praepeter* o *secundum legem*, sino incluso *contra legem*». Esta conclusión tiene especial significado en algunos regímenes políticos, específicamente, en el inglés, donde el derecho parlamentario es esencialmente convencional, sin ignorar que en los regímenes parlamentarios continentales muchas veces prevalece, en circunstancias concretas, el derecho consuetudinario o convencional.

El derecho parlamentario, en las actuales circunstancias de dominio del Parlamento por los partidos políticos, no se circunscribe solamente a normativizar la organización y funcionamiento de las Cámaras. Nadie puede negar que los *acuerdos*, *pactos* o *consensos* conseguidos por los líderes políticos, bien entre sí o con los representantes de los demás *podere fácticos*, no son ni pueden ser ajenos a esta

⁶ Federico Mohrhoff: *Trattato di diritto e procedura parlamentare*, Roma, Giovanni Bardi, 1948, p. 4.

⁷ León Martínez Elipe: *Introducción al derecho Parlamentario. Conexiones históricas y político-jurídico-parlamentarias*, Pamplona, Aranzadi, pp. 32-33.

rama del derecho, siempre que aquellos tengan posteriormente el espaldarazo de la Cámara que, en estas ocasiones, actúa como una mera *máquina registradora* o el famoso *sello de goma* con que califica la prensa a la actuación del Congreso argentino luego de la aprobación de las leyes de modificación del Consejo de la Magistratura de la Nación y del Jurado de Enjuiciamiento, la reforma a la ley de Administración Financiera del Estado, entre otras. «No es de extrañar que un conocido escritor haya manifestado que la vitalidad del Parlamento se encuentra encubierta por los partidos que imponen una implacable disciplina a los diputados; [...] que el Parlamento no es sino un palacio de contratación de voluntades y de votos».⁸

Carl Schmitt⁹ llegó a decir que el Parlamento, tal y como se desarrolló en el siglo XIX, ha perdido actualmente su fundamento histórico y su sentido, porque aquello que constituía su *idea o naturaleza esencial* —los principios de publicidad y discusión, junto con la garantía de verdad y justicia que de ellos se derivan— han dejado hoy de tener vigencia en el ámbito de las convicciones políticas y en la realidad política concreta.¹⁰

En consecuencia, el derecho parlamentario no es ajeno a la crisis de la función deliberativa que sufren los órganos legislativos. No en vano se ha hablado de *mayorías mecánicas* para reflejar este fenómeno.¹¹ Esta situación ha sido estudiada en profundidad por Duverger¹² y sus conclusiones son plenamente aplicables a la realidad argentina.

En el caso de Alemania se llegó a acuñar el concepto de *Parlamentsverdrossenheit*, o sea 'hastío parlamentario', para destacar cómo se agrandó la distancia entre el pueblo y sus representantes.¹³

En Argentina, la crisis se profundiza por la existencia de un sistema electoral proporcional sobre la base de listas *bloqueadas o cerradas*, elaboradas por los partidos políticos, el *transfuguismo político*, un Senado que después de la reforma de 1994 representa a los partidos políticos, el desprecio por las minorías políticas, la falta de deliberación y consenso, la sustracción de competencias propias del Congreso

⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁹ Carl Schmitt: *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1996.

¹⁰ Rudolf Smend: *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Resulta interesante el análisis que este autor realiza sobre la postura de Schmitt y de la integración como proceso fundamental de la dinámica del Estado. Contempla la integración desde una triple perspectiva: personal, funcional y material.

¹¹ Véase el interesante análisis que Luis Sánchez Agesta realiza sobre la crisis del régimen parlamentario en el pensamiento de Carl Schmitt, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 64, Madrid, abril-junio 1989, p. 7.

¹² Maurice Duverger: *Los partidos políticos*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 15-29.

¹³ Ernesto Benda, Werner Maihofer, Juan Vogel, Konrad Hesse, Wolfgang Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons - Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, p. 377. En ese trabajo Schneider explica las reformas encaradas para mejorar el régimen parlamentario.

—vía delegación legislativa, decretos de necesidad y urgencia, etcétera—, todo lo que demuestra que los parlamentarios argentinos son auténticos mandatarios de los partidos en el desarrollo de las funciones deliberantes, decisorias y de control.

Esta crisis la preanunciaba Mallea¹⁴ hace más de cuarenta años, cuando expresaba:

Lo grave es el carácter compulsivo de este tipo de vida nacional. Crea una suerte de docilidad colectiva, con los males condignos para la libertad de impulsión y creación. [...] Las asambleas, las agrupaciones políticas, las más diferentes reuniones acusan una chatura y un parecido increíble en la masa de sus constituyentes. [...] Y la línea general de la nación desciende, forzada, desesperada, violentada, al nivel de esa crasa medianía. Así se ha llegado a convertir al país no en la vasta sinfonía de oposiciones conjugadas que define una voluntad de combate o historia, sino en la metodología misma de la homogeneización, del apareamiento, en el arte de no querer diferir, más ansiar parecerse, con lo cual se viene lisa y llanamente al planteo del antipais. [...] Condición tal produce de rebote otra enfermedad: la falta de sanciones sensibles y visibles ante los hechos de la vida nacional. Si todos los órganos de un cuerpo fueran de pronto reducidos a un funcionamiento análogo e indistinto, lo primero que acusaría ese cuerpo es una falta de capacidad de reacción. Donde todo se parece, nada se opone. Y si se opone, se opone tan débilmente que acaba por hacerse uno con lo opuesto. [...] Hay grandes males emboscados en el país que no debería estarlo. Pensarlos y definirlos hace más falta que ignorarlos e importa un acto de preocupación por nosotros mismos.

Y en este marco conceptual analizaremos las inmunidades de los miembros del Congreso federal y su vinculación con el principio democrático de derecho, a partir de la afirmación de Bidart Campos,¹⁵ de que:

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.

3. Planteamiento histórico de la inmunidad

La doctrina¹⁶ siempre se ha preocupado por buscar las razones históricas que justificaran la aparición de la inmunidad parlamentaria. Sintéticamente podríamos

¹⁴ Eduardo Mallea: «La vida blanca», *Obra completa*, vol. 1, Buenos Aires, Corregidor, 1990, pp. 49-50.

¹⁵ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t.ºIII, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 75.

¹⁶ Carlos Colautti: *Inmunidades de los funcionarios*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 1 ss; Carlos Jáuregui Arrieta: *Breve historia del Parlamento inglés*, Buenos Aires, Depalma, 1993, pp. 29 ss. En la doctrina española han sido tratadas en extenso por Alfonso Fernández Miranda: «Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria», en *Revista Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, número monográfico 10, pp. 175 ss.

encuadrarlas en las siguientes posiciones. Una, primera en el tiempo, que remonta los orígenes de la inmunidad a ciertos privilegios de la historia medieval inglesa que, convenientemente adaptados y recibidos por el constitucionalismo liberal, no tardarían en convertirse en uno de los axiomas básicos del régimen representativo.¹⁷ Otra, de elaboración más reciente, que, negando la validez de todo precedente medieval, afirma que el concepto de inmunidad, tal como hoy lo conocemos, se gesta en el proceso revolucionario francés, desde donde se difunde, a lo largo del siglo XIX, por todo el continente europeo.

En el caso argentino existe consenso en la doctrina de que nuestro sistema constitucional se apartó en el tema de las inmunidades tanto de los precedentes de América del Norte como de los franceses, diseñando los convencionales de 1853 un sistema original, que se mantuvo después de la reforma de 1994.

4. Breve análisis de los antecedentes constitucionales argentinos

El primer documento constitucional que prevé la existencia del Legislativo dentro de la estructura del poder es el Reglamento de División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora, el 22 de octubre de 1811.¹⁸ El reglamento, en su artículo VII, establece que las personas de los diputados son inviolables, y en caso de delito serán juzgados por una comisión interior, que nombrará la Junta Conservadora cada vez que ocurra.

El 10 de marzo de 1813, la Asamblea General Constituyente aprobó el primer reglamento en materia de inviolabilidad de los diputados.¹⁹ En este reglamento se dispone que los diputados que componen la Asamblea General Constituyente no pueden ser acusados, perseguidos ni juzgados en tiempo alguno por las opiniones que verbalmente o por escrito hayan manifestado en las sesiones de la Asamblea. No podían iniciarse contra los diputados acciones civiles desde el día de su nombramiento y hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. Esta última era una disposición novedosa respecto del derecho comparado de la época. Disponía también que el allanamiento domiciliario solo procedía en virtud de decreto emitido por la Asamblea, si estuviese en sesión, de lo contrario el allanamiento se llevaría a cabo por el presidente de la Asamblea con la obligación de dar cuenta al cuerpo en la sesión inmediata. Los supuestos de inmunidad relativa de arresto estaban previstos para el delito criminal de enorme gravedad o infraganti. Fuera de estos supuestos,

¹⁷ Defensor de esta tesis entre nosotros está Carlos Colautti, *Inmunidades de los funcionarios*, o. cit., p. 1, en el derecho comparado Biscaretti di Ruffia: *Derecho constitucional*, Madrid, 1973, p. 380; Nicolás Pérez Serrano: *Escritos de Derecho Político II*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, p. 1013, entre otros.

¹⁸ María Laura San Martino de Dromi: *Documentos constitucionales argentinos*, Madrid, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 1901.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 2025 ss.

ningún diputado podía ser aprehendido sin previo mandamiento de la Asamblea. Por último, el reglamento fijaba los supuestos de habilitación del proceso, con un sistema similar al desafuero.

El proyecto de Constitución del 27 de enero de 1813,²⁰ presentado ante la Asamblea General Constituyente, en el capítulo 7 «Del cuerpo legislativo», sección 1.^a, establecía las prerrogativas de sus miembros. En el artículo 68 disponía que ningún senador o representante será molestado por opiniones, discursos o debates que haya sostenido en el ejercicio de su comisión. No podían ser arrestados en el tiempo de las sesiones, ni sesenta días antes de comenzar, ni en igual término después de concluidas. Se exceptúan los casos de acusación ante la Sala de Representantes y los de homicidio y violación a mano armada de la persona, casa o bienes de los ciudadanos. El juez que en estos dos casos ordene o verifique el arresto deberá dar cuenta inmediatamente a la sala respectiva para los efectos correspondientes. Se mantiene la disposición que establecía que los miembros del cuerpo legislativo no podían ser demandados por deudas o causas civiles hasta pasado un mes de concluido.

En el proyecto de Constitución de la comisión ad hoc de 1813,²¹ las prerrogativas de los miembros del Congreso tenían un tratamiento similar al proyecto anterior, pero más acotadas, especialmente en los supuestos de procedencia del arresto, que incluía los delitos de traición y felonía.

El proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, de 1813,²² en su capítulo 16, artículos 119 a 130 inclusive, regula todo lo concerniente a la «Inviolabilidad de los individuos de las Cámaras». Bajo la influencia de los antecedentes franceses, dispone en sus artículos 120 y 121 la inmunidad de opinión durante el ejercicio de sus funciones. Establece la inmunidad de arresto y de proceso, con un mecanismo similar al actual desafuero. Este constaba de dos instancias: las acusaciones contra los miembros del cuerpo legislativo debían dirigirse a la Sala de Representantes. Y era esta sala la que resolvía si había o no lugar al examen de la conducta del legislador. En el caso de proceder el examen, debía comparecer el acusado ante el Senado, el que después de oírlo en sesión reservada, declaraba si había lugar o no a la acusación, separación de su investidura y posterior remisión al tribunal de justicia.

La Constitución de las Provincias Unidas en Sud América, sancionada y mandada publicar por el Soberano Congreso General Constituyente el 22 de abril de 1819,²³ en su sección segunda referida al Poder Legislativo, capítulo 3.º, bajo el

²⁰ Emilio Ravignani: *Asambleas constituyentes argentinas*, t.ºVI, segunda parte, Buenos Aires, Casa Jacobo Peuser, 1939, pp. 623-633.

²¹ María Laura San Martino de Dromi: *Asambleas constituyentes argentinas*, o. cit., pp. 2089 ss.

²² Emilio Ravignani: *Asambleas constituyentes argentinas*, t. VI, segunda parte, o. cit., pp. 606-616.

²³ María Laura San Martino de Dromi: *Asambleas constituyentes argentinas*, o. cit., pp. 2318 ss.

título «Atribuciones comunes a ambas Cámaras», regula el tema de las prerrogativas parlamentarias. En su artículo XXVI dispone que los senadores y representantes no serán arrestados ni procesados durante su asistencia a la legislatura, y mientras van y vuelven de ella, excepto el caso de ser sorprendidos infraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamia u otra aflicción, de lo que se dará cuenta a la sala respectiva con la sumaria información del hecho. La redacción es similar al de la Constitución de 1853, apartándose del sistema de Estados Unidos, que no prevé la inmunidad de proceso ni la institución del desafuero.

En el artículo XXVII contempla la inmunidad de expresión y debate, estableciendo que los senadores y representantes, por sus opiniones, discursos o debates en una u otra sala no podrán ser molestados en ningún lugar; pero cada sala podrá castigar a sus miembros por desorden de conducta, y con la concurrencia de las dos terceras partes expeler a cualquiera de su seno. Esta norma guarda similitud con el artículo 1.º del capítulo 13 del proyecto de Constitución de la comisión ad hoc de 1813, que restringe la inmunidad a lo expuesto en la Cámara, siguiendo la directriz del párrafo primero de la sección sexta de la Constitución de Estados Unidos.

El artículo XXVIII disciplina la institución del desafuero. Si bien la redacción es similar a la de la Constitución de 1853, se utiliza un verbo diferente para expresar los alcances de la votación que hace lugar al desafuero. En la Constitución histórica del 53, si la Cámara hace lugar al desafuero procede a «*suspender*²⁴ en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento». En la Constitución de 1819, si se hace lugar al desafuero se procede a «*separar al acusado de su seno* y ponerlo a disposición del Supremo Tribunal de Justicia para su juzgamiento». Esta última es más estricta que nuestro actual artículo 70.

La Constitución de 1826²⁵ sigue las directrices de la Constitución de 1819, pero con un estilo más depurado en su redacción. En su sección cuarta, referida al Poder Legislativo, capítulo 3.º «De las atribuciones comunes a ambas Cámaras», prevé las disposiciones referidas a las prerrogativas parlamentarias. En el artículo 35 contempla la inmunidad de expresión y debate. La norma dispensa una tutela amplísima, cuya solución se aparta de los antecedentes constitucionales propios e incluso de la Constitución de Filadelfia. Colautti encuentra una semejanza entre esta norma y la Constitución de Cádiz de 1812.²⁶ La intención del constituyente es clara: proteger

²⁴ Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá-Zamora: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tºVI, Buenos Aires, Heliasta, 1979. La definición del vocablo *suspender* es 'privar temporalmente de sueldo o empleo; interrumpir una acción', etcétera; mientras que *separar* significa 'alejar, privar de cargo o empleo, destituir', etcétera (pp. 316 y 126, respectivamente).

²⁵ *Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de diciembre de 1826 y el Manifiesto que se remite a los pueblos para su aceptación*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1826.

²⁶ Carlos E. Colautti: *Inmunidades de los funcionarios*, o. cit., p. 39.

las opiniones de los representantes más allá de lo dicho o realizado en el recinto legislativo.

El artículo 36, siguiendo los lineamientos del artículo XXVI de la Constitución de 1819, contempla la inmunidad relativa de arresto, pero suprime la inmunidad de proceso. Los alcances temporales de ambas normas son iguales y las excepciones para la procedencia del arresto son las mismas.

En cuanto al desafuero, la disposición de la Constitución de 1826 guarda algunas similitudes con el artículo XXVIII de la Constitución de 1819, pero se acerca más a la redacción del actual artículo 70 de la Constitución nacional. El artículo 37 precisa: a) que la querrela por escrito se formará ante la justicia ordinaria; b) que si prospera el desafuero, su efecto es «suspender en sus funciones al acusado»; y c) la sala pondrá al acusado a disposición del tribunal competente para su juzgamiento.

5. Significado jurídico-político de la inmunidad

Se entiende por privilegios parlamentarios o del Congreso, enseñaba Joaquín V. González,²⁷ todos los derechos y poderes peculiares de las Asambleas Legislativas, indispensables para su conservación, independencia y seguridad, tanto respecto de sus miembros como del conjunto de la corporación. Son prerrogativas, en general, excepcionales y su fundamento se encuentra en el origen popular de los cuerpos legislativos. Son privilegios, poderes e inmunidades que se asientan en la soberanía del pueblo.

Al tratarse en el Senado de la Nación el despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales en la solicitud del señor senador Maciá para que se suspendan sus privilegios parlamentarios, en la sesión del 22 de setiembre de 1914, González expresó que no correspondía la suspensión, «porque el privilegio no le pertenece a él exclusivamente; pertenece a la Cámara de que forma parte, aunque sea en forma transitoria, a sus privilegios, la Cámara a que cada uno pertenece no puede renunciar a ellos por la suma de soberanía de que está investida».²⁸ Y así también lo ha entendido la doctrina de la Corte federal cuando sostuvo que las inmunidades son

²⁷ Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina 1853-1860*, Buenos Aires, Estrada, 1983, pp. 357 ss.

²⁸ Joaquín V. González: *Obras completas*, vol. V, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1935, p. 477. Este principio también lo adoptó la Cámara de Representantes de Estados Unidos, que sigue la regla fijada en el *Manual* de Jefferson, supletorio de las disposiciones del reglamento. En 1846, la Cámara se negó a adoptar una resolución por la cual, en términos generales, se concedía permiso a los miembros para concurrir a la Corte de Distrito de Columbia cuando fueran citados como testigos, prefiriendo, en cambio, conceder o negar ese permiso en cada caso. Si cumplían la orden sin permiso de la Cámara, esta consideró que era contrario al principio de que los privilegios de los miembros pertenecen al cuerpo y que los representantes no tienen derecho a renunciarlos.

para asegurar el funcionamiento independiente del Congreso y la libertad de sus deliberaciones.²⁹

El funcionamiento libre e independiente del Congreso, según Bidegain,³⁰ se encuentra garantizado por los denominados derechos, inmunidades y privilegios parlamentarios reconocidos por el derecho constitucional a favor de las asambleas legislativas con el propósito de preservar la libre expresión de su voluntad y facilitar el cabal cumplimiento de sus deberes. La historia de la institución legislativa demuestra que, a menos que se la ponga a cubierto de las presiones externas que tratan de influir o de perturbar el desarrollo de sus actividades, las asambleas pueden verse expuestas a perder las condiciones básicas para su funcionamiento.

De tal manera, los privilegios parlamentarios suelen dividirse en dos grandes grupos: colectivos e individuales. Los primeros corresponderían al cuerpo o Cámara en su conjunto y como *órgano-institución* y los segundos se refieren a la situación o actuación individual de los miembros de la Cámara. Esta distinción, debe advertirse, se funda en la determinación del sujeto protegido *inmediatamente*, pero en todos los casos el objeto de los privilegios es la defensa de la institución, y solo por ser los legisladores órganos de esta, gozan de inmunidades que los protegen en forma inmediata. En definitiva, son garantías funcionales,³¹ que protegen no al parlamentario en cuanto tal sino a la función parlamentaria que él desempeña. Son, por tanto, reglas objetivas que tienen que ser aplicadas siempre, independientemente de cual sea la voluntad personal del miembro afectado.

Dos son las consecuencias que se derivan de esta doctrina. En primer lugar, la inmunidad no se concibe como un derecho subjetivo del representante, porque la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que el bien jurídico protegido por la inmunidad es patrimonio exclusivo de la corporación parlamentaria.³² En segundo término, y en consonancia con lo anterior,³³ se afirma que las inmunidades son garantías

²⁹ CSJN, *Fallos*, 217: 122; 252: 184.

³⁰ Carlos María Bidegain: *El Congreso de Estados Unidos de América*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p.108.

³¹ CSJN, *Fallos*, 169: 76; 248: 462; 308: 2091; 315: 1470; 317: 365 y 1815: 319: 3026, entre otros.

³² Se suele destacar la curiosa y significativa contradicción que en este punto incurre Carl Schmitt. Mientras que, por un lado, afirma que «la protección de los diputados frente a procedimientos penales y la limitación de la libertad personal es un derecho del Parlamento como totalidad, no del diputado individual», por otro, incluye la inviolabilidad entre las atribuciones del «diputado concreto» (*Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, p. 388).

³³ Joaquín V. González: *Obras completas*, vol. V, o. cit., p. 477; Pérez Serrano: «Resulta irrenunciable porque no está en el patrimonio del sujeto favorecido, sino que se otorga en beneficio de la Asamblea y de la función» (*Tratado de derecho político*, Madrid, 1976, p. 779); Barthelemy-Duez: «la inmunidad no viene dada al parlamentario en su propio interés, sino en interés del libre ejercicio de su función; por tanto, no son renunciables» (*Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933, p. 565).

de orden público, es decir, que resultan indisponibles para el parlamentario, y por lo tanto irrenunciables.³⁴

Llegados a esta instancia nos preguntamos: ¿en qué medida toda esta construcción jurídica es coherente con las razones que históricamente determinaron la aparición de la inmunidad parlamentaria? Y con relación a este interrogante, es claro que el pretendido carácter objetivo de la inmunidad subyace implícito en la tesis propiciada por Alberto A. Spota, cuando postulaba:

En un Estado de derecho donde el origen del poder radica en la voluntad de los gobernados, la esencia de las inmunidades parlamentarias se encuentra en la soberanía del pueblo y su consiguiente representación. [...] Quiere esto decir que las inmunidades parlamentarias se asientan en la base de la filosofía política del Estado de derecho. Esto es, como está dicho, en la soberanía del pueblo.³⁵

Comparte el maestro Spota la opinión de Vélez Sarsfield expuesta en la Sala de Representantes de la Provincia de Buenos Aires, el 22 de junio de 1852, cuando afirmó:

En su consecuencia, los privilegios y prerrogativas deben garantir al hombre como unidad que es. Se garante al legislador a través de garantir al hombre. Esto significa que en una actitud absolutamente real y en función de la necesidad de defender el principio de representación y como consecuencia del mismo, los privilegios y prerrogativas hacen a la soberanía del pueblo desde el punto de vista de su origen y a la vigencia efectiva de la independencia real del legislador.³⁶

De este modo, sostiene Gelli,³⁷

la justificación y legitimidad política de las prerrogativas de los legisladores —en especial, los fueros individuales— están ligadas a la preservación del principio de representatividad e independencia del Poder Legislativo y, en razón de ello, no violan la igualdad consagrada en el artículo 16 de la Ley Suprema.

³⁴ Muy distinto es cuando se considera que el bien jurídico protegido por las inmunidades es la libertad del diputado individual, de la que la independencia del parlamentario no es más que un simple corolario lógico, y no hay motivo para negar al representante la titularidad efectiva del derecho a la inmunidad. Es un verdadero derecho subjetivo. Así —y tal como lo establece el ordenamiento suizo para la inmunidad stricto sensu— hacer dejación voluntaria en todo momento. La ley federal sobre garantías políticas y de policía a favor de la Confederación del 26 de marzo de 1934 establece en su artículo 1.º la posibilidad de que los miembros del Bundestag, la Cámara baja, renuncien, mediante escrito dirigido a la mesa, a la protección que les dispensa la inmunidad.

³⁵ Alberto Antonio Spota: «Privilegios e inmunidades parlamentarias y el estado de derecho», *Revista El Derecho*, t.º179, p. 1174.

³⁶ *Ibidem*, p. 1179.

³⁷ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 447.

6. Clasificación de las prerrogativas parlamentarias en nuestro sistema constitucional

La doctrina, a partir de los lineamientos de la Constitución nacional, que desde 1853 y hasta hoy dividió claramente los privilegios que pertenecen a los diputados y senadores personalmente, y los que pertenecen a cada una de las Cámaras y al Congreso en general, realiza la siguiente clasificación.

Privilegios colectivos: 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 integrantes y aun sobre terceros extraños al cuerpo; d) el derecho de cada Cámara de hacer comparecer a su sala a los ministros del Poder Ejecutivo; e) algunos autores, entre ellos Bidart Campos, incluyen también como privilegio el aceptar las renunciaciones que voluntariamente hacen de sus cargos los legisladores.

Privilegios personales: a) la inmunidad de opinión y expresión; b) la inmunidad de arresto y c) la inmunidad de proceso que está vinculada con lo que denominamos desafuero. La primera es la única inmunidad absoluta, las restantes son relativas.

7. Caracteres jurídicos de la inmunidad

En este punto, la primera cuestión a dilucidar es la terminología. La expresión *inmunidad parlamentaria* se ha utilizado a lo largo de este ensayo sin mayores rigores terminológicos, y en el sentido con que la utilizan la mayoría de los autores, al analizar este instituto en nuestro ordenamiento constitucional.

Sin embargo, en otros sistemas jurídico-constitucionales la voz *inmunidad* es una denominación genérica, utilizada por la literatura para hacer referencia a dos instituciones, que en la doctrina española se encuentran perfectamente diferenciadas: por un lado, la inviolabilidad, y por el otro, la inmunidad en sentido estricto.

Mientras «la inviolabilidad protege las actuaciones, opiniones o votos emitidos por los parlamentarios en el ejercicio de su mandato, que en ningún caso son o pueden ser considerados constitutivos de delito, falta o cualquier otra infracción legal, impugnables ante sede jurisdiccional alguna, la inmunidad en sentido estricto impide que el parlamentario sea arrestado, salvo en el supuesto de flagrante delito, encausado o proceso, por actuaciones realizadas al margen de su función. [...] *Recapitulando, inviolabilidad e inmunidad son dos instituciones jurídicas fácilmente singularizables, que junto a innegables identidades y semejanzas, deudoras en gran medida de una fundamentación histórica común, presentan también notables diferencias que se evidencian, sobre todo, en el distinto objeto, naturaleza y efectos del derecho a la indemnidad, que con ellas se procura a los representantes.*³⁸

El derecho español, desde la Constitución de 1837, concibe la inmunidad como un complemento de la inviolabilidad, en el que tienen cabida todas las actuaciones

³⁸ Eloy García: *Inmunidad parlamentaria y Estado de partidos*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 64.

del parlamentario que no gozan de los beneficios de la irresponsabilidad jurídica. Por el contrario, en ordenamientos como el francés o el italiano, la inmunidad tiene por objeto proteger al representante exclusivamente frente a cualquier forma de arresto, detención —salvo flagrante delito— o encausamiento judicial que, privándole de su libertad de movimiento, le impidan acudir a las sesiones del Parlamento. Ello significa que, en estos ordenamientos (a diferencia de lo que ocurre en el caso español, en el que se la considera como un simple epígono que empieza donde termina la inviolabilidad), la inmunidad tiene en la libertad personal del diputado un objeto propio de perfiles definidos y claramente delimitados.³⁹

Las precisiones terminológicas del derecho español resultan importantes al momento de apreciar la naturaleza jurídica de la inviolabilidad y de la inmunidad en ese ordenamiento. Ya que si bien ambos son institutos de garantía, la inviolabilidad dispensa al parlamentario una protección de fondo, que necesariamente habrá de traducirse en una auténtica ruptura de la Constitución.⁴⁰ La inviolabilidad, por tanto, coloca al diputado en una situación de excepción, en cuya virtud, en todas aquellas ocasiones o circunstancias en que este ejercite su función legislativa, automáticamente se opera una derogación, es decir, una pérdida de vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos, el deber de responder de sus propios actos (artículo 9.1 CE) y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela judicial efectiva de sus derechos de intereses legítimos (artículo 24.1).⁴¹ Sin embargo, la inmunidad es más bien una garantía de tipo procesal, capaz de congelar, de retardar en el tiempo la eficacia de ciertos preceptos constitucionales, pero no de quebrantarlos.

En el proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi se aseguraba, en el artículo 41, la inmunidad de expresión de los legisladores mediante una frase histórica en la que se afirmaba que *el orador es inviolable, la tribuna es libre*. Sin embargo, en el sistema constitucional argentino, tanto la doctrina como la jurisprudencia se refieren exclusivamente al término inmunidad para aludir a las prerrogativas individuales, si bien la doctrina judicial de la Corte precisó con claridad los distintos efectos jurídicos que producen la inmunidad de opinión y la de arresto.

8. Efectos de las inmunidades en el derecho constitucional argentino

Inmunidad de opinión: «Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que

³⁹ *Ibidem*, p. 71-72.

⁴⁰ Sobre el quebrantamiento constitucional, véase Pedro de Vega: *La reforma constitucional y problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 166.

⁴¹ Eloy García: *Inmunidad parlamentaria*, o. cit., p. 72.

emita desempeñando su mandato de legislador (artículo 60, Constitución histórica 1853-60, hoy artículo 68).

La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación le han reconocido a esta cláusula los siguientes efectos:

1. Protege de modo absoluto y amplio⁴² las opiniones y expresiones de diputados y senadores, las que pueden ser vertidas en forma verbal, escrita o gestual, opinable o no. Se extiende también a la reproducción por los distintos medios de comunicación de las opiniones referidas a las actividades propias de su papel como representante electoral; 1.1. Esta garantía integra en nuestro régimen el sistema representativo republicano; 1.2. Consagra una «irresponsabilidad penal que no cabe atenuar mediante el reconocimiento de excepciones no previstas en el mismo artículo»;⁴³ 1.3. Por el carácter absoluto de la tutela, aquella inmunidad penal se extiende a la inmunidad civil por eventuales responsabilidades pecuniarias; 1.4. Esta garantía protege al legislador durante toda su vida, esto es, aun habiendo concluido su mandato; 1.5. La protección contemplada es institucional. Ampara al legislador por las expresiones u opiniones vertidas en el recinto y en cualquier otro lugar, siempre que esté actuando funcionalmente. Se extiende a todos los ámbitos, de los cuales podría presionarse a un legislador o intentar presionarlo. Y también a todas las circunstancias o contextos que importen en forma directa o indirecta, en el presente o en futuro, presiones o aflicciones sobre los legisladores o sus patrimonios. 1.6. Aun cuando el legislador haya sido destituido por el cuerpo en razón de la impropiedad de sus manifestaciones, no es factible el enjuiciamiento penal por sus dichos.⁴⁴ En esta doctrina la Corte ha separado la libertad institucional de expresión de la impunidad legislativa. La garantía del artículo 68 no obsta a que las Cámaras, en uso de las facultades propias que les otorga el artículo 66 de la Constitución nacional, puedan corregir a cualquiera de sus miembros. Los posibles abusos deben ser reprimidos por los mismos legisladores sin afectar la esencia del privilegio;⁴⁵ 1.7. Resulta impropio hablar para los supuestos del artículo 68 de la CN de desafuero o prejudicialidad. Solo caben para tales supuestos la jurisdicción y las sanciones del artículo 66; pero aun en la hipótesis extrema de la remoción o exclusión dispuesta por la misma Cámara, la medida no iría más allá de una sanción parlamentaria y en modo alguno habilitaría *a posteriori* la instancia judicial;⁴⁶ 1.8. Tal como se ha dicho, siendo la garantía de tipo personal, la Constitución no impide perseguir judicialmente a los terceros que —como cómplices o partícipes de opinión o discursos que diesen lugar a acciones civiles o penales pudiesen ser judicialmente encausados; 1.9. No corresponde el desafuero para

⁴² CSJN, 1: 297 (1864).

⁴³ CSJN, *Fallos*, 248: 462.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ CSJN, *Varela Cid*, julio 7, 1992. *ED*, 150: 325.

⁴⁶ Dictamen del procurador general de la Nación, Sebastián Soler, en el caso *Alejandro Leloir in re Juan Domingo Perón y otros*, *Fallos*, 234: 250.

indagar o procesar a un legislador por causa de sus expresiones como tal, ya que la prerrogativa de opinión no puede ser allanada mientras el diputado o senador integre la Cámara, y aun después de ella, por causa de sus manifestaciones. El artículo 68 no solo consagra la inmunidad de sanción *sino la inmunidad de proceso*.⁴⁷

Inmunidad de arresto:

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 afflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho (artículo 61, Constitución histórica 1853-60, hoy artículo 69).

Cuando se forme querrela por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento (artículo 62 de la Constitución histórica 1853-60, actual artículo 70).

La doctrina y la jurisprudencia también han fijado los alcances y efectos de esta prerrogativa, los que intentaremos sistematizar brevemente. 1.1. El principio general es que ningún legislador puede ser arrestado.⁴⁸ La Constitución impide, pues, actos de *coerción personal*, esto es, medidas que transgredan la *libertad ambulatoria* del diputado o senador; 1.2. Este privilegio no es inherente al sistema representativo republicano ni indispensable para su regular funcionamiento,⁴⁹ por lo que admite interpretaciones en su aplicación concreta; 1.3. La vigencia temporal de esta garantía principia en el momento concreto de la elección del legislador y dura hasta el cese del cargo parlamentario; 1.4. Esta garantía rige aun durante el estado de sitio, señalando el tribunal cimero que la medida de emergencia política se ha establecido para mantener el imperio de la Constitución y no para destruirla;⁵⁰ 1.5. Esta inmunidad es relativa ya que no rige cuando el diputado o senador es sorprendido in fraganti,⁵¹ concepto este último que de ser interpretado en sentido estricto; 1.6. La disposición del artículo 69 de la norma de base no impide que se promuevan acciones criminales contra el legislador, siempre que no tengan origen en sus opiniones como representante del pueblo. Tampoco impide la prosecución de la causa en tanto no se afecte la libertad personal del legislador,⁵² o sea, hasta que no se dicte orden de arresto

⁴⁷ Véase la doctrina de la CSJN en *Savino, Horacio*, fallado el 24 de febrero de 1965, *Fallos*, 261: 34.

⁴⁸ CSJN, *Fallos*, 54: 432.

⁴⁹ CSJN, *Fallos*, 119: 291. Este principio se atenúa porque según el propio Tribunal las inmunidades parlamentarias no son iguales en extensión en todos los sistemas republicanos. Y en el caso concreto la cuestión se refería al planteo de un senador de la provincia de Mendoza que intentaba hacer valer su inmunidad provincial ante la justicia penal nacional.

⁵⁰ CSJN, *Fallos*, 54: 434.

⁵¹ Para el concepto de flagrancia véase el artículo 285 del CPPN.

⁵² CSJN, *Fallos*, 14: 231; 261: 34; 308: 2091; 319: 3026;

o prisión, sea preventiva o definitiva.⁵³ Esta es la solución que instrumentó la ley 25230; 1.7. De la interpretación armónica de los artículos 69 y 70 de la Constitución nacional, la suspensión del parlamentario es un requisito de la detención futura o de la convalidación de un arresto efectuado in fraganti. Pero no es condición de la iniciación y prosecución del proceso penal contra los legisladores, salvo cuando se llegue a la etapa que implique la prisión preventiva;⁵⁴ 1.8. Es necesario, para la Corte, que haya sumario antes de que la Cámara pueda evaluar si procede o no a desafuero al legislador, porque sin dicho sumario es imposible realizar el examen;⁵⁵ 1.9. El otorgamiento del desafuero es una competencia discrecional de cada una de las Cámaras, que requiere dos tercios de votos de los presentes que aseguren el quórum, para proceder a la suspensión del congresal. Según la doctrina de la Corte es una medida de índole política que se desenvuelve sobre la base de apreciaciones políticas, actuando la Cámara como juez político;⁵⁶ 2. El pronunciamiento de desafuero no es un prejuzgamiento sobre la inocencia o culpabilidad del legislador. Se trata únicamente de la habilitación de la instancia judicial, pero es en definitiva el magistrado de la judicatura quien investiga y resuelve sobre la posible comisión de un hecho ilícito; 2.1. Si después del desafuero el legislador es absuelto, procede su reincorporación a la Cámara, y si es condenado por sentencia judicial definitiva, importa su separación del cuerpo;⁵⁷ 2.2. El no otorgamiento del desafuero por la Cámara del Congreso importa que el magistrado deberá ordenar la inmediata libertad del legislador; 2.3. La excepción a la regla general del arresto es la dispuesta por un órgano del Poder Judicial a un legislador como sanción disciplinaria por conducta ante los tribunales. La inmunidad no puede menoscabar el debido respeto a otro poder del Estado como es el Judicial;⁵⁸ 2.4. La reglamentación del artículo 70 CN por la ley 25320 estableció una serie de parámetros o reglas sobre los alcances del desafuero, entre ellas: a) la posibilidad judicial de someter a proceso penal a un diputado o senador, hasta la total conclusión del procedimiento; b) habilitación para llamar a prestar declaración indagatoria a un parlamentario, medida que no es considerada restrictiva de la libertad. Según Gelli, «si el procesamiento subsiguiente a la indagatoria implica prisión preventiva, esta podrá dictarse pero no ejecutarse. Tampoco podrá ejecutarse ninguna otra medida que limite la libertad ambulatoria, salvo que el legislador sea separado de su cargo»;⁵⁹ c) ante la negativa del legislador a concurrir a prestar declaración indagatoria, el tribunal deberá solicitar el desafuero; d) se habilita a que el legislador imputado de un delito, aun cuando no fuere

⁵³ CSJN, *Conte Grand, Fallos*, 185: 360.

⁵⁴ CSJN, *Fallos*, 261: 34; 308: 2091; 319: 3026.

⁵⁵ CSJN, *Fallos*, 14: 231.

⁵⁶ CSJN, *Fallos*, 217: 122.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ CSJN, *Fallos*, 116: 96.

⁵⁹ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., p. 461.

llamado a indagatoria, pueda presentarse voluntariamente ante el tribunal a clarificar los hechos y aportar pruebas.⁶⁰

De la enumeración de los alcances y efectos de la inmunidad contra el proceso, se concluye claramente que esta, en general, ha sido interpretada en forma restrictiva. Apuntaba con acierto José Manuel Estrada que: «La Constitución ha querido evitar que por medio de juicios maliciosos puedan ser coartados los diputados en el ejercicio de sus funciones; pero no ha querido de ningún modo trabar la acción de la justicia, pues ellos pueden ser acusados ante las mismas Cámaras».⁶¹

9. Los efectos de las prerrogativas en el derecho español

Tal como se ha explicitado, en el derecho español la diferencia existente entre la *inviolabilidad* y la *inmunidad* también produce efectos jurídicos diferentes como consecuencia de la distinta naturaleza jurídica de estas dos instituciones.

Así, la doctrina señala que:

La inviolabilidad, como supuesto típico de quebrantamiento constitucional que es, otorga al parlamentario una dispensa de la ley penal y civil, que lo exime por completo y para siempre, del deber general de responder jurídicamente de todas aquellas actuaciones que estén relacionadas con su función de representante público. Sus efectos necesariamente han de ser, por tanto, absolutos en cuanto a su intensidad, dando lugar a la total irresponsabilidad jurídica del parlamentario —y perpetuos en cuanto a su duración—, ni aun en el caso de que hubiera transcurrido ya el plazo de su mandato puede serle exigida a los diputados responsabilidad jurídica alguna por actuaciones relacionadas con su gestión. Como diría el Tribunal Constitucional español, la inviolabilidad impide «la punición o la sanción de quien se hallare protegido por esta prerrogativa».⁶²

Mientras que los efectos de la inmunidad,

son, o al menos en buena lógica jurídica deberían ser, muchos más reducidos en intensidad y duración, ya que la inmunidad se limita, en principio y desde una perspectiva teórica, a demorar la eficacia de los preceptos constitucionales que imponen al parlamentario el deber de responder jurídicamente de sus conductas privadas.⁶³

Pérez Royo,⁶⁴ analizando los efectos de ambos institutos, concluye que conforme la dicción literal del artículo 71.2 CE, hay tres diferencias: en primer lugar, la

⁶⁰ Para un análisis agudo sobre el concepto de la frase «hasta su total conclusión» del artículo 1.º de la ley 25230, véase Susana Graciela Cayuso: «Desafuero y facultades disciplinarias. Intersección de una misma cuestión en el espacio constitucional, en *La Ley*, 2000-E, 1223.

⁶¹ José Manuel Estrada: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Cia. Sud-Americana de Billetes de Banco, 1902, p. 211.

⁶² TC, sentencia 30/1986.

⁶³ Eloy García: *Inmunidad parlamentaria*, o. cit., p. 78.

⁶⁴ Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, séptima edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 778 ss.

inmunidad es una prerrogativa que protege al parlamentario mientras es parlamentario, en tanto que la inviolabilidad le protege también una vez que ha cesado en su condición de tal.

En segundo lugar, la inmunidad es una protección puramente penal y no general, como ocurría con la inviolabilidad. En este sentido, la STC 9/1990 del Tribunal Constitucional declaró anticonstitucional el último inciso del párrafo primero del artículo 2.2 de la LO 1/1982, introducido por la LO 3/1985, en cuanto dispone que «iniciado un proceso *civil* en aplicación de la presente ley, no podrá seguirse contra un diputado o senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado». En tercer lugar, la inmunidad no se trata de una protección absoluta, sino relativa. No exime de responsabilidad penal, sino que establece el cumplimiento de determinados requisitos para exigir dicha responsabilidad. Por eso, los parlamentarios pueden ser detenidos en caso de delito flagrante y pueden ser procesados previa autorización de la Cámara.

Ahora bien, la nota más característica de la inmunidad en el ordenamiento español estaba dada a tenor de lo establecido por el artículo 7.º de la ley del 9 de febrero de 1912,⁶⁵ en el supuesto de que el Parlamento deniegue, expresa o tácitamente, el suplicatorio (para nosotros, desafuero), se archivará definitivamente el procedimiento, sin que quepa ninguna posibilidad de reabrirlo, una vez expirado el mandato parlamentario, lo que en definitiva, sostiene Eloy García, «equivale atribuir al Parlamento la posibilidad de declarar la irresponsabilidad jurídica del diputado y, en consecuencia, de quebrantar la Constitución».⁶⁶ Actualmente, la ley de 1912 debe considerarse definitivamente superada por la disposición derogatoria, apartado 3, de la Constitución española. Esta también parece ser la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional en la sentencia 92/1985.⁶⁷

Aun con las diferencias apuntadas, el resultado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se aparta del diseño elaborado por los constituyentes de 1978 e incluso no responde al sentido que tiene la institución de las prerrogativas parlamentarias.

En materia de inviolabilidad de opinión, la interpretación que ha efectuado el TC de esta prerrogativa ha sido una exégesis restrictiva, reduciendo el alcance de esta a la protección por las opiniones que se expresen o los votos que se emitan en *actos parlamentarios*, tanto si tienen lugar en la sede de la Cámara correspondiente como fuera de ella, pero no ampara las opiniones emitidas en actos no formalmente parlamentarios (STC, 51/1985).

⁶⁵ «Se comunicará el acuerdo al tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre respecto del senador o diputado».

⁶⁶ Eloy García: *Inmunidad parlamentaria*, o. cit., p. 80.

⁶⁷ *Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC)*, n.º 52-53, p. 1031.

Pérez Royo critica el decisorio por no ajustarse a la literalidad del propio texto constitucional. Y que según él, solo se explica por la existencia del terrorismo en España y el comportamiento de la coalición electoral Herri Batasuna, que influyó en la interpretación del artículo 71.1 CE. Concluye sosteniendo: «No puede aceptarse en la democracia parlamentaria de nuestros días que una opinión emitida en rueda de prensa por un parlamentario pueda ser residenciada ante los tribunales de justicia y no lo sea si la rueda de prensa ha tenido lugar dentro del recinto parlamentario».⁶⁸

En cuanto a las inmunidades, la doctrina del Tribunal Constitucional prácticamente ha operado una anulación de la institución, reformando más que interpretando la Constitución.⁶⁹

En efecto, si inicialmente el TC se limitó a exigir que la decisión de la Cámara denegatoria del suplicatorio (desafuero) fuera una *decisión motivada*, en la que la Cámara tenía que argumentar la conexión existente entre el acto del parlamentario que da origen a la solicitud del suplicatorio por el Tribunal Supremo y las funciones parlamentarias (STC 90/1985), posteriormente (STC, 30.11.1992) ha pasado a *controlar la propia motivación* dada por la Cámara, exigiendo además unas condiciones de imposible cumplimiento para la denegación del suplicatorio y reduciendo por tanto la inmunidad parlamentaria a letra muerta.

En la doctrina española se habló y se escribió mucho sobre una crisis jurídica y política de la inmunidad.⁷⁰ Eloy García sostiene, en su obra, que es su deseo

poner de manifiesto la existencia de toda una serie de abusos y corruptelas que en el presente lastran el funcionamiento práctico de la inmunidad, y que en gran parte son debidas a la singular circunstancia, del todo insólita en el Estado constitucional, de que los componentes de un órgano sean a la vez juez y parte de sus propios actos.⁷¹

Han sido las duras críticas de la inmensa mayoría de los autores españoles, que se hacían eco de las perturbaciones del sistema político, las que motivaron un mayor control de las decisiones del Parlamento por el Tribunal Constitucional para corregir esas tensiones.

En ese sentido, y analizando el futuro de la inmunidad, sostenían Fernández y Viagas:

Guarda escaso sentido la preocupación manifestada por aquellos sectores de la doctrina acerca del porvenir de un instituto cuya supervivencia parecía vulnerar exigencias elementales de igualdad y tutela judicial. [...] Consideramos infundada tal preocupación, dado que la posición del Tribunal Constitucional sobre la materia parece haber convertido, de hecho, la inmunidad en una institución totalmente irrelevante. Lo que se ha conseguido mediante la afirmación de que las decisiones de las Cámaras

⁶⁸ Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, o. cit., p. 778.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 779.

⁷⁰ Plácido Fernández, Bartolomé Viagas: *La inviolabilidad e inmunidad de los Diputados y Senadores. La crisis de los «privilegios» parlamentarios*, Madrid, Civitas, 1990.

⁷¹ Eloy García: *Inmunidad parlamentaria*, o. cit., p. 82.

en materia de *prerrogativas* están sujetas al control de nuestro Alto Tribunal y, sobre todo, mediante el sometimiento de dichas decisiones a la exclusiva finalidad de evitar «la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular».⁷²

10. Estado democrático de derecho y crisis de los privilegios parlamentarios

Pensar para sí mismo, no es en rigor pensar, es perderse en vagas ensoñaciones. Pensar es pensar para los demás, pensar es una función social.

Miguel de Unamuno

Pedro Frías nos recordaba, en el ocaso del siglo XX, que lo único que queda en pie es el modelo del Estado de derecho, como una conquista superior de la cultura occidental, que ha sobrevivido a las modas pasajeras y al encanto de los ideologismos.⁷³

El concepto de Estado democrático de derecho culmina con una larga evolución histórica, que se inicia en los orígenes del Estado constitucional en sentido estricto. De tal suerte, el resultado final es la suma de los elementos que se han ido imponiendo en las sucesivas fases de la «lucha por el Estado de derecho» (Lucas Verdú).

Sostiene Vanossi que cuando hablamos de Estado constitucional, entendemos el propio de los regímenes democráticos y pluralistas, en abierta oposición a las múltiples formas autocráticas. Así, el *Estado de derecho* es el *Estado constitucional*, aquel que supone soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos y de grupos, posibilidad permanente de alternancia en el acceso al poder; responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficialistas. El *Estado de derecho* es un estado garantista. Esto significa que «en las etapas del proceso gubernamental existen instancias de control que si bien están dirigidas a preservar la legalidad o la constitucionalidad formales, también están destinadas a salvaguardar los derechos subjetivos de las personas».⁷⁴

Siempre está presente la advertencia de que los sistemas constitucionales deben caminar por la cuerda floja entre el establecimiento de un orden suficiente para que

⁷² Plácido Fernández-Viagas Bartolomé, *La inviolabilidad...*, o. cit., p.170.

⁷³ Citado por Jorge Reinaldo Vanossi, en *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 2000, p. 15.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 44, 45, 50.

los derechos individuales no sean violados en un ambiente de anarquía y el establecimiento de límites suficientes al poder de gobierno para evitar la tiranía oficial.⁷⁵ La atención que Dworkin pone en el constitucionalismo es guiada por el miedo a la tiranía, sea de la mayoría o del Estado. Y para encontrar el equilibrio aparece el Estado democrático de derecho.

La íntima vinculación entre democracia, ley y derechos humanos irrumpe con fuerza en el escenario constitucional argentino a través el sistema interamericano de derechos humanos.

La democracia —como forma de organización de la vida en el Estado— está directamente vinculada con la protección y la promoción de los derechos humanos. No cabe concebir el respeto del ser humano sino en el contexto de una sociedad democrática. La doctrina americana ha postulado y postula el Estado de derecho como sinónimo de protección y promoción del ser humano.⁷⁶

Los perfiles normativos de la estrecha relación entre democracia, ley y derechos humanos surgen claramente de la siguiente normativa: párrafo 2.º del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 4.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 6; 12.3; 14, apartados 1, 2 y 5; 15.1; 17.2; 18.3; 20; 21; 22 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; preámbulo y artículos 4; 7 a 16 inclusive; 21; 22; 23; 24; 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR) señala, desde su propio preámbulo, el «propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». Y en ese marco, la opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, entre sus afirmaciones, sostiene que: «La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona».

En el orden de los derechos humanos, y con especial referencia al tema de este ensayo, destacamos la especial tutela que el PSJCR depara a la *dignidad humana*. El artículo 11 del Pacto se ocupa de un conjunto de derechos relacionados con el reconocimiento de la dignidad y la protección de la honra de las personas. Derechos que, a su vez, son presupuestos para el reconocimiento y ejercicio de otros derechos.

En el voto de los vocales Barra y Fayt en el caso *Bahamondez*,⁷⁷ se expresa:

⁷⁵ Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (comps.): *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 23.

⁷⁶ Hortensia Gutiérrez Posse: «Democracia y derechos humanos. Apuntes sobre su necesaria vinculación en el sistema interamericano», en Héctor Sandler: *Hacer la democracia*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 163-165.

⁷⁷ CSJN, *Fallos*, 316: 479.

[...] cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho [...] a la dignidad y al honor [...] debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen carácter instrumental.

La protección de los derechos fundamentales o humanos, dentro de un debido proceso, tienen una dimensión constitucional y otra supranacional. La norma de base federal está inserta en un contexto internacional en materia de derechos humanos, que por decisión del constituyente limitan la soberanía o potestad estatal, integrando el bloque de constitucionalidad federal (artículo 75, incisos 22 y 24 CN). Además, esos instrumentos internacionales debidamente ratificados y vigentes deben ser interpretados de conformidad con las convenciones internacionales que los contienen y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales generados para asegurar su correcta aplicación y cumplimiento.⁷⁸

En ese marco resulta conveniente reexaminar los alcances de la inviolabilidad de opinión de los diputados y senadores, considerada como una garantía *absoluta* y *amplia* por la doctrina de nuestra Corte federal.

Sagüés,⁷⁹ con la agudeza que lo caracteriza, se interroga si a la luz del artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica, que explicita que «toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad» y más adelante reconoce al afectado en su «honra y dignidad», no nos encontraríamos frente a una hipótesis donde existiría una tutela supranacional a favor del particular perjudicado por las opiniones y discursos de un legislador, a pesar de la redacción del artículo 68 de la Constitución nacional.

El maestro Bidart Campos⁸⁰ sugiere responder afirmativamente, ya que el artículo 68 y las normas internacionales del mismo rango de la Constitución han de interpretarse buscando su compatibilización armónica, a más dichas normas internacionales revisten el carácter de complementariedad respecto de las de la Constitución. De tal manera, los principios interpretativos *pro homine*, *pro libertatis* y *pro víctima* no eximen al jurista de realizar una interpretación armonizante, o una opción razonable y objetiva en la escala axiológica, con el fin de compatibilizarlos para asegurar la convivencia de distintos derechos o de algunos derechos con el bien común.

⁷⁸ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Doctrina de la CSJN: *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos, 315: 1492; *Giroldi*, Fallos, 318: 514; *Bramajo*, Fallos, 319: 1840; *Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12*, Fallos, 321: 885; *Chocobar, Sixto*, Fallos, 321: 885, entre otros.

⁷⁹ Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tº1, 2.ª ed. actualizada, Buenos Aires, Astrea, p. 394.

⁸⁰ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t.ºIII, o. cit., p. 82.

La vinculación del legislador con los derechos humanos fundamentales se proyecta así en una doble vertiente: la primera una *vinculación negativa*, por cuanto supone la prohibición de que el legislador autorice cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté constitucionalmente fundada; y segundo, una *vinculación positiva*, que se traduce en el mandato de lograr que los poderes públicos desplieguen plenamente su eficacia. Esta última proyección importa reconocer a los derechos humanos fundamentales como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho, y hoy, el Estado social y democrático de derecho.

Inmunidad de expresión

1. Introducción

Como una garantía de funcionamiento del Congreso de la Nación,¹ el artículo 68 de la Constitución nacional establece la inmunidad de expresión de los legisladores.² La norma expresa: «Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador». Se trata de la libertad de cada legislador para «expresar en el desempeño de sus funciones, o en circunstancias análogas o que se vinculan o puedan vincularse con aquellas, sus ideas y juicios, sin temor a ninguna responsabilidad penal o patrimonial que pueda menoscabar su independencia, presente

* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor adjunto regular, Cátedra de Derecho Constitucional «B», Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán. Miembro Asociado de la AADC.

¹ Cf. Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo 1, 3.^a edición, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 475.

² Las garantías de funcionamiento —también denominadas *privilegios*— se han clasificado tradicionalmente en *individuales* y *colectivas*. Las primeras se refieren a los miembros del Congreso en forma personal pero en función del cuerpo que integran; hacen a la dignidad del mandato y su independencia. Las *colectivas* se refieren al Congreso en general o a cada Cámara en particular y hacen al funcionamiento institucional del cuerpo en su conjunto. Cf. César Enrique Romero: *Derecho constitucional (Realidad política y ordenamiento político)*, tomo II, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1976, p. 216.

o futura».³ Atento al carácter eminentemente deliberativo del Congreso como órgano del poder federal,⁴ el sistema constitucional exige asegurar a los legisladores un muy alto grado de libertad de expresión a fin de dar cumplimiento al mandato popular, y por ello la inmunidad de opinión «es una pieza necesaria para la operatividad del sistema institucional».⁵

2. El artículo 68 de la Constitución nacional

2.1. Finalidad

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la finalidad de las previsiones del artículo 68 CN «no es la de proteger a un miembro del Parlamento para su propio beneficio, sino que están destinadas a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, habilitando a los representantes del pueblo a cumplir sus funciones sin temor a acciones civiles o criminales».⁶ Se trata, entonces, de una garantía cuyo sentido es institucional pues fue conferida en función de la independencia del Congreso, y no de los individuos que lo componen.⁷ En *Alem*, la CSJN subrayó que la Constitución ha considerado esencial esta inmunidad «para asegurar no solo la independencia de los poderes públicos entre sí, sino la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución».⁸ Sobre el punto, Gelli destaca que las inmunidades parlamentarias se ejercitan no solo frente a los otros poderes gubernamentales, sino también «frente a la acción de los intereses sociales y económicos y frente a los particulares que suelen instar procesos judiciales contra los congresistas a fin de bloquear sus acciones e investigaciones».⁹ En igual sentido, el juez Maqueda sostuvo en *Cossio* que la inmunidad que confiere el artículo 68 CN procura crear «un espacio de deliberación pública protegido de eventuales presiones del sistema burocrático o de grandes poderes económicos para que el legislador cumpla su mandato de un modo independiente».¹⁰ La CSJN ha señalado, además, que la separación institucional de los poderes del Estado en Argentina, así como la realidad política que los circunda, demuestran que en nuestro país, a diferencia de otros

³ Cf. Alberto Antonio Spota: «Privilegios e inmunidades parlamentarias y el estado de derecho», en *El Derecho*, 179, 1998, pp. 1173, 1176.

⁴ Germán J. Bidart Campos: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1984, p. 547.

⁵ Cf. Néstor Pedro Sagüés: «El alcance de la inmunidad de opinión del artículo 60 de la Constitución nacional», en *El Derecho*, 150, 1993, p. 323.

⁶ Doctrina de *Fallos*, 315: 1470, considerando 6.º.

⁷ *Fallos*, 248: 462 (1960). Cf. Sagüés: «Elementos de derecho constitucional», o. cit., p. 476.

⁸ *Fallos*, 54: 432 (1893).

⁹ Cf. María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, 3ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 626.

¹⁰ Cf. *Fallos*, 327: 138, voto concurrente del juez Maqueda, considerando 35.

regímenes donde el Parlamento es el órgano estatal preeminente, las previsiones del artículo 68 CN, destinadas a garantizar la independencia funcional de las Cámaras legislativas, tienen una elevada significación, al extremo de que resulta lícito afirmar que integran el sistema republicano.¹¹

2.2. *Antecedentes*

Los antecedentes constitucionales argentinos exhiben tres enfoques distintos sobre el tema: 1) el modelo estadounidense, que restringe la inmunidad a las opiniones y discursos emitidos en las salas de sesiones, fue adoptado por la Constitución de 1819; 2) el modelo del derecho revolucionario francés, que protege las opiniones por escrito o de palabra que fueran emitidas durante el ejercicio de las funciones de los legisladores, fue adoptado en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica presentado ante la Asamblea General Constituyente de 1813; y 3) el modelo de la Constitución de Cádiz de 1812, que preveía una solución amplísima según la cual los representantes no podrán en ningún caso ser molestados por sus opiniones, adoptado por la Constitución de 1826.¹² Alberdi, siguiendo el criterio de la Constitución de Chile de 1833, «se inclinó por la solución intermedia del derecho revolucionario francés, es decir el de la inmunidad vinculada con el ejercicio o desempeño de sus funciones».¹³ Al respecto, la CSJN expresa que al definir el ámbito de esta inmunidad los constituyentes de 1853 se apartaron del modelo norteamericano optando por una fórmula que es una transcripción casi textual del artículo del proyecto de Constitución que Alberdi acompañó a la segunda edición de las *Bases*.¹⁴ De esa manera le reconocieron a la inmunidad de expresión de los legisladores una dimensión mayor y una más acentuada eficacia protectora, tomando en cuenta «razones peculiares a nuestra propia sociabilidad y motivos de alta política».¹⁵

¹¹ Doctrina de *Fallos*, 169: 76, considerando 4°.

¹² Cf. Carlos Colautti: «La inmunidad de expresión de los miembros del Congreso», en *La Ley*, 1989-A, p. 878.

¹³ *Ibidem*. Al respecto, Gelli sostiene que la Constitución argentina, al apartarse del modelo norteamericano, «siguió el criterio de las Constituciones francesas según el cual la inmunidad de opinión protege el ejercicio de la función legislativa, cualquiera sea el ámbito en el que el representante se exprese: en la Cámara respectiva, en las comisiones del Congreso, o fuera de este». Cf. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 630.

¹⁴ El artículo 41 del proyecto alberdiano establecía: «El orador es inviolable, la tribuna es libre; ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador». Cf. Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Santa Fe, Castellví, 1957, p. 213.

¹⁵ *Fallos*, 54: 432.

2.3. Criterios de interpretación

Desde sus primeros pronunciamientos, la CSJN sostuvo que la inmunidad prevista en el artículo 68 CN debe interpretarse «en el sentido más amplio y absoluto, porque si hubiera un medio de violarla impunemente, se emplearía con frecuencia por los que intentasen coartar la libertad de los legisladores».¹⁶ De este modo, la Corte entiende que el carácter absoluto de la inmunidad de expresión es requisito inherente a su propia eficacia.¹⁷ La línea de doctrina puede determinarse conforme al precedente *Martínez Casas*,¹⁸ cuyos puntos principales establecen:¹⁹ 1) los constituyentes de 1853 otorgaron a la inmunidad de expresión de los legisladores una más acentuada eficacia protectora que la del artículo I, sección VI, de la Constitución de Estados Unidos; 2) la disposición del artículo 68 CN supone la irresponsabilidad penal de los legisladores por las opiniones emitidas durante las sesiones del Congreso, con excepción del supuesto previsto en el artículo 29 CN;²⁰ 3) salvo la limitación señalada en (2), la inmunidad de expresión de los legisladores tiene un carácter absoluto;²¹ 4) las opiniones calumniosas o injuriosas vertidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito, pero tampoco son irreprimibles ya que pueden comportar «desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones» y son susceptibles de originar sanciones deferidas a la decisión del cuerpo legislativo (artículo 66 CN), «en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en

¹⁶ *Fallos*, 1: 297 (19.9.1864). Señala Oyhanarte que el principio interpretativo de las inmunidades parlamentarias debe fijarse tomando en cuenta «la insólita amplitud literal de nuestra Constitución» y la peculiaridad de nuestro régimen, las que «aguzadas por los factores reales de poder que las presionan, fuerzan a rechazar la interpretación restrictiva». Cf. Julio Yhanarte: «Las inmunidades parlamentarias», en *La Ley*, 51-1066, 1069, 1072.

¹⁷ Cf. *Fallos*, 327: 138, considerando 11.

¹⁸ *Fallos*, 248: 462 (25.11.1960). En esta causa, la Corte Suprema confirmó un fallo de instancia inferior que había desestimado una querrela contra dos diputados nacionales por el delito de calumnias, fundándose en que las expresiones cuestionadas habían sido vertidas «en el desempeño de sus cargos de legisladores». Cf. Hernán Gullco: «Las inmunidades parlamentarias en un fallo judicial», en *La Ley*, 1991-B, 382.

¹⁹ Sigo, en lo esencial, el resumen expuesto por Colautti: «La inmunidad...», o. cit.

²⁰ En efecto: la propia CS, en esta misma sentencia, observó que la inmunidad no abarca los actos prohibidos por el artículo 29 CN (concesión de facultades extraordinarias por los legisladores al Poder Ejecutivo), ya que para tal caso existe una condena específica a su libre quehacer, prevista por la misma Constitución. Cf. Sagüés: *Elementos...*, o. cit., p. 477.

²¹ «La atenuación de ese carácter absoluto —sostiene la Corte— mediante el reconocimiento de excepciones, significaría presumiblemente abrir un resquicio por el cual, mediante el argumento de que cabe distinguir entre las opiniones lícitas y las opiniones ilícitas de un legislador, podría penetrar la acción sojuzgadora, intimidatoria o simplemente perturbadora de otros poderes del Estado o aun de los particulares».

resguardo del decoro de ese cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado».²²

3. Caracteres de la inmunidad de expresión

El análisis de la práctica parlamentaria y de la jurisprudencia constitucional muestra que la inmunidad de expresión de los legisladores nacionales se caracteriza por lo siguiente:

3.1. *No es geográfica, sino institucional*²³

En cuanto al ámbito geográfico o espacial de la inmunidad de expresión,²⁴ la práctica parlamentaria argentina determina que este no se ciñe al recinto de deliberaciones ni a las comisiones parlamentarias, sino que protege también a los legisladores por lo que expresen fuera del Congreso, desempeñando su actividad.²⁵ Así surge, por ejemplo, del dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, de fecha 15 de junio de 2000, emitido al considerar la solicitud de desafuero del diputado Alfredo N. Atanasof, referida a una causa judicial iniciada con motivo de opiniones vertidas por ese legislador durante el desempeño de su función.²⁶ En esa oportunidad, la comisión referida sostuvo:

Entendemos que la inmunidad protege opiniones y discursos, incluyendo toda expresión oral y escrita en cumplimiento de su función. Y como hemos dicho, quedan comprendidas las opiniones realizadas fuera del Congreso de la Nación (recinto o comisiones parlamentarias).²⁷

En igual sentido, la doctrina constitucional mayoritaria desde hace años viene sosteniendo que la garantía del artículo 68 CN ampara los discursos y opiniones emitidos por el legislador no solo en el recinto de sesiones, sino en cualquier otro lugar en tanto y en cuanto se trate de manifestaciones vertidas en el desempeño del cargo, en ocasión de ello y en cumplimiento de su función legislativa.²⁸

²² *Fallos*, 248: 462, considerando 10.º. Al respecto, Colautti indica que la corrección de los excesos de un legislador «no se halla en la ley penal sino en la decisión política de la Cámara de corregirlo, removerlo o excluirlo de su seno». Cf. Colautti: «La inmunidad...», o. cit.

²³ Cf. Sagüés: *Elementos...*, o. cit., p. 477.

²⁴ Denominado por Spota «ámbito de valimiento de la inmunidad de expresión». Cf. Spota, «Privilegios...», o. cit.

²⁵ Cf. Cámara de Diputados de la Nación, *Sesiones ordinarias año 2000*, Orden del Día n.º 375, Comisión de Asuntos Constitucionales, Desafuero al señor diputado Alfredo N. Atanasof (expediente 62-O.V.-2000), p. 1793.

²⁶ *Ibidem*, pp. 1789 y 1794.

²⁷ *Ibidem*, p. 1792.

²⁸ Cf. Bidart Campos: *Manual...*, o. cit., p. 547. Al respecto, Sagüés indica que los discursos o manifestaciones brindados por un legislador federal como simple ciudadano o como periodista, profesor,

En *Eduardo Varela Cid*, la CSJN consideró que, con respecto a las expresiones emitidas por un diputado nacional como opiniones o discursos en el desempeño de su función de legislador o con motivo de un informe, una resolución, un voto emitido en ejecución de los deberes y responsabilidades del empleo para el que ha recibido mandato popular —sean estos sus trabajos en el seno de la Comisión de Juicio Político u otras actividades intralegislativas—, resulta «de estricta observancia» lo dispuesto por el artículo 68 CN que determina que «esos concretos hechos no pueden ser enjuiciados ante los tribunales de justicia» y solo pueden ser pasibles de las sanciones por abuso o desorden de conducta previstas en el artículo 66 CN.²⁹ La reciente jurisprudencia de la CSJN —como se verá infra, n.º 4— rechaza la tesis que circunscribe la inmunidad de expresión al discurso emitido en el recinto del Congreso.

3.2. *Ampara toda manifestación verbal, escrita o gestual*³⁰

Las expresiones cubiertas por el artículo 68 CN —señala Gelli— no son únicamente las manifestaciones verbales o escritas, sino también las gestuales. En la tribuna pública o en los medios masivos el lenguaje de los gestos «puede ser más contundente que muchas palabras; entrañar críticas y hasta expresar opiniones que puedan considerarse ofensivas».³¹ En idéntico sentido, Seisdedos sostiene que en la expresión *opinión* del artículo 68 CN quedan comprendidas también las actitudes de un legislador que manifiesten o simbolizen una opinión.³²

dirigente partidario, etcétera, pero no como miembro del Congreso, no están cubiertos por la garantía del artículo 68 CN. Cf. Sagüés: *Elementos...*, o. cit., p. 478.

²⁹ Doctrina de *Fallos*, 315: 1470 (1992), considerando 5.º.

³⁰ Cf. Gelli: *Constitución de la Nación argentina*, o. cit., p. 627.

³¹ *Ibidem*, nota 1714.

³² Cf. Felipe Seisdedos: «Algo acerca de la inmunidad de opinión», en *El Derecho*, 114, 1985, pp. 898-899. Recuerdo, a modo de ejemplo, el episodio protagonizado a principios de mayo de 2002 por la entonces diputada Alicia Castro, quien depositó la bandera norteamericana en el estrado del presidente de la Cámara que se aprestaba a votar una modificación a la Ley de Quiebras, exigida por el FMI. Desde su banca, Castro expresó: «Si el Congreso se va a limitar a ser la escribanía del Fondo Monetario Internacional, si esto va a seguir siendo así, yo sugiero que los responsables sean honestos y arrién la Bandera Nacional y procedan a seguir legislando con esta bandera». «Y casi sin respirar —comenta una crónica de la época— se puso de pie con la insignia norteamericana en sus manos. Seguida por su compañero de bloque, Alfredo Villalva, se dirigió hacia la presidencia del cuerpo. Allí, al alcance de la mano de Camaño (el presidente de Diputados) dejó el estandarte de las barras y las estrellas». Cf. *Diario Página/12*, Buenos Aires, 10.5.2002. Véase también Lucrecia Escudero Chauvel: «¿Todos somos Alicia Castro?», en *Revista 3 Puntos*, n.º 257.

3.3. *Tiene carácter vitalicio*

La cobertura temporal de la inmunidad de expresión de los legisladores se extiende desde que estos se incorporan a sus respectivas Cámaras y hasta que concluyen su mandato. Las opiniones y discursos emitidos en tal lapso en el desempeño de su función legislativa quedan cubiertos por la norma del artículo 68 CN aun después de que cesan en el cargo: de allí el carácter vitalicio de esta prerrogativa.³³ Es decir que la inmunidad prevista en el artículo 68 CN tiene el siguiente alcance temporal:

1. corre a partir de la incorporación del legislador a la Cámara y no desde su elección (esto, a diferencia de la inmunidad de arresto prevista en el artículo 69 CN, que extiende dicha prerrogativa desde la elección y hasta finalizado el mandato);
2. tiene carácter vitalicio: aun después de finalizado su mandato, ningún legislador puede ser acusado, interrogado ni molestado por las opiniones vertidas en el desempeño de su función.³⁴

3.4. *Es irrenunciable*

Las inmunidades parlamentarias pertenecen a las Cámaras y se aplican en las personas de los legisladores. Pero son de las Cámaras, no de los legisladores.³⁵ Por ello ningún legislador puede renunciarlas por propia iniciativa.³⁶

3.5. *Implica inmunidad de proceso*

El artículo 68 CN supone no solo la exclusión de sanción penal o civil, sino también la inmunidad de proceso. La CSJN ha sostenido reiteradamente que las inmunidades previstas en los artículos 69 y 70 CN —en la medida en que no se afecte la libertad personal de los legisladores— no impiden la formación y progreso de las causas judiciales fundadas en razones *distintas* a las previstas en el artículo 68 CN. Esto significa que en la hipótesis de inmunidad de opinión ni siquiera es viable la formación y progreso de la causa.³⁷ En este sentido, en *Rivas* advirtió que «si se intenta

³³ Cf. Bidart Campos: «Manual...», o. cit., p. 547.

³⁴ Cf. Cámara de Diputados de la Nación, *Sesiones ordinarias año 2000*, Orden del Día n.º 375, o. cit., p. 1792. Véase también Romero, *Derecho constitucional...*, o. cit., p. 219.

³⁵ Cf. Spota, «Privilegios...», o. cit.

³⁶ Cf. Oyhanarte: «Las inmunidades parlamentarias», o. cit. Según explica este autor, los constituyentes de 1853-60 «otorgaron una complejión tan sólida a las inmunidades que, al propio tiempo que las traspasaban del miembro al cuerpo, ceñían estrictamente las facultades de este y rechazaban legitimidad de un, diríamos, *ius abutendi*».

³⁷ Cf. Cámara de Diputados de la Nación: *Sesiones ordinarias año 2000*, Orden del día n.º 375, o. cit., p. 1793.

responsabilizar al legislador por opiniones vertidas en el desempeño de su cargo corresponde el rechazo *in limine* de la querrela (cf. doctrina de *Fallos*, 135: 250), o en su caso, la admisión de la excepción de inmunidad de jurisdicción». ³⁸ La ley 25320, ³⁹ reglamentaria de las inmunidades de legisladores, funcionarios y magistrados, reafirma la inmunidad de proceso al disponer en su artículo 5.º lo siguiente: «En el caso del artículo 68 de la Constitución nacional, se procederá al rechazo *in limine* de cualquier pedido de desafuero». ⁴⁰

4. Declaraciones efectuadas a la prensa fuera del ámbito parlamentario

En su actual composición, la CSJN interpreta que la inmunidad del artículo 68 CN «se ha desvinculado claramente de toda unión con su emisión en el recinto del Congreso para trasladarse a la protección del ejercicio mismo de la labor del mandatario». ⁴¹ Esto obedece a que los constituyentes de 1853 establecieron una concepción amplia y liberal del *discurso parlamentario*, que «alcanza también las afirmaciones formuladas por los legisladores a la prensa respecto a cometidos inherentes a su función». ⁴² La prerrogativa está en función del ejercicio de la representación popular sin importar el ámbito espacial en que las opiniones hayan sido vertidas por los legisladores. ⁴³ Tal fue el criterio adoptado en *Cossio* ⁴⁴ y *Rivas*. ⁴⁵ En ambos casos se pretendió obtener una condena judicial —civil en *Cossio*, penal en *Rivas*— en contra de diputados nacionales de la minoría parlamentaria, a raíz de sus declaraciones a la prensa. Las manifestaciones estaban relacionadas con su desempeño legislativo, y en ellas los legisladores habían formulado acusaciones en contra de funcionarios de organismos administrativos federales. ⁴⁶

³⁸ R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 20.

³⁹ *BO*, 13.9.2000.

⁴⁰ Cf. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 633.

⁴¹ *Fallos*, 327: 138, voto del juez Maqueda, considerando 14.

⁴² R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 36.

⁴³ *Ibidem*, considerando 12.

⁴⁴ *Cossio, Ricardo Juan c/ Viqueira, Horacio, Fallos*, 327: 138 (17.2.2004).

⁴⁵ *Rivas, Jorge s/ calumnias*, R. 920. XXXIX, (7.6.2005). En el mismo sentido de *Cossio* y *Rivas*, véase el fallo de la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe en la causa *M., E. J.*, del 1.º de agosto de 1991. En particular, el voto del Dr. Carlos D. Ulla al que Bidart Campos alaba por su «profundidad, exhaustividad y erudición», equiparándolo a un «breve tratado sobre el tema de la llamada inmunidad de expresión de los legisladores». Cf. *El Derecho*, 144, p. 236, con nota de German J. Bidart Campos: «La inmunidad de expresión de los legisladores y la información a través de los medios de comunicación social».

⁴⁶ En *Cossio*, el diputado por el FREPASO Horacio G. Viqueira, miembro de la Comisión Especial Investigadora de las Contrataciones del Estado con IBM, fue demandado por Ricardo Cossio, ex director de la Dirección General Impositiva (DGI), quien reclamó una indemnización por daños y perjuicios derivados de las acusaciones formuladas por Viqueira en diversos medios periodísticos referidas «a la investigación de ilícitos que se habrían consumado en la contratación de servicios

Más allá de las particularidades de cada caso, cabe señalar importantes coincidencias que llevaron a la Corte a profundizar la tutela del artículo 68 CN «frente a ciertas circunstancias peculiares provenientes de la situación en la cual el legislador había efectuado las expresiones imputadas».⁴⁷ En especial, la CSJN valoró lo siguiente:

a) La índole del bloque legislativo que integraban los diputados Viqueira y Rivas, ya que ambos pertenecían a la minoría parlamentaria.⁴⁸ En este sentido, la CSJN mantiene el temperamento fijado en *Martínez Casas* donde sostuvo que asegurar la fiel observancia de las previsiones del artículo 68 CN «es deber inexcusable de los jueces, particularmente cuando se trata de opiniones emitidas por miembros de la minoría parlamentaria».⁴⁹

b) La actividad parlamentaria de investigación y control que habían desplegado ambos diputados. En efecto, la CSJN consideró que las declaraciones de Viqueira y Rivas a la prensa no fueron el resultado de una crítica efectuada a título personal, escindida del contexto de su función como integrantes del Congreso de la Nación y de bloques parlamentarios de la oposición,⁵⁰ y entendió que sus dichos guardaron una adecuada relación de conexidad con la función legislativa de control sobre la gestión de la esfera ejecutiva del gobierno que ambos legisladores habían desarrollado en el ámbito del Congreso, concretamente respecto de los funcionarios que más tarde accionarían en su contra.⁵¹ Es decir que «más allá de la vehemencia propia de la política

informáticos por funcionarios del Poder Ejecutivo nacional». Cf. *Fallos*, 327: 138, voto concurrente del juez Maqueda, considerando 11. En *Rivas*, Pedro Pou, ex presidente del Banco Central de la República Argentina (BCRA), promovió querrela contra el diputado nacional por el Partido Socialista, Jorge Rivas, por los delitos de calumnias e injurias, que habrían tenido lugar el 18 de septiembre de 2000, cuando en el marco de un reportaje que se realizaba al legislador en un programa emitido por Radio Nacional, Rivas habría imputado a Pou haber deslindado en Miguel Ángel Ortiz su responsabilidad respecto de ciertas decisiones tomadas en el BCRA, y haber utilizado ilegítimamente los recursos puestos bajo su administración «para comprar su impunidad». Cf. R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 7.º

⁴⁷ R. 920. XXXIX, considerando 7.º

⁴⁸ Loñ plantea el interrogante acerca de si tal condición de pertenencia a la minoría permitiría introducir un matiz en la intensidad, extensión o alcance de la inmunidad de expresión. Cf. Félix Loñ: «Las inmunidades: un tema en ciernes», en *La Ley*, 2005-F-720.

⁴⁹ Cf. *Fallos*, 248: 462 (1960).

⁵⁰ R. 920. XXXIX, considerando 9.º

⁵¹ Respecto del diputado Viqueira, la CS puso de relieve que «no sólo había presentado diversos pedidos de informes en el Congreso de la Nación vinculados con la contratación de sistemas informáticos para la Dirección General Impositiva por montos millonarios, sino que había iniciado junto a otros integrantes de la minoría parlamentaria una causa penal en la que se imputaba a Ricardo Cossio la comisión del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública». Cf. *Fallos*, 327: 138, considerando 15. Al analizar la actuación del diputado Rivas, la CS consideró decisivo que el legislador y el bloque de diputados que integraba efectuaron en el ámbito del Congreso de la Nación un seguimiento minucioso de la gestión que venía cumpliendo Pedro Pou al frente del BCRA, adoptando una postura marcadamente crítica que, además de requerir en más de una oportunidad su remoción en

agonal, las declaraciones no escaparon a la materia motivo de tal actividad, ni se incurrió en valoraciones ajenas al diferendo. Tal conexión con la tarea legislativa resulta decisiva para considerarla efectuada en el marco del ejercicio funcional». ⁵²

5. Protección del discurso legislativo

En *Cossio y Rivas*, la CSJN dejó en claro que la inmunidad del artículo 68 CN no se identifica con la libertad de expresión individual de los legisladores. En ese sentido estableció que «es el discurso legislativo mismo y su expresión derivada en el caso a través de su divulgación por los medios de prensa lo que se encuentra protegido por el sistema normativo previsto en la Constitución nacional». ⁵³ Para la CSJN, la expresión del legislador nacional se estructura e interrelaciona con la protección del discurso político en el que aquel participa como representante del pueblo. Por lo tanto, en la Constitución nacional la libertad de expresión del legislador —entendida como derecho individual— se encuentra disociada del discurso parlamentario o político, y este último se halla directamente relacionado con el mandato legislativo. Dentro de esta lógica, no tiene sentido postular la existencia de manifestaciones de carácter parlamentario que estén al margen de la protección del artículo 68 CN por el solo hecho de haber sido efectuadas fuera del ámbito geográfico del Congreso. ⁵⁴

Ahora bien, tanto en *Cossio* como en *Rivas*, la CSJN tuvo por probado que las expresiones vertidas a la prensa guardaron un «nexo directo con la función legislativa» que los diputados demandados desempeñaban: en ambos casos existió una vinculación entre lo manifestado por los legisladores a los medios de prensa y las declaraciones o investigaciones realizadas por ellos en el marco de las labores del Congreso de la Nación. ⁵⁵ Por lo tanto, la protección constitucional no corresponderá si se demuestra la ausencia de tal nexo funcional entre las declaraciones *externas* al Congreso y la actividad desarrollada en su calidad de legislador. ⁵⁶ El interrogante que surge naturalmente es: ¿en qué consiste el nexo directo y funcional que

el cargo, dio lugar a proyectos de resoluciones para investigar el modo en que Pou ejerció facultades sancionatorias, y la razón por la cual fue convocado para reglamentar una ley. También hubo proyectos para solicitar informes sobre una demanda que Pou había promovido reclamando inmunidad judicial, o acerca del cumplimiento de sus obligaciones legales, o con respecto a la quiebra de diversos bancos, o en relación con declaraciones públicas discriminatorias. Otros proyectos en los que participó el diputado Rivas fueron de interpelación a Pou, y proyectos de declaración de repudio por decisiones tomadas por Pou con respecto a la comisión gremial de la entidad, o a solicitudes de Pou referidas a excluir de control judicial a ciertas medidas de la entidad. Cf. R. 920. XXXIX, considerando 9.º

⁵² Cf. *Fallos*, 327: 138, dictamen del procurador general Nicolás Becerra, del 30 de abril de 2003, punto III.

⁵³ R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 27.

⁵⁴ *Ibidem*, considerandos 28 y 29.

⁵⁵ Cf. Fernando Racimo: «El perímetro externo de la inmunidad parlamentaria», en *La Ley*, 2004-D- 48.

⁵⁶ *Ibidem*.

menciona la Corte? En su momento, Bidart Campos sostuvo que la inmunidad de expresión de los legisladores no debe expandirse desmesuradamente al punto de llegar a proteger extraparlamentariamente cualquier opinión.⁵⁷ Ello obliga a verificar «su contenido, su finalidad, su ligamen con la función del legislador que las profirió».⁵⁸ Por ejemplo, si el legislador aprovecha la ocasión de una crónica informativa para «infiltrar insultos e improperios» en lo que hay de noticia veraz acerca del trabajo parlamentario, «sobrepasa abusivamente el límite de la opinión informativa en su estricto sentido funcional, para penetrar en un área que ya extravía toda relación de continuidad con el desempeño del cargo».⁵⁹

En cuanto al *ligamen* que señalaba Bidart Campos, una pauta podría ser que las declaraciones efectuadas a la prensa deban reproducir de manera sustancial las opiniones expresadas en sede parlamentaria.⁶⁰ Sin embargo, Racimo estima que la CSJN adopta un criterio en cierto modo flexible «ya que no parece poner énfasis en la búsqueda de una cuasi identidad entre las afirmaciones efectuadas en el Parlamento y las declaraciones fuera de él», siendo lo relevante «una especie de tarea de información» por el legislador, «en aras del conocimiento de la sociedad acerca de datos esenciales para el sistema institucional en la esfera pública».⁶¹

Como ejemplo de ausencia de nexo funcional o *ligamen* cabe citar el precedente *Ángel Arturo Luque*,⁶² causa en la que se solicitó que se investigara la posible comisión del delito de apología del crimen, previsto en el artículo 213 del Código Penal, por el ex diputado nacional Ángel Arturo Luque, a raíz de sus expresiones vertidas durante un reportaje efectuado en su domicilio particular, publicado en la edición del 8 de abril de 1991 del diario *Clarín*. En aquella oportunidad, Luque

⁵⁷ Cf. Bidart Campos: «La inmunidad de expresión de los legisladores y la información a través de los medios de comunicación social», en *El Derecho*, 144, p. 236.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*. De manera coincidente, Romero señala que aun siendo amplio el sentido de la inmunidad de opinión, ella «no alcanza a significar un *bill* de impunidad para el legislador»: la prerrogativa se halla condicionada a que esas opiniones —emitidas dentro o fuera del recinto— se enderecen al mandato legislativo. Cf. Romero, *Derecho constitucional*, o. cit., p. 219.

⁶⁰ Este es el patrón elaborado al respecto por la Corte Constitucional italiana. Cf. Racimo: «El perímetro externo...», o. cit., Según este autor, se trata de una inmunidad *reproductiva* que se basa en la rememoración de lo dicho anteriormente en el ámbito legislativo. Exige además correspondencia o identidad entre las expresiones vertidas a los medios y las generadas en la actividad parlamentaria, no bastando «la afirmación de un supuesto contexto político similar o la comunidad de argumentos». De acuerdo con estas pautas, no se hallan protegidas las expresiones insultantes «que no tienen vinculación con las funciones del parlamentario ni mucho menos correspondencia alguna con los actos parlamentarios típicos desarrollados en el ejercicio de tales funciones», ni tampoco «las afirmaciones de orden político que no tengan una vinculación sustancial con lo dicho en la asamblea». Cf. Racimo, «El perímetro externo...», o. cit.

⁶¹ *Ibidem*. Si bien el trabajo de Racimo analiza la decisión *Cossio*, entiendo que sus conclusiones al respecto pueden aplicarse también al fallo *Rivas*.

⁶² *Fallos*, 316: 1050 (24.5.1993).

respondió preguntas sobre la situación suscitada a raíz del enjuiciamiento de su hijo. La CSJN, al resolver una contienda negativa de competencia entre la justicia federal de Catamarca y la justicia de instrucción local, entendió que correspondía que continuara actuando la justicia ordinaria ya que, como se desprendía de las declaraciones del entonces diputado Luque, no podía sostenerse que existiera relación alguna entre aquellas y el ejercicio de su mandato de legislador nacional.⁶³

6. El legislador, la prensa y el derecho a la información

A juicio de la CSJN, en la sociedad actual es ineludible la relación entre los parlamentarios y la prensa para que el artículo 68 CN no se convierta en *letra muerta*.⁶⁴ En tal sentido, *Cossio* y *Rivas* señalan como relevante «la necesaria inserción de los congresistas en el ámbito de los medios de comunicación masiva para reforzar el rol legislativo».⁶⁵ Ambos fallos muestran que para la actual CSJN el mandato legislativo no se limita al debate mismo, sino que también alcanza a las manifestaciones de los legisladores ante la prensa. Para la Corte, «resulta evidente que la voluntad de los constituyentes ha sido la de ampliar la discusión fuera del marco del recinto del Congreso y, por consiguiente, lograr la inmunidad de los legisladores para estos aspectos relacionados con el ejercicio del mandato mismo».⁶⁶

La CSJN entiende que el artículo 68 CN debe interpretarse teniendo en cuenta que en la actualidad la labor del legislador no se limita a los actos parlamentarios típicos, sino que incluye también conductas políticas que reflejan la actividad parlamentaria.⁶⁷ Entonces, como lógico corolario de la protección al discurso legislativo que refleja la actividad de contralor del Congreso, la CSJN amparó el derecho y el deber de los legisladores Viqueira y Rivas de dar a conocer en el ámbito de la esfera pública el resultado de las investigaciones de las comisiones que ellos integraban, derecho que «también se custodia mediante la inmunidad de opinión para que los actos investigados puedan ser sometidos al escrutinio popular».⁶⁸ Interpretar el artículo 68 CN de otra manera equivale a «desmembrar la relación que ineludiblemente debe existir entre los parlamentarios y la prensa para cumplir fielmente el deber de información y de control que corresponde a los legisladores en el mundo

⁶³ *Ibidem*, considerandos 2.º y 5.º.

⁶⁴ R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 28.

⁶⁵ Cf. Racimo: «El perímetro externo...», o. cit.

⁶⁶ R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 22. Como bien indica Racimo, «las declaraciones de los miembros de las Cámaras se encuentran por naturaleza dirigidas a salir fuera del recinto del Parlamento en interés de la libre dialéctica política que es condición de la vida de las instituciones democrático-representativas». Cf. Racimo, «El perímetro externo...», o. cit.

⁶⁷ Racimo: «El perímetro externo...», o. cit.

⁶⁸ R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 27.

actual».⁶⁹ De este modo, en ambos fallos la CSJN considera a la inmunidad de expresión como una herramienta constitucional que contribuye al derecho de informar de un representante electo y al derecho del pueblo a ser informado sobre materias directamente relativas a las labores del gobierno.⁷⁰ Lo que la CSJN deja sentado, entonces, es que resulta lógico que en la época actual, en la cual los medios de prensa cumplen un valioso rol cuando brindan información a la ciudadanía acerca de los asuntos públicos, los legisladores acudan a distintos medios de prensa con el objetivo republicano de dar a publicidad sus actos, en la medida que sus opiniones refieran a su desempeño como mandatarios de sus electores.⁷¹ El criterio defendido por la CSJN resulta valioso ya que promueve el procedimiento de deliberación pública que resulta esencial para el ejercicio de las funciones legislativas. En ese marco, «la inmunidad de opinión sostiene ese sistema deliberativo que permite que los ciudadanos accedan al conocimiento de cuestiones —a través de los medios de prensa— que afectan al sistema todo».⁷² Así considerada, la libre expresión del legislador «busca tanto la protección del rol que se desempeña en el debate como la custodia de un bien más amplio cual es la posibilidad de que el resto de la ciudadanía acceda al conocimiento de cuestiones que podrían quedar limitadas a ese debate o al aún más restrictivo marco de las comisiones parlamentarias».⁷³

Con este criterio la CSJN mantiene sus diferencias con la Corte norteamericana, y ello es subrayado por los jueces argentinos.⁷⁴ El tribunal extranjero realiza una interpretación no literal de la Constitución de Estados Unidos, cuyo artículo I.º, sección VI, cláusula 1.ª, confiere inmunidad a los legisladores respecto de «cualquier discurso o debate pronunciados en cualesquiera de las Cámaras». Además de las palabras pronunciadas en las Cámaras, la Corte de Estados Unidos entiende que la mencionada disposición protege también todos aquellos actos que sean «una parte

⁶⁹ *Ibidem*, considerando 29.

⁷⁰ *Ibidem*, considerando 24.

⁷¹ *Ibidem*, considerando 15. Al respecto, años atrás Bidart Campos escribió: «Hoy es común que los legisladores concedan reportajes y entrevistas; concurren a programas de televisión; respondan a requerimientos de la radio; mantengan contactos permanentes con el periodismo y los medios informativos, etcétera. Cuando en esas oportunidades explayan aspectos de la tarea que cumplen específicamente y vierten opiniones sobre ella, nos queda la impresión de que, como principio, tales opiniones guardan inherencia con la función. Lo contrario sería hacer un corte incommunicativo entre el trabajo parlamentario y la información amplia que la sociedad democrática demanda y que los legisladores le deben proporcionar para dar transparencia y publicidad a su trabajo». Cf. Germán J. Bidart Campos, «La inmunidad de expresión de los legisladores...», o. cit., Véase también Néstor P. Sagüés: «El alcance de la inmunidad de opinión del artículo 60 de la Constitución nacional», en *El Derecho*, 150: 323.

⁷² R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 30.

⁷³ Cf. *Fallos*, 327: 138, voto del juez Maqueda, considerando 33; R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 31.

⁷⁴ Al respecto, véanse: *Fallos*, 327: 138, disidencia parcial del juez Fayt, considerandos 5.º y 6.º; R. 920. XXXIX, voto conjunto de los jueces Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerandos 12 a 16.

integral de los procesos deliberativos y de comunicación, mediante los cuales los miembros participan en los procedimientos de las comisiones y del recinto, vinculados al examen, aprobación o rechazo de la legislación proyectada o a cualquier otro asunto que la Constitución coloque dentro de la jurisdicción de cualquiera de las Cámaras». ⁷⁵ También los auxiliares de los legisladores —ayudantes, asesores e investigadores— se encuentran protegidos en cuanto sus actividades se hallen directa y esencialmente relacionadas con el proceso legislativo. ⁷⁶ Sin embargo, el criterio de la Corte norteamericana es opuesto al adoptado por la CSJN en *Cossio y Rivas* respecto de las opiniones que los legisladores vierten a los medios de prensa. Para el tribunal estadounidense, tal actividad no es parte del proceso deliberativo: ⁷⁷ admite que la función informativa del Congreso es una faceta de la actividad legislativa esencial para el sistema democrático de gobierno, pero advierte que debe ser interpretada restrictivamente, esto es, referida «únicamente a aquellas actividades informativas realizadas por las comisiones legislativas del Congreso». ⁷⁸ Por el contrario, no quedan protegidas por la inmunidad las expresiones individuales que los legisladores dirigen al público con el objeto de mantenerlo informado de sus actividades. ⁷⁹

7. El artículo 68 de la Constitución nacional y la tutela transnacional de la honra y la dignidad

Dado el carácter absoluto de la garantía prevista en el artículo 68 CN, la inmunidad penal «se extiende a la inmunidad civil por eventualidades responsabilidades pecuniarias que podrían generar sus expresiones». ⁸⁰ Tan es así que la CSJN ha incorporado al elenco de las cuestiones políticas no justiciables «las demasías en que pudiera incurrirse al amparo del artículo 68 de la Constitución nacional, pues aquellas solo generan responsabilidad en el ámbito propio en el que el legislador ejerce

⁷⁵ Tal la doctrina de los casos *Kilbourn vs. Thompson*, 103 U.S. 168 (1881), *Powell vs. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969), *Gravel vs. United States*, 408 U.S. 606 (1972). Véanse también Gullco: «Las inmunidades parlamentarias...», o. cit.; Luis R. Salas: «La inmunidad de expresión de los ministros del Poder Ejecutivo», en *La Ley*, 2002-B-80.

⁷⁶ Según lo establecido en el caso *Gravel vs. United States*, 408 U.S. 606 (1972), cf. Gelli, o. cit., p. 630.

⁷⁷ *Hutchinson vs. Proxmire*, 443 U.S. 111 (1979).

⁷⁸ Cf. Gullco, «Las inmunidades parlamentarias...», o. cit.

⁷⁹ *Hutchinson vs. Proxmire*, 443 U.S. 111 (1979). En esta decisión la Corte norteamericana sostuvo: «Por más valiosa y deseable que sea, la difusión de tal información por los miembros individuales del Congreso, con el objeto de enterar al público y a los otros legisladores, no forma parte de la función legislativa o de las deliberaciones que constituyen el proceso legislativo. En consecuencia, la transmisión de tal información mediante comunicados de prensa y boletines informativos no está protegida por la cláusula referente a los debates y discursos». La traducción ha sido tomada de Gullco, «Las inmunidades parlamentarias...», o. cit.

⁸⁰ Cf. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 627.

sus funciones».⁸¹ De esta manera, y siguiendo su tradicional jurisprudencia, la CSJN en su actual composición insiste en que los posibles abusos deben ser reprimidos por los propios legisladores, sin afectar la esencia de la inmunidad parlamentaria. Por lo tanto, las opiniones calumniosas o injuriosas proferidas desde una banca parlamentaria no constituyen delito pero sí pueden comportar desorden de conducta en el ejercicio de la función y:

son susceptibles de originar sanciones deferidas a la decisión del cuerpo legislativo (artículo 66 CN), en las que debe verse el medio idóneo para contener posibles extralimitaciones en resguardo del decoro de ese cuerpo y para impedir que el honor de los particulares sea impunemente vulnerado.⁸²

Ello no significa que la garantía establecida en el artículo 68 CN sea en sí misma *blindada*,⁸³ ya que no ampara las extralimitaciones ajenas al mandato, es decir, aquellas expresiones de un legislador que no tienen conexión funcional o *ligamen* con su labor institucional derivada del mandato popular. Ello se desprende de lo manifestado por la CSJN en *Luque*⁸⁴ y *Varela Cid*.⁸⁵

Sin embargo, con relación a las expresiones que guarden un nexo directo con la función legislativa, se plantea el interrogante acerca de una posible tensión entre la inexistencia de responsabilidad penal o civil cuyas consecuencias, sancionatorias o resarcitorias, puedan ser atribuidas a los legisladores a título personal, y la tutela de la dignidad y de la honra que en favor de las personas afectadas por las expresiones de aquellos reconocen cláusulas de igual rango constitucional.⁸⁶

Al respecto, Sagüés apunta que cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁷ —que tiene jerarquía constitucional, artículo 75, inciso 22, CN— dice en su artículo 11 que «toda persona tiene derecho al respeto, a su honra y su dignidad», y reconoce al afectado en «su honra y reputación» la protección de la ley, «cabe preguntarse si en estas hipótesis no existe una tutela supranacional a favor del particular perjudicado por las opiniones y discursos de un legislador, a pesar de lo indicado por el artículo 68 CN».⁸⁸ El autor citado había planteado esta cuestión antes de la reforma constitucional de 1994, al anotar el fallo *Varela Cid*.⁸⁹ En esa oportunidad, Sagüés sostuvo que atento lo dispuesto por el artículo 11 del Pacto de San José

⁸¹ R. 920 XXXIX, considerando 10.º Cf. Oscar Flores: «El caso Rivas», en *Debates de Actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, año XX, n.º 195, mayo-noviembre 2005, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 128.

⁸² Doctrina de *Fallos*, 248: 462, considerando 10.º, *Fallos*, 327: 138, considerando 14, y R. 920 XXXIX, considerando 10.º

⁸³ Cf. *Fallos*, 327: 138, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 10.º

⁸⁴ *Fallos*, 316: 1050.

⁸⁵ *Fallos*, 315: 1470.

⁸⁶ Cf. R. 920 XXXIX, voto del juez Boggiano, considerando 10.º

⁸⁷ *Adla*, XLIV-B, 1250.

⁸⁸ Cf. Sagüés: «Elementos»..., o. cit., p. 479.

⁸⁹ *Fallos*, 316: 1050.

de Costa Rica no es válida una situación de inmunidad o indemnidad de los legisladores si estos a través de sus opiniones atacasen la honra y dignidad de las personas, y que por lo tanto la norma del artículo 68 CN debía ser interpretada armonizándola con el mencionado artículo 11.⁹⁰

A esta inquietud se suma la circunstancia de que las decisiones *Cossio* y *Rivas* implicarían desconocer otra norma del Pacto de San José de Costa Rica, el artículo 25.1 que establece el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales «aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

Al respecto, en *Cossio* la CSJN sostuvo que las disposiciones contenidas en diversos tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional conforme con el artículo 75, inciso 22, CN, que resguardan la tutela del honor de los ciudadanos deben ser interpretadas de manera coordinada con las otras cláusulas de la Constitución nacional, de manera que todos los derechos subsistan en armónica coherencia en tanto no haya sido el constituyente quien atribuya específicamente a ciertos derechos una importancia superior, que es lo que sucede con el artículo 68 CN, el cual establece

la inmunidad de expresión para que los legisladores puedan —en cualquier ámbito y sin temor a ser molestados— emitir opiniones que se relacionen con el desempeño de su mandato a fin de evitar el freno inhibitorio que podría resultar de la posibilidad de que fueran sometidos a acusaciones penales o acciones civiles por proferir dichas opiniones.⁹¹

Esta visión de la CSJN debe completarse con otras dos perspectivas. Una, expuesta por el juez Maqueda, hace hincapié en que el principio de inmunidad de opinión de los legisladores «lleva incorporado un contenido que va mucho más allá que el mero privilegio personal de la libre expresión del representante popular enfrentado al honor del demandante».⁹² De modo tal que el examen constitucional del caso no debe caer en la *dualidad simplificadora* entre la expresión de la opinión personal del legislador y la custodia de la honra individual del demandante. Si esto ocurriese, advierte Maqueda, «el sistema interamericano de protección de derechos humanos

⁹⁰ Cf. Sagüés: «El alcance de la inmunidad de opinión...», o. cit.

⁹¹ Cf. *Fallos*, 327: 138, considerando 13 del voto de mayoría suscrito por los jueces Petracchi, Boggiano y Vázquez. Según Gelli, de esta regla «surge una protección máxima a la expresión de los legisladores referidas a las funciones que desempeñan que se aplica aun por sobre derechos emanados de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional». Cf. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 631.

⁹² Cf. *Fallos*, 327: 138, voto del juez Maqueda, considerando 39, y R. 920 XXXIX, voto del juez Maqueda, considerando 37.

[...] se vería desvirtuado en sus objetivos de fortalecimiento del sistema democrático de los diversos países que lo componen». ⁹³

El otro enfoque, planteado por el ministro Fayt, sugiere que para resolver adecuadamente el tema resulta ineludible considerar la perspectiva del derecho a la información, propio de toda sociedad libre y democrática. Desde este punto de vista, la emisión de las opiniones autorizadas por el artículo 68 CN, en conjunto con la más amplia libertad de información, posibilita conocer la verdad e importancia de los actos de gobierno y determinar el mérito o responsabilidad de los poderes públicos. ⁹⁴

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Cf. *Fallos*, 327: 138, disidencia parcial del juez Fayt, considerando 3.º

Mario D. Serrafiero*

La interpelación parlamentaria

La interpelación parlamentaria estaba prevista en el artículo 63 de la Constitución (actual artículo 71) que estipulaba que cada una de las salas «puede hacer venir a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes». Los antecedentes¹ aparecen en las Constituciones de 1819 (artículo 30) y de 1826 (artículo 39). Se ha relacionado esta facultad con otra norma que permite a los ministros a concurrir y tomar parte en los debates de las Cámaras, pero sin derecho a votar (anterior artículo 92, actual artículo 107). La interpelación fue un instrumento de control parlamentario y mecanismo al servicio de la tarea legislativa. Tuvo diferentes interpretaciones y se cumplió de modo diverso por los poderes públicos. En los debates institucionales del Centenario realizados en el marco de la *Revista Argentina de Ciencia Política*² se interpretó que implicaba rasgos parlamentarios en el sistema. Pero de hecho, este tipo de mecanismo, a diferencia de los sistemas parlamentarios,³ no puede derivar en el voto de censura —o de confianza— a los ministros sino que ha dado lugar, por lo general, a una declaración

* Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Argentina de la Empresa. Investigador principal del CONICET. Miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

¹ Véase Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 663.

² Véase Mario D. Serrafiero: *Momentos institucionales y modelos constitucionales*, Buenos Aires, CEAL, 1993, capítulo II.

³ Cabe señalar que en el Congreso se presentaron determinados proyectos de reforma constitucional con el fin de incluir en la ley fundamental mecanismos propios del régimen parlamentario. Véase

de rechazo o aceptación de las explicaciones o a la constitución de comisiones de investigación.

Este mecanismo apareció en los sucesivos reglamentos del Congreso, incluso antes del dictado de la Constitución de 1853-60. De la lectura de estos antecedentes surge que el mecanismo estaba ligado a la actividad legislativa. Las Cámaras, por esta causa, podían llamar a su sala a los ministros y estos concurrir al Congreso para sostener los proyectos del Ejecutivo. Pero también en algunos reglamentos aparecía esta facultad del Congreso con relación a «actos del gobierno o sobre negocios que no estén en las Cámaras».⁴

En estas páginas se repasan opiniones doctrinarias sobre el instituto, algunas referencias cuantitativas de su práctica en el ámbito de la Cámara de Diputados, posiciones significativas de algunos presidentes —principalmente se trata el caso de Hipólito Irigoyen— y una visión sobre su significación política e institucional.

1. La doctrina y la interpelación

Las interpretaciones del antiguo artículo 63 no fueron uniformes. Así, para González Calderón —como para la mayoría de los autores— era impropio hablar de interpelación pues este mecanismo se refería al sistema parlamentario. Asimismo, señalaba:

Yo no solo afirmo que las mal llamadas «interpelaciones» han sido siempre ino cuas y contraproducentes: agrego que necesariamente han debido dar resultados negativos. Las interpelaciones han tenido su razón de ser en el gobierno parlamentario. [...] En nuestro sistema constitucional el presidente no puede escudar su responsabilidad política con la de los ministros, pues la Constitución lo hace personalmente responsable. [...] El Poder Ejecutivo es «unipersonal»: es el presidente.⁵

Sánchez Viamonte, por el contrario, decía que se trataba de un elemento que confería al sistema argentino un carácter ecléctico entre el régimen parlamentario y el presidencial representado por Estados Unidos, que no había incluido en su

Mario D. Serrafiero: «Los proyectos de reforma constitucional en el Congreso argentino», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 13, n.º 37, enero-abril 1993, pp. 127-141.

⁴ Esta extensión de competencia aparece en el Reglamento de Debates, Procederes y Policía del Senado del Estado de Buenos Aires (1854); en el Reglamento de Debates, Procederes y Policía de la Cámara de Representantes (1855) y en el Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, sancionado el 18 de junio de 1862. Véase Julio César Pitt Villegas: *Antecedentes históricos del reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación (años 1822-1861)*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1991, pp. 177, 92, y 155, respectivamente. En los reglamentos de la Cámara de Diputados y Senadores, hoy vigentes, se regula el procedimiento de la asistencia de los ministros (en el de la Cámara Alta se habla de *senadores interpelantes*).

⁵ Juan A. González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 355 y 356.

Constitución nada parecido al artículo 63. Decía, además, que los ministros eran responsables ante el Congreso:

La responsabilidad consiste en su obligación de explicar públicamente su conducta ante las Cámaras en los casos de interpelación. Conjunta y solidariamente, todos ellos —es decir, el gabinete— pueden ser afectados moralmente y llevados a la renuncia colectiva por una grave interpelación triunfante, siempre que no haya causa para juicio político a todos sus componentes.⁶

Para Bidart Campos, la interpelación

funciona solamente a mero título de información o conocimiento. El informe o explicación que deben los ministros a las Cámaras no tiene otro alcance constitucional que el de hacerles saber a las segundas determinados aspectos de los asuntos que están a cargo del Poder Ejecutivo y de su ministerio. Pero no da lugar a censura del Congreso, ni a responsabilidad política del presidente o de sus ministros.⁷

Y sintetiza el autor: «parece correcto concluir que *la interpelación ha de recaer exclusivamente en asuntos o materias que guarden conexidad funcional con una o más competencias del Congreso*, detrayéndose ante la zona de reserva del Poder Ejecutivo».⁸

Bidart Campos señala, además, que en la práctica se utilizó con distintos objetivos, el hostigamiento al Ejecutivo, la atención de la opinión pública sobre ciertos temas, la publicidad de determinadas medidas de gobierno, el señalamiento de errores en la gestión, etcétera. Bidegain afirma que:

Es indudable la importancia de este instrumento de control político del Congreso sobre el Ejecutivo. Las minorías lo han utilizado preferentemente para hacer la crítica del gobierno. En otras épocas el país siguió apasionadamente algunas interpelaciones, como la que en 1934 promovió el senador Lisandro de la Torre sobre la política en materia de carnes. Cuando las Cámaras estuvieron dominadas por amplias mayorías oficialistas, su solidaridad con el gobierno redujo el número de interpelaciones y en algunos períodos fueron suprimidas totalmente. Otras veces se pecó por el defecto opuesto, multiplicándose las citaciones para requerir explicaciones que pudieron haber sido dadas por escrito o extendiéndose desmesuradamente los debates. Manejado con prudencia y reglamentado inteligentemente, puede ser un medio útil para establecer

⁶ Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1959, p. 252.

⁷ Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo II «El derecho constitucional del poder», Buenos Aires, Ediar, 1992, p. 104. En igual sentido opinan otros autores, por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 386 y 387. Para Humberto Quiroga Lavié la interpelación, en nuestro sistema, «implica sólo un informe *in voce* en el recinto de una de las Cámaras, para que el ministro satisfaga todas las inquietudes y dé todas las explicaciones que le soliciten los legisladores. No se producen efectos políticos inmediatos después de la interpelación», en *Constitución de la nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, p. 358.

⁸ Germán Bidart Campos: *Tratado elemental...*, t. II, o. cit., p. 105.

canales de comunicación y cooperación entre los poderes políticos y de información pública sobre la gestión del bien común.⁹

La concurrencia del ministro convocado es obligatoria, pero si se niega a concurrir no puede ser llevado *manu militari* y su incomparecencia no tiene efectos explícitos en la norma, pero podría ser pasible —teóricamente— de una acusación de juicio político en caso de negativa maliciosa o irrazonable.¹⁰ Los sujetos de la interpelación son los ministros, pero pueden concurrir acompañados por los secretarios de Estado, tal cual se expresa en los reglamentos de la Cámara de Diputados y Senadores hoy vigentes.

2. La experiencia histórica y la práctica institucional

En relación con las interpelaciones en la Cámara de Diputados —según los trabajos de Molinelli—,¹¹ en el gobierno de Yrigoyen hubo 35 pedidos, 6 rechazados por la Cámara y 29 aceptados. Se realizaron 12 y hubieron 16 inasistencias (en 8 sin justificación alguna; en 4 los ministros contestaron por escrito; y en otros 4 se alegó que el tema no era «legislable» y por lo tanto no correspondía la interpelación). En el gobierno de Alvear hubo 37 pedidos y todos fueron aceptados por la Cámara. Se realizaron 30 y 3 resultaron fracasadas por inasistencia del ministro sin presentación de informe por escrito o justificación alguna. En el segundo gobierno de Yrigoyen hubo 19 pedidos y todos fueron rechazados por la Cámara. Tal rechazo fue reflejo de la influencia del presidente sobre la composición de la Cámara baja. En la época de Justo hubo 35 pedidos, 2 rechazados y 33 aceptados, un fracaso por inasistencia y se realizaron 27. En el gobierno de Ortiz se hicieron 8 pedidos y todos fueron aceptados por la Cámara. Los ministros de Ortiz concurrieron a las interpelaciones. En el gobierno de Castillo fueron 25 pedidos y todos aceptados por la Cámara. Se realizaron 16 interpelaciones y hubo 7 fracasos por inasistencia de los ministros. En el gobierno de Perón hasta 1948 se computaron 3 pedidos, uno rechazado y dos aceptados por la Cámara y realizados. La Constitución de 1949 eliminó la facultad de las Cámaras de

⁹ Carlos María Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, p. 66. Otros autores también le asignan una función de control político, por ejemplo Arturo Pellet Lastra: *El Congreso por dentro*, Buenos Aires, Sainte Claire, 1992, pp. 267 y 268.

¹⁰ Véase Alberto Ricardo Dalla Via: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004, p. 434.

¹¹ Véanse los análisis del trabajo de N. Guillermo Molinelli: *La interpelación parlamentaria (Un análisis de datos concretos)*, Buenos Aires, Cyrano, 1973 y *Presidentes y Congresos en Argentina: mitos y realidades*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, Estudios Políticos y Sociales, 1991. Con posterioridad se han utilizado datos brindados por la Oficina de Información Parlamentaria del Congreso. El análisis cuantitativo más completo aparece en la obra de N. Guillermo Molinelli, M. Valeria Palanza y Gisela Sin, *Congreso, presidencia y justicia en la Argentina*, Buenos Aires, Temas, 1999.

hacer llamar a sus salas a los ministros, quienes podían responder por escrito. En la presidencia de Frondizi se realizaron 7 interpelaciones, que representaron el 4,93% de las pedidas y en la época de Illia se llevaron a cabo 13, el 10,92% de las solicitadas por legisladores de la Cámara baja. Las interpelaciones realizadas durante el gobierno peronista de 1973-1976 se centraron en el tema económico, de defensa y política interior y la presencia de los ministros reflejó la inquietud de los parlamentarios en torno de la crisis que envolvió al período (por ejemplo, desabastecimiento, el «Rodrigazo», etcétera).

A partir de 1916 es mayor la frecuencia de incumplimiento de la asistencia de los ministros a las Cámaras, la sustitución por contestación escrita y el rechazo de la interpelación por materia «no legible». Solo con relación al rechazo por intentarse la interpelación en sesiones de prórroga o extraordinarias, la frecuencia es mayor antes de 1916 que posteriormente. Puede afirmarse también que antes de Yrigoyen la incomparecencia injustificada, la práctica por escrito y el rechazo justificado ya habían sido practicados. Pero la cantidad de veces que se recurre a estos expedientes marcan una diferencia significativa. El rechazo por «materia no legible» —que aumenta más que los otros rubros, a partir de 1916— implica recluir al Congreso a su competencia como poder legislador negándole de tal forma su papel o poder de control político en lo referido a la facultad conferida por el artículo 63 de la Constitución nacional.

Recapitulando, la interpelación parlamentaria muestra diferencias significativas a lo largo del tiempo. Etapas donde los ministros concurren al Congreso y no se produjeron problemas graves entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero también momentos en los cuales el conflicto fue intenso. El caso de los gobiernos de Yrigoyen fue el más significativo. El mandatario fue claro al precisar que el sistema era presidencialista y no parlamentario, y que el voto de censura no existía. Tampoco resultaban del diseño institucional obligaciones recíprocas entre los dos poderes políticos. Castillo fue otro presidente que se mostró reacio a la interpelación de sus ministros. Alvear fue el presidente que más mociones recibió, la mayoría de la Concordancia no guareció a Justo de la inquisición legislativa y los ministros de Ortiz no faltaron nunca a la cita parlamentaria. El peronismo desalojó del texto constitucional la antigua interpelación y las conexiones entre el Ejecutivo y el Legislativo no se realizaron más a través de este mecanismo. Conviene repasar el caso de la reforma constitucional de 1949.

3. La reforma de 1949

Como se señaló, el antiguo artículo 63 otorgaba una importante facultad a las Cámaras: «hacer venir a su Sala a los ministros del Poder Ejecutivo para recibir las explicaciones e informes que estime convenientes». El convencional Ramón Albaracín justificó la reforma de este artículo señalando que el Poder Ejecutivo era en

realidad el presidente de la Nación. No se violaba, por tanto, el clima de «fecunda solidaridad» entre los poderes y, por el contrario, se realizaba un «notable progreso» ya que el objetivo de los constituyentes de 1853 había sido que las Cámaras del Congreso obtuvieran del Poder Ejecutivo los informes que consideraban necesarios en los asuntos de su competencia.¹² El progreso consistía en que la conexión entre Legislativo y Ejecutivo era directa sin recalar en los ministros del gobierno y, además, el presidente podía contestar por escrito los pedidos de informes de las Cámaras.

Asimismo, el anteproyecto de reforma aprobado por el Consejo Superior del Partido Peronista el día 6 de enero de 1949, justificó la reforma del artículo 63, en estos términos:

En los regímenes parlamentarios la norma de acción está representada por el diálogo entre el Parlamento y el Gobierno, y este no se puede mantener en el poder si no tiene mayoría parlamentaria. Pero en los regímenes presidencialistas puede suceder que el Gobierno no tenga mayoría en la legislatura, y entonces se podría dar el caso de que, por pasión política, se tratara de menoscabar el prestigio de los ministros haciéndoles comparecer frecuentemente e innecesariamente a las Cámaras.¹³

El pálido papel que se le asignaba a los ministros en el nuevo organigrama de poderes contrastaba con una innovación: los ministros se encontraban amparados por las mismas inmunidades que se le otorgaban a los parlamentarios. Cabe recordar que estas inmunidades significaban la imposibilidad de que los diputados y senadores —y ahora los ministros del Ejecutivo— pudieran ser arrestados o puestos a disposición del juez competente desde el día de su elección —o designación— hasta el de su cese. ¿No resultaba un tanto contradictorio este amparo frente al nuevo —y desdibujado— lugar ocupado por los ministros en la estructura de poder?

El cambio que significó la eliminación de la llamada interpelación agregaba un importante elemento a la geometría institucional que emergía de la nueva Constitución. El Poder Ejecutivo ganaba en facultades y poderes, y se ubicaba predominantemente —¿o hegemónicamente?—¹⁴ en la cúspide del nuevo diseño. Quedaba claro que el Ejecutivo era sólo el presidente; los ministros eran únicamente colaboradores de aquel, pero no integraban ese poder. Concluía así un largo debate institucional que tuvo su punto de mayor expresión en el Centenario. En aquella época, el lugar ocupado por los ministros en el texto constitucional y el desempeñado en la práctica política llevaban a algunos intelectuales, historiadores y constitucionalistas a sostener que el régimen político argentino tenía elementos importantes del sistema

¹² *Hechos e Ideas*, año IX, tomo XVI, n.º 61, 1949, p. 111.

¹³ *Hechos e Ideas*, año IX, tomo XV, n.º 56/57, 1948, p. 164.

¹⁴ Sobre las tipologías construidas en torno al presidencialismo véanse Karl Loewenstein: «The presidency outside The United States», en *The Journal of Politics*, vol. 11, 1949, pp. 447-496; y Luis Sánchez Agesta: *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid, 1980, p. 224. Para una versión más reciente de las tipologías que se han sugerido puede verse Mario D. Serrafiero: «Presidencialismo y parlamentarismo: un debate abierto», en *Revista Mexicana de Sociología*, Instituto de Investigaciones Sociales, vol. 60, n.º 2, México, 1998, pp. 165-186.

parlamentario y que el viraje hacia esta forma de gobierno era lo que más claramente asomaba en el horizonte político-institucional.

4. La interpelación desde una óptica cualitativa

Se ha sintetizado anteriormente el resultado de la interpelación desde una perspectiva cuantitativa. Toca ahora referir algunas posturas principalmente del Ejecutivo en esta materia, pues a su alrededor se produjeron definiciones sobre el sistema institucional y los límites del control político al gobierno.

En el análisis cuantitativo se consignaron causales de fracaso de las interpelaciones; las de mayor interés fueron la justificación de la incomparecencia por tres motivos: *sustitución por escrito*, *improcedencia en sesiones no ordinarias del Poder Legislativo*, y *cuestión «no legislable»*. Cabe adelantar que el núcleo de este análisis está centrado en las presidencias de Yrigoyen, no por elección arbitraria, sino porque el mandatario hizo de esta institución una figura esencial a partir de la cual perfilar el diseño institucional. Pero pueden también referirse algunos casos anteriores al mandato de Yrigoyen.

Durante la república liberal-conservadora encontramos un claro rechazo del presidente Juárez Celman a un pedido de interpelación, con base en la causal relativa al tipo de sesiones.¹⁵ El presidente y su ministro E. Wilde señalaron el 11 de noviembre de 1886 que, encontrándose el Congreso en sesiones de prórroga, el Poder Ejecutivo no podía comprometer un principio constitucional sobre el cual ya había jurisprudencia, por lo cual no podía consentir el pedido de la Cámara.¹⁶ Bajo el mismo régimen tuvo una actitud diferente el presidente Roca.¹⁷ En similares circunstancias en cuanto al tipo de sesiones, aunque con relación a un pedido de informes, el presidente accedió a lo solicitado por la Cámara de Diputados. Expresó el mandatario en un mensaje fechado el 15 de octubre de 1902:

El presidente de la República, que tiene a su cargo la administración general del país, que hace recaudar las rentas nacionales y decreta su inversión con arreglo a la ley de presupuesto de gastos podría, pues, limitarse a manifestar que las exploraciones y relevamientos topográficos han sido decretados en virtud de sus atribuciones y dentro de los recursos que el presupuesto le asigna. Trátase también de un asunto no incluido

¹⁵ Molinelli señala dos casos detectados de resolución formal de desagrado de la Cámara de Diputados por la no concurrencia de los ministros, en el siglo XIX: «El primero fue en 1892 (Pellegrini) pero luego el ministro en cuestión concurrió al recinto y se realizó la interpelación. El segundo caso ocurrió en 1895 (Uriburu) cuando el ministro rehusó concurrir alegando que el tema de la interpelación no estaba incluido en el temario del Congreso. La Cámara de Diputados emitió una declaración reafirmando el derecho que la asistía», en N. Guillermo Molinelli: *Presidentes y Congresos...*, o. cit., p. 140.

¹⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (DSCD)*, 1886, tomo 2, p. 784.

¹⁷ Cabe recordar la cantidad de mociones de interpelación que tuvo Roca en su segunda presidencia y, sin embargo, la no concurrencia de los ministros a las Cámaras fue mínima.

en las sesiones de prórroga, pues no se ha presentado ningún proyecto pidiendo fondos extraordinarios para los trabajos aludidos. Sin embargo, tengo la mayor satisfacción en comunicar los antecedentes requeridos porque ellos contribuirán a disipar los erróneos datos y apreciaciones hechos.¹⁸

Algo más parece expresar la nota de Roca: no solo la oportunidad no era la adecuada, sino que además existía incompetencia de la Cámara para solicitar los informes requeridos, pues no se trataba de materia legible. Roca accedió al pedido por razones de cortesía, pero también advirtió que en terreno propio del Ejecutivo, teóricamente, la incumbencia del Congreso no es una facultad plena e inobjetable.

Toca ahora el análisis de los argumentos esgrimidos por el presidente Yrigoyen con relación al tema. Argumentos que, por cierto, excedieron las meras opiniones sobre el instituto.¹⁹ Ante el pedido de asistencia de un ministro por la Cámara de Diputados, con fecha 15 de mayo de 1917, el Ejecutivo envió a la Cámara el siguiente mensaje:

La Constitución nacional ha determinado con exactitud [...] las atribuciones que corresponden a los tres poderes del Estado y las ha deslindado con tal precisión que haga imposible para ninguno de ellos extralimitar las propias sin invadir de hecho las de los demás y sin alterar el justo equilibrio y el plano de perfecta igualdad en que ella los ha colocado. La facultad de las Cámaras para llamar a su seno a los ministros del Poder Ejecutivo a fin de obtener los informes necesarios, es correlativa de la recíproca función por parte de ellos de concurrir a sus sesiones e intervenir en los debates. Y si no pueden estos convertir esa facultad en exigencia para obtener del Congreso la sanción de las leyes, tampoco pueden las Cámaras transformar aquellas en conminaciones. Las Cámaras están autorizadas a requerir los informes o explicaciones destinadas a ilustrar sus deliberaciones o que les sirvan de antecedente para llenar y cumplir su misión de poder legislador; pero carecen de facultades para emplazar al Poder Ejecutivo a que responda de juicios que le son absolutamente privativos. Una actitud contraria a las normas y reglas mencionadas determinaría una verdadera supremacía repugnante a la carta fundamental de la Nación.²⁰

Los términos del mensaje fueron duros. Yrigoyen planteó la competencia de la interpelación sólo al tema «legible»; ahí concluía la extensión de tal facultad. En cuestiones privativas del Ejecutivo no existía facultad alguna del Congreso. Hasta aquí lo de Yrigoyen encontraba antecedentes. La novedad que traía su postura era la rigidez con que manifestaba la imposibilidad de las Cámaras de «conminar» al Ejecutivo. Relacionó íntimamente el artículo 63 con el artículo 92 de la Constitución. La justificación de Yrigoyen era contundente. De poder obligar las Cámaras a los ministros a concurrir, existiría una supremacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo.

¹⁸ *DSCD*, 1902, tomo 2, p. 115.

¹⁹ Con relación a los conflictos entre poderes y el mecanismo de la interpelación en el primer gobierno de Yrigoyen, resulta de interés Ana María Mustapic: «Conflictos institucionales durante el primer gobierno radical 1916-1922», en *Desarrollo Económico*, vol. 24, n.º 93, 1984, pp. 85-108.

²⁰ *DSCD*, 1917, tomo 1, pp. 100 y 101.

La Comisión de Negocios Constitucionales de la Cámara respondió a este mensaje en términos suaves, ya que el ministro concurrió a la comisión y dio un matiz de mal entendido a la cuestión: expresó que el Ejecutivo consideró que la invitación a la sala del ministro se había realizado en términos «conminatorios», más que tratarse de una invitación.

Por nota del 29 de mayo, el Ejecutivo respondió por escrito el pedido de informes solicitado por la Cámara. Esta actitud sí fue contestada por la comisión en términos más firmes. Señaló que no era novedad alguna en el sistema institucional la contestación por escrito, pero también que esta podía ser ampliada verbalmente.²¹ En cuanto a la concreta actitud del Ejecutivo, expresaba que no concordaba en absoluto con su particular punto de vista y señalaba con relación al Congreso que:

Su derecho de pedir explicaciones e informes importa el derecho consecuente de determinar la forma en que ellos han de serle suministrados, tomando en cuenta las diversas condiciones en que los casos se presenten, dentro de las inspiraciones de una mutua consideración.²²

La polémica entre los órganos del Estado no concluyó allí. Con fecha del 24 de julio de 1918, Yrigoyen y su ministro Gómez suscribieron la siguiente respuesta a la comisión:

Cúmpleme manifestar que el Poder Ejecutivo juzga que los asuntos que comprende la citada resolución, como que se refieren a actos privativos de sus facultades constitucionales, no son ni pueden ser los que la carta fundamental de la República ha preceptuado en su artículo 63, para que proceda la concurrencia al Congreso de los ministros del Poder Ejecutivo. [...] Los ministros del Poder Ejecutivo deben concurrir a las Cámaras con los informes o para dar las explicaciones conducentes al mejor estudio de las leyes a dictarse, o para ilustrar mejor su juicio sobre los asuntos que tenga a su consideración.²³

Como puede apreciarse, Yrigoyen reafirmó nuevamente los límites de la facultad de interpelación a la función y la materia legible. Este mensaje del Ejecutivo obtuvo una nueva declaración de la Comisión de Negocios Constitucionales, que contestó en estos términos:

Que de acuerdo con el artículo 63 de la Constitución le es facultad propia la de determinar en cada caso las explicaciones y los informes que estime conveniente recibir de parte de los señores ministros del Poder Ejecutivo y a los fines del ejercicio de sus funciones constitucionales.²⁴

La comisión no aceptó los límites impuestos por el Ejecutivo. No era solo la cuestión legible lo que habilitaba legalmente el pedido de interpelación, sino el

²¹ *Ibíd.*, tomo 2, p. 20.

²² *Ibíd.*, pp. 20 y 21.

²³ *Ibíd.*, p. 455.

²⁴ *DSCD*, 1918, tomo 4, p. 202.

complejo de atribuciones que le asignaba al Congreso la Constitución nacional y que, por cierto, excedía la mera tarea legislativa.

La respuesta de Yrigoyen a la notificación de la resolución de la Comisión de Negocios Constitucionales fue de la mayor significación e importancia, para concluir la postura del caudillo. El mensaje del 25 de septiembre de 1918 comenzó por reconocer las facultades que otorgaba al Congreso el artículo 63 de la Constitución, pero desconociendo que lo que allí se consignaba fuera estrictamente una interpelación. Las relaciones entre gobierno y Parlamento que surgían a raíz del artículo en cuestión solo tenían por nexo la «cuestión legislativa».

Ha sostenido siempre el Poder Ejecutivo que no existe, dentro de nuestro régimen de gobierno, el pretendido derecho de interpelación que han negado a las Cámaras los más eminentes hombres de Estado que han regido los destinos de la República. Las relaciones de los ministros del Poder Ejecutivo con las honorables Cámaras no están determinadas por la disposición aislada del artículo 63 de la Constitución, sino que ellas están regidas también por el artículo 92, según el cual pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en sus debates. [...] La presencia de los ministros del Ejecutivo en las Cámaras legislativas no tiene así otro fundamento ni otra finalidad que la de ejercer sus funciones de poder colegislador, y la facultad de las honorables Cámaras para llamar a los ministros es correlativa de aquellas otras funciones o facultades recíprocas, ninguna de las cuales es preceptiva, ni trae aparejadas obligaciones, ni da a un poder público autoridad, dominio o derecho de compulsión sobre el otro.²⁵

A continuación, el mensaje resaltaba la división del poder, y articulaba una serie de ideas cuyo sentido era claro: el sistema no era de corte parlamentarista.

La división en el ejercicio de la potestad gubernativa es esencial en nuestro sistema político y así lo ha declarado la Suprema Corte. [...] Proceder en forma distinta no conduce a ningún resultado práctico, desde que no caben dentro de nuestro régimen institucional los votos de censura o de confianza, ni tienen facultad las honorables Cámaras para reprobado ni corregir los actos del Poder Ejecutivo que solo pueden ser juzgados por el Congreso con las formalidades del juicio político.²⁶

La única manera, entonces, de que las Cámaras revisasen los actos del Ejecutivo era a través del juicio político. El mensaje insistía en una férrea y rígida teoría de la división de poderes que concluía en el aislamiento de los órganos, y descartaba en forma extrema el control del Legislativo, pues según Yrigoyen, en este caso, el Ejecutivo «dejaría de ser un poder para convertirse en una autoridad dependiente de vuestra honorabilidad».²⁷ Luego de señalar sus concepciones institucionales, relacionaba a estas con la tarea de reparación y los gobiernos pasados.

El Poder Ejecutivo no hace cuestión de mayores o menores facultades, sino de la integridad de las instituciones. [...] Su actitud, portanto, se refiere a sostener los principios

²⁵ *Ibidem*, p. 472.

²⁶ *Ibidem*, pp. 472 y 473.

²⁷ *Ibidem*, p. 473.

en toda su pureza y en la más escrupulosa rigidez para reconstruir los gobiernos de la República que durante tan largo tiempo se desarrollaron desorbitados en sus estructuras, en sus representaciones y en sus finalidades.²⁸

Al parecer, no solo el carácter ilegítimo de los gobiernos del «régimen» formaba parte del ideario institucionalista de Yrigoyen; también estaban en la mira de sus objetivos sus mecanismos y procedimientos. Durante su segunda presidencia no cambiaron sus posturas. En 1929 no se produjo ninguna interpelación a pesar de haber existido 19 peticiones. La minoría de la Cámara de Diputados y el Senado continuaron reclamado su derecho de interpelar a los ministros del presidente.²⁹

Cabe traer aquí la referencia de otra experiencia de importancia: el peronismo. Como se señaló, la Constitución justicialista eliminó el derecho de interpelación a los ministros. Fue la concreción extrema de una tendencia representada en la serie de rechazos a las interpelaciones y cuyo momento más elevado se produjo en la descrita actitud del Ejecutivo radical yrigoyenista. En 1949 se eliminó la interpelación a los ministros para cualquier tipo de cuestión, legible y no legible (por ejemplo, control político), y el Ejecutivo podía contestar por escrito los informes. Para el peronismo la reforma significaba el perfeccionamiento de las instituciones en un sistema presidencialista.

Como se ha visto en el análisis cuantitativo, en todas las presidencias —hasta 1948— que no cumplieron a rajatabla el llamado de interpelación, en mayor o menor grado hicieron uso de las causas —o excusas— aquí tratadas. Es probable que también a partir de 1958 los Ejecutivos hayan hecho uso de estas justificaciones —salvo el caso de Illia—,³⁰ aunque no parece que el tema de la interpelación ocupara un lugar cualitativamente tan importante —por conflicto o eliminación— como el que tuvo en la época de Yrigoyen y en la época del peronismo que se legitima, desde la vigencia de la Constitución de 1949. Caben aquí algunos comentarios. En primer lugar —conviene recordarlo—, la vida política transitaba carriles extraparlamentarios, más allá del funcionamiento de las instituciones.³¹ En segundo lugar, si bien es cierto que la intensidad del uso de la interpelación parece haber estado condicionada por el control parlamentario que tuviera el presidente,³² no por ello era una institución muerta. Los gobiernos de Frondizi y de la presidente Perón contaron con mayoría parlamentaria —al menos, en buena parte de sus trayectos— y, no obstante, sus

²⁸ *Ibidem*, pp. 473 y 474.

²⁹ Resultan ilustrativas las páginas que incluye Federico Pinedo con relación a la actitud del Congreso ante el rechazo de los pedidos de interpelación en la segunda presidencia de Yrigoyen, en su libro *En tiempos de la República*, tomo II, Buenos Aires, Mundo Forense, 1946, pp. 339-344.

³⁰ Sobre las interpelaciones producidas en la época de Illia puede consultarse la tesis doctoral de María Elena Acosta: «Relaciones Ejecutivo-Legislativo durante el gobierno de Illia», pp. 78-93.

³¹ Sobre los procesos políticos del período puede consultarse Marcelo Cavarozzi: *Autoritarismo y democracia (1955-1983)*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1983.

³² Esta apreciación surge del cuadro de interpelaciones pedidas y las efectivamente realizadas.

ministros fueron interpelados. Por otro lado, Illia tuvo minoría en las Cámaras y, sin embargo, la oposición parece no haber abusado de la medida.³³

¿Había perdido consistencia la interpelación como mecanismo de control del Ejecutivo? Cabe preguntarse aquí cuales fueron los efectos políticos o institucionales de las interpelaciones. Prescindiendo de la interpretación teórica sobre sus alcances, *las interpelaciones parecen haber tenido —al menos— dos tipos de consecuencias: proyectos de declaración aprobando o rechazando las explicaciones de los ministros,*³⁴ *y la formación de comisiones de investigación.*³⁵ *Es posible que ante los limitados efectos del instituto y las consecuencias prácticas que habían tenido, las posibles tácticas de control pasaran más por otras vías. Por ejemplo: la creación de comisiones de investigación parlamentaria.*

En síntesis, las interpelaciones durante este período permitían a la oposición llamar la atención pública sobre la gestión de gobierno, quizá como una forma de intentar lograr primacía o protagonismo en el proceso político. Pero los efectos concretos no parecen haber sido tan relevantes. Tampoco se suscitó una cuestión de definición institucional a su alrededor.

Además, el objetivo de protagonismo político o la intención de ocupar un espacio público podían realizarse a través del mecanismo de la investigación. Esta pista cuenta con un caso significativo. El gobierno de María E. de Perón fue sometido a una investigación de gran trascendencia pública. En un importante mensaje intentó desactivar la investigación a través del rescate del mecanismo de interpelación, o mejor dicho, del pedido de informes que se desprendía del anterior artículo 63 de la Constitución. Por cierto, para el Ejecutivo de entonces este mecanismo ofrecía menores riesgos.

Durante la presidencia de la viuda de Perón se puso en marcha una investigación sobre el manejo de fondos en el Ministerio de Bienestar Social y la Cruzada de Solidaridad Justicialista, La presidente rechazó la investigación de la Cámara baja fundándose en la recepción de la doctrina Yrigoyen. En el mensaje del Ejecutivo del 17 de noviembre de 1975, se vinculó a los gobiernos populares con los ataques parlamentarios vía comisiones de investigación.

³³ Tesis doctoral de María Elena Acosta, p. 93.

³⁴ Véase N. Guillermo Molinelli: *Presidentes y Congresos...*, o. cit., pp. 141 y 142. El autor ubica cuatro proyectos de declaración: dos de rechazo en la presidencia de Avellaneda, y de aprobación en la de Pellegrini y otra también de aprobación en la de Figueroa Alcorta. En el período posterior a 1948 —según datos de la Oficina Parlamentaria— con motivo de la interpelación de los días 23 y 24 de junio de 1949, la Cámara sancionó un proyecto de ley. En la presidencia de Frondizi, la interpelación al ministro de Asistencia Social y Salud Pública culminó con un proyecto de declaración dándose por satisfecha de las declaraciones.

³⁵ Molinelli expresa que estos efectos se perciben con mayor intensidad a partir de 1908. Cabe aquí señalar que las interpelaciones bien pudieron tener una eficacia mayor antes de esa fecha y en cuanto a la permanencia o no de los ministros. El debate institucional del Centenario da cuenta de numerosas opiniones que destacan la relativa dependencia de los ministros a la opinión del Congreso.

Ha sido función de los gobiernos populares, como los dos del doctor Hipólito Yrigoyen, poner en claro los pertinentes textos constitucionales y evitar así que las comisiones investigadoras se conviertan en instrumentos de aviesas intenciones políticas. No dude vuestra honorabilidad de que las circunstancias que rodeaban a aquellos intentos de investigación y las motivaciones de quienes las impulsaban desde las sombras eran iguales a las que se dan hoy, como que no es casual que ambos casos exista un común origen popular y democrático de los gobiernos constituidos. Este Poder Ejecutivo hace propicia la doctrina del insigne presidente Yrigoyen, como forma de proteger la estabilidad institucional basada en la independencia de poderes, y en la trascendencia de la investidura presidencial fundada en el mandato popular.³⁶

Y el mensaje expresaba que el pedido de informes era el medio de investigar al Congreso y no las comisiones investigadoras, mecanismo institucional que, sin duda, representaba un menor peligro para el Ejecutivo de entonces.

Es la petición de informes y no otra, la vía que pueden ejercitar las Cámaras del Congreso para realizar investigaciones acerca de los actos del Poder Ejecutivo. De lo contrario, el Congreso y hasta una Cámara —que en sentido estricto no es el Poder Legislativo— ejercería un predominio real sobre un órgano de gobierno que es de por sí uno de los tres poderes del Estado y cuya separación y equilibrio constituye una pieza fundamental de las instituciones argentinas.³⁷

Por último, cabe destacar dentro de la historia institucional anterior a 1916 una presidencia que se alejó bastante del antecedente argentino. El presidente fue Luis Sáenz Peña³⁸ y sus ministros del Interior y el de Guerra —cuando ocupó la cartera Del Valle— se desempeñaron como una suerte de primeros ministros.³⁹ Es suficientemente ilustrativa la finalización de la interpelación celebrada el 13 de julio de 1893 en la Cámara de Senadores y las definiciones institucionales cruzadas entre el ministro del Valle y el senador Tello.

SR. MINISTRO DE GUERRA. «Si yo faltara a la confianza que el señor presidente de la República ha depositado en mí; si yo faltara a la confianza de mis dignos compañeros de gabinete; si yo faltara a la confianza con que me protege la opinión del país, permitiendo que mis actos fueran inspirados por la pasión, por el odio, por el egoísmo, por sentimientos estrechos y mezquinos de cualquier naturaleza que fueran, me sentiría deshonrado para toda mi vida. Y con esta seguridad que ofrezco al honorable Senado y que abona mi vida entera, yo le pido a la Cámara que declare si tiene confianza en el Poder Ejecutivo de la Nación».

³⁶ DSCD, 1975, tomo VIII, p. 5739.

³⁷ *Ibidem*, p. 5740.

³⁸ Cabe destacar que los ministros del presidente Luis Sáenz Peña concurren siempre al Congreso cuando fueron llamados por las Cámaras, y la mayoría de las medidas de excepción fueron dictadas mediante ley del Congreso.

³⁹ Véanse Andrés R. Allende: «La presidencia de Luis Sáenz Peña», en *Historia Argentina Contemporánea 1862-1930*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, El Ateneo, 1963, pp. 400-402; y Ezequiel Gallo: «Un quinquenio difícil: las presidencias de Luis Sáenz Peña y Carlos Pellegrini», en E. Gallo y G. Ferrari (comps.): *La Argentina del ochenta al Centenario*, Buenos Aires, Sudamericana, 1980, p. 225.

SR. TELLO. «Pido la palabra. Recogiendo la última frase del señor ministro de Guerra, a lo que únicamente voy a referirme yo, particularmente, creo que podría manifestar mi confianza como lo manifiesto, pero como no entra en la letra ni en el espíritu de nuestra legislación parlamentaria dictar votos de confianza o de censura, creo que no podemos hacerlo».

SR. MINISTRO DE GUERRA. «Acepto las opiniones del señor senador y retiro mi indicación, aunque sean otras mis opiniones».⁴⁰

Como puede observarse, en 1893 el ministro encargado del gabinete en su comparecencia al Senado pidió un voto de confianza al cuerpo legislativo. Un primer ministro en los hechos dependiente de las Cámaras —el Senado, en este caso—. ¿Era esto llevar demasiado lejos la interpretación del diseño constitucional de 1853-60? El senador contestó rápidamente afirmando que en la legislación parlamentaria no existía ni el voto de censura ni el de confianza. El sistema era presidencialista. No obstante, del Valle dejó a salvo su diferente opinión. Para el ministro, el sistema no era presidencialista sino que se acercaba en su ingeniería a un diseño más parlamentario. Y lo que faltaba era practicarlo.

5. Reflexiones finales y una paradoja

La interpelación fue interpretada de distinta manera por la doctrina y, también, por los que ejercieron el poder en diferentes períodos de nuestra historia. Desde la perspectiva teórica el alcance del antiguo artículo 63 se interpretó más o menos extensivamente de acuerdo con la definición que se diera del régimen institucional argentino. Para aquellos que ubicaban dentro del modelo presidencial puro (en contigüidad con el caso de los Estados Unidos) el artículo 63 tenía sólo una función de información o conocimiento. En cambio, los que interpretaban que el sistema se alejaba del modelo norteamericano, constituyendo una suerte de régimen híbrido o ecléctico, vieron en el artículo 63 mucho más que una función de conocimiento para la tarea de legislación. Lo consideraron como un instrumento de control al Ejecutivo.

Lo cierto es que nuestro régimen institucional no perteneció, obviamente, al tipo de sistema parlamentario como quisieron algunos publicistas, y tampoco respondió ni normativa ni funcionalmente al modelo presidencial puro encarnado por los Estados Unidos, sino que se alineó con los llamados *presidencialismos latinoamericanos*. Bajo este paraguas conceptual quizá la letra misma de la sabia Constitución de 1853-60 no hubiera requerido demasiadas interpretaciones. El régimen no era ecléctico pues no funcionó nunca bajo la lógica parlamentaria, ni siquiera se aproximó a ella, salvo contadas excepciones (una de ellas, traída a este trabajo). Pero tampoco respondió al modelo de los Estados Unidos, aunque tuvo —y tiene— una clara lógica presidencialista, pero inscrita en el modelo del *presidencialismo*

⁴⁰ DSCS, 1893, pp. 228 y 229.

latinoamericano. Desde esta definición institucional, la interpelación significaba algo más que mero conocimiento para la tarea legislativa y mucho menos que la antesala de una censura parlamentaria que nunca existió en el sistema constitucional argentino. ¿Acaso no fue eso lo que se desplegó en la práctica institucional? ¿No fue lo que pretendieron las Cámaras, al menos en algunos períodos históricos, más allá de la reacia actitud de los Ejecutivos? El diseño presidencial fuerte de la Constitución de 1853-60 se alejaba de los parámetros del modelo presidencial puro, el tratamiento del ministerio en este punto era evidente y se agregaba una conexión con el Congreso que, sin embargo, no implicaba la alteración de un régimen que funcionaba bajo el modelo cultural presidecentrista y la lógica presidencialista (al estilo latinoamericano).

¿Ha variado el instituto tras la reforma constitucional de 1994? En realidad, como se señaló, el artículo 71 reproduce el antiguo 63. La tentación sería señalar que tiene más sentido hoy interpretar menos restrictivamente la interpelación pues, ahora, aparece claramente como facultad del Congreso la interpelación y hasta la censura, eso sí, en cabeza de una nueva figura institucional introducida por la reforma: la jefatura de Gabinete de Ministros (artículos 100 y 101).⁴¹ Pero, en realidad, nada ha cambiado pues el régimen institucional se mantiene dentro de la lógica presidencialista.⁴² La novedad institucional no ha variado un ápice el tipo de régimen institucional argentino. En este sentido, el texto literal de la Constitución de 1853-60 es la mejor interpretación del sentido y el alcance del instituto, aun hoy.

⁴¹ El tema de la jefatura de gabinete lo he desarrollado en otros trabajos. Pueden verse: «La jefatura de gabinete y las crisis políticas: el caso De la Rúa», en *Revista SAAP*, publicación de ciencia política de la Sociedad Argentina de Análisis Político, vol. 1, n.º 2, octubre de 2003, pp. 247-272; y «La jefatura de gabinete y los diez años de reforma», en *Jurisprudencia Argentina*, suplemento «Derecho Administrativo», LexisNexis, 2005, pp. 21-27.

⁴² Véase Mario D. Serrafero: «Presidencialismo argentino: ¿atenuado o reforzado?», en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 1, n.º 2, segundo semestre, 1999, pp. 121-154.

Capítulo 6

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

Eugenio Luis Palazzo*

Nuevamente sobre las clasificaciones de las atribuciones del Congreso

1. Introducción¹

El Congreso argentino carece de arraigo en nuestros hábitos políticos. Estuvo ausente en casi toda la primera mitad del siglo XIX y en buena parte de la segunda mitad del siglo XX. En la percepción general su funcionamiento es muy deficiente, y en ello coinciden la opinión pública, los medios de comunicación, la mayoría de los especialistas tanto de derecho público como de otras disciplinas, e incluso una parte importante de los propios legisladores. Todos advierten el avance del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo, tanto en razón del traspaso de funciones como del acatamiento parlamentario a las indicaciones del presidente.

La actividad de los otros dos poderes del gobierno ha merecido el desarrollo de extensas ramas jurídicas: el derecho administrativo y el derecho procesal. A su lado, el derecho parlamentario es una hermana menor.² Recién en los últimos años se

* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor titular ordinario de grado y de posgrados, UCA. Profesor invitado, UBA. Director de *El Derecho Constitucional*. Integrante del comité ejecutivo de la AADC y del Consejo Superior de la UCA.

¹ Este trabajo tiene como base el publicado en *RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, n.º 289, 25.º aniversario, p. 215, del que suprimí el desarrollo histórico, profundicé y actualicé conceptos, y añadí algunas clasificaciones que no había advertido que eran aplicables al tema.

² Así la calificó uno de los constitucionalistas argentinos más expertos en el tema, Carlos María Bidegain, en su discurso de presentación como miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Recuerda Jorge Rodríguez Zapata (*Teoría y práctica del derecho constitucional*,

observa, en nuestro país, una preocupación importante sobre el tema, que se refleja en la apertura de posgrados, secciones en revistas especializadas³ y publicaciones, de las cuales este libro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional constituye un ejemplo acabado.

La Constitución menciona funciones del Congreso en numerosos artículos. Directamente las prevén los numerados 3, 4, 7, 9, 13, 14, 14 *bis*, 15, 17, 18, 20, 21, 24, 30, 36, 37, 39, 40, 42, 44, 45, 49, 63, 74, 75 en sus 32 incisos, 76, 83, 85, 86, 88, 93, 99 (incisos 3, 6, 15, 16, 18 y 20), 100, 101, 107, 108, 110, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 125, 126, 127 y 129. Otras competencias le son otorgadas como facultades del gobierno federal, las cuales, a tenor del artículo 75, inciso 32, le corresponde *poner en ejercicio*. Ellas aparecen en los artículos 2, 5, 6, 25, 26, 27, 41, 47 y 92.

Los artículos 50, 52 y 53 mencionan, por su parte, cometidos propios de la Cámara de Diputados; los artículos 58, 59, 60, 61 y 99, incisos 4, 7, 13 y 16, tareas del Senado; y los numerados 65, 66, 70, 71, 72, 79 y 100, inciso 11, otras indistintas de cualquiera de las Cámaras.

En la comparación entre la Constitución argentina y la de los Estados Unidos se suele señalar que a nuestro presidente se le han atribuido, en el texto al menos, mayores facultades que a su similar del Norte, aunque ello no es un factor que contribuya al desequilibrio a favor del Ejecutivo argentino frente al Congreso, que existe, pero debe atribuirse a otras causas. Sin duda también la Constitución norteamericana ha concedido muchos menores poderes al Congreso, que la nuestra al suyo.

La importancia de la institución, el cúmulo de facultades, pero también el desprestigio y la discontinuidad se suman como razones que justifican sistematizar, para, en alguna medida, comprender mejor.

Madrid, Tecnos, 1996, p. 421), que «El gran tratadista del derecho parlamentario Julius Hatschek (*Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches*, reimp. de la edición de 1915, Berlín, 1973, p. 4) afirma que así como Francia ha sido señora en la Historia por la creación del derecho administrativo, Gran Bretaña lo fue por el derecho parlamentario». Nuestro mayor apego a las elaboraciones académicas francesas, entre muchos otros factores, puede ayudar a explicar la escasa atención prestada, en nuestro país, al derecho parlamentario.

³ En *El Derecho Constitucional* se publica una sección dedicada a derecho parlamentario desde mediados de 2006.

2. Las clasificaciones de las tareas del Congreso

La doctrina ha asumido la tarea de clasificar las atribuciones del Congreso desde un punto de vista sustancial.⁴ Sin embargo caben otros enfoques, teniendo en cuenta, por ejemplo, las distinciones entre los actos jurídicos —que efectúan varias

⁴ En la obra colectiva *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos presidido por Dardo Pérez Guilhou, en la colaboración de María Celia Castorini de Tarquini titulada «Sistematización de las funciones del Congreso en orden a sus atribuciones» (pp. 37 ss), encontramos una síntesis de las posturas de autores nacionales. Comienza señalando que «un repaso a los autores nacionales nos permite detectar comportamientos distintos respecto de una misma realidad» y, a partir de ello, distingue:

«1) Algunos constitucionalistas desarrollan el tema de las atribuciones del Congreso sin sistematizarlas o clasificarlas, sino que, en sus análisis, siguen el orden constitucional. Tal es el caso de Montes de Oca (*Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, La Buenos Aires, 1896, p. 283) y José Manuel Estrada (*Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 217), quien pese a establecer la división de las facultades del Congreso en legislativas, ejecutivas y judiciales considera que la clasificación carece de interés práctico y prescinde de ella, para avocarse al análisis constitucional.

2) Otros, atendiendo al orden constitucional, las agrupan según las materias sobre las cuales recae la actividad legislativa. Así, comenzando por Alberdi, quien en su proyecto (*Las bases*, Buenos Aires, Tor, 1948) las clasificaba del siguiente modo: a) las atribuciones que conciernen al ramo de lo interior; b) las relativas a las relaciones exteriores de la Nación; c) sobre rentas y hacienda pública; y d) de guerra.

González Calderón, Ramella, Linares Quintana y Bidart Campos agrupan las facultades conforme a la satisfacción de finalidades económicas, financieras, militares, de legislación general, etcétera, o bien según su sistemática constitucional, y así diferencian entre poderes implícitos y expresos, o atribuciones incluidas y excluidas de la enumeración del artículo 67 (Juan González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 1963, pp. 395 ss, quien analiza los siguientes grupos: 1) Formación del tesoro nacional. 2) Reglar al comercio exterior o interprovincial. 3) Régimen de banco y moneda. 4) Codificación, legislación sobre bancarrotas, falsificación de moneda corriente y documentos públicos. 5) Fomento del bienestar general. 6) Límites internacionales y de las provincias. 7) Otras atribuciones del Congreso. 8) Poderes militares. 9) Poderes implícitos. Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 701: “Pueden clasificarse las atribuciones del Congreso en esta forma: I) Régimen Financiero. II) Presupuesto. III) Ríos. IV) Pesas y medidas. V) Legislación general. VI) Límites internacionales. VIII) Comercio interno e internacional. VIII) Bienestar general. IX) Empleos, honores, amnistías, pensiones. X) Legislación exclusiva. XI) Los llamados poderes implícitos”. Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo IX, Buenos Aires, 1962, establece dos grupos: 1) Poderes expresos: A) Jurídico. B) Económico. C) Financiero. D) Diplomático. E) Administrativo. F) Policía. G) Militar. H) En relación con la Iglesia. I) Organizativo. J) Defensivo. K) Preconstituyente. 2) Poderes implícitos: artículos 33 y 67, inciso 28. Germán Bidart Campos: *El derecho constitucional del poder*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1967, previamente a seguir el orden constitucional distingue dentro de las atribuciones dos grandes grupos: 1) Competencias no incluidas en el artículo 67: dentro de este enumera: 1) Reforma. 2) Actos que requieren participación de las provincias. 3) Tesoro nacional. 4) Leyes generales. 5) Tarifas aduaneras. 6) Reglamentación de los derechos individuales. 7) Calificación de utilidad pública. 8) Tipificación de conductas delictivas. 9) Reforma a la actual legislación. 10) Servicio militar obligatorio. 11) Ley electoral. 12) Electiva. 13) Toma de juramento. 14) Sueldo de los ministros. 15) Reglamento al delito de traición a la patria. II) Facultades incluidas en el artículo 67).

especialidades jurídicas— o las diversas características de las distintas fuentes del derecho.

3) Un tercer grupo de autores, partiendo de un criterio sustancial para clasificar las atribuciones del Legislativo, reconoce que bajo la forma de ley subyacen diversos contenidos. Así, Fayt (*Derecho político*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 433) distingue facultades típicamente legislativas de otras cuyo contenido es político, económico, militar, coejecutivo, administrativo y judicial, y explica que esta asignación de funciones no específicas es consecuencia de la necesaria interrelación funcional existente entre los órganos de gobierno.

Otro tanto sucede con Bielsa, Sánchez Viamonte, Romero, Vanossi, Quiroga Lavié, quienes también admiten que el órgano legislativo desarrolla funciones que van más allá de las específicas, para entrar en el campo de lo gubernativo y de lo administrativo, siendo muchas veces este tipo de decisiones de mayor trascendencia para la vida del Estado (Así César Enrique Romero, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Zavallía, 1976, p. 208. Bajo el título “Actos de gobierno”, comprende facultades del Congreso que no son “específicamente legislativas, sino decisiones de índole gubernativa, o sea, de conducción política”. Jorge Reinaldo Vanossi: *Teoría constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 322. Clasifica las funciones de la siguiente forma: 1) Función legislativa: formación y sanción de las leyes (ley formal). 2) Función preconstituyente: activación de los mecanismos de reforma constitucional. 3) Función de colaboración y gobierno: a) Fijación de la dirección política; b) Formación de otros órganos de gobierno. 4) Función de control sobre el Ejecutivo: a) Sobre la actividad administrativa; b) Sobre la actividad financiera; c) Sobre la burocracia. 5) Función jurisdiccional: juicio político. Humberto Quiroga Lavié: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 774. Atribuciones del Congreso: 1) Legislativa. 2) Ejecutiva. 3) De contralor. 4) Preconstituyente. Es preciso recordar que mientras las funciones de legislación y justicia pueden ser ejercidas en forma discontinua, hay otra función estatal de acción continua y permanente que es la gubernativa, que no admite paralización ya que es inherente a la dinámica de la vida estatal.

En este sentido, Sánchez Viamonte (*Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapeluz, 1964, apéndice) enumera, además de las legislativas, funciones políticas, coejecutivas, económicas y financieras, administrativas, judiciales, militares e internacionales. Su sistematización resulta de relevante importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que el volumen de estas últimas es significativamente mayor que el de legislación, con lo cual el Congreso desenvuelve una acción cualitativamente de mayor importancia que la que desarrolla como cuerpo exclusivamente legisferante».

La autora que vengo citando, luego de la síntesis que he transcrito, desarrolla su propia clasificación con un criterio diferente, pues procura «sistematizar el comportamiento del Congreso con relación a las atribuciones que desarrolla».

En este orden de ideas distingue la función institucional del Congreso, en la que incluye sus características de órgano de la República y de síntesis de lo federal; sus tareas como órgano de control; aquellas que ejerce como órgano de gobierno; como órgano administrador; como órgano legislador y las que le competen en ejercicio de la función preconstituyente.

Por su parte, Carlos María Bidegain (*Curso de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 132 ss.) diferencia, entre las atribuciones del Congreso, la función normativa de las decisiones políticas. En las primeras incluye la legislación común, la local, la federal y la incidental. Entre las segundas menciona las referidas a la organización institucional, al control institucional, a la paz interior y al orden constitucional, a las relaciones internacionales y a las relaciones internas interjurisdiccionales.

2.1. La participación del Congreso: actos simples o procesos complejos

El Congreso es un órgano de la persona jurídica que es el Estado argentino. No se trata de una persona jurídica distinta a él, sino de un órgano que toma parte en el proceso de elaboración de sus decisiones. Tampoco es su representante, pues esa función, en lo interno y en lo internacional, es propia del presidente de la Nación, quien la ejerce en mérito a su calidad de jefe del Estado, que surge del artículo 99, inciso 1.º, de la Constitución.

La primera clasificación de sus tareas que debe formularse, por ende, considera la participación del Congreso en la decisión de que se trate.

Los actos simples son los emitidos sólo por el Congreso. Por ejemplo, la designación del Defensor del Pueblo (artículo 86, 2.º párrafo, CN). Claro que como el Congreso es un órgano bicéfalo, y cada Cámara decide por separado, en general sus actos son, en lo interno, complejos. Asimismo encontramos actos simples de una sola de sus Cámaras, entre otros el juicio sobre los títulos de sus miembros (artículo 64) y la sanción de su reglamento (artículo 66).

Cuando ambas Cámaras se reúnen en conjunto, el Congreso actúa en Asamblea Legislativa. Ella puede realizar actos simples, por ejemplo, homenajes o la constatación de la inhabilidad presidencial como causal de acefalía.

Muchos de los actos simples del Congreso, o de una de sus Cámaras, no están previstos por la Constitución, sino por los reglamentos, leyes especiales, precedentes parlamentarios o el consenso de la doctrina.⁵ Estas fuentes pueden también otorgar facultades para realizar actos simples a órganos internos de las Cámaras, unipersonales o colegiados. Algunos de esos órganos han sido creados por la Constitución: el presidente del Senado, cargo otorgado al vicepresidente de la Nación (artículo 57), el presidente provisorio del Senado (artículo 58), la Comisión Bicameral Permanente (artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13). Las comisiones se mencionan en el artículo 79.⁶

Otros órganos no se encuentran en nuestra ley fundamental, y surgen de los reglamentos. Así, por ejemplo, el presidente de la Cámara de Diputados (artículo 37 del reglamento de la Cámara de Diputados) o los bloques. También ellos emiten actos simples, como, el primero, desalojar la barra (artículos 198 y 199 del reglamento de la Cámara de Diputados) y, los segundos, formular una declaración.

Cabe reiterar que los actos simples del Congreso suelen ser internamente complejos, es decir que intervienen varios de los órganos que lo componen. En el primer ejemplo citado en este punto, la designación del Defensor del Pueblo, participan

⁵ Así, por ejemplo, el nombramiento de una comisión especial o investigadora está reglado en el artículo 86 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

⁶ No incluyo en estas menciones al Defensor del Pueblo ni a la Auditoría General de la Nación, pues estimo que se trata de órganos extrapoderes en razón de su autonomía funcional («Órganos extrapoderes e intrapoderes en la reforma constitucional de 1994», en *La Ley*, 1996-C, p. 1095).

ambas Cámaras; las designaciones de representantes ante el Consejo de la Magistratura son efectuadas por el presidente de cada Cámara a propuesta de los respectivos bloques, ya que se eligen dos por la mayoría y uno por la primera minoría (artículo 2, ley 24937, modificada por la ley 26080). En otro caso se sigue un procedimiento distinto: la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación se efectúa sobre la base de la previsión del tercer párrafo *in fine* del artículo 85 de la Constitución, mediante una resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras, a propuesta del jefe del partido de oposición con mayor número de legisladores, es decir del representante jurídico de un ente no estatal.

Los procesos complejos son aquellos en los cuales el Congreso, o alguno de sus órganos, intervienen en una de las etapas de la formación de la voluntad del Estado. Un proceso está compuesto de varios actos simples cuyo principal efecto jurídico es habilitar el paso siguiente: otro acto a cargo de otro o del mismo órgano.⁷ Pueden poseer hasta cuatro etapas: la iniciativa, la formación de la voluntad, el control y la puesta en ejecución.⁸

Un proceso complejo en el cual el Congreso interviene en la etapa de iniciativa es la reforma de la Constitución, en la que declara la necesidad de la reforma (artículo 30 CN). Al efectuarse esa declaración por ley se trata, a su vez, de un acto complejo, en el que también interviene el Poder Ejecutivo.

En la tarea legislativa, el Congreso tiene a su cargo la etapa de formación de la ley. Los legisladores, órganos individuales que lo componen, pueden tomar en sus manos la iniciativa y presentar el proyecto (artículo 77), pero comparten esta posibilidad con el presidente (lo prevé el mismo artículo 77); una porción del cuerpo electoral, a través de la iniciativa popular (artículo 39); e incluso con cualquier habitante que ejerza el derecho de peticionar a las autoridades (artículo 14). Por su parte, el Congreso puede superar el control que el Poder Ejecutivo ejerza mediante un veto, recurriendo a la insistencia (artículos 80 y 83).

En la etapa de control se incluye sólo el que se integra en la formación del acto, pues en otros casos en que el acto ya existe, o todavía no ha empezado a conformarse, el control que se ejerza resultará un acto distinto, previo o posterior, y lo analizaré al tratar la distinción de las competencias en razón de la materia.

A la instancia de control previo al dictado del acto, pero incluida en el proceso de su formación, corresponden los acuerdos senatoriales (artículo 99, incisos 4, 7, 11 y 16).

Un caso en el cual queda a cargo de nuestro Parlamento la puesta en ejecución de un acto es la toma del juramento del presidente y vicepresidente. Allí culmi-

⁷ Este último supuesto se da en el tratamiento sobre tablas: un acto de la Cámara habilita dicho tratamiento, y otro acto de la misma Cámara resuelve aprobar, o no, el proyecto.

⁸ En general, con respecto a las leyes, se distinguen tres etapas: la iniciativa, la sanción y la promulgación, pero estimo que en esta última debe diferenciarse un acto de control: la decisión de vetar, o no, y la promulgación y publicación, que hacen al inicio de la eficacia de la norma.

na el proceso de designación de estos funcionarios. La iniciativa es el llamado a elecciones; la formación de la voluntad corresponde al cuerpo electoral y el control lo ejercen la justicia electoral y el Congreso (al proclamar a los electos). Pero esa designación posee eficacia solo a partir del juramento prestado ante la Asamblea Legislativa.

2.2. *Actos unilaterales, bi o multilaterales*

Los actos con efectos jurídicos en los cuales el Congreso interviene en alguna etapa de la formación de la voluntad del Estado pueden ser uni, bi o multilaterales.

Son unilaterales cuando solo expresan la voluntad de una persona jurídica: el Estado argentino, que en función de sus potestades, de su soberanía, puede, por sí, establecer relaciones jurídicas entre las personas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

Si los actos jurídicos requieren, para su formación, la concurrencia de varias voluntades de distintas personas, son bi o multilaterales. Ello ocurre tanto con un tratado internacional (acto complejo, en el cual el Congreso interviene en la etapa de control) como con un contrato de suministro (acto simple de alguna autoridad administrativa de cualquiera de las Cámaras).

Por ende, no se deben confundir actos multilaterales con actos complejos. En los actos complejos unilaterales, como la sanción del Código Civil, la voluntad que se manifiesta es de una sola persona jurídica: el Estado argentino, independientemente de que para conformarla intervengan varios de sus órganos. En cambio, en un acto multilateral concurren más de una persona, física o jurídica, en la formación del acto. Puede responder o no a la denominación de acuerdo, contrato, convenio o tratado. No se mencionan así el que establece la Capital Federal (artículo 3), o la creación de nuevas provincias prevista en los artículos 13 y 75, inciso 15.⁹

Otra puntualización importante es que toda designación es bilateral, pues se requiere la conformidad del nombrado, que se expresará a través de su juramento, toma de posesión del cargo o suscripción de un contrato.¹⁰ La excepción son las cargas públicas, como, por ejemplo, desempeñarse como presidente de mesa en un comicio, que son unilaterales, pues se imponen, no requieren consentimiento.

⁹ Este último supuesto merece algún mayor análisis, pues en caso de que implique cesión de territorio de una provincia preexistente, se requiere consentimiento de su legislatura, pero aun cuando ello no ocurriera, el nacimiento de una provincia no se completa sino hasta que haya dictado su Constitución y elegido sus autoridades (recaudos necesarios para la existencia de cualquier Estado, sea soberano o solo autónomo), es decir hasta que el nuevo ente jurídico haya manifestado su voluntad de nacer.

¹⁰ Acerca de la naturaleza contractual de la relación de empleo público véase Agustín Gordillo, entre muchos: *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, 5.^a ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. XIII, pp. 29 ss.

2.3. *Decisiones espontáneas y deliberadas*

Fuentes espontáneas del derecho son aquellas que se conforman en la toma de decisiones cotidianas ante cuestiones concretas. Pueden provenir de la gente (costumbre) o de funcionarios (jurisprudencia, precedentes administrativos o legislativos). Ante su reiteración (y a veces sin requerirla) se consolidan como conductas debidas. El objetivo primario de la decisión fue resolver el caso concreto. Sin quererlo, o como derivación secundaria, ello resulta en una fuente del derecho.

Las que provienen de una deliberación, en cambio, se establecen con el propósito de ser una fuente del derecho. El objetivo principal de su creación es ser tales. Como ejemplos cabe citar a la ley y a los tratados.

En la actividad del Congreso se advierten decisiones de ambos tipos. Fuentes espontáneas son los precedentes parlamentarios. Ellos no solo se refieren a cuestiones de procedimiento, sino que también pueden abarcar aspectos constitucionales. Así, interpretaciones referidas a la intervención del Congreso en el proceso de reforma constitucional, reglado por el artículo 30, reconocen como fuente antecedentes parlamentarios, como, por ejemplo, el hecho de que la necesidad de la reforma sea establecida por ley, y no a través de una declaración, como parece indicarlo el texto del citado artículo 30.

2.4. *Actos preparatorios y concluyentes*

Un proceso de toma de decisión, por ejemplo la formación de una ley, puede requerir varios actos concluyentes, que finalizan una etapa: el pronunciamiento de cada Cámara, la promulgación del Ejecutivo. Pero también pueden existir (necesariamente o no) otros actos que solo tienen carácter preparatorio: el dictamen de una comisión, la inclusión en el orden del día.

2.5. *Actos con o sin efectos jurídicos*

Los actos del Congreso, simples o complejos, pueden poseer o no efectos jurídicos.

No los tienen, en general, los homenajes, las declaraciones de apoyo o repudio a determinada política, personaje o evento. Esto resulta evidente cuando la adhesión o el rechazo se concretan solo a través de una o más exposiciones efectuadas por legisladores en el recinto. No es tan claro si se dispone alguna obra: la erección de un monumento o la confección y entrega de una medalla, por ejemplo. Es más difícil arribar a una conclusión cuando se encomienda la elaboración de un programa de actos.¹¹

¹¹ Como ejemplo puede citarse la ley 25423, que dispuso la adhesión al Día Universal de la Poesía y que las autoridades educativas elaboraran un programa de difusión sobre el tema.

Los actos que poseen efectos jurídicos constituyen el principio general en la tarea del Congreso. Responden a la definición genérica formulada por el artículo 944 del Código Civil: son actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Cuando son actos simples, sin perjuicio de lo expresado al inicio de este número, son imputados al Estado argentino, que es responsable de la actuación de todos sus órganos, y mucho más cuando lo hacen en uso de la competencia que les otorga el ordenamiento jurídico.

2.6. El alcance general o particular de los actos

Los actos de alcance general son aquellos cuyos efectos abarcan a una categoría de personas: los habitantes de la Argentina, sus nacionales, los trabajadores en relación de dependencia, los médicos, los industriales de determinada provincia, etcétera.

Los actos de alcance particular, en cambio, producen efectos respecto de una o varias personas determinadas. Si son varias se los denomina actos plúrimos, y muchas veces se indica a sus destinatarios en un listado anexo a la norma.

Habitualmente se estima que las leyes tienen alcance general, pero no siempre sucede así. Ello ha motivado la distinción entre leyes en sentido material, que son aquellas que tienen ese tipo de ámbito, aun sin importar de qué autoridad emanen, y leyes en sentido formal, que son las que solo tienen efectos para una o varias personas determinadas. Ejemplos de ellas son leyes que otorgan una pensión o aprueban un contrato.

Puede suceder que competencias que se otorgan al Congreso con alcance particular sean ejercidas mediante normas generales, que establecen condiciones y delegan la concreción individual del tema. Así ocurre con la habilitación de puertos, con la creación de empleos en la Administración y con la negociación de la deuda externa. Parece cuestionable que estas atribuciones se deleguen sin establecer algún esquema de control parlamentario, aunque fuere posterior al acto. Volveré sobre este tema al final de este trabajo.

2.7. Los actos registrales

Una actividad importante del Estado, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo, es la registral. Existen numerosos registros, sobre todo en el ámbito del Poder Ejecutivo, a través de los cuales se conocen datos de las personas, se autorizan marcas, patentes de invención, se inscriben derechos reales sobre distintos bienes. Entre las competencias del Poder Judicial se encuentra el registro electoral, que permite elaborar los padrones para participar en los actos electorales. Ellos implican o habilitan algún control sobre los actos que incluyen.

La Constitución encomienda al Congreso, en los artículos 124 y 125, el conocimiento de los convenios internacionales celebrados por las provincias y de los tratados parciales celebrados entre ellas. En ambos casos ello supone, al menos, registrarlos.¹²

La ley 73, de la numeración de Paraná, dictada en 1856, creó el gran libro de las leyes de la Confederación, que debía consignar toda sanción del Congreso. Aun cuando no ha sido derogada, no se cumple.

2.8. *La clasificación de las atribuciones del Congreso según su materia*

Al reseñar, en nota, diversas clasificaciones realizadas por distintos autores, señalé que, en general, se referían a la materia de las atribuciones del Congreso. Lo más adecuado es tomar como base a las funciones del Estado, pues el Congreso no realiza exclusivamente la tarea legislativa, así como tampoco la monopoliza. A la clásica diferenciación de las funciones jurídicas del Estado: legislativa, administrativa y jurisdiccional, cabe añadir la diversidad de sus funciones políticas: la adopción de decisiones gubernativas, entre ellas las tareas de selección, elección, confirmación y remoción de autoridades, y el control político.¹³

Indudablemente existe una función normativa¹⁴ a cargo del Congreso y ella incluye las leyes de derecho común, local y federal. Las primeras se refieren al derecho civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y seguridad social (artículo 75, inciso 12, CN).

En las leyes de carácter local, es decir aquellas destinadas a regir únicamente en los territorios directamente sujetos a jurisdicción federal, esto es, actualmente, solo en la Capital Federal y en las materias no delegadas al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, cabe distinguir las de organización institucional, como la prevista en el artículo 129, párrafo segundo, de la Constitución, de las que regulan los derechos de los ciudadanos, como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en tanto lo aplican tribunales ordinarios de la Capital Federal. Algunas otras leyes de carácter local no tienen sustancia normativa, sino política, por lo cual no corresponden a la categoría que nos ocupa en este acápite, como la de convocatoria a elecciones para dictar el Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129, tercer párrafo) o la que dispusiera una intervención de ese distrito (artículo 75, inciso 31). Esto permite apreciar que el carácter general de una ley, analizado

¹² Se debate, con relación a los convenios internacionales de las provincias, si debe consentimiento o conocimiento del Congreso, y en este último caso si debe ser posterior o previo (alternativa que es la que comparto).

¹³ Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, tomo III (en colaboración con Roberto Punte), o. cit., nota 2, 1995, pp. 126 ss.

¹⁴ Jorge Rodríguez Zapata: *Teoría y práctica del derecho constitucional*, o. cit., nota 1, p. 420, señala que la función legislativa «es la función parlamentaria por excelencia».

en el acápite anterior, no coincide necesariamente con su función normativa, ya que también existen decisiones políticas de alcance general.

También en el caso de las leyes federales debemos distinguir las normas destinadas a reglar derechos y obligaciones de las personas, como las de ciudadanía, iniciativa popular, impuestos, comercio interjurisdiccional, etcétera; de las de organización institucional o administrativa, como la ley de ministerios, de organización de la justicia nacional, creación de entidades autárquicas, etcétera. Se reitera también el caso de leyes que no tienen sustancia normativa, como la que declara la necesidad de reforma de la Constitución, la creación de una nueva provincia, etcétera.

La función normativa ha sufrido relevantes transformaciones en la actual etapa de la evolución del constitucionalismo. Algunos de los factores que han contribuido a ello son:¹⁵

- La privatización de lo público, que muchas veces implica tratamientos desiguales y privilegios que afectan a dos principios claves de la ley: la generalidad y la publicidad, que también en ocasiones impone la sustitución de la ley por el contrato (algunos entes reguladores han sido creados por ellos), pero que debe tender a reformular el rol regulador del Estado.
- La tendencia a obviar la ley, ya sea mediante la omisión de su aplicación (por ejemplo, en la tolerancia del empleo no registrado), como por trasladar la adopción de decisiones a recintos extraparlamentarios (el Poder Ejecutivo, los acuerdos sectoriales, etcétera).
- La alteración del sistema de fuentes del derecho, a través de la transferencia de su producción al Ejecutivo, la supremacía de los tratados internacionales, la expansión de otros tipos de acuerdos, etcétera.
- La preeminencia de las razones económicas, políticas o de otro tipo, sobre las consideraciones jurídicas, a la hora de tomar decisiones.

Retomando esta clasificación en razón de la materia, una categoría propia la constituyen los actos jurisdiccionales, cuyas características concurren en el juicio político, en el referido a las elecciones de los miembros de cada Cámara, y en las sanciones que ellas pueden imponer a sus miembros.

Finalmente, entre las funciones jurídicas del Congreso, corresponde considerar las decisiones de materia administrativa, que en algunos casos tienen alcances meramente internos, como el dictado de los reglamentos de las Cámaras, las asignaciones de funciones a las distintas oficinas, las designaciones de personal, las contrataciones de suministros.

En otros casos, el Congreso toma decisiones de sustancia administrativa relativas ya no a su propio funcionamiento, sino al del gobierno en general. Así, la ley

¹⁵ Véase al respecto Remedio Sánchez Ferriz: *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 50.

anual de presupuesto autoriza los gastos de la administración pública, del propio Congreso y del Poder Judicial; otras leyes abren créditos para la realización de obras públicas, deciden expropiaciones, otorgan subsidios, pensiones graciables, crean y suprimen órganos administrativos, aprueban empréstitos, arreglan el pago de la deuda interior y exterior, etcétera.

El Congreso tiene también a su cargo emitir actos de gobierno o participar en la toma de ese tipo de decisiones. Su participación puede darse en distintas etapas de la toma de decisión. Así, en la reforma constitucional interviene en la etapa de iniciativa; en la cobertura de una acefalía permanente está a su cargo la toma de la decisión y la puesta en ejecución (no hay control institucional previsto); en la designación de jueces, embajadores y oficiales superiores de las fuerzas armadas, el Senado actúa en la etapa de control, etcétera.

También se incluyen en este grupo la designación de autoridades de cada Cámara, la concesión de honores, el permiso al presidente para salir del país, etcétera. También la selección, elección, confirmación y algunos casos de remoción de autoridades entran en la categoría de actos gubernativos.¹⁶

La cobertura de un cargo, como ya expresara respecto de cualquier otra decisión, puede constar de hasta cuatro pasos, encomendados a órganos o entidades distintos: la selección previa de candidatos, la elección propiamente dicha, la confirmación como control posterior, y la toma de posesión del cargo. Así ocurre para los jueces de instancias inferiores: el Consejo de la Magistratura selecciona una terna, el presidente elige, el Senado presta acuerdo, y luego del decreto presidencial de designación, el juez jura ante la Cámara de Apelaciones respectiva.

En la Argentina, hasta 1994 existieron órganos extrapoderes, con control del Congreso, encargados de la elección de presidente, vicepresidente y senadores por la Capital Federal: las juntas de electores. Las legislaturas de las provincias tenían encomendada la designación de senadores provinciales. A partir de la última reforma, estas decisiones se han transferido al cuerpo electoral, que antes solo elegía directamente a diputados y miembros de las juntas de electores. La selección de candidatos a cargos electivos continúa a cargo de los partidos políticos, aunque se ha procurado imponer el sistema de internas abiertas y simultáneas.¹⁷ La propuesta de magistrados inferiores es ahora competencia del Consejo de la Magistratura (artículo 114, inciso 2.º, CN). Se ha mantenido, en cambio, la atribución del Senado de prestar acuerdos para jueces, militares y diplomáticos (artículo 99, incisos 4.º, 7.º y 13).

¹⁶ Desde el comienzo de las instituciones políticas occidentales los cuerpos deliberativos tuvieron encomendadas tareas diversas a la de hacer la ley: la selección, elección o confirmación y la remoción de autoridades. Ellas continúan, en buena medida, en las asambleas del sistema parlamentario, que designan al jefe de Estado, si no es hereditario, y confirman y remueven al gabinete. En el esquema presidencialista se tiende, en cambio, a la elección directa, por el pueblo y por un período fijo.

¹⁷ Ley 25611, cuya aplicación, en general, se ha soslayado, y que procura derogarse.

Cuestionamientos políticos graves, la pérdida de la salud o de la confianza de la opinión pública pueden requerir el alejamiento de autoridades, para evitar problemas más graves. Ello suele producirse voluntariamente (como ocurrió con los presidentes Juárez Celman, Ortiz, Cámpora, Alfonsín y De la Rúa, para citar solo algunos ejemplos; y con algunos legisladores y jueces a fin de evitar su inminente expulsión o juicio político). Si no es así, se requiere algún mecanismo que lo imponga.

La remoción sigue siendo competencia del Congreso para presidente, vicepresidente, ministros y miembros de la Corte Suprema mediante el complicado mecanismo del juicio político (artículos 53, 59 y 60), que ya hemos considerado como acto jurisdiccional. En la reforma de 1994 se ha previsto, con respecto al Jefe de Gabinete de Ministros, no solo su juicio político sino la posibilidad de una moción de censura y eventualmente de su remoción, que deberá contar con mayoría absoluta de cada Cámara (artículo 101).

Otra categoría son los actos de control, que corresponde distinguir, como ya expresara, del control como etapa en la formación del acto. Uno de los más importantes es la consideración anual, aprobación o rechazo, de la cuenta de inversión, que refleja el cumplimiento del presupuesto. La práctica parlamentaria ha impuesto que tenga forma de ley,¹⁸ pero en realidad este tipo de actos no debería contar con la participación del controlado, esto es del Poder Ejecutivo. No obstante, al usarse el procedimiento legislativo, interviene en su promulgación.

Pero el control puede ser anterior a la formación de la voluntad. Ello ocurre, entre otros casos, con la autorización para declarar la guerra (artículo 99, inciso 15) y con el permiso para que el presidente se ausente del país (artículo 99, inciso 18).

Los pedidos de informes, formación de comisiones investigadoras, interpelaciones a los ministros e incluso la moción de censura al Jefe de Gabinete de Ministros son actos de control de cualquiera de las Cámaras. La remoción del último de los nombrados, en la que deben intervenir ambas, se encuadran, en cambio, en la categoría de decisiones políticas.

2.9. La forma de los actos

La voluntad del Congreso en las decisiones deliberadas (que he distinguido de las espontáneas) se expresa mediante actos formales, escritos, aprobados por las dos Cámaras. Se denominan leyes los que cumplen el proceso reglado en los artículos 77 a 84 de la Constitución. También ambas Cámaras, sesionando en asamblea o por separado, pueden aprobar resoluciones o declaraciones conjuntas. Cada una de ellas también puede emitir resoluciones o declaraciones. Sus órganos internos, unipersonales o colegiados, producen informes, dictámenes, resoluciones, disposiciones, que

¹⁸ Recientemente se sancionaron las leyes 26098 y 26099 de aprobación de las cuentas de inversión de 1997 y 1998, respectivamente, con notorio retraso.

pueden formar parte de un acto complejo (los dictámenes de comisiones previos al tratamiento de un proyecto de ley) o constituir un acto simple (unilateral: el informe de una comisión investigadora que no motiva ningún pronunciamiento del pleno, o bilateral: una designación del presidente de la Cámara).

Las resoluciones

son normas jurídicas obligatorias, aunque de un alcance constitucional distinto al de las leyes, y con efectos generalmente dentro del ámbito propio de la administración de la Cámara, o en defensa de las prerrogativas constitucionales y privilegios individuales de los legisladores o los colectivos de aquellas, o en aras de la utilización de las facultades jurisdiccionales y de control del cuerpo.¹⁹

Como ejemplos se pueden citar las reformas al reglamento, la decisión de interpellar a ministros y secretarios de Estado, la adopción de sanciones respecto de legisladores o terceros, la acusación y la sentencia del juicio político.

Las declaraciones, en cambio,

son siempre expresiones de deseos, que manifiestan una voluntad que no puede, por las limitadas atribuciones del cuerpo, extenderse a ámbitos generales o a otros poderes del Estado. Por ejemplo: opiniones de la Cámara en materia de situaciones políticas generales o coyunturales; o manifestaciones de la Cámara en el sentido de que el Poder Ejecutivo debería obrar de determinada manera, que no se pueden concretar en la práctica por la independencia constitucional propia del presidente de la Nación y de sus órganos en los ámbitos que la carta magna determina.²⁰

Si bien el procedimiento de sanción de las leyes es el único regulado constitucionalmente, es evidente que en ciertas decisiones el Congreso no puede recurrir a él. En cuanto supone la actuación de las dos Cámaras por separado, no puede seguirse en las decisiones que adopta la Asamblea Legislativa, como la de tomar juramento al presidente y vicepresidente, admitir o desechar los motivos de sus dimisiones, declarar el caso de proceder a una nueva elección, etcétera. Tampoco se sigue, ya lo he señalado, en la designación del Defensor del Pueblo, pese a que en ella las Cámaras actúan por separado (artículo 86, 2.º párrafo, CN). Seguramente también se recurriría a una resolución conjunta para remover al Jefe de Gabinete de Ministros (artículo 101).²¹

¹⁹ Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación: *Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación*, comentado por Guillermo Carlos Schinelli, Buenos Aires, 1996, p. 287.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Pero esta lista merece algunos incrementos, pese a que la práctica parlamentaria no los admite. Ya he indicado a la aprobación o el rechazo de la cuenta de inversión como actos de control. Recientemente la ley 26122 prevé que la decisión del Congreso sobre decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada o veto parcial, se concretará mediante resoluciones de cada Cámara, con la peculiaridad de que para rechazarlo se requieren que las dos sean contrarias.

Otro caso me parece que debe ser el de los tratados internacionales, en los cuales la etapa de formación de la voluntad estatal se encuentra en manos del Poder Ejecutivo, a través de la negociación

2.10. El deslinde de competencias con las provincias y con los otros poderes

El otorgamiento de una competencia al Congreso puede implicar negarle tal facultad a las provincias, en mérito a que la Constitución así delega esa facultad al gobierno federal (artículo 121); o que se le esté prohibiendo ejercerla a los otros poderes del Estado nacional. Pueden también suceder simultáneamente ambas cosas.

Dilucidar cuándo nos encontramos ante uno u otro supuesto es bastante complejo. Por ejemplo, cuando el artículo 14 faculta a la ley a reglamentar los derechos, no está otorgando una facultad exclusiva al Gobierno federal, pues también las provincias pueden hacerlo, ya que ellas son también titulares del poder de policía, aunque deben respetar la supremacía federal si la Nación tiene una competencia exclusiva, sobre el tema de que se trate, derivada de algún otro precepto de la ley fundamental.

En algunos casos existe una definición constitucional expresa, admitiendo o negando la concurrencia. La posibilita la reiteración de atribuciones de los artículos 75, inciso 18, para la Nación (la llamada cláusula de la prosperidad), y 125, para los estados miembros. La niega el detalle contenido en el artículo 126.

Pero si bien la primera frase de ese precepto parecería negar la posibilidad de concurrencia en los casos en los que no haya una definición constitucional expresa, la Corte Suprema ha destacado, en reiteradas oportunidades, en las últimas décadas, que «la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias».²²

No se consideró así en el caso del estado de sitio, que se reconoce como facultad exclusiva del Gobierno federal.²³

Si bien el principio general es que al otorgar una competencia al Congreso no pueden ejercerla los otros poderes del Estado federal, ello se ha visto desvirtuado por la práctica, a favor del Ejecutivo, de la delegación impropia, por la delegación propia y por los decretos de necesidad y urgencia, la primera fruto de una extensión del artículo 99, inciso 2.º, que ya existía en el texto de 1853, y los dos últimos reconocidos en la reforma constitucional de 1994 (artículos 76 y 99, inciso 3, ambos de redacción confusa).

y la firma. El Congreso controla a través de la aprobación o rechazo. Pero el Poder Ejecutivo vuelve a intervenir en la ratificación en sede internacional. Intercalar una etapa de promulgación es realmente sobreabundante y solo sirve para confundir, pues el tratado no entra en vigor cuando es aprobado por el Congreso, sino solo cuando es ratificado en sede internacional, y, en caso de un acuerdo multilateral, cuando reúne las ratificaciones suficientes que él mismo exige.

Se ha debatido la forma de la declaración de necesidad de una reforma constitucional, pero allí concuerdo en la conveniencia de la participación del presidente en una decisión tan importante (Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., nota 2, 1996, pp. 12 ss.).

²² Fallos, 304: 1186, 305: 1847, 312: 1437.

²³ Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, tomo V (en colaboración con Orlando Gallo, Eugenio Palazzo, Roberto Punte y Guillermo Schinelli), o. cit., nota 2, 2001, p. 96.

Existen restricciones expresas en los tres casos: la ley de coparticipación no puede ser reglamentada, la delegación propia solo puede referirse a cuestiones de administración o emergencia pública, y los decretos de necesidad y urgencia se encuentran vedados en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Pero, ¿las hay también implícitas? Me ocuparé más adelante de ello.

3. Algunas consecuencias prácticas

Frente a este conjunto de clasificaciones resulta necesario advertir que algunas de ellas implican alternativas rígidas, pues el acto sólo puede pertenecer a una categoría o a otra, como ocurre, por ejemplo, con las distinciones entre actos simples y complejos, uni, bi o multilaterales. Otras, en cambio, resultan tipologías más abiertas, en las cuales los límites suelen ser confusos, como sucede con las clasificaciones según la materia o por el deslinde de las competencias.

Estas clasificaciones no son un mero ejercicio intelectual, sino que poseen algunas consecuencias prácticas. No creo que ellas se agoten en las que enuncio a continuación, pero son las que me saltan a la vista.

1) En primer término, desde el punto de vista de la técnica legislativa, no parece adecuado que existan actos que incluyan previsiones de distintas categorías. Así, una misma norma no debería incluir disposiciones generales y particulares; unilaterales y bilaterales; normativas, de control y administrativas, etcétera.

2) Puede sostenerse la existencia de límites implícitos para los decretos de necesidad y urgencia, la delegación propia e incluso la delegación impropia. No cabrían en actos de control, o cuando se trata de un acto complejo y el Congreso interviene en una etapa de control. Tampoco parecen posibles en decisiones gubernativas, como por ejemplo la declaración de la necesidad de la reforma constitucional. Por otra parte, en los actos de alcance particular, si el Congreso los delega, debería mantener, al menos, un registro, y cierto control posterior.

3) En algunos casos, la distinta naturaleza de las atribuciones puede afectar las relaciones de jerarquía de las fuentes del derecho, por ejemplo entre actos bi o multilaterales y actos unilaterales. Ello ha sido reconocido por el artículo 75, inciso 22, a partir de la reforma de 1994, con respecto a los tratados internacionales, pero es postulado también por la doctrina, con relación a las leyes convenio con las provincias. También cabría consagrar, como se acepta en el ámbito del derecho administrativo, el principio de la inderogabilidad singular de los actos generales.

4) El desplazamiento de atribuciones a favor del Poder Ejecutivo podría mitigarse ampliando el número de supuestos en los cuales se dictan resoluciones conjuntas, en las que no interviene el presidente, a expensas de la aplicación del procedimiento que culmina en forma de ley, en el cual sí participa.

Enrique Fernando Novo*

Las atribuciones del Congreso de la Nación en la Constitución nacional

1. Introducción

Al sancionar y modificar la ley suprema del país, los constituyentes nacionales no se preocuparon en sistematizar las atribuciones del Congreso de la Nación.

Un recorrido del sinuoso camino competencial del Poder Legislativo en el mapa constitucional permite concluir que las atribuciones se encuentran dispersas a lo largo de casi todo el texto de la carta magna, encontrándose la primera en el artículo 3 y la última en el 129 del texto fundamental, sin perjuicio de las que surgen de las disposiciones transitorias.

Asimismo, el paneo normativo de referencia posibilita destacar la indiferencia de los convencionales en lo concerniente a precisar en cada uno de los casos, y en forma inequívoca, si constituyen una facultad o una obligación.

De allí que intentamos en este trabajo dilucidar dónde y de qué manera la Constitución de la Nación efectúa las asignaciones de funciones al órgano deliberativo, principal resorte del sistema democrático de la República Argentina.

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Río Cuarto (UNRC). Ex convencional constituyente municipal, Río Cuarto, 1996. Autor de *Carta orgánica municipal comentada* (1997) y del *Manual de derecho constitucional* (2007).

2. ¿Qué es una atribución?

Etimológicamente el vocablo *atribución* proviene del latín *attributio* (y *atribuir* proviene del latín *attribuere*, ‘dar’).

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, *atribución* es la ‘acción y efecto de atribuir’ (y *atribuir*, ‘señalar o asignar una cosa a alguien como de su competencia, imputar, achacar’); cada una de las facultades que a una persona confiere el cargo que ejerce.¹

Según el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, de Manuel Ossorio,² al vocablo *atribución* se le adjudican varias y diferentes acepciones. Entre ellas se destacan las siguientes, a las que agregamos nuestra opinión vinculada a sus respectivos alcances.

‘Señalamiento o fijación de competencia’: según esta apreciación puede incluirse tanto la referida a deber como a facultad. ‘Adjudicación’: según esta apreciación también puede considerarse como facultad o como obligación de acuerdo con la atribución concreta. ‘Imputación, cargo’: según esta apreciación puede considerarse sólo como un deber a cumplir. ‘Facultad, potestad concedida por disposición legal o inherente a determinado cargo. Suele emplearse la voz en plural’: según esta apreciación puede estimarse a la atribución como el conjunto de facultades que conlleva un cargo determinado.

Como bien puede apreciarse, el concepto *atribución* contempla, en general, tanto a la facultad como a la obligación o deber.

Se aclara que en este trabajo se utilizan indistintamente las voces *obligación* o *deber*, dejando de lado la distinción que efectúa entre ambas la teoría civilista y la administrativista. Además, a los fines de incluir todas las facultades y deberes u obligaciones, se incluye como atribución (negativa) aquella adjudicación o imposición que el constituyente ha hecho recaer sobre el Congreso como una obligación o deber de «no hacer». Sobre este aspecto, Bidart Campos recalca que el *examen de las prohibiciones no reviste un mero interés teórico sino práctico, en cuanto hacerlo 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*.³

¹ *Oriente Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, tomo I, Buenos Aires, Oriente, 1972, p. 322.

² Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, He- liasta, 1986, p. 71.

³ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 103.

3. El vocablo en la doctrina nacional

Si bien el actual artículo 75 de la Constitución nacional contiene gran parte de las atribuciones del Congreso, estas no se agotan en esa disposición. Muy por el contrario, como ya dijimos, se encuentran dispersas a lo largo de la carta magna.

Compartimos con Ekmekdjian⁴ que es muy difícil clasificar la masa de asuntos que deben ser regulados por leyes, declaraciones o acuerdos del Congreso.

Ya Juan Bautista Alberdi procuraba clasificar las atribuciones del Congreso, en sus *Bases*. El padre de la Constitución las clasificaba del siguiente modo: a) las que conciernen al ramo de lo interior; b) las relativas a las relaciones exteriores de la Nación; c) sobre rentas y hacienda pública; y d) de guerra.⁵

Sánchez Viamonte enumeraba como atribuciones, además de las legislativas, las políticas, coejecutivas, económicas y financieras, administrativas, judiciales, militares e internacionales.⁶

María C. Castorina de Tarquini agrupa las atribuciones del Poder Legislativo de la Nación mediante un parámetro funcional (como institución, como órgano de control, como órgano de gobierno, como órgano administrador, como órgano legislador, como órgano preconstituyente).⁷

Ya después de la reforma de 1994, Jorge Horacio Gentile precisó que las atribuciones del Poder Legislativo Nacional se encuentran asentadas, en su mayoría, en el artículo 75 de la ley fundamental. Pero advierte que estas no se agotan en dicha disposición, ya que existen otras atribuciones dispersas a lo largo de toda la Constitución.⁸

Este jurista cordobés clasifica las atribuciones del Congreso de la Nación con un criterio material. Desde dicho punto de vista enuncia las siguientes: 1) explícitas: a) institucionales; b) de legislación; c) de finanzas; d) de economía; e) militares; f) de justicia; g) de límites; h) internacionales; i) indígenas; j) de emergencias; y 2) atribuciones implícitas.

Por su parte, Bidart Campos distingue las competencias del Congreso según el punto de vista de si se encuentran o no en el artículo 75 de la ley fundamental.⁹

Gregorio Badeni, más allá de reconocer que las atribuciones del Congreso se encuentran no solo en el artículo 75 sino también dispersas en todo el plexo

⁴ Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 430.

⁵ Juan B. Alberdi: *Bases*, Buenos Aires, Tor, 1948.

⁶ Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapeluz, 1964, apéndice.

⁷ María C. Castorini de Tarquini, en Pérez Guillou y otros: *Atribuciones del Congreso de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 42 ss.

⁸ Jorge H. Gentile: *Derecho parlamentario*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 207.

⁹ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, o. cit., Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 93 ss. y 103 ss.

constitucional, las clasifica también desde un sentido material, aunque difiere en algunos aspectos del esquema presentado por Jorge Gentile. Así, las agrupa en nueve categorías: 1) jurídicas; 2) económicas y financieras; de política internacional; 4) de seguridad nacional; 5) administrativas; 6) de organización; 7) preconstituyentes; 8) de investigación; 9) de control.¹⁰

Luego de analizadas las posturas precedentemente detalladas y de precisado y aclarado el alcance del presente trabajo, analizamos a continuación las atribuciones constitucionales del Congreso de la Nación.

4. Las atribuciones del Congreso de la Nación en la Constitución nacional

A continuación analizaremos brevemente las atribuciones del Poder Legislativo nacional:

1. El artículo 3 contempla una atribución que instituye una *obligación* al Congreso, ya que una eventual omisión legislativa dejaría a nuestro país sin un asiento cierto de la Capital Federal. Es necesaria la previa cesión efectuada por la Legislatura provincial respectiva.

2. El artículo 6 y el 75, inciso 6, comprenden al mismo tiempo una *obligación* y una *facultad* del Estado federal.¹¹

3. El artículo 7 otorga una facultad, en tanto el vocablo *puede* incluido en la disposición constitucional de referencia nos exime de mayores comentarios.

4. Los artículos 9 y 75, incisos 1 y 10, refieren a las atribuciones aduaneras. En este caso, siguiendo a Gregorio Badeni, podemos afirmar que la atribución de crear, establecer, trasladar y suprimir aduanas en todo el territorio del Estado, que surge del inciso 10 del artículo 75, es una *facultad* del Congreso.¹² En cambio, los antecedentes históricos públicamente conocidos, la trascendencia que tiene la percepción de los derechos de exportación e importación para la economía nacional, como así también la necesidad de otorgar seguridad jurídica a todos los habitantes del mundo que pretendan ingresar al territorio nacional o comerciar con una persona física o jurídica residente en la República Argentina, hacen en conjunto que las atribuciones prescriptas en los artículos 9 y 75, inciso 1, de la Constitución Nacional, se instituyan en una *obligación* que debe cumplir necesariamente el órgano legislativo.

5. Los artículos 13 y 75, inciso 15, refieren a una *facultad*. El Congreso no se encuentra obligado, ni es un deber de dicho órgano, aceptar o aprobar divisiones o fusiones de provincias.

¹⁰ Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 262 ss.

¹¹ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, o. cit., pp. 462 ss.

¹² Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, o. cit., p. 274.

6. El artículo 14 constituye la base constitucional de la competencia reglamentaria de derechos del Congreso, la que debe ser ejercida razonablemente.¹³ Para mayor profundización sobre este conflictivo tema nos remitimos a las palabras vertidas en otro trabajo publicado al respecto, en el año 2001.¹⁴ Sin perjuicio de lo expuesto, no cabe duda de que el ejercicio de la policía estatal a cargo del Poder Legislativo es una *facultad* porque la limitación de tales derechos solo debe efectuarse en los casos en que resulte necesario y no como un mero ejercicio arbitrario que limita infundadamente el ejercicio de derechos.

7. La redacción de los artículos 14 *bis* y parte del 75, inciso 12, consagrados conjuntamente por la reforma constitucional de 1957, deja muy claro que el legislador se encuentra *compelido* por la Constitución para *asegurar, mediante leyes*, los derechos individuales y colectivos del trabajador, como así también debe dictar la ley especial que *establezca* (el artículo dice «establecerá») el seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, las asignaciones familiares y el acceso a una vivienda digna.

8. El artículo 17 comprende una triple atribución del Congreso de la Nación, y la precisión sobre el alcance de estas emerge sin dudas de su mismo texto: por un lado *faculta* a dicho órgano a declarar de utilidad pública un bien determinado para efectuar su expropiación, y por el otro impone el *deber* de dictar la ley correspondiente que precise el término por el cual un autor o inventor se considera propietario de su obra, invento o descubrimiento. En lo que respecta a la *facultad* de imponer contribuciones, debido a su complejidad, será tratada por separado al analizar el artículo 75, inciso 2.

9. Los artículos 18 y 108 prescriben al Congreso las siguientes atribuciones: por un lado, le imponen la *obligación* de organizar el Poder Judicial de la Nación, en el que se garantice la preexistencia del juez natural, y por el otro lo *compele* a establecer por ley las causas excepcionales que permitan el allanamiento y la ocupación de los domicilios particulares, como así también la revisión de la correspondencia y de los papeles privados.

10. El artículo 20 concibe una atribución del Congreso en forma indirecta: en ningún otro dispositivo de la ley fundamental se menciona expresamente la facultad de reglamentar el matrimonio civil (sí se encuentra expresado dicho derecho en el artículo 17.2 del PSJCR). En este caso se lo hace indirectamente: como los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles del ciudadano (nacional), y aquí se precisa que tienen el derecho de casarse «conforme a las leyes», se infiere que todos los demás habitantes de la Nación tienen ese derecho, el que debe estar reglamentado

¹³ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, o. cit., pp. 516 y 517.

¹⁴ Enrique Novo: «Policía y poder de policía», en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, diciembre de 2001, y *Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto*, 2001-2002.

por ley.¹⁵ Estimamos que esta atribución concibe una *obligación* que debe cumplir el Congreso de la Nación ya que de no ser sancionada dicha ley, ni los extranjeros ni los nacionales podrían contraer matrimonio desde el punto de vista estatal jurídico.

11. El artículo 21 contiene una *obligación* que el Congreso aún debe concretar. Si bien oportunamente se dictó la ley 17531 de Servicio Militar Obligatorio, luego reformada por la ley 24429 de Servicio Militar Profesional, Voluntario y Rentado, aún no se ha dictado la norma que reglamente puntualmente esta situación en la que las circunstancias fácticas puedan requerir el apoyo y la defensa de parte de la ciudadanía.

12. A los artículos 23, 69 y 75, inciso 29, le caben las mismas apreciaciones generales efectuadas *ut supra* sobre la intervención federal (artículos 6 y 75, inciso 31), a las que nos remitimos en honor a brevedad. Esta atribución constituye una *facultad* del Congreso que puede o no hacer uso de ella,¹⁶ salvo en el caso del control que debe realizar cuando, por encontrarse en receso, la declaración del estado de sitio ha sido materializada por el Poder Ejecutivo (en estos casos tiene la obligación de expedirse). También debe expedirse la Cámara de Senadores, ejerciendo una atribución privativa, sobre si presta el acuerdo o no a la declaración de estado de sitio efectuada por el Poder Ejecutivo en los casos de ataque exterior.

13. Los artículos 24 y la parte concordante del 75, inciso 12, respecto al establecimiento del juicio por jurados, fijan una *obligación* a cumplir, y que el siglo y medio transcurrido sin que el Poder legislativo se haya hecho eco, exige una definición sobre el tema: su abrogación lisa y llana en una futura reforma constitucional, su implementación (lo que resulta de difícil concreción por la falta de arraigo de este sistema en nuestros tribunales) o, por último, la declaración judicial de inconstitucionalidad por omisión en un caso concreto.¹⁷

14. El artículo 25, independientemente de establecer una preferencia irrazonable entre unos extranjeros sobre otros, *impone* un mandato positivo al Congreso (fomentar la inmigración europea), por un lado, y un *deber* de cumplimiento negativo o de no hacer: le exige abstenerse de restringir, limitar o gravar con impuesto alguno la entrada de extranjeros que cumplan con las condiciones detalladas en la disposición.

Para Daniel Sabsay, a los fines de *aggiornarse* el artículo, una eventual reforma constitucional debería suprimir el adjetivo *europea*.¹⁸

¹⁵ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo II, o. cit., p. 77.

¹⁶ CSJN, *Sofía* (Fallos, 243: 504). La Corte receptó la posibilidad del control de los actos realizados como consecuencia de la declaración del estado de sitio, pero mantuvo el criterio de que la oportunidad y conveniencia de la declaración son resorte del poder político no sujeto a su fiscalización.

¹⁷ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 238 y 239.

¹⁸ Daniel Sabsay y José Onaindia, *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 2000, p. 79.

15. El artículo 26 establece una atribución que, según nuestro punto de vista, constituye una *facultad* y no un deber. Estimamos que si el Congreso no dictara su reglamentación, ello no obstaría el ejercicio del derecho constitucional de navegación de los ríos interiores en forma libre. Se asienta sí en este órgano la posibilidad de determinar la conveniencia y la oportunidad de la reglamentación o la modificación de esta.

16. El artículo 27 contiene un deber y a su vez una facultad. La *obligación* que impone la norma se dirige al mecanismo que debe ser utilizado para afianzar las relaciones de paz y comercio y no a concretar dichos vínculos, ya que ello depende de la voluntad de otros sujetos de derecho internacional (ello constituye una *facultad* y esta se prevé como tal en el inciso 22 del artículo 75).

17. El artículo 28 contiene el límite de razonabilidad con que la Constitución acota la facultad del Congreso de reglamentar los derechos, prevista en el ya analizado artículo 14. Esta manda constitucional se dirige al Congreso de la Nación, ya que es este el único competente para reglar los derechos, más allá que su aplicación se hace extensiva a los demás órganos de poder.

Sin lugar a dudas la norma impone un *deber* de abstención, un deber de respeto al espíritu del derecho que se pretende reglamentar. Al decir de Germán Bidart Campos, la razonabilidad exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin.¹⁹ También se conoce a la razonabilidad como el principio o garantía del debido proceso sustantivo.²⁰

18. El artículo 29 establece una atribución consistente en un *deber* de abstención al Congreso de la Nación, con el agregado que fija una pena dirigida a los legisladores que no respeten la manda constitucional. Bien señala Gelli que no deben confundirse facultades extraordinarias con facultades delegadas.²¹

19. El artículo 30 determina que el Congreso de la Nación tiene la *facultad* de dar inicio y sustanciar la etapa preconstituyente para el ejercicio del poder constituyente derivado.

20. El artículo 32 establece la obligación del Parlamento nacional de abstenerse de reglamentar la libertad de imprenta, norma esta que para parte de la doctrina²² como así para la CSJN²³ encontraría su fuente histórica en la enmienda 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

21. Los artículos 35 y 84 contienen dos mandas que el Congreso se encuentra *obligado* a cumplir: incluir las palabras *Nación Argentina* en el encabezado de las

¹⁹ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, o. cit., p. 517.

²⁰ Juan Linares, *La razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

²¹ María A. Gelli, *Constitución...*, o. cit., p. 259.

²² Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 334; María A. Gelli, *Constitución...*, o. cit., p. 297.

²³ CSJN, *Procurador Fiscal c/Diario La Provincia*, en *Fallos*, 167: 121 (1932).

leyes que se sancionen (artículo 84) y en los procedimientos de formación y sanción de las leyes (artículo 35).

22. El artículo 36 asigna una atribución de carácter *obligatorio* para el Congreso de la Nación (actualmente ha cumplimentado con esta, ya que ha dictado la ley 25188, llamada de Ética en la Función Pública).

23. Siguiendo con el criterio sentado en el análisis de los artículos precedentes, estimamos que la redacción del artículo 37 constituye la atribución de un *deber* que el Poder Legislativo de la Nación se encuentra compelido a cumplir: garantizar mediante leyes los derechos políticos y asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. Compartimos la posición al respecto de la Sra. Kemelmajer de Carlucci²⁴ y de María Angélica Gelli,²⁵ en cuanto a que las acciones deben ser positivas y no meramente declamativas.

24. El artículo 39 contempla tres atribuciones: la primera se encuentra dirigida solo a la Cámara de Diputados e instituye a esta como órgano receptor de los proyectos de ley que los electores presenten en ejercicio de la iniciativa popular, *compeliéndola* a recibirlos. La segunda se refiere a la manda constitucional que impone el *deber* al Congreso de tratarlos dentro del término de un año. En ese sentido se expresa Ekmekdjian cuando afirma que *los proyectos presentados por los ciudadanos, en virtud de este texto constitucional, deben ser tratados expresamente (es decir, por ambas Cámaras) dentro del plazo de doce meses.*²⁶ Por último, el segundo párrafo de la norma analizada también presenta una atribución de cumplimiento *obligatorio* para el Poder Legislativo de la Nación. Esta apreciación se basa en el sentido imperativo con que la Constitución se expresa literalmente cuando dice: «El Congreso [...] sancionará».

25. El artículo 40 fija en sus dos primeros párrafos *dos facultades* en favor del Poder Legislativo: la primera consistente en someter un proyecto de ley a consulta popular vinculante y la segunda en someter a consulta popular no vinculante cualquier cuestión que se encuentre dentro de sus competencias.

El tercer párrafo de la disposición analizada, en cambio, estatuye una atribución de carácter *obligatorio*: la manda constitucional impone al Congreso el deber de sancionar con la mayoría especial indicada, la ley reglamentaria de los institutos de democracia semidirecta previstos en este artículo.

26. El artículo 41 impone las *obligaciones* de dictar la ley que reglamente la forma de recomponer el daño ambiental que se cause (primer párrafo) y de dictar la ley que establezca los presupuestos mínimos de protección de los bienes jurídicos expresamente detallados en la norma (tercer párrafo). Ambas leyes son imprescindibles

²⁴ Cf. Voto en disidencia en *Mónaco, Elba G.*, Junta Electoral de Mendoza (1995), en *La Ley*, 1995-B, 558.

²⁵ María A. Gelli, *Constitución...*, o. cit., p. 330.

²⁶ Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 618.

para el logro de los postulados buscados por los convencionales constituyentes. La convencional Teresa Camila Peltier se pronunció en ese sentido al ligar la factibilidad del desarrollo humano a la protección del ambiente.²⁷

26. El artículo 42 contempla una atribución de carácter *obligatorio*, ya que le exige al Poder Legislativo promover los derechos individualizados en el segundo párrafo y le ordena establecer los procedimientos y marcos regulatorios detallados en el tercero.

27. El artículo 43, en su segundo párrafo, atribuye al Congreso de la Nación en forma expresa, el *deber* de dictar la ley que complementa lo requerido en las dos cláusulas anteriores, en cuanto exige que esa normativa incluya la reglamentación de la registración de las asociaciones destinadas a la protección del ambiente, de la competencia, del usuario y del consumidor, como así también de las protectoras de los derechos de incidencia colectiva.

28. De la lectura de los artículos 45 y 47 puede inferirse que la ley fundamental nacional compelería al Congreso a fijar la cantidad de habitantes a tomar en cuenta para la representación proporcional del pueblo en la Cámara de Diputados en relación con cada censo nacional que se realice (artículo 45). Pero como solo exigió la materialización de un censo en forma obligatoria (el que debía efectuarse antes de elegir a la «segunda Legislatura», según el artículo 47), concluimos en que en la práctica tal atribución (determinar el número de habitantes a tomar en cuenta para la representación mencionada y fijar el número total de diputados) solo constituye una *facultad*. Y esta se sujeta a otra facultad que puede ejercer el Poder Legislativo: la consistente en ordenar la realización de los censos nacionales, siempre y cuando entre uno y el que le sigue transcurran más de diez años. En el sentido expuesto se pronuncian tanto Ekmekdjian²⁸ como Néstor Pedro Sagüés.²⁹

29. Siguiendo a María Angélica Gelli, consideramos que el artículo 49 contiene un *deber* expreso a cumplir por el Parlamento nacional.³⁰

30. Los artículos 52 y 53 adjudican dos atribuciones exclusivas a la Cámara baja que constituyen sendas *facultades* y no obligaciones a cumplir. La oportunidad, conveniencia y mérito del ejercicio de estas quedan a criterio de los diputados.

31. El artículo 59, a diferencia del 53, impone un *deber* que debe cumplir el Senado una vez que la Cámara de Diputados acuse: la Cámara alta está obligada a juzgar,³¹ más allá de que su decisión sea la destitución del acusado o la inhabilitación

²⁷ Teresa Camila Peltier: Convención Nacional Constituyente, 13 reunión, tercera sesión ordinaria (continuación), 20 de julio de 1994, p. 1612.

²⁸ Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., tomo IV, pp. 172 y 173.

²⁹ Néstor Pedro Sagüés, *Elementos del derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Buenos Aires, 1993, p. 356.

³⁰ María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 450.

³¹ Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., p. 286.

para ejercer cargos públicos (para algunos autores es una sanción accesoria,³² mientras que para otros es autónoma),³³ o la de no aplicar estas sanciones en caso de no arribarse a las mayorías requeridas.

32. El artículo 64 establece la *obligación* de cada Cámara de controlar los títulos de los legisladores electos y de abstenerse de sesionar sin la mayoría absoluta de sus miembros.

33. Consideramos que el modo imperativo en que la Constitución se dirige a cada una de las Cámaras en la primera frase del artículo 66 inscribe literalmente el carácter de *obligatoriedad* de la manda jerárquica. Si bien la doctrina en forma casi unánime ha incluido la competencia para dictarse su propia reglamentación como uno de los privilegios de las Cámaras, nos permitimos el atrevimiento de disentir con esa posición y adoptar una distinta.

Sí estamos de acuerdo con Jorge Horacio Gentile en que esta atribución no se altera con el eventual dictado de un reglamento por el Congreso.³⁴ Pero, a diferencia del fundamento en que se basa el mencionado constitucionalista (se respalda en la autonomía de cada una de las Cámaras), estimamos que esa situación no modifica lo expresado antes, justamente porque la Constitución es la que le impone un deber a cada una de las Cámaras y este no se encuentra sujeto a condición resolutoria alguna.

En cuanto a la posibilidad otorgada por la disposición a cada una de las Cámaras de corregir, remover y excluir a cada uno de sus miembros, como así también de aceptar la renuncia de cualquiera de ellos, el verbo utilizado (*podrá*) nos exime de mayores justificaciones para concluir en que la ley fundamental otorga una *facultad* en los sentidos expuestos.

34. El artículo 70, en razón del verbo utilizado (*podrá*), nos exime de mayores justificaciones para concluir en que otorga una *facultad* y no obliga a cada Cámara. En el sentido expuesto se expide Humberto Quiroga Lavié cuando dice que otorgar o no el desafuero es una facultad discrecional de cada una de las Cámaras del Congreso, que requiere dos tercios de votos para suspender al legislador.³⁵

35. El artículo 71 confiere una atribución *facultativa* a cada una de las Cámaras. El verbo (*poder*) utilizado nos exime de mayores explicaciones. Sabsay,³⁶ como la mayoría de la doctrina, denomina *interpelación* a esta facultad que pueden ejercer las Cámaras, autónomamente.

³² Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., p. 191.

³³ Jorge R. Vanossi: «La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios», en *JA*, 28.8.1985, p. 51.

³⁴ Jorge Horacio Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 92.

³⁵ Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, p. 331.

³⁶ Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución...*, o. cit., p. 218.

36. El artículo 74 confiere una atribución *facultativa* al Congreso en razón de que si los legisladores pretendieran realizar sus tareas *ad honorem*, nadie podría oponerse (supongamos que se derogue la ley 22994, que establece las remuneraciones de mención y no se sancione ninguna en su reemplazo).

El análisis del artículo 75 merece una aclaración previa: compartimos con Ekmekdjian la tesis de que debería aclarar que las atribuciones en él incluidas lo son sin perjuicio de las prescriptas en otras disposiciones de la misma Constitución.³⁷

A continuación se analizan los incisos no comentados anteriormente, conjuntamente con una disposición precedente.

37. El inciso 2, que debe ser estudiado conjuntamente con la sexta cláusula transitoria, atribuye facultades y obligaciones. La norma, al decir de Gelli, incorpora a la Constitución nacional un régimen tributario de coparticipación federal.³⁸

Coherentemente con las expresiones vertidas cuando se analizó el artículo 52, estimamos que el primer párrafo de este inciso instituye una *facultad* que el Congreso podrá ejercer en la forma que considere conveniente y en el tiempo que lo estime oportuno. Si bien la percepción de tributos es imprescindible para el funcionamiento del Estado, recae en este órgano parlamentario la decisión política de precisar el momento y el modo de ir materializando esta atribución. Además, creemos que la aplicación del vocablo *facultad* utilizado en la primera oración es extensible a todo el párrafo (hasta el punto y aparte) y que este vocablo no se reitera a los fines de no sobreabundar con dicha palabra.

Tanto los párrafos segundo, tercero, cuarto como también el sexto, según Ekmekdjian,³⁹ deben entenderse que refieren a la misma ley convenio (el Senado tiene la atribución exclusiva de ser Cámara de origen). En virtud del mandato establecido por la disposición transitoria sexta, consideramos que existe una *obligación* pendiente aún hoy de cumplimiento, a doce años de la última reforma constitucional que incluyó tal deber. Otra *facultad* se atribuye al Congreso en el párrafo quinto del inciso cuando se le permite transferir competencias, servicios o funciones.

38. El inciso 3, independientemente de la crítica que hace parte de la doctrina⁴⁰ a su redacción por una supuesta incoherencia con el anterior, se infiere de los tiempos verbales utilizados (*infinitivo*) conjugados con su contenido material, que se atribuye una *facultad* y no una obligación al Congreso nacional.

39. El inciso 4, en razón del tiempo verbal utilizado (*infinitivo*), conjugado con su contenido material, atribuye una *facultad* y no una obligación al Congreso nacional.

³⁷ Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., tomo IV, p. 430.

³⁸ María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 541.

³⁹ Miguel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., pp. 541 ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 546.

40. El inciso 5 establece una atribución de carácter *facultativo* en favor del Congreso. Enrique Romero explicaba que «la facultad congresional puede moverse con entera libertad promoviendo una política que, según su criterio, dé mejor respuesta a las finalidades propuestas: económica, financiera y de conducción general en un área vital para el país».⁴¹

41. Los incisos 6 y 11 estatuyen *obligaciones* de ineludible cumplimiento por el Congreso. Si bien Badeni afirma que *es facultad del Congreso determinar cual será la moneda nacional*,⁴² consideramos que la palabra *facultad* es utilizada por este autor como sinónimo de competencia.

En cuanto a la fijación del valor de la moneda nacional y su vínculo con las extranjeras, estimamos que constituye una *facultad* a ejercer por el Congreso, ya que puede optar por una regulación legal rígida (ley de convertibilidad 23928) o por un librecambismo como el vigente, según lo estime conveniente.

42. El inciso 7 se vincula con los créditos y deudas que el Estado Nacional ha contraído. En virtud de ello y en razón de que los acuerdos internos y externos deben ser cumplidos, la Constitución impone con esta norma una *obligación* que debe afrontar el Congreso.

43. Siguiendo a Quiroga Lavié,⁴³ estimamos que el inciso 8 establece una atribución de *obligatorio* cumplimiento por el Congreso de la Nación.

44. El inciso 9 recibió un interesante análisis de Felipe Seisdedos, en cuanto a si el otorgamiento de subsidios a las provincias que no alcancen a cubrir sus gastos es una facultad o una obligación. Arribó a la conclusión de que es una obligación y menciona que se encuentran en esa posición autores como Perfecto Araya, Joaquín V. González, Sánchez Viamonte, Ramella, Quiroga Lavié y Sola.⁴⁴ Entendemos también que constituye una *obligación* a cumplir por el Congreso, porque la manda constitucional caracteriza la especial situación. Si la atribución consistiera en el otorgamiento discrecional de subsidios a cualquier provincia, es claro que sería una facultad. Pero en este caso la Constitución prevé una situación de necesidad de un estado provincial que integra la República y el Congreso no puede, bajo ningún motivo, ser ajeno a ello.

45. El inciso 12 impone por un lado una *obligación* que es trascendente, según Alberdi,⁴⁵ para la unión nacional: dictar los códigos y leyes que taxativamente

⁴¹ Enrique Romero: *Derecho constitucional, realidad política y ordenamiento jurídico*, tomo II, Buenos Aires, Zavallía, 1976, pp. 199 y 200.

⁴² Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, o. cit., pp. 284 y 285.

⁴³ Humberto Quiroga Lavié: «La potestad de contralor del Congreso de la Nación», en *La Ley*, 28.9.1984.

⁴⁴ Felipe Seisdedos: «Los subsidios a las provincias», en Pérez Guillhou y otros: *Las atribuciones del Congreso*, o. cit., pp. 150 y 151.

⁴⁵ Juan Bautista Alberdi: *Elementos del derecho público provincial*, primera parte, cap. 1, punto 1.

enuncia (la facultad adjudicada a las provincias por el artículo 126 actuó solo supletoriamente).

En lo que hace a las demás leyes que puedan considerarse de fondo, su dictado constituye una *facultad* del legislador y esa facultad deviene implícita del esquema constitucional republicano de división de poderes⁴⁶ y del inciso 32 de este artículo, la que podrá ejercer siempre que respete los principios de razonabilidad y coherencia legislativa, así como también a las eventuales competencias provinciales.

46. El inciso 13 impone un *deber* de ineludible cumplimiento por el Congreso. Esta consideración es conteste con la afirmación efectuada por Joaquín V. González respecto a que esta competencia interprovincial e internacional constituye uno de los vínculos más fuertes de la unión.⁴⁷ Sin ella, según este autor, la Nación apenas merecería ese nombre.

47. El inciso 14 es uno de los casos que la trascendencia de la materia impone la *obligación* al Congreso no solo de reglamentar estas actividades sino de establecerlas (no implica monopolio) por sí o por terceros. Y ello nace de la conjugación del presente inciso con el artículo 4 de la Constitución, que instituye la renta de correos como una fuente de recursos del Estado Nacional.⁴⁸

48. Los incisos 15 y 16 instituyen *deberes* al Congreso. Arribamos a dicha conclusión porque tuvimos en cuenta que el ejercicio de dichas competencias son inherentes a la soberanía nacional, y que su materialización no puede ser omitida por el legislador.

49. El inciso 17 contiene *impone* al Legislativo nacional a dictar las normas que positivicen la reglamentación de los derechos y garantías a que hace alusión expresa la norma.

50. El inciso 18, conocido como cláusula del progreso, instauro solo una programación indicativa y no obligatoria.⁴⁹ De ello inferimos a los efectos del presente trabajo que esta disposición atribuye una *facultad* al órgano legislativo nacional.

51. Coincidimos con Sabsay en que los dos primeros párrafos del inciso 19 complementan el inciso 18 del artículo 75.⁵⁰ En virtud de ello nos remitimos al análisis efectuado sobre el mencionado inciso.

En cuanto al tercer párrafo, y en virtud de la trascendencia del tema, compartimos con Gelli en que aquel *obliga* al Congreso a *sancionar leyes de organización y de base de la educación respetando los principios de gratuidad y equidad de la educación pública, sin distinguir niveles de enseñanza*.⁵¹

⁴⁶ Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., p. 431.

⁴⁷ Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1980, p. 407.

⁴⁸ Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., pp. 513 ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 538.

⁵⁰ Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución...*, p. 235.

⁵¹ María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 581.

Por último, el cuarto párrafo también impone un *deber* al Congreso. Para Ekmekdjian es una imposición que el Poder Legislativo debe cumplir para evitar que se siga importando tecnología, por un lado, y, paradójicamente, se continúe «exportando materia gris», por el otro.⁵²

52. El inciso 20 encierra una de las potestades más importantes que tiene el Congreso respecto del Poder Judicial.⁵³ Estimamos que esta atribución constituye una *obligación* a cumplir por el Congreso de la Nación (establecer los tribunales inferiores), ya que una omisión al respecto impediría el acceso a la justicia de los integrantes de esta sociedad.

En cambio, consideramos que el resto de la cláusula instaura una *facultad* que el Poder Legislativo ejercerá en el momento y en la forma que considere pertinente para el cumplimiento de sus fines. Su decisión es esencialmente de política discrecional.

53. El inciso 21 conjuntamente con el artículo 88 instituyen atribuciones de carácter *facultativo*, salvo el caso de la acefalía total del Ejecutivo, en que el Congreso tiene la *obligación* de disponer la cobertura de la vacancia.

54. Los incisos 22 y 24, constituidos en una de las más sísmicas disposiciones agregadas a nuestra Constitución en 1994, otorgan al Congreso de la Nación atribuciones de carácter *facultativo*, alguna de las cuales con jerarquía constituyente o cuasiconstituyente.

55. Estimamos que el Congreso se encuentra *obligado* por el inciso 23 a dictar las normas necesarias en pro de la positivización expresa de la igualdad real de oportunidades.

56. Los incisos 25, 26, 27 y 28 comprenden los poderes militares o de guerra otorgados al Legislativo, al decir de Daniel Sabsay.⁵⁴ Podemos afirmar que, entre ellos, las atribuciones prescriptas por los incisos 25, 27 y 28 son de carácter *facultativo*, atento a que confieren potestades de sustancia política, cuya definición es resorte del órgano más representativo y pluralista que tiene el Estado Nacional.

En cuanto a la atribución impuesta por el inciso 27, estamos convencidos de que imprime un *deber* a cumplir por el Congreso. La fijación o establecimiento de las fuerzas militares constituye un acto de gobierno inherente a la soberanía y a la defensa nacional.

57. El inciso 30 contiene una atribución de carácter *obligatorio*, en tanto y en cuanto es trascendental la permanente vigencia de una norma que regule todo lo atinente a la Capital Federal. En lo que respecta a la legislación reglamentaria de los fines de los establecimientos de utilidad nacional, compartimos la idea de que la manda constitucional establece un deber a cargo del Congreso, cuyo cumplimiento

⁵² Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., pp. 561 y 562.

⁵³ Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución...*, pp. 235 y 236.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 237.

es imprescindible para la precisión de las competencias que en definitiva puedan ejercer los municipios y las provincias.⁵⁵

58. El inciso 32, pese a su amplitud, debe considerarse una manda de carácter *obligatorio* de acuerdo con los fines supremos que esta enumera.

59. El artículo 76 otorga de manera manifiesta al Congreso de la Nación la *facultad* de delegar en el Poder Ejecutivo competencia legislativa acotada en el tiempo y en la materia por razones de emergencia o cuando se trate de materia administrativa. Cabe resaltar que del inciso 12 del artículo 100 CN se desprende la atribución de carácter *obligatorio* del Congreso, el que, a través de la Comisión Bicameral Permanente, debe controlar los decretos mediante los cuales el Poder Ejecutivo ejerce funciones legislativas delegadas.

60. Los artículos del 77 al 84 de la Constitución nacional reglamentan el ejercicio de la función legislativa formal, imponiendo solemnidades de obligatorio cumplimiento. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente cabe resaltar que la misma ley fundamental, en algunos casos, otorga facultades procedimentales puntuales que pueden o no ejercerse (por ejemplo, la establecida por el artículo 79).

61. El artículo 85 contiene una atribución de carácter *obligatorio* en tanto compele al Congreso a dictar la ley reglamentaria de la Auditoría General de la Nación que adquiere así jerarquía constitucional.

62. El artículo 86 se asemeja a la anterior en cuanto contiene una atribución de carácter *obligatorio*, que compele al Congreso a dictar la ley reglamentaria de la Defensoría del Pueblo de la Nación, institución que adquiere de esta manera jerarquía constitucional. El artículo analizado también incluye otra atribución *obligatoria* para el Poder Legislativo ya que debe designarlo con las dos terceras partes de cada Cámara, cada cinco años.

63. El artículo 93 encierra claramente una atribución de *obligatorio* cumplimiento para el Congreso, el que, reunido en Asamblea y si el procedimiento de elección ha resultado conforme a la ley, debe recibir el juramento del presidente y vicepresidente de la Nación cuando estos toman posesión de sus cargos.

64. El inciso 3 del artículo 99 establece una atribución de carácter obligatorio, ya que compele al Congreso a reglamentar el funcionamiento de la comisión bicameral encargada de fiscalizar la potestad de carácter excepcional que tiene el Poder Ejecutivo vinculada al dictado de decretos de necesidad y urgencia.

65. Los incisos 4, 7 y 13 del artículo 99 contemplan atribuciones de expreso carácter *facultativo* a cargo del Senado.

66. El inciso 15 del artículo 99 atribuye al Congreso de la *facultad* de autorizar y aprobar la declaración de guerra y ordenar las represalias que decida el Poder Ejecutivo.

⁵⁵ María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 609.

67. El inciso 18 del artículo 99 incluye una atribución de carácter *facultativo* que, al decir de Ekmekdjian, el Congreso ejerce una vez al año otorgando una facultad general vinculada a este inciso.⁵⁶

68. El artículo 101 contempla una atribución de carácter *facultativo*. Para María A. Gelli la facultad que tiene cada una de las Cámaras para iniciar la moción de censura es de raigambre discrecional.⁵⁷

69. Los artículos 114 y 115 contemplan atribuciones de cumplimiento *obligatorio* para el Congreso, ya que la omisión de reglamentación de estas mandas constitucionales implicaría la obstrucción del mecanismo de selección y de remoción de jueces inferiores de la Nación.

70. El artículo 117 *compele* al Poder Legislativo a dictar las normas procesales que considere pertinentes para reglamentar el acceso de los justiciables a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía recursiva, en el ámbito del Poder Judicial federal.

70. El artículo 118, en su último párrafo, fija una atribución de neto carácter *obligatorio* que el Congreso debe acatar, sin perjuicio de su adecuación a los tratados internacionales que se acuerden sobre esa materia.

72. El artículo 119 encierra una atribución de carácter *obligatorio*, ya que exige al Congreso la tipificación del especial delito de traición contra la patria con su correspondiente sanción.

73. El artículo 120 también instituye un *deber* a cumplir por el Congreso. Este órgano se encuentra compelido así para reglamentar este órgano extrapoder.

74. Los artículos 124 y 125 contemplan atribuciones del Congreso de carácter *obligatorio*. Si bien se encuentra discutida la naturaleza jurídica de la puesta en conocimiento del Congreso a cargo de las provincias que suscriben los tratados internacionales o interprovinciales parciales (recordemos que existe parte de la doctrina que opina que es una simple comunicación⁵⁸ y otra parte considera que ello implica la necesidad de una autorización o aprobación del Congreso),⁵⁹ el deber de comunicación recae sobre las provincias. El Congreso, por su parte y de acuerdo con nuestro entender, se encuentra obligado por la Constitución a exigir su cumplimiento.

75. De los artículos 129 y de las disposiciones transitorias séptima y decimoquinta se desprenden las siguientes atribuciones, todas de *obligatorio* cumplimiento a cargo del Poder Legislativo de la Nación:

Mientras la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se constituya en la capital de la nación, el Congreso de la Nación debe dictar la ley que garantice los intereses de la Nación.

⁵⁶ Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., p. 146.

⁵⁷ María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 740.

⁵⁸ Humberto Quiroga Lavié: «La potestad de contralor...», o. cit., p. 710.

⁵⁹ Flavio Floreal González, citado por Miguel Ekmekdjian en *Tratado de derecho constitucional*, tomo V, o. cit., p. 741.

El Congreso debía convocar a elecciones de convencionales para la sanción del Estatuto organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cuestión llevada a cabo en el año 1996).

También el Congreso debía dictar la ley que reglamente el ejercicio de sus propias atribuciones con respecto a la Capital Federal.

Se dictaron así, en consecuencia, las leyes 24588 y 24620.

Actualmente se encuentra en discusión la compatibilidad de las referidas leyes con el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y con el artículo 129 de la Constitución de la Nación.⁶⁰

5. Conclusiones

El análisis de las atribuciones que la Constitución de la Nación confiere al Congreso de la Nación nos permite arribar a las siguientes conclusiones.

En el texto de la ley fundamental se establecen, por lo menos, sesenta y cuatro atribuciones de carácter obligatorio, y treinta y ocho atribuciones de carácter facultativo.

Como bien puede apreciarse, la Constitución atribuye más deberes que facultades al órgano político donde descansa la representatividad del sistema.

Sin perjuicio de las afirmaciones efectuadas precedentemente, debemos resaltar que en varias ocasiones debimos afrontar la difícil situación de tener que discernir si la ley de jerarquía superior de nuestro ordenamiento jurídico adjudicaba un deber o una facultad al Poder Legislativo. Los métodos de interpretación literal y sistemático fueron los mayoritariamente utilizados para procurar desentrañar la naturaleza jurídica sustancial de la manda constitucional (también la interpretación histórica y sociológica fue empleada a esos fines).

Cabe aclarar que, salvo contadas excepciones, en la mayoría de las veces logramos develar fundadamente el contenido facultativo u obligatorio de la disposición analizada.

Consideramos que el presente no es un trabajo doctrinario acabado, sino un mero punto de partida que procura incentivar futuros trabajos vinculados a la materia tratada.

Estimamos imprescindible la formulación de una teoría general de las atribuciones del Congreso que abarque temas como el cubierto por el presente trabajo y que, además, se extienda más allá del horizonte tenido en cuenta para su elaboración, en especial, en lo atinente a la precisión de la procedencia de las eventuales declaraciones judiciales de inconstitucionalidad por omisión legislativa o funcional del órgano democrático por excelencia (huelga precisar que el Poder Judicial sólo

⁶⁰ María A. Gelli, *Constitución...*, o. cit., p. 877.

podría resolver en ese sentido cuando se trate de una atribución positiva de obligatorio cumplimiento).

Por último, confiamos en que la doctrina y la jurisprudencia se constituirán en los próximos años en la fuente material directa de una futura reforma constitucional que sistematice las atribuciones del Congreso y especifique el carácter de estas, lo que redundará en la posibilidad de un mejor control del ejercicio de la competencia de los legisladores, tan discutida en la forma y en el fondo por gran parte de los argentinos.

Alentamos una próxima modificación de la Constitución de la Nación en el sentido expuesto.

Ricardo Alberto Muñoz*

Atribuciones constituyentes del Congreso nacional. La jerarquización constitucional de tratados de derechos humanos como poder constituyente delegado al Congreso

1. Introducción

La jerarquización de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos a nivel constitucional, que se realizó mediante la reforma de 1994, produjo un fuerte impacto en la arquitectura de nuestra Constitución nacional. Su imprecisa redacción origina no pocas divergencias interpretativas. En esta oportunidad me limitaré a reflexionar sobre algunos aspectos que esa compleja problemática encierra y me detendré especialmente en el alcance de la jerarquización y en la delegación de *poder constituyente* al Congreso nacional, tanto en la atribución de conceder autorización al Ejecutivo a denunciar tratados jerarquizados, como al otorgamiento de dicha jerarquía constitucional.¹

* Profesor titular de Teoría Política II y Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Humanas y profesor asociado de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas, de la Universidad Nacional de Río Cuarto. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Me referí al tema en «El poder constituyente y los tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2004, pp. 127-146. Otros aspectos de esta problemática fueron por mí desarrollados en «Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Según la reforma de 1994», en P. Wehbe y R. Ferrero (comps.): *Relaciones internacionales. Viejas cuestiones, nuevos desafíos*, Río Cuarto, CEPRI-FCH-UNRC, 2003, pp. 59-102.

La reforma de 1994 lleva a reflexionar sobre la *doble vía* para producir cambios constitucionales: la del artículo 30 CN, mediante el clásico sistema de reforma, y la del artículo 75, inciso 22, a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, su egreso por decisión congresional y su impacto sobre la clase de nuestra Constitución. El presente trabajo intenta incursionar sobre la naturaleza y alcance de este nuevo *poder constituyente reformador delegado* como expresión de la soberanía del pueblo del Estado y también, en alguna medida, de la *comunidad internacional* como partícipe de su gestación, emergente de una decisión política fundamental de reforzar la protección de los derechos humanos para determinar la indisponibilidad local de estos, por los poderes constituidos.

2. Globalización y Estado nación

Sin aceptar la *ideología de la globalización* como aquella interpretación realizada por Estados y actores beneficiados por el proceso globalizador, que racionaliza sus propios intereses como universales y válidos para todos en una suerte de «pensamiento único» que descalifica tanto al Estado nación —globalizado— como al intento de este de regular los mercados, es necesario diferenciar dentro del *proceso de globalización* las *amenazas* al Estado nación y a sus sociedades civiles, de las *oportunidades* que emergen para realizar opciones políticas que promuevan el bien común, desafiando las actitudes acrílicas de la globalización.²

Precisamente en esta línea de pensamiento, Scannone reconoce que la globalización puede ir dándose en forma *deshumanizante* o *humanizante*, y si se toman en cuenta sus dimensiones: económica (de los mercados), social (de la sociedad civil) y jurídica-política (del Estado y de las relaciones entre estos), el proceso se puede dar con lógicas y finalidades diferentes. En este sentido, advierte *gérmenes humanizantes* en los procesos de integración regional y, básicamente, en la democratización y *ethos* de los derechos humanos. A la opción social y cultural por la democracia corresponde —dice Scannone— un *ethos* de los derechos humanos tanto en el ámbito universal como regional y nacional, que no puede agotarse con la defensa de los derechos civiles y políticos, sino que se hace cada vez más sensible a los sociales, económicos, culturales y ambientales,³ pero no entendidos estos como meras expectativas programáticas o *derechos debilitados* sino como garantías de libertad real sin los cuales resulta imposible alcanzar los niveles necesarios para disfrutar de los primeros, conjugando los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos

² Daniel García Delgado, *Estado nación y globalización*, Buenos Aires, Ariel, 1998, pp. 36 ss.

³ Juan Carlos Scannone: «La globalización como hecho y como ideología. Emergencia de la sociedad civil, doctrina social de la Iglesia y globalización de la solidaridad», en AA. VV.: *Argentina: alternativas frente a la globalización*, Buenos Aires, Ediciones San Pablo, 1999, pp. 253 ss.

humanos.⁴ Esta *globalización en solidaridad* se enlaza con las declaraciones, pactos y convenios internacionales de derechos humanos, universales y regionales, y contribuye a precisar el núcleo duro de estos derechos humanos inderogables, consolidando nociones de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.

3. Derechos humanos e instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente

3.1. Poder constituyente y derechos humanos

El poder constituyente, cuyo titular es el pueblo, se prolonga temporalmente con su manifestación como poder derivado, renovable generacionalmente. Expresa las fuerzas, las necesidades y las convicciones colectivas en un determinado momento histórico, que pueden traducirse en normas constitucionales, que no son solamente la descripción de cierto estatus como pretensión de durabilidad presencial de generaciones pasadas, sino que también expresan el orden político, social, económico y cultural deseable de las generaciones presentes y para las futuras conformando un acuerdo intergeneracional.

La generación que en 1994 ejerció el poder constituyente derivado, tuvo en cuenta los padecimientos de la comunidad argentina en cuanto a violaciones a los derechos humanos. Por ello, recuperada la vigencia del orden constitucional, aprobadas y ratificadas convenciones y pactos internacionales de derechos humanos, con la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*, se jerarquizaron los tratados sobre las leyes, pero se consideró necesario reforzar esa protección sustrayendo el alcanzado posicionamiento tanto de la voluntad de circunstancias mayorías legislativas como de determinadas integraciones de nuestro alto tribunal, de tal modo que los derechos fundamentales, al reconocerles jerarquía constitucional, adquirieran el carácter de indisponibles para todos los poderes constituidos. Precisamente, la constitucionalización de estos derechos implica profundos cambios en la naturaleza de la democracia, cuya sustancialidad impone la fijación de límites: «la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir, esto es, la lesión de los derechos de libertad, y la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, esto es, en cambio, la no satisfacción de los derechos sociales».⁵

Esta jerarquización no fue una decisión externa impuesta unilateralmente a nuestro Estado, ni tampoco una extralimitación de atribuciones de la Convención, sino una libre y voluntaria decisión del poder constituyente, habilitado por la ley

⁴ Oscar Fappiano: *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 42 ss; Hortensia Gutiérrez Posse: «Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos», en *ED*, 163, p. 893.

⁵ Luigi Ferrajoli: «Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización», en *LL*, 2005-F-1200.

declarativa de la necesidad de reforma, quien dispuso equiparar determinados tratados a la Constitución nacional. Fue esta la que definió el orden de prelación, cedió la exclusividad del escalón superior y lo compartió, completándose de este modo el sistema de derechos con dualidad de fuentes, provocando una retroalimentación entre la interna y la internacional.⁶

3.2. Alcance de la jerarquización constitucional

Los instrumentos internacionales a los que el constituyente de 1994 dispuso otorgarle jerarquía constitucional, y que aquellos como Carlos Colautti consideran que se han incorporado a la Constitución y forman parte de su texto, tienen la misma jerarquía que las normas constitucionales, y debe realizarse una interpretación integrativa.⁷ Mientras tanto, para quienes sostienen que *jerarquización* no significa incorporación al texto, se desprenden dos líneas al respecto. Una que significa darles jerarquía superior a los restantes tratados e incluso leyes pero que tienen un rango inferior a la CN; la otra, que las normas de los tratados jerarquizados y las constitucionales tienen igual jerarquía. La primera lleva al control jurisdiccional de los tratados para garantizar tal gradación, y es la posición —aunque con variantes— de Ramírez Calvo, Recalde de Villar, Badeni, Sagüés, entre otros, aunque para Vanossi y Dalla Via, quienes sitúan a los tratados en el vértice de la pirámide pero en un escalón inferior, no podría declararse la inconstitucionalidad.⁸ La segunda postura, de la cual Bidart Campos resulta su abanderado, dice que, al tener igual jerarquía que la Constitución, integran el bloque de constitucionalidad federal, debiendo articularse entre sí e interpretarse en forma armonizante de tal modo de aplicar la fuente de derechos más favorable a la persona humana.⁹

Esta postura exige la aplicación de las pautas del derecho de los derechos humanos, consistentes en realizar una *interpretación extensiva y progresiva* que indica interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían derechos y restrictivamente las que los limiten; *pro hominis* que obliga al intérprete a buscar y aplicar las normas más favorables a la persona y a su libertad, sean de fuente interna o

⁶ Germán Bidart Campos: «*El sistema de derechos en el derecho de la Constitución*», en AA. VV.: *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Cuadernos y Debates n.º 64, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 97.

⁷ Carlos Colautti: *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 71.

⁸ María C. Recalde de Villar: «*Tratados internacionales. Jerarquía normativa*», en diario *La Ley*, 1.8.1995; Ricardo Ramírez Calvo: «*La Constitución reformada y los tratados internacionales*», diario *La Ley*, 20.3.1995; Gregorio Badeni: *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 139 ss; Jorge Vanossi y Alberto Dalla Via: *Régimen constitucional de los tratados*, 2.ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 322.

⁹ Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar, pp. 555 ss.

internacional, y por ello la *interacción entre derecho interno e internacional o de la doble fuente*, en el sentido de que ambas se abastecen y retroalimentan. Asimismo, las propias pautas emergentes de las convenciones internacionales jerarquizadas, tal como el artículo 29 de la CADH, aclaran que ninguna disposición de la Convención puede entenderse que permite la supresión del goce y ejercicio de derechos o limitarlos en mayor medida que el Pacto, o en mayor grado que el que ya pudieran estar gozando en el derecho interno, ni que se excluyan otros inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Todo ello indica la fuerte incardinación entre las fuentes interna e internacional de tal modo que no pueda existir oposición o contradicciones insalvables entre el texto constitucional y las normas emergentes de los tratados constitucionalmente jerarquizados.¹⁰

Para Quiroga Lavié, el superior peldaño de la escala normativa lo integran la Constitución nacional y los tratados jerarquizados, aclarando que el orden dado por el inciso 22 a la enumeración de declaraciones y tratados no implica preeminencia jerárquica alguna entre dichos instrumentos internacionales ya que todas sus normas gozan de igual rango dentro del bloque de constitucionalidad.¹¹ No obstante, Zlata Drnas de Clement advierte que el derecho internacional señala la existencia de diversas jerarquías entre los tratados y que, entre otros, la Carta de las Naciones Unidas se encuentra en la cúspide del orden jerárquico de tratados,¹² lo que lleva a N. Hillar a afirmar que esta Carta sería un tratado materialmente constitucional.¹³

Por otra parte, la expresión «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución», debe entenderse como que los constitucionalmente jerarquizados en 1994 *no han derogado* normas constitucionales, compartiendo la línea argumental de Bidart Campos en el sentido de que la Constitución nacional y los

¹⁰ No obstante lo expresado, la Corte Suprema en la causa *Chocobar*, en 1996, con el argumento de intentar armonizar las pautas del artículo 14 *bis* CN «jubilaciones y pensiones móviles» con los del artículo 22 de la Declaración y 26 de la CADH de lograr la plena efectividad de los derechos económicos y sociales «[...] en la medida de los recursos disponibles», interrumpe una línea jurisprudencial iniciada en *Ekmekdjian c/ Sofovich*, reiterada en *Fibraca c/ Comisión Salto Grande, Cafés La Virginia y Girolidi*, en los que había privilegiado la directriz protectora ajustada a los fines tutelares que animan a los instrumentos internacionales, trocándola por un retroceso al postergar la mejor realización de un derecho fundamental, condicionándolo a la existencia de recursos financieros, pero omitiendo la aclaración sustancial de los documentos internacionales, que imponen que tales recursos sean «indispensables a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad». En otras palabras, inaplicó adecuadamente los principios de *progresividad* y *pro homine*.

¹¹ H. Quiroga Lavié: M. A. Benedetti y M. Cenicacelaya: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., tomo I, pp. 526, 535.

¹² Zlata Drnas de Clement: «Constitución nacional y jerarquía de los tratados internacionales», en *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución nacional (1853-1860)*, tomo II, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, pp. 307-324.

¹³ Néstor Alejandro José Hillar: «La jerarquía normativa de los tratados internacionales en la Constitución nacional posreforma» en *Semanario Jurídico*, tomo 73, 1995-B, Córdoba, Comercio y Justicia, pp. 485-486.

instrumentos internacionales forman un mismo orden de prelación, de tal modo que ninguna norma puede cancelar a otra por tener igual jerarquía; asimismo, determinados votos de integrantes de la Corte Suprema señalaron que el constituyente de 1994 ya ha realizado el juicio de compatibilización entre los tratados a los cuales confirió jerarquía constitucional y la propia CN, y ha verificado que no se produjo derogación alguna.¹⁴ Se puede agregar que en *Arce (Fallos, 320: 2145)* se afirmó que los tratados jerarquizados forman un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales (considerando 7) y que deben entenderse en función de esta protección al ser humano y no en beneficio de los Estados (considerando 6).¹⁵

La jerarquía constitucional lo es *en las condiciones de su vigencia* que se refiere a las condiciones impuestas por el Estado argentino al momento de obligarse internacionalmente a cumplir el tratado, esto es con las reservas y declaraciones interpretativas, tal la opinión de Travieso, Gelli, Bidart Campos y Haro, entre otros.¹⁶ Asimismo, la Corte Suprema en *Giroldi* sostuvo que la jerarquización de la CADH ha sido establecida por voluntad del constituyente, *en las condiciones de su vigencia*, esto es, «tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación» (considerando 11), agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.¹⁷ Posteriormente, en

¹⁴ *Chocobar, Monges, Petric, S. V. c/ M. D. y Cancela*. El dictamen del procurador en *Mignone*, del 9.4.2002 y el considerando 9 del voto de Boggiano en *Alianza Frente para la Unidad*, del 27.9.2001 expresan la realización de tal juicio de compatibilización de parte del constituyente de 1994. De igual modo, el considerando 10 del voto concurrente del entonces ministro Boggiano en *Simón* y el considerando 17 del voto concurrente del ministro Lorenzetti en esta última causa. En cambio, para el entonces ministro Belluscio, considerando 17 de su voto en *Petric*, se trata de «normas constitucionales de segundo grado».

¹⁵ También el considerando 8 del voto de los ministros Belluscio y Bossert en *Alianza Frente*, del 27.9.2001.

¹⁶ Juan Antonio Travieso: *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina*, Buenos Aires, EUDEBA, 1996, p. 32; María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 1.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 518; Germán Bidart Campos; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, o. cit., tomo VI, pp. 557-558; Ricardo Haro: «Los tratados internacionales en la Constitución de 1853», en *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución nacional (1853-1860)*, tomo II, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 345.

¹⁷ *LL*, 1995-D-461; aunque el considerando 21 del voto de mayoría integrado por los ministros Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano en *Ekmekdjian c/ Sofovich*, ya la Corte había sostenido que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Colautti critica el fallo en *Giroldi* porque a su juicio, luego de que los tratados se incorporaron a la CN dejaron de ser preceptos convencionales para pasar a formar parte de la Constitución, por lo que la interpretación final corresponde a nuestra Corte Suprema (Colautti: *Los tratados internacionales...*, o. cit., p. 80).

Gramajo, reitera la doctrina de *Girolodi* y agrega que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales,¹⁸ aunque ulteriormente en *Acosta* aclara que, si bien las opiniones de la Comisión deben servir de guía y que el Estado debe realizar los esfuerzos para dar respuesta favorable a sus recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber jurídico para los jueces el de dar cumplimiento a ellas por no ser decisiones vinculantes para el Poder Judicial.¹⁹

4. El Congreso nacional y sus atribuciones de poder constituyente derivado delegado

4.1. Poder constituyente derivado delegado o por autorización del constituyente reformador

A la etapa preconstituyente que se asigna al Congreso nacional en el artículo 30 CN, en cuanto declara la necesidad de la reforma, los párrafos segundo y tercero del inciso 22 del artículo 75 CN le atribuyen a este órgano en forma expresa —y también el Poder Ejecutivo implícitamente— una función que es posible denominarla *poder constituyente derivado delegado o autorizado* por la Convención de 1994, al estar facultado para atribuir jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos y a disponer el egreso de tal jerarquía tanto a normas internacionales convencionales a las que el propio constituyente reformador le confiriera tal jerarquía o que el Congreso se le hubiera otorgado.

4.2. Condición sustantiva. Artículo 27 CN

El Congreso nacional está obligado a respetar los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional cuando analice un tratado internacional a los fines de su aprobación e incluso de su jerarquización constitucional, tal la manda del artículo 27 CN. No se limita a los de *paz y comercio*, sino que —como lo señala Bidart Campos— configura un principio básico de nuestro derecho constitucional con relación a todo el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, de tal modo que este derecho no puede prevalecer sobre la Constitución. A juicio de Vanossi y Dalla Via, se trata de una norma dirigida a los poderes públicos encargados

¹⁸ *JA*, 1996-IV-439; el voto en mayoría se integró con los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. Véase la crítica en Néstor Sagüés: «El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en *JA*, 1997-745.

¹⁹ Semanario de *JA*, del 30 de junio de 1999. Véase la opinión de N. Sagüés: «Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos», en este semanario.

de intervenir en las relaciones exteriores, limitándolos en sus atribuciones y encuadrándolos en la subordinación al derecho público constitucional.²⁰

En este sentido, siguiendo a Rosatti,²¹ pueden señalarse como los principios de derecho público a los cuales hace referencia el artículo 27 CN y que deben ser respetados por el Congreso en ejercicio de su *poder constituyente delegado*, los siguientes: a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno y Estado (artículo 1 y concs. CN); b) el principio de juridicidad y reserva (artículo 19 CN); c) el principio de igualdad (artículos 15, 16, 75 inciso 23, y concs. CN); d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (artículos 14, 28, 99 inciso 2, y conc. CN); e) el debido proceso legal (artículos 18 y concs. CN).

A ellos agrego la democracia participativa como forma de vida y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente por el propio convencional de 1994.

4.3. Denuncia de tratados jerarquizados constitucionalmente

El segundo párrafo *in fine* del inciso 22 del artículo 75 CN establece la posibilidad de que los tratados jerarquizados constitucionalmente por esa norma sean denunciados por el Poder Ejecutivo, pero previa aprobación del Congreso nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Vanossi y Dalla Via califican a esta atribución como de *paralelismo de las competencias*, ya que si el Congreso debe participar en la aprobación del tratado también debe hacerlo en la denuncia.²² Aunque en realidad, estimo, que este *paralelismo de competencias* se da en el supuesto de los tratados que llegare a futuro el Congreso a jerarquizar por imperio del tercer párrafo del inciso 22, y en cuyo caso la denuncia autorizada por este órgano tendría tal carácter, pero estrictamente ello no ocurre con los expresamente mencionados en el segundo párrafo del inciso 22, ya que la jerarquización lo fue por decisión del constituyente, mientras que la *desjerarquización* por denuncia es por decisión de los poderes constituidos, lo que ha llevado a Menem y Dromi a sostener que la única variante formal entre los derechos consagrados en los tratados y en la Constitución está en:

la eventualidad de la desconstitucionalización de un tratado por vía de denuncia (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo *in fine*) que es similar en entidad jurídica, a la propia reforma de la Constitución (artículo 30), pues las mayorías declarativas son

²⁰ Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, 1.ª edición, o. cit., p. 103. Jorge Vanossi y Alberto Dalla Via: *Régimen constitucional de los tratados*, o. cit., pp. 35-36.

²¹ Horacio Rosatti: Globalización, estatidad y derecho, en Bielsa, Lavagna, Rosatti: *Estado y globalización. El caso argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 127.

²² Jorge Vanossi y Alberto Dalla Via: *Régimen constitucional de los tratados*, o. cit., p. 306.

análogas, aunque para la desconstitucionalización de los tratados no haga falta Convención Constituyente.²³

Ramírez Calvo sostiene que el único efecto de la denuncia es la desobligación de nuestro país frente a los restantes Estados que lo suscribieron, pero continúa teniendo vigencia en el derecho interno hasta tanto una convención reformadora disponga lo contrario.²⁴ No comparto este criterio, toda vez que ha sido el propio constituyente quien delegó en los poderes constituidos la posibilidad de denunciar un tratado jerarquizado, que constituye el primer paso para que cumplidos luego los requisitos previstos por el propio tratado y la Convención de Viena, se desvincule internacionalmente, por lo que el tratado en cuestión al perder la jerarquía que poseía por imperio constitucional *en las condiciones de su vigencia* y haber sido denunciado, no tiene vigencia interna e internacional en tanto norma convencional. Pero no sería obstáculo para que, de acuerdo con el carácter irreversible y progresivo de los derechos humanos, los derechos puedan mantener dicho estatus constitucional como derechos y garantías del artículo 33 CN.²⁵ La intención del constituyente fue perfeccionar un sistema de protección de derechos humanos y evitar que el Ejecutivo pudiera, por sí solo, denunciar un tratado con el fin de eludir responsabilidad internacional que pudiera ser atribuida por supuesto incumplimiento de las normas convencionales jerarquizadas.

La exigencia de previa aprobación del Congreso se extiende a los que en el futuro obtengan tal jerarquía y que se encuentran previstos en el tercer párrafo del inciso 22 del artículo 75, no obstante encontrarse tal exigencia en el segundo párrafo *in fine* del citado inciso, ya que al compartir ambos igual jerarquía, corresponde aplicar lo que Bidart Campos denomina igual paralelismo de procedimiento para su denuncia y que, así como para alcanzar dicha jerarquía los tratados de derechos humanos requieren una mayoría agravada para alcanzarlo, también debería requerirse la misma para ser denunciados.²⁶ Asimismo, la aprobación congressional para que el Ejecutivo denuncie un tratado jerarquizado debe ser mediante forma de ley.

²³ Eduardo Menem y Roberto Dromi: *La Constitución reformada (comentada, interpretada y concordada)*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 257.

²⁴ Ricardo Ramírez Calvo: «La Constitución reformada...», o. cit..

²⁵ Para Bidart Campos, en cambio, los tratados que se extinguen o denuncian dejan subsistente su normativa en nuestro derecho interno, lo que lleva a afirmar que la jerarquía constitucional le fue otorgada por la propia Constitución, no es susceptible de cancelarse aun cuando carezca de fuente internacional, además porque la adquirió *en las condiciones de su vigencia* imperantes al 24 de agosto de 1994 siendo inalterables en el futuro (*Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., pp. 576 y 577). Me permito discrepar con el distinguido profesor, ya que ello implicaría petrificar el texto constitucional y al mismo tiempo evitar interpretaciones dinámicas toda vez que «las condiciones de su vigencia» pueden ir variando con el transcurso del tiempo, tal el retiro o renuncia de reservas existentes al momento de su jerarquización o incluso con nuevas interpretaciones que, por ejemplo, sobre la CADH podría realizar la Corte Interamericana.

²⁶ Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., pp. 574 y 575.

4.4. Jerarquización constitucional de otros tratados sobre derechos humanos

El tercer párrafo del inciso 22 realiza una importante apertura hacia la futura jerarquización constitucional de otros tratados sobre derechos humanos, distintos a los expresamente enumerados en el párrafo anterior. La norma prescribe que «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». Se trata de una atribución de poder constituyente delegado por el constituyente reformador a los poderes constituidos en materia de jerarquización de derechos humanos, lo que ha sido calificado por Travieso²⁷ como un «procedimiento indirecto de reforma constitucional», aunque en realidad se trata de una mutación constitucional por adición toda vez que el texto de la CN permanece inalterable aunque con cambios en el «bloque de constitucionalidad federal».

La primera cuestión radica en determinar cuáles tratados son pasibles de jerarquización constitucional. Bidart Campos se detiene en el supuesto de tratados que contengan algunas normas sobre derechos humanos pero que globalmente no fueran de derechos humanos; no sin margen de duda, se inclina por hacer prevalecer la *verdad material* de la naturaleza de cada norma al margen de la *verdad formal* o contexto del que forma parte.²⁸ Pero mayor envergadura tiene la duda de si los tratados de derecho penal internacional pueden ser jerarquizados constitucionalmente. Al respecto, para Susana Albanese los tratados de derechos humanos reconocen derechos y establecen órganos de control para velar por su observancia y proteger a las víctimas; en cambio la finalidad del derecho penal internacional es crear tribunales, investigar, juzgar y castigar violaciones a los que resulten culpables, aunque con convergencias en torno al respeto de los derechos humanos.²⁹

Surgen dudas sobre si es necesario el cumplimiento de una doble aprobación congresional para jerarquizar constitucionalmente un tratado. Bidart Campos es de la opinión de que al momento de sancionarse la reforma de 1994 ya existían tratados de derechos humanos aprobados por el Congreso, que constituían derecho vigente, por lo que restaba solamente la decisión congresional de dotarlos de la suprema

²⁷ Juan Antonio Travieso: *Los derechos humanos en la Constitución...*, o. cit., p. 35.

²⁸ Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., p. 572.

²⁹ Susana Albanese: «El Estatuto de Roma de 1998 y los tratados sobre derechos humanos», en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 121-142. Esto lleva a la autora a sostener que, por no tratarse estrictamente de un tratado de derechos humanos, no correspondería jerarquizar constitucionalmente al Tratado de Roma de 1998, especialmente por las divergencias jurisprudenciales entre los tribunales de derechos humanos y penales internacionales. Véase asimismo Zlata Drnas de Clement: *Algunas consideraciones sobre las diferencias entre jurisdicción penal internacional y protección internacional de derechos humanos*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <<http://www.acader.unc.edu.ar>>.

jerarquía, en cuyo caso resulta entendible el cumplimiento de las dos etapas; pero cuando se trata de tratados todavía no incorporados a nuestro derecho interno, el Congreso podría obviar los dos pasos y con solamente una aprobación con quórum agravado en el mismo acto se dispusiera la aprobación y jerarquización constitucional.³⁰ Sin embargo, la intención del constituyente parece ser la del desdoblamiento del procedimiento, tal la opinión de Rodolfo Barra,³¹ con la que doctrinariamente concuerda Susana Albanese estimando que deben cumplirse ambas etapas y en forma independiente, correspondiendo la primera a la negociación y firma del Ejecutivo, aprobación por el Congreso y ratificación en sede internacional, mientras que la segunda, ya incorporado el tratado al derecho interno, mediante el quórum de votos agravado corresponde la jerarquización constitucional.³² Personalmente estimo conveniente el desdoblamiento en dos procedimientos, uno para aprobar y otro para jerarquizar, lo que debería realizarse mediante ley, previo cumplimiento del quórum de votos exigido para el caso y posterior promulgación del Poder Ejecutivo, quien podrá ejercer derecho de veto.³³ Ello significa que la delegación de atribuciones constituyentes realizada por la Convención lo fue tanto al Congreso nacional en forma expresa, como al Poder Ejecutivo implícitamente, ya que tiene la atribución de promulgar u observar las leyes que jerarquizan constitucionalmente un tratado de derechos humanos.

Para Pérez Guilhou se ha trasladado el ejercicio de poder constituyente desde la Convención hacia el Legislativo y Ejecutivo, los cuales pueden modificar jerarquías constitucionales, mientras que para Néstor P. Sagüés y Alberto Zarza Mensaque implica ejercicio de poder constituyente, ya que confiere alcurnia constitucional a normas hasta entonces subconstitucionales.³⁴

³⁰ Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., pp. 568 y 569.

³¹ *DSCC*, p. 2833.

³² Susana Albanese: «Panorama de los derechos humanos en la reforma constitucional», en *ED*, 163, p. 934. Ramírez Calvo es de opinión de la doble aprobación, agregando que al no especificar el texto constitucional plazo entre aprobación y jerarquización, por analogía debería aplicarse el de 120 días entre una y otra para la aprobación de tratados de integración con países no latinoamericanos (Ramírez Calvo: «La Constitución reformada», o. cit.)

³³ En contra de la intervención del Ejecutivo para el otorgamiento de jerarquía constitucional ya que la promulgación no resulta constitucionalmente exigible, véase Víctor R. Lorenzo: *Manual del derecho de las convenciones*, Buenos Aires, Ediciones D&D, 1998, p. 57. Mi criterio es que si el Congreso aprueba mediante forma de ley, se debe aplicar íntegramente el proceso de formación y sanción de leyes previsto constitucionalmente que, obviamente, incluye la intervención del Poder Ejecutivo, salvo en aquellos casos expresamente vedada su intervención, por ejemplo, artículo 40 CN.

³⁴ Dardo Pérez Guilhou: «Sistema y régimen político argentino. ¿Ha cambiado con la reforma de 1994?», en AA. VV.: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 40 y 41; Néstor Sagüés: «Jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas», en *El Derecho*, 173, o. cit., pp. 888 y 889; Alberto Zarza Mensaque, «La reforma constitucional de 1994 y el régimen de los tratados internacionales», en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 288. Quiroga Lavié, Cenicacelaya

En mi criterio, el párrafo 3.º constituye una *cláusula abierta* dirigida a un reforzamiento tuitivo de derechos fundamentales no inscriptos en la Constitución o en los tratados jerarquizados por decisión del constituyente reformador de 1994, de tal modo que permite al Congreso y al Poder Ejecutivo realizar una tarea que bien puede calificarse como *constituyente derivado y delegado* al otorgar tal jerarquía, cuando adviertan tal necesidad y conveniencia ante instrumentos internacionales que progresivamente brindan mayor y mejor tutela. De tal modo, al catálogo de derechos y garantías previstos en el texto constitucional se lo amplía con los emergentes de las declaraciones y tratados jerarquizados en 1994, quedando *abierto* a la espera de nuevas incorporaciones que el progreso de la conciencia jurídica exija siguiendo la clara directriz protectora con valor de programa en permanente realización. Corresponde a la prudencia y cuidadoso estudio y análisis del legislador ordinario, devenido por delegación en constituyente, determinar si ello corresponde y vigilar el fiel respeto a los principios del artículo 27 CN, evitando tentaciones de pretender jerarquizar constitucionalmente todo cuanto aparece en materia de tratados internacionales.

Actualmente dos tratados gozan de jerarquía constitucional. Uno, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, aprobada por ley 24556 y con rango constitucional mediante ley 24820, sancionada con las mayorías exigidas constitucionalmente y promulgada en virtud del artículo 80 CN.³⁵

El otro, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que adoptó la Asamblea General de la ONU en 1968 y que nuestro país aprobó mediante ley 24584 sancionada en 1993, aunque la adhesión a esa Convención recién se dispuso en 2003.³⁶ Asimismo, mediante ley 25778 de dicho año se le otorgó jerarquía constitucional y fue promulgada mediante decreto 688/03.

González Campaña entiende que el Congreso, en uso de los poderes implícitos del artículo 75, inciso 32, y ejecutando la delegación del constituyente, puede disponer la incorporación al catálogo de instrumentos internacionales del inciso 22 a los

y Benedetti la califican como función semiconstituyente, pues sin modificar el texto constitucional puede producir cambios como si fuera una convención reformadora (Derecho Constitucional)», o. cit., p. 536).

³⁵ Véase un comentario sobre el tema en Néstor Pedro Sagiés: «Jerarquía constitucional...», o. cit., p. 888. Este autor estima que, así como el Congreso eligió *la ruta de la doble ley*, por lo que debió cumplir con todo el proceso de formación y sanción de leyes prevista constitucionalmente, lo que permitiría al Ejecutivo vetar la ley, también estima que podría haber escogido otra ruta, menos dependiente del Ejecutivo, tal la declaración o resolución de cada Cámara. Esta última «ruta» no la comparto.

³⁶ Mediante decreto 579 del 13.8.2003 se dispuso adherir a la Convención e instruir al ministro de Relaciones Exteriores a adoptar las medidas necesarias para concretar el depósito del instrumento de adhesión en la Secretaría General de la ONU.

que le confiera jerarquía constitucional.³⁷ No comparto tal apreciación, toda vez que agregar al texto del segundo párrafo del inciso 22 los nuevos instrumentos internacionales jerarquizados, implicaría una reforma constitucional no autorizada, al margen del artículo 30 CN. Asignar jerarquía constitucional no equivale a incorporarlos al texto escrito de la Constitución, aunque integren el bloque de constitucionalidad federal.

4.5. *El retiro de las reservas, interpretaciones y declaraciones*

Expresamos que *en las condiciones de su vigencia* hacía referencia a las limitaciones o condiciones impuestas por el Estado argentino al momento de obligarse internacionalmente a cumplir el instrumento internacional y que deben interpretarse en sentido restrictivo a los fines de evitar la desnaturalización del tratado y ser adecuadas al objeto y fin de este. No obstante la admisión de las reservas y de las dificultades para determinar sus efectos jurídicos, como así también la circunstancia de que en no pocas oportunidades no se conoce con precisión —aunque de aplicarse la ley 24080 se evitaría el problema— si han sido o no aceptadas por los otros Estados contratantes o por el órgano internacional de control, aparece la cuestión sobre las exigencias a cumplir para proceder al retiro de las *reservas* o *interpretaciones*. Para quienes consideran que las reservas no forman parte del tratado, sería suficiente el mismo instrumento por el cual la reserva o interpretación fue incorporada.³⁸

Entiendo que la jerarquización constitucional dispuesta por el constituyente reformador o por el Congreso en ejercicio de poder constituyente derivado, lo fue *en las condiciones de su vigencia*, esto es tal como se había obligado el Estado argentino —con las reservas e declaraciones interpretativas—, de modo que el retiro exige la mayoría agravada de dos tercios de cada Cámara y la posterior decisión presidencial como responsable de las relaciones exteriores.

Cabe citar que en la causa *Simón*, el voto de la ministro Argibay señaló que la reserva realizada por Argentina al ratificar el PIDCyP mediante ley 23313, artículo 4.º, relativo a la vigencia del principio de legalidad para nuestro país, había quedado «debilitado por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad» (considerando 16). En realidad, el invocado *debilitamiento* tuvo en dicho voto efectos de inaplicabilidad de la reserva en una suerte de *derogación* de esta, pero sin que se cumplieran los extremos previstos normativamente para el retiro. Asimismo, el *debilitamiento* por eliminación jurisprudencial de la reserva implicó

³⁷ Germán González Campaña: «El juicio de compatibilidad de los tratados internacionales realizados por el Congreso», en diario *La Ley*, 10.11.2004, p. 3.

³⁸ Conv. J. P. Cafiero, *DSCC*, p. 3103. El convencional De Vedia entiende que no forman parte del tratado y puede ser retirado en cualquier momento por el gobierno sin necesidad de aplicar el mecanismo de los dos tercios (*DSCC*, p. 2877).

desplazar la vigencia del artículo 18 CN, lesionando uno de los principios de derecho público del artículo 27 CN.

4.6. *¿Hay gradaciones entre las normas jerarquizadas por el constituyente de 1994 y las que jerarquice el Congreso nacional?*

El entonces ministro Belluscio había destacado que las normas provenientes de los tratados a los cuales el constituyente de 1994 jerarquizó constitucionalmente eran normas de segundo grado (ratificando dicha posición en el considerando 15 de *Arancibia Clavel*), que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución nacional. El ministro Fayt, en los considerandos 24 y 32 de *Arancibia Clavel* y en el considerando 61 de *Simón* considera que en todos los casos el Poder Judicial debe realizar el juicio de comprobación de todos los tratados internacionales, y que los consagrados en los párrafos segundo y tercero del inciso 22 del artículo 75, si bien son jerárquicamente superiores a los demás tratados, no significa que sean la Constitución misma, ya que deben respetar los principios de derecho público constitucionalmente consagrados en el artículo 27 CN.

Los votos del ministro Boggiano señalan una misma jerarquía normativa, sosteniendo que así como el constituyente reformador realizó el juicio de compatibilización entre normas constitucionales y de los instrumentos internacionales, verificando la inexistencia de derogación debiendo interpretarse que «tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente» (considerandos 20, 21 y 22 de *Monges*, considerando 9 de *Arancibia Clavel* y considerando 10 de *Simon*), de igual modo resulta aplicable a los supuestos del tercer párrafo del inciso 22 del artículo 75, ya que:

cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma, según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que este no solo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa.

El entonces ministro agregaba que «tal juicio constituyente del Congreso nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino solo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución» (considerandos 10 y 13 de *Arancibia Clavel*, considerandos 10 y 12 de *Simón*). De igual modo, los votos concurrentes de Zaffaroni (considerando 28 de *Simón*) y Lorenzetti (considerandos 16 y 17 de *Simón*) señalan que no se autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución o de los tratados internacionales sobre otra desconociendo la vigencia de esta última, mientras que la Constitución debe ser entendida por las reglas que componen su articulado y los tratados del artículo 75, inciso 22, que tienen jerarquía constitucional. Tajante es la afirmación del ministro Zaffaroni cuando sostiene

en *Simón* que «al admitir la jerarquización de normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución», agregando seguidamente que cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución, y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. Lorenzetti rechaza la existencia de normas constitucionales de segundo grado por no compadecerse con la propia Constitución nacional en materia de derechos humanos (considerando 17 en *Simón*); y agrega que la «función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones».

Si las provenientes de instrumentos internacionales fueran normas constitucionales de *segundo grado*, entonces tendríamos un bloque de constitucionalidad con diversas graduaciones, lo que llevaría a disolver, hasta hacerla desaparecer, la jerarquización constitucional dispuesta por el constituyente de 1994. No tendría ningún sentido llevar a jerarquía constitucional determinados instrumentos internacionales de derechos humanos si tuviera como único efecto el ser superiores a los restantes tratados y, por ende, a las leyes. El elevarlos al mismo nivel que la propia CN no implica derogar ni desconocer a esta sino que, al conformar un código, significa que «el único criterio interpretativo conveniente debe ser aquel que tienda a conciliar sus diversas cláusulas [...] en el sentido de armonizar, de unir, de fundir todas las cláusulas que aparezcan contradictorias.³⁹ Pero tampoco debieran aplicarse automáticamente *bloqueando* a la Constitución por ser normas de derecho internacional, si lesionaran derechos y garantías tuteladas constitucionalmente. Como lo ha venido sosteniendo tradicionalmente nuestra Corte Suprema, «las cláusulas constitucionales no deben ser interpretadas de manera que se las ponga en conflicto unas con otras, sino que las armonice» y que no deben ponerse frente a frente las facultades para que se destruyan recíprocamente, «sino armonizándolas, dentro del espíritu que les dio vida».

5. Conclusiones

El inciso 22 del artículo 75 se inscribe en una línea protectora de los derechos humanos afianzando su indisponibilidad con el otorgamiento de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales, tanto al elevarlos a igual nivel que la propia Constitución como al reconocer la jurisdicción y competencia de órganos supranacionales protectores de aquellos. La supremacía se exterioriza ahora en la clara existencia de un bloque de constitucionalidad federal integrado por la Constitución nacional y los instrumentos internacionales que alcanzaron su misma jerarquía. La protección encuentra ahora una doble fuente: interna e internacional, que se potencian recíprocamente y donde ninguna de ellas habilita a frustrar la que proporcione

³⁹ Joaquín V. González: *Obras completas*, vol. V, p. 31.

mayor y mejor protección en la aplicación de los principios del derecho de los derechos humanos.

Esta *doble fuente* hace, como claramente lo señala Rolando Gialdino, que nuestro ordenamiento jurídico interno comience a acercarse a otros que creíamos más lejanos y a distanciarse de otros, que estimábamos más cercanos.⁴⁰ El acercamiento o distanciamiento lo da la circunstancia de ratificar o no tratados internacionales de parte de los Estados, que impacta en las fuentes mediatas e indirectas de nuestro derecho constitucional, y en este sentido es probable que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos compartan el papel que tradicionalmente tuvieron los fallos de la Suprema Corte estadounidense como elemento interpretativo de nuestro más alto tribunal, aunque sin olvidar la observación de José Manuel Estrada, en la indispensable consulta a la historia de cada nación para apreciar en su significado sustancial la doctrina de las cláusulas constitucionales, ya que textos materialmente iguales no tienen el mismo significado ni responden a las mismas necesidades. En este sentido, aunque sin compartir la jerarquización normativa entre las normas del bloque de constitucionalidad federal, a que hace referencia Fayt, estimo importante destacar el necesario *margin de apreciación nacional* que este ministro adopta, por el cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión o de apreciación autónomo en la introducción de normas internacionales emergente del artículo 27 CN, sin que ello implique realizar interpretaciones de mala fe que desvirtúen la vigencia de las normas internacionales.

Estimo que el bloque de constitucionalidad federal está parcialmente integrado por normas rígidas, tales las emergentes del texto constitucional de 1853-60 con las reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994, para cuya reforma es imprescindible el procedimiento del artículo 30 CN; y con normas dotadas de rigidez procedimental aunque no orgánica como son los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente con un procedimiento de modificación flexible en una suerte de mutación constitucional, tanto para disponer el egreso como el ingreso de normas con jerarquía constitucional. De tal modo que, como lo señala Horacio Rosatti, existen normas cuyo ingreso y egreso a la jerarquía constitucional se realiza por vía del procedimiento de reforma del artículo 30 CN; normas ingresadas mediante decisión del poder constituyente derivado pero con posibilidades de egresar de la jerarquía mediante el inciso 22 del artículo 75 CN; y normas cuyo ingreso y egreso a la jerarquía constitucional se dispone mediante el procedimiento de este inciso.⁴¹

⁴⁰ Rolando Gialdino: «Fuentes comparadas de la Constitución nacional en materia de derechos humanos. Acercamientos. Distanciamientos: el caso de los Estados Unidos de América», en diario *El Derecho*, 23.10.2003.

⁴¹ Horacio Rosatti: «La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución nacional», en AA. VV.: *Defensa de la Constitución. Libro en reconocimiento al doctor Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 276.

No se escapa la dificultad interpretativa frente a la aplicación de normas de fuente nacional e internacional de la misma jerarquía en los casos concretos. Especialmente, cuando la elevación al rango constitucional fue dispuesta por órganos constituidos en ejercicio de atribuciones constituyentes delegadas. Tal vez resulte necesario —en una próxima reforma constitucional— adoptar el sistema de control de constitucionalidad previo, extrínseco e intrínseco, a cargo de la CSJN en materia de tratados internacionales cuya jerarquización constitucional se pretenda.

La apertura de nuestra Constitución evidencia que esta ya no está en soledad y por ello no podemos considerarla como un universo cerrado y excluyente, sino como nos lo enseña Pablo Lucas Verdú, como un pluriverso basado en el pluralismo interno, internacional y comunitario,⁴² dentro de —como lo afirma Ricardo Haro—⁴³ un proceso manifiestamente vigoroso de la incesante búsqueda de la humanidad, aunque parezca paradójico, de encontrarse con el hombre, centro de todo el quehacer cultural y de toda civilización.

⁴² Pablo Lucas Verdú: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid - Ediciones Beramar, p. 91.

⁴³ Ricardo Haro: «Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos», exposición en la Universidad de Talca, abril de 2003.

Carlos Fernando Machado*

La función preconstituyente del Congreso nacional

1. El artículo 30 de la Constitución nacional

La Constitución nacional argentina se encuadra según la unánime doctrina dentro de aquellas denominadas *rígidas* cuando se analiza la clasificación según el mecanismo que adopta para su reforma. En efecto, la cláusula constitucional específica que alude a la reforma de nuestra ley fundamental, textualmente expresa:

Artículo 30: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Claro queda entonces que nuestra carta magna solo puede reformarse —en principio— mediante una convención reformadora *convocada al efecto* por el Congreso de la Nación, que ejerce así su rol preconstituyente. Decimos «en principio» debido a que algunos prestigiosos autores manifiestan que luego de haberse incorporado los tratados internacionales sobre derechos humanos al texto con idéntica jerarquía a la de la propia Constitución a través del artículo 75, inciso 22, esta *rigidez* se ha atenuado, pues al añadirse un nuevo tratado con jerarquía constitucional (siempre en un todo de acuerdo con el sistema previsto y con las mayorías parlamentarias exigidas),

* Abogado, docente de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue convencional constituyente en la provincia de Córdoba, en 2001.

se estaría modificando el texto constitucional y esto significaría *stricto sensu* una reforma constitucional sin intervención de una convención.

Pero más allá de esta digresión, el objeto de este trabajo es analizar la función del Poder Legislativo en su tarea preconstituyente, concretamente al momento de declarar la necesidad y oportunidad de la reforma constitucional. En particular, queremos analizar si ella se cumplimenta solamente a través de una *ley declarativa de la necesidad de la reforma*, o bien si basta que el Congreso emita una simple declaración, en el marco de sus atribuciones.

Analizaremos en primer lugar exhaustivamente el artículo 30, ahondando en su origen, su interpretación auténtica y exegética, la opinión de la doctrina y alguna jurisprudencia existente.

1.1. El origen del artículo 30

Este precepto ha llegado hasta nuestros días prácticamente sin sufrir variantes sustanciales. La comisión redactora de la Convención Constituyente de 1853 (poder constituyente originario e *ilimitado*, en palabras de Bidart Campos)¹ modificó el esbozo que sobre este tema elaboró Juan B. Alberdi en su proyecto de Constitución. En efecto, el jurista tucumano había previsto que las dos terceras partes de las legislaturas provinciales avalaran la necesidad de la reforma,² inspirado seguramente en el texto del artículo V de la Constitución de los Estados Unidos.

De esta manera, el texto sancionado por la Convención del 53 era el mismo que permanece hasta la actualidad, pero con el agregado de que ella no podía ser reformada hasta tanto no operara al menos un plazo de diez años. Como es harto conocido, y con motivo de la organización nacional inconclusa y la imperiosa necesidad de unir y pacificar a la patria luego de la batalla de Pavón, se celebró la reforma constitucional del año 1860. Este acontecimiento histórico ha debido ser incluso motivo de una creación doctrinaria que reconoce al maestro Germán Bidart Campos como el autor, que consistió en denominar a este proceso como *poder constituyente originario abierto*.³ Concretamente, el artículo 30 sancionado expresaba: «La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados *diez años desde el día en que la juren los pueblos* [...]» (el texto resaltado es que excluye la convención reformadora del año 1860, concretamente de su artículo 8.º).⁴

¹ G. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 375.

² Concretamente, el artículo 39 del proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, de Juan B. Alberdi, expresaba: «Es ineficaz la proposición de reforma que no es apoyada por dos terceras partes del Congreso o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales».

³ G. Bidart Campos: *Manual...*, o. cit., pp. 375 y 376.

⁴ Al respecto puede consultarse el texto *Asambleas constituyentes argentinas*, publicado en Buenos Aires bajo la dirección de Emilio Ravignani, por la editorial Peuser, 1939.

1.2. Evolución hasta la actualidad

De todos modos, lo cierto es que desde 1860 hasta la fecha el artículo 30 de nuestra Constitución ha permanecido incólume y para el objeto de nuestro análisis —la necesidad o no de la sanción de una ley declarativa— podemos afirmar sin temor a equivocarnos que desde la misma sanción de la carta magna, el texto ha permanecido inalterable.

Posteriormente, ya sea a través de las reformas constitucionales o de aquellas que la doctrina ha bautizado como *mutaciones*, este texto no ha sido modificado en ninguno de sus aspectos y por lo tanto podemos escudriñar la voluntad del constituyente que ha permanecido inalterable en el tiempo desde el poder constituyente originario hasta nuestros días.

Incluso en la convención reformadora del año 1949 este artículo 30 fue modificado al sancionarse el siguiente texto:

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

Una ley especial establecerá las sanciones para quienes, de cualquier manera, preconizaren o difundieren métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se propongan suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos, y a quienes organizaren, constituyeren, dirigieren o formaren parte de una asociación o entidad que tenga como objeto visible u oculto alcanzar alguna de dichas facultades.

Nótese lo curioso de esta reforma para nuestro tema en análisis. Al artículo 30 se le agrega un segundo párrafo similar a lo que en la actualidad es el artículo 36, que versa sobre la defensa del sistema democrático y comienza prácticamente utilizando la palabra *ley*; y también se modifica el primer párrafo —que es, en definitiva, el texto del artículo 30 que conocemos— pero especificando lo concerniente al cómputo de la mayoría agravada necesaria para la declaración de la necesidad de la reforma, estipulando que los dos tercios de los legisladores deben ser contabilizados sobre los que se encuentren *presentes* en el recinto; pero nada dice acerca de si el pronunciamiento del Congreso en este tema deberá materializarse mediante una ley o no, manteniéndose en este aspecto. Cabe a esta altura preguntarnos: ¿por qué estos convencionales que estaban habilitados para reformar *integralmente* la Constitución no se avocaron a especificar este aspecto referido al instrumento necesario para habilitar el mecanismo de la reforma?

Evidentemente, para los convencionales constituyentes este tema ha sido siempre muy claro, pues de no ser así considerado se habría modificado el texto constitucional. Lo importante entonces es conocer cuál ha sido la interpretación auténtica en esta materia.

Si interpretamos literalmente el texto del artículo 30 de nuestra Constitución, veremos que en ninguna parte se incluye al término *ley* o incluso una acepción más amplia, como podría ser la palabra *reglamentación*, como sucede en otras disposiciones. A mero título ejemplificativo, podemos mencionar el artículo 17, que contiene el término *ley* repetido cinco veces; o el artículo 14, que dice: «[...] conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio». ¿Cuál habrá sido la razón por la cual los convencionales del 53 utilizaron esta terminología y que, al momento de reformarse este artículo, en el año 1860, no modificaron lo atinente a este tema? Sobre esto avanzaremos en los apartados siguientes.

2. La declaración de la necesidad de la reforma, ¿mera declaración o ley formal?

Intentaremos demostrar a partir de este punto nuestra tesis que afirma que para expresar la voluntad del Poder Legislativo actuando en su rol *preconstituyente* no es necesaria la sanción de una ley.

En efecto, siguiendo a Sagüés, diremos que el Congreso se manifiesta a través de distintos productos.⁵ Así, este notable jurista expresa que el Congreso —en particular cada Cámara— puede emitir leyes, resoluciones, comunicaciones, decretos, sentencias (se refiere fundamentalmente a las resoluciones atinentes al juicio político) y *declaraciones*. Sobre estas últimas manifiesta:

Se refieren, según el reglamento de Diputados a expresiones de la Cámara sobre cualquier asunto de carácter público o privado, o manifestar su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado, o de adoptar reglas generales referentes a sus procedimientos (artículo 99). Para el Senado tienen por meta «reafirmar las atribuciones constitucionales» de la Cámara o expresar una opinión suya (artículo 110, reglamento).⁶

Si tomamos al pie de la letra estas definiciones, podemos observar que no está impedido el Congreso de la Nación (ya sea sesionando cada una de sus Cámaras por separado o bien en Asamblea Legislativa) de expresar su voluntad referida a la necesidad de la reforma constitucional en los términos del artículo 30 de nuestra ley fundamental, a través de una *declaración*. En efecto, la reforma constitucional bien puede considerarse como «expresiones de la Cámara sobre cualquier asunto de carácter público o privado»; o también como manifestaciones de «su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado», para utilizar la terminología del reglamento de la Cámara de Diputados; o el modo de «reafirmar las atribuciones

⁵ Cf. lo que puede observarse en su obra *Elementos de derecho constitucional*.

⁶ Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 419.

constitucionales o expresar una opinión» del Senado, en los términos de su reglamento interno, como hemos visto.

No sería inconstitucional, según nuestro parecer, que cada Cámara manifestara su postura favorable a una reforma de la Constitución a través de sendas declaraciones, emitidas eso sí cada una de ellas por la mayoría de dos tercios de sus miembros, al menos. Incluso, si ambas Cámaras se reunieran en Asamblea Legislativa y como tal aprobaran una declaración de necesidad de la reforma constitucional contando con ello con más de los dos tercios de votos.

Algunos autores se han expresado sobre este tema y a sus opiniones nos remitiremos a continuación.

3. Doctrina

Comenzaremos con el destacado constitucionalista mendocino Armagnague, quien a su vez actuó como convencional constituyente en la reforma del año 1994. Él dice:

1) La necesidad de la reforma, ¿debe ser por ley o basta una declaración? La doctrina se encuentra dividida. Montes de Oca, Ramella y Vanossi sostienen que debe ser hecha por ley pues las funciones del Congreso son esencialmente legislativas. Dicha tesis fue sostenida por el Partido Peronista en la Constitución de 1949. Abonan esta tesis los precedentes de reforma pues tanto en 1860, 1866, 1898, 1949 y en 1994 a través de la ley 24309, estableciéndose en esta última que la ley se denomina «ley de declaración», a los fines de cumplir con el artículo 30. Otro sector de la doctrina entiende que no es necesario reformar el texto constitucional mediante una ley, por los siguientes argumentos: que el texto del artículo 30 es claro, pues dice «declaración»; porque requiere el voto de las dos terceras partes, y la sanción de una ley no lo requiere en ningún caso, etcétera. Esta fue la postura sustentada por la Unión Cívica Radical en la convención de 1949, enrolándose en esta postura Estrada, González Calderón, Bielsa, Linares Quintana, Bidart Campos, Badeni, etcétera.⁷

La primera conclusión a la que arribamos es que una parte de la doctrina opina que bien puede expresarse el Congreso en su rol preconstituyente mediante una *declaración*, y que no es entonces imprescindible la sanción de una ley. En segundo lugar, podemos observar que muchos y muy prestigiosos autores han sostenido esta posición, entre ellos los más tradicionales. A continuación sondeamos en la opinión del maestro Germán Bidart Campos, quien afirma:

[...] La de iniciativa está a cargo del Congreso, al que el artículo 30 le encomienda declarar la necesidad de la reforma. No dice la norma cómo debe trabajar el Congreso, ni qué forma debe revestir el acto declarativo; sólo fija un quórum de votos. a) Creemos extraer del derecho espontáneo —o sea, de la praxis ejemplarizada— lo que la norma escrita ha omitido expresamente; a') El congreso trabaja con cada una de

⁷ Juan F. Armagnague: *Constitución de la Nación argentina. Comentada, anotada, concordada*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 177.

sus Cámaras por separado; a'') coincidiendo ambas, el congreso dicta una ley. El acto declarativo tiene, entonces, forma de ley ¿Está bien? Creemos que no; en primer lugar, ese acto tiene esencia o naturaleza política, y hasta preconstituyente; no es un acto de contenido legislativo y, por ende, no debe tomar la forma de la ley [...].⁸

Interesante es la postura asumida por la Dra. María Angélica Gelli (docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés, entre otras unidades académicas) sobre este tópico. Ella afirma:

[...] el Congreso se expresa mediante la sanción de leyes materiales y formales; de reglamentos; de resoluciones y eventualmente, de declaraciones en las que podría expresar su opinión o voluntad institucional sobre actividades u omisiones de los otros organismos o personas. Dado que el artículo 30 de la Constitución nacional nada dice acerca del instrumento formal mediante el cual debe materializarse la declaración de necesidad de reforma, se discute si ella exige o no la sanción de una ley. La cuestión no es sólo académica pues plantea interrogantes político-institucionales. [...] sobre el punto, el ministro Fayt sostuvo en el caso *Polino* que era facultativo del Congreso federal elegir la forma de la declaración de la necesidad de la reforma, pero que si optaba por dictar una ley, debía ajustarse al procedimiento fijado por la Constitución nacional. No obstante, la atribución preconstituyente constituye —más allá de la forma en que se exprese— una facultad política exclusiva del Congreso en el que está representado el pueblo de la Nación y las provincias argentinas, sujetos del poder constituyente originario, según se anuncia en el Preámbulo.⁹

Otro gran autor y doctrinario, el Dr. Néstor Sagüés, al referirse a este tema afirma:

Al Congreso de la Nación, según el artículo 30 de la Constitución, le toca declarar la necesidad de la reforma, facultad que para muchos autores (Sánchez Viamonte, Vanossi, etcétera), significa ejercer un «poder preconstituyente». Importa, en verdad, un *poder de convocatoria*. La norma constitucional suscita varios interrogantes. Uno es sobre el *modo* de declarar la necesidad de la reforma: ¿Debe hacerse por ley, mediante una resolución de cada Cámara o por medio de una decisión de la *Asamblea Legislativa* (las dos Cámaras reunidas)?¹⁰

Finalizamos con la opinión del Dr. Calógero Pizzolo:

Algunos de los problemas de interpretación que, en la etapa preconstituyente, ha traído el procedimiento previsto en el artículo 30 (CN) son los que siguen. La «declaración» de necesidad de la reforma es una ley, o al contrario, debe instrumentarse por sendas resoluciones o declaraciones de cada Cámara.¹¹

Como vemos, este tema es motivo de una polémica y presenta muchas aristas sobre las cuales profundizar.

⁸ Germán Bidart Campos, *Manual...*, o. cit., p. 380.

⁹ María A. Gelli, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 23.

¹⁰ Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, t. I, o. cit., p. 322

¹¹ Calógero Pizzolo: *Constitución nacional comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 387.

4. La historia de las reformas en Argentina

Una de las maneras que tenemos para dilucidar sobre el tópico en análisis es adentrarnos en la historia constitucional argentina. Tal vez encontremos una respuesta a nuestros interrogantes estudiando cómo se ha resuelto este dilema a lo largo de todos estos años, para posiblemente coincidir con Sagüés, cuando afirma:

El derecho consuetudinario argentino ha resuelto tal interrogante; en este caso, el Congreso se debe expedir por *ley*, ya que todas las reformas dispuestas, por gobiernos *de iure* así se decidieron (la de 1957 fue convocada por el gobierno *de facto*, mediante un decreto ley).¹²

4.1. La primera reforma constitucional

En nuestro país, la primera reforma constitucional fue convocada a través de la ley n.º 234, sancionada el 23.6.1860 y promulgada el 25.6.1860. Su texto es breve —solo tres artículos— y no establece ni lugar de asentamiento de la convención, ni plazos para su funcionamiento, ni tampoco temario. Es lo que podríamos denominar una *típica declaración* que coloca en cabeza del Poder Ejecutivo nacional todos los aspectos organizativos y operativos atinentes al funcionamiento de la convención reformadora. Citamos como ejemplo su artículo 2.º, que establece: «Autorízase al Poder Ejecutivo para dictar las medidas convenientes, a fin de que la Convención nacional ad hoc se reúna lo más pronto posible».

4.2. La reforma constitucional del año 1866

Esta reforma fue convocada mediante la ley n.º 171, sancionada por el Congreso con fecha 9.6.1866 y promulgada por el Poder Ejecutivo nacional el 14 de junio del mismo año. Lo curioso de esta reforma es que a través de la citada norma se «declaró la necesidad de la reforma», de tal suerte que su texto normativo se limita a solo un artículo, el que expresa: «Convóquese una Convención nacional con el único objeto de reformar la Constitución en el artículo 4.º e inciso 1.º del artículo 67, en la parte que limitan la facultad de imponer derechos de importación». Lo característico es que, a los pocos días, se sancionó la ley n.º 172 (13.6.1866), promulgada en el mismo acto que aquella declarativa de la necesidad de la reforma. A través de esta norma se establecen los temas específicos atinentes al funcionamiento de la Convención, como son: requisitos para ser convencional, número de convencionales a ser elegidos y remuneración a percibir por ellos, asiento y plazo de la Convención, etcétera.

¹² Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, t. I, o. cit., p. 323.

4.3. *La reforma del año 1898*

La reforma de 1898 fue convocada a través de la ley n.º 3507, sancionada el 20.9.1897 y promulgada solo tres días después. Esta norma es una *mixtura* de la metodología utilizada en las dos reformas anteriores. Afirmamos esto debido a que en ella se declara la necesidad de la reforma parcial de la CN y que ella debe hacerse mediante una Convención (*artículos 1.º y 2.º*); pero simultáneamente convoca a elecciones para elegir los convencionales para el último domingo de enero de ese año y su fecha de comienzo (veinte días después) en su artículo 3.º, como todo lo atinente al funcionamiento de la Convención reformadora en las disposiciones subsiguientes.

4.4. *La frustrada reforma constitucional de 1949*

La reforma frustrada de 1949 estuvo teñida de polémica y cuestionamientos desde su inicio. En efecto, al considerarse en el seno del Congreso de la Nación el tratamiento de la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, se instaló un fuerte debate acerca de cuál era la mayoría necesaria que establece el artículo 30: si los dos tercios de los legisladores presentes o, por el contrario, como sostenía por entonces la Unión Cívica Radical, los dos tercios debían computarse sobre la totalidad de los miembros que componen cada Cámara. Finalmente el plexo normativo que dispuso la reforma constitucional fue integrado por la ley n.º 13233, de fecha 27.8.1948, la ley n.º 13262 (17.9.1948) y el decreto n.º 29196/48, dictado por el entonces presidente Perón, con fecha 25.9.1948, publicado en el *BON* el mismo día. A través de la primera normativa se declara «necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación» (artículo 1.º). A continuación, se fijan todos los aspectos atinentes a la elección de convencionales y funcionamiento de la Convención. Por la ley n.º 13262 se establece la simultaneidad de elección de convencionales con diputados nacionales y electores para senador nacional por Capital Federal. Por último, el decreto n.º 29196/48 estableció que esas elecciones se celebren el día 5.12.1948. Al respecto, manifestamos que la etapa preconstituyente llevada a cabo por el Congreso de la Nación fue muy ardua: en efecto, mucho se discutió acerca del cómputo de los dos tercios necesarios para aprobar la declaración de necesidad de la reforma, si debía tomarse en cuenta la totalidad de los miembros de cada Cámara (postura de los legisladores de la UCR) o sobre los legisladores presentes. A esto se refiere el Dr. Quiroga Lavié:

No fueron menos tensos, ni menos vituperados por la oposición al gobierno, los prolegómenos que concluyeron con la denominada por el peronismo «Constitución de 1949». Reforma, esta, que contó con el repudio del radicalismo, por haberse declarado su necesidad sin respetar la mayoría de los dos tercios de la totalidad de los

votos de ambas Cámaras del Congreso, y por el contenido autoritario que se le había impreso a la misma: control cualitativo de los partidos políticos y suspensión de los derechos y garantías constitucionales por decreto del Ejecutivo, sin supervisión de ninguna naturaleza.¹³

Sagüés también se manifiesta sobre este controvertido tema cuando manifiesta:

La Constitución de 1949 no tuvo un trámite fácil: fue objetada en su validez ya desde la convocatoria (donde se le imputó no contar con los dos tercios de votos de los miembros de cada Cámara, sino solo de los presentes, aunque tal presunto defecto había ya acaecido en anteriores reformas).¹⁴

Como puede verse, más allá de la polémica suscitada por entonces sobre el cómputo de los dos tercios, ambos partidos coincidieron en que el instrumento idóneo para la declaración de la necesidad de la reforma es una ley.

4.5. Mutaciones constitucionales de 1956 y 1957

Posteriormente, la trágica historia de interrupciones al orden constitucional en nuestro país nos muestra que en lo que la doctrina denomina «mutaciones constitucionales» de 1956 y 1957 (en virtud de que no podemos hablar estrictamente de reformas constitucionales), obviamente no se *declaró la necesidad de la reforma* mediante una ley, pues el Congreso estaba clausurado por la dictadura militar, que primero a través de una *proclama* fechada el 27.4.1956 y *publicada en el Boletín Público* del Ministerio de Ejército, con fecha 11.6.1956 declaró vigente la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, *excluyendo las enmiendas de 1949*, para posteriormente declarar la necesidad de la reforma y convocar a elecciones de convencionales para el día 28.7.1957 a través del decreto n.º 3838/57, suscrito por el entonces presidente de facto, general Aramburu, «en ejercicio de los Poderes Revolucionarios, en acuerdo general de ministros [...]».

4.6. La mutación constitucional del año 1972

Esta fue dispuesta a través de la autodenominada *ley* n.º 19608, dictada por la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el 3.5.1972, publicada en el *Boletín Oficial* en su edición del 11.5.1972, por encontrarse clausurado el Congreso de la Nación, los partidos políticos y toda actividad política por la dictadura militar que se conociera como «Revolución argentina», que depusiera al presidente Illia en

¹³ H. Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 2000, p. 168.

¹⁴ Néstor Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, t. I, o. cit., p. 186.

1966, por lo que mal podemos analizar en este caso la declaración de necesidad de la reforma en los términos de este trabajo.

4.7. *La ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional*

Al finalizar el año 1993, el Congreso sancionó la ley n.º 24309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. La polémica fue importante acerca de si la reforma debía ser decidida por una ley o mera declaración. Así, en los días 21 y 22 del mes de diciembre del año 1993 comenzó su tratamiento en la Cámara de Diputados de la Nación. La base fue un proyecto de ley suscrito por los entonces presidentes de los bloques del Partido Justicialista, Jorge Matzkin y de la Unión Cívica Radical, Raúl Galván, que cristalizó el acuerdo suscrito por los presidentes de ambos partidos, los doctores Carlos Saúl Menem y Raúl Ricardo Alfonsín, respectivamente. El miembro informante por el bloque oficialista fue el diputado Rodríguez Sañudo, representante de la provincia de Santa Fe, mientras que resultó representante de la opinión de la UCR el diputado por la provincia de Córdoba, Dr. Antonio María Hernández (h). Respecto a nuestro tema en análisis, este último manifestó:

La necesidad de prudencia y sabiduría para la tarea legislativa hizo decir a Rousseau que son necesarios dioses para dar leyes a los hombres. En esta instancia fundamental —cuando como legisladores tenemos que afrontar el ejercicio de la más importante misión que tiene el Parlamento argentino, que es la función de tipo preconstituyente— nosotros estamos convencidos de nuestras limitaciones y por eso, con la responsabilidad del caso, tenemos que decir que a nuestro juicio el ejercicio de la facultad del artículo 30 debe ser enmarcado dentro de los precedentes más importantes de la doctrina argentina, que señalan la necesidad de un quórum agravado de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Expresamos también que se ha designado a este proyecto como de ley declarativa porque conforme a los precedentes parlamentarios tiene la forma de ley, pero en esencia se trata de una declaración política y preconstituyente, insusceptible por lo tanto de ser vetada.¹⁵

Al tratarse este tema en el Senado de la Nación, la Cámara Alta lo trató en su 68.^a reunión, celebrada entre los días 28 y 29 de diciembre del año 1993. Resultó miembro informante por el Partido Justicialista el senador por Santiago del Estero, Dr. Carlos Juárez, quien enfatizó acerca de que lo que estaba en tratamiento era una ley y no una simple declaración del Congreso (sobre este tema volveremos posteriormente). Finalmente, este proyecto se aprobó con modificaciones —referidas al mandato de los senadores nacionales— y se sancionó así la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional n.º 24309.

¹⁵ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 32.^a, pp. 4109 ss.

4.8. Conclusión

Como hemos visto, prácticamente la totalidad de las reformas en nuestro país fueron dispuestas a través de leyes, o decretos leyes cuando las dictaduras militares decidieron convertirse en poder preconstituyente en ausencia del Congreso. Existe mayor controversia acerca del cómputo de la mayoría agravada de los dos tercios (si debe hacerse sobre la totalidad o sobre los presentes) que acerca de si el instrumento idóneo es una ley o si basta una declaración.

5. La polémica en torno a la ley n.º 24309 y su judicialización

Tal como hemos visto en el apartado 4.7, no pasó desapercibido el tema acerca de si la reforma constitucional de 1994 debía hacerse a través de una ley o de una mera declaración del Congreso en los términos del artículo 30 CN.

5.1. El tratamiento parlamentario

La Cámara de Diputados tomó como base un proyecto que ya tenía media sanción del Senado, le introdujo numerosas modificaciones —para adecuar su texto al «Pacto de Olivos»— y luego lo remitió al Senado para su aprobación. Esto se vio plasmado en el debate cuando el diputado Sergio Montiel (UCR, Entre Ríos) manifestó:

En cuanto al proyecto en consideración, la primera duda que me surge se relaciona con la iniciativa que, con sanción del Senado de la Nación, se encuentra en esta Cámara y que se refiere a la reforma de la Constitución. No sé como se podrá resolver esta cuestión. Anteriormente pedí una aclaración —y no obtuve respuesta— porque existe una iniciativa que, si es rechazada como proyecto de ley, seguramente el Senado no podrá volver a considerarla por un largo período. Se pretende que en esta Cámara hay una resolución y allá un proyecto de ley, pero en el fondo institucionalmente se trata siempre del ejercicio de la facultad extraordinaria del artículo 30 de la Constitución nacional, llámese resolución o ley.

Esto seguramente puede crear un grave problema institucional para el presente y para el futuro de la reforma y de la Convención. Quiero llamar la atención de los señores diputados porque entiendo que a la República hay que evitarle, cualquiera sea la resolución que aquí se adopte, males mayores para el futuro, y que hay que resolver con claridad y con la sensatez que la Constitución determina, este problema del proyecto que tiene sanción del Senado. Normalmente, cuando se discute un proyecto de ley referido a la facultad preconstituyente del Congreso como lo determina el artículo 30 de la Constitución, se plantean dos cuestiones: una es la oportunidad y otra la necesidad.¹⁶

¹⁶ *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 33.ª, pp. 4172 ss.

Como se ve, este tema fue bastante polémico y confuso. Para adecuar los tiempos que apremiaban con urgencia, dada la necesidad del Partido Justicialista de llevar a cabo la reforma a cualquier precio —impulsaba la reelección del entonces presidente Menem— se tomó en la Cámara de Diputados un proyecto aprobado por el Senado que nada tenía que ver con lo que el Acuerdo de Olivos planteaba y se lo «adaptó». Pero además, el punto más álgido de esa ley declarativa fue su polémico artículo 2.º, que plasmó el conocido «núcleo de coincidencias básicas».

La diputada Cristina Guzmán, representante de Jujuy, planteó:

Desde ya adelante a la Honorable Cámara que de ser sancionada esta norma como se proyecta plantearémos a todos los mecanismos judiciales para actuar ante la Corte planteando incluso la recusación de algunos de sus miembros para que esto se defina correctamente en la Justicia por magistrados que merezcan serlo.¹⁷

Luego de una maratónica sesión, que duró dos días, se logró aprobar en Diputados la necesidad de la reforma constitucional y posteriormente el Senado se aprestó a dar tratamiento al proyecto que venía aprobado por la Cámara baja. Recuérdese que la Cámara de Diputados había tomado una media sanción del Senado para modificarlo y adaptarlo al «Pacto de Olivos».

Es interesante recordar las palabras que pronunció el miembro informante del despacho de la mayoría —Partido Justicialista— en el recinto, el senador por Santiago del Estero, Carlos Juárez:

Hace poco tiempo aprobamos un proyecto de ley de reforma de la Constitución como Cámara de origen. Y este proyecto fue a la Cámara de Diputados, donde mereció adiciones innovadoras, que si bien han ampliado las perspectivas que en su hora tuvimos nosotros, no le han quitado en ningún momento la pátina, el matiz, el espíritu y el objetivo que el proyecto buscaba y pretendía. Esta sanción que viene de Diputados ha suscitado intercambios de opiniones, que han trascendido a los medios de comunicación, en cuanto a la calidad y el carácter en que este Honorable Senado trata hoy este proyecto. Y es muy trascendente esclarecer y definir el carácter y la conducción con que esta Cámara se aboca hoy a la consideración de este proyecto, porque de ese carácter y de esa condición surgen las facultades y los atributos que le otorga la Constitución para terminar, o no, el tratamiento de esto que en esencia es un proyecto de ley. *No es una declaración. Digámoslo de una vez por todas y para los tiempos que vendrán: es un proyecto de ley sobre la reforma de la Constitución. No es una declaración, por más que la Constitución utilice este término.* La Constitución usa este vocablo en otros artículos, cuando habla de declarar la intervención o de declarar el estado de guerra. Pero estas declaraciones siempre tienen el carácter de leyes. Se trata de una forma de expresión que utiliza la Constitución. Pero en todas las reformas se utilizó el trámite de un proyecto de ley.

Este es entonces un *proyecto de ley*, y es fundamental que caractericemos con inconclusa precisión la condición en que actuamos, a saber en segunda revisión. Porque si tenemos —como estoy seguro de que tenemos— el carácter de Cámara de origen, es desde ya obvio que podemos declarar con énfasis en este exordio que bastarían los

¹⁷ *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 33.ª, p. 4201.

dos tercios que prescribe la Constitución para terminar definitivamente con el procedimiento constitucional que conduce a la definitiva sanción de este proyecto de ley [...].

Uno de los elementos de prueba que demuestran acabadamente nuestro carácter de Cámara iniciadora es que al pasar el proyecto a la Cámara de Diputados fue derivado a la Comisión de Asuntos Constitucionales de esa Cámara, la que produjo despacho en el proyecto que fue enviado desde el Senado de la Nación. Quiere decir que el impulso para el tratamiento de esta iniciativa por la Cámara de Diputados nació, obvia e indiscutiblemente, de este cuerpo, a tal punto que fue debatido por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, la que produjo dictamen. [...]

Ese despacho después fue dejado de lado; fue sustituido aparentemente por otras iniciativas que respetamos pero que de ninguna forma pueden tener eficiencia para derogar, anular o abolir nuestra condición de Cámara iniciadora.¹⁸

Realmente la contundencia de las afirmaciones del senador Juárez nos asombra. Él, en su carácter de miembro informante del proyecto en el Senado nos dice que se trata de una ley y no de una declaración, como había manifestado el diputado Antonio Hernández al tratarse en el recinto de Diputados. Además, reivindica como Cámara de origen de este proyecto de ley al Senado, por lo que la Cámara de Diputados le habría efectuado enmiendas o adiciones. Pero no termina allí el tema: la Cámara de Senadores a su vez modificó la sanción de la Cámara de Diputados en lo referido al mandato de los senadores nacionales, extendiendo el término aprobado de cuatro años a seis, tal como finalmente se promulgó.

Resulta más interesante continuar analizando los dichos del senador Juárez sobre este tema:

Por ello, si la Cámara de Senadores aprobó la necesidad de esta reforma, con todos estos títulos y estos capítulos, y la Cámara de Diputados la acogió para su consideración primero en la Comisión de Asuntos Constitucionales y luego dentro del recinto, con adiciones que no modificaban su objetivo, de ninguna manera la Cámara de Diputados puede por sí y ante sí erigirse en Cámara originaria iniciadora. No podemos aceptar este criterio porque la Constitución está de nuestro lado. Este es el procedimiento establecido por nuestra carta magna ante un proyecto sancionado por una de las Cámaras.

La Cámara que recibe el proyecto en revisión tiene tres caminos a seguir para su consideración y decisión: rechazar in totum el proyecto remitido; rechazarlo parcialmente; o modificarlo parcialmente, incluso con adiciones. Este último camino es el seguido por la Cámara de Diputados: no lo rechazó, no lo aprobó pero sí lo consideró y lo modificó. [...] Estamos defendiendo, sí, el derecho que tenemos y que queremos que sea consagrado, de ser Cámara iniciadora, con todos los atributos que esa condición conlleva.

Sería funestísimo para el decurso de la consideración de futuros proyectos de ley que una de las Cámaras pudiese dejar de lado una iniciativa que la otra le ha enviado sancionada, para considerar otro proyecto o formularle modificaciones. Y lo que es peor aún, con la excusa de que dichas modificaciones pueden tener alguna relevancia de acuerdo con el criterio y la óptica de la otra Cámara, transmutan el carácter

¹⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, año 1993, reunión 68.ª, pp. 5292 ss. (el énfasis nos pertenece).

de Cámara iniciadora, adjudicándose dicha condición en forma gratuita, arbitraria y discrecional. [...]

Vale decir, entonces, que la expresión plenaria de la doctrina y la fuerza que emana de los precedentes parlamentarios que acabo de citar sucintamente llevan a la conclusión ineluctable de la calidad de Cámara iniciadora que el Senado ha tenido cuando sancionó este proyecto que Diputados consideró en su Comisión de Asuntos Constitucionales y luego remitió con agregados que nosotros podemos aceptar o no, como Cámara de origen. Y es menester que desde ya advierta, para que tampoco haya duda alguna, que si este cuerpo decidiera insistir con su sanción porque así lo considerara conveniente y sancionara este proyecto de reforma con los dos tercios estaría concluido el circuito del trámite parlamentario y la iniciativa pasaría al Poder Ejecutivo para su promulgación. Esto lo dejo sentado desde ya.¹⁹

Al momento de sancionarse esta ley, estaba vigente el artículo 71 de la Constitución nacional que, al tratar el mecanismo de formación y sanción de las leyes, establecía:

Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Pero si sólo fuese adicionado o corregido por la Cámara revisora volverá a la de su origen; y si aquí fuesen desechadas, volverá por segunda vez el proyecto a la Cámara revisora, y si aquí fueren nuevamente sancionadas por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, pasará el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que esta reprueba dichas adiciones o correcciones, si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

La sanción del proyecto declarativo de la necesidad de la reforma de la Constitución en la Cámara de Diputados contenía una disposición —el artículo 2 de la media sanción— que estipulaba la elección directa de tres senadores nacionales en representación de cada provincia, *con la reducción de su mandato de nueve a cuatro años*. Al respecto, el miembro informante del despacho de la comisión de Asuntos Constitucionales por la Unión Cívica Radical, diputado Antonio María Hernández, manifestó:

El derecho comparado, la evolución del derecho público provincial argentino y nuestra convicción nos indican que una reelección de sólo cuatro años no lesiona el sistema republicano; se requiere principalmente —como lo decía Aristóbulo del Valle— la posibilidad de que el pueblo, de tanto en tanto, pueda votar, porque en definitiva, el pueblo, como depositario del poder electoral, es el que resuelve este tipo de cuestiones. Insistimos en que esto no afecta al sistema republicano. Al contrario, pensamos que contribuirá a la eficacia del funcionamiento del régimen político argentino.

Algo similar podemos decir sobre la elección directa de los senadores nacionales, *con la reducción de su mandato a cuatro años*. Somos de la idea de que la unificación de sus mandatos servirá para un funcionamiento más eficaz del régimen político de los argentinos.²⁰

¹⁹ *Ibidem*, pp. 5293 ss.

²⁰ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 32.^a, pp. 4109 ss. (el énfasis nos pertenece).

Este proyecto, que alcanzó la media sanción, fue luego modificado por el Senado específicamente en este tema. Así, la Cámara alta sostuvo que no era conveniente que todo el Poder Legislativo se renovara conjuntamente, manteniéndose el sistema de renovación parcial que existía hasta entonces, acortando el término del mandato de los senadores de *nueve* años tal como era hasta entonces por un período de *seis* años, tal como sucede en la actualidad. Si consideramos que la declaración de la reforma era una ley y el Senado modificaba entonces este aspecto referido al término del mandato de los senadores nacionales, a través de su sanción actuando como Cámara revisora, lo que correspondía entonces era que el proyecto volviera a Diputados para que este tema fuera confirmado o, por el contrario, se insistiera con la sanción de esta Cámara, siguiendo entonces el procedimiento que contenía el artículo 71 de la Constitución nacional según su texto sancionado en las Convenciones de 1853-60, con la reforma de 1957.

El Senado también se refirió a este tema al momento de tratar la ley declarativa. De esta manera, al informar en el recinto el despacho de proyecto ley en nombre de la UCR, el presidente de ese bloque, senador Genaud (provincia de Mendoza), afirmó:

Estoy de acuerdo con la elección directa de senadores. Y en esto me voy a permitir discrepar con algunos colegas que han expuesto con mucha vehemencia su sistema de elección indirecta.

[...] Por otra parte —en esto hay coincidencia en nuestro bloque y por eso lo digo de un modo expreso— *pienso que la duración de los mandatos de los senadores debe ser de seis años*. Lo decía antes de conversar con las comisiones técnicas que elaboraron el proyecto y lo sostengo ahora con pleno convencimiento porque estoy fielmente animado del deseo de que la futura Constitución sirva para descentralizar efectivamente el poder y para fortalecer las facultades y atribuciones del Congreso de la Nación.

Con el sistema de cuatro años de duración de los mandatos y la elección simultánea de presidente, diputados y senadores, se corre el riesgo de que un candidato por un «campanazo electoral» obtenga una victoria meramente coyuntural y se quede con la mayoría en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores. En este caso, ¿quién lo controlará, señor Presidente? [...]

Acá no se está discutiendo el mandato de los senadores actuales, dado que *tanto en la sanción de la Cámara de Diputados como en la que originariamente aprobó el Senado* se estableció el respeto del mandato de los senadores actualmente en funciones. [...]

Estamos diseñando un sistema para el futuro. Estoy autorizado para decir en nombre de todos los senadores de mi bancada que en acuerdo con el bloque justicialista hemos determinado que haya una reducción de los mandatos; la Convención Constituyente determinará si serán seis o cuatro años. Dejamos sentada nuestra posición en favor de seis años porque es el período que se compatibiliza con nuestra aspiración de tener un Poder Ejecutivo limitado en el ejercicio del poder en razón de la existencia de un Congreso que lo controla.²¹

²¹ *Ibíd.*, reunión 68.^a, pp. 5385 ss. (el énfasis nos pertenece).

Como vemos, está claro que existieron dos sanciones distintas en el tratamiento parlamentario de esta declaración de necesidad de la reforma. La sanción de Diputados contenía la reducción del mandato de los senadores nacionales de nueve a cuatro años, tal como afirmamos *supra*, y la del Senado, que quitó este término del texto de la ley, limitándose a recortar el mandato de los senadores pero dejando en cabeza de la convención reformadora la extensión de este, tal como surge sobre todo de la versión taquigráfica de la sesión de la Cámara alta.

Quien se expresó con contundencia acerca del tema de la sanción legislativa del proyecto de reforma fue el senador Eduardo Menem, quien a este respecto manifestó:

Estamos tratando ahora en segunda revisión un proyecto de ley por el que se declara la necesidad de la reforma de la Constitución, que ya contaba con la sanción del Senado; por eso hablo de segunda revisión.

[...] Es claro que este proyecto no es exactamente igual al que sancionáramos en octubre pero tampoco es tan distinto como creyeron verlo algunos, y me estoy refiriendo a los integrantes de la Cámara de Diputados, que prefirieron ignorar en una posición insólita la sanción del Senado y avanzar con otra iniciativa que luego enviaran en revisión a este cuerpo.

Creo que en este recinto ya se explicó acabadamente por qué el Senado es la Cámara de origen. Se dieron los fundamentos y también se dijo, con toda propiedad, que sería totalmente impropio admitir como precedente que una Cámara pueda alegremente ignorar la sanción de la otra y enviar sobre la misma materia otro proyecto, máxime cuando la iniciativa originaria había sido motivo de dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, como ocurrió con nuestro proyecto en la Cámara de Diputados.

Si aceptáramos esto estaríamos admitiendo que una Cámara puede alegremente y de facto convertirse en iniciadora, pasando por arriba de claros preceptos constitucionales, que no establecen a simple título de competencia deportiva el carácter de Cámara de origen o revisora. Esto es así porque hay preferencias, privilegios y ventajas que tiene la Cámara iniciadora sobre la otra Cámara, sobre la Cámara revisora.²²

Con esta intervención, el panorama queda aclarado y completo. El Senado dio media sanción en el mes de octubre del año 1993 a un proyecto que no tenía prácticamente ninguna coincidencia con la sanción que luego se aprobara en la Cámara de Diputados, tras el acuerdo denominado «Pacto de Olivos». Lo curioso es que esa sanción de Diputados (sesiones correspondientes a los días 21 y 22 de diciembre de ese año), en vez de considerarse por esta Cámara como revisora, extrañamente se le dio el tratamiento de «nueva Cámara de origen», soslayándose por completo la sanción remitida por el Senado. Esto es, de acuerdo con el texto del entonces artículo 69 (actual 78) de la Constitución nacional y del ex 71, la Cámara de Diputados efectuó «adiciones» o «correcciones» a la sanción del Senado, y por ello, al tratarse el proyecto de ley nuevamente por la Cámara Alta, esta actuó en «segunda revisión». Al modificarse o *adicionarse* la sanción del Senado, este debería haberse limitado

²² *Ibidem*, pp. 5387 ss.

en su segunda actuación (28 y 29 de diciembre de 1993) solo a *aprobar las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados o —por el contrario— a insistir con el proyecto originariamente aprobado por ellos, que difería enormemente con el «Pacto de Olivos»*. *El hecho de modificar las adiciones introducidas por la Cámara de Diputados fue contrario al mecanismo de formación y sanción de las leyes que contenía por entonces la Constitución nacional. Si se considera a la declaración de la necesidad de la reforma como una ley, el Senado se excedió en sus potestades, y por lo tanto su accionar fue inconstitucional.*

Ahora, este tema habría quedado saldado de considerarse —como es nuestra postura— a la declaración de la necesidad de la reforma constitucional como una mera «declaración», pues de esta manera no hay que someterse a los complejos mecanismos constitucionales, y considerar cada uno de los pasos necesarios para la formación y sanción de las leyes.

5.2. La judicialización: el caso Polino

La posibilidad de declararse inconstitucional una reforma constitucional siempre fue motivo de polémica en el derecho constitucional argentino. Si bien la Corte ha declarado inconstitucionales algunas reformas a las Constituciones provinciales en su carácter de máximo tribunal de la Nación y —en tal carácter— último y mejor intérprete de la letra de nuestra ley suprema, cuando se trata de analizar aspectos propios a la reforma de la propia Constitución nacional el tema toma un matiz espinoso. El fallo conocido como caso *Fayt*,²³ *en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucionales disposiciones constitucionales, ha aumentado el nivel de conflictividad en este tema.*

5.2.1. Antecedentes

Pero previo a analizarse el control judicial sobre las cláusulas constitucionales dictadas por una convención reformadora en ejercicio de su poder soberano, la Corte se pronunció acerca de la constitucionalidad de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, n.º 24309, en el ya citado caso *Polino*.²⁴ Aquí se trató de dos diputados nacionales —Héctor Polino y Alfredo Bravo (Partido Socialista Democrático)— quienes ocupaban sus bancas en representación del Frepaso de la Capital Federal y en tal condición interpusieron formal acción de amparo con fecha 3 de enero de 1994, pretendiendo obtener la nulidad e invalidez del proceso preconstituyente, en lo referido a la sanción de la ley declarativa de la necesidad de la reforma n.º 24309 y al dictado de su decreto reglamentario, que además estableció la fecha del 10 de

²³ *Fallos*, 322: 1611

²⁴ *Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo Nacional, Fallos*, 317: 335.

abril de ese año para la celebración de las elecciones de los convencionales constituyentes. Solicitaron asimismo el dictado de una medida cautelar de no innovar en el sentido de que se prohibiera al Poder Ejecutivo celebrar los actos preparatorios del acto eleccionario hasta tanto no estuviese resuelto el amparo con sentencia firme.

Los accionantes invocaron legitimación activa para obrar en el hecho de que actuaban en su calidad de diputados de la Nación, y como tal de representantes del pueblo, además de su condición de ciudadanos afectados en un derecho subjetivo: el ejercicio de sus derechos políticos. Como diputados manifestaron violación a sus derechos de formular, en el recinto de la Cámara que los contenía como miembros, los reparos pertinentes referidos a la violación al trámite previsto por la propia Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes, dado que —sostuvieron— la mencionada ley se había sancionado de manera ilegal.

Recordemos que en el propio recinto del Senado este tema se admitió. Por ejemplo, el senador Menem manifestó:

Por eso, señor Presidente, nuestro bloque insiste en su posición de octubre y va a votar afirmativamente, por unanimidad, por la reforma de la Constitución. Lo hará unánimemente por la sanción de este proyecto que, originariamente, fue sancionado por esta Cámara de Senadores y que ha ingresado aquí corregido por la Cámara de Diputados. Va a votar afirmativamente en forma unánime con excepción de los aspectos a que se refirieron los miembros proepinantes.

Creemos que la reducción del mandato a cuatro años [se refiere al mandato de los senadores nacionales] es totalmente inconveniente. Lo hicimos saber oportunamente, antes de que se tomara la resolución. El equilibrio, la relación entre el mandato del presidente y de los senadores, la necesidad de que no haya una renovación total de las Cámaras cuando hay un cambio a nivel del Poder Ejecutivo son razones que avalan esta posición nuestra, que no es caprichosa, sectaria, que no tiende a defender ningún privilegio personal ni sectorial.

[...] *Por eso, no vamos a aceptar esta modificación* (se refiere al acortamiento del mandato de los senadores de nueve a cuatro años que efectuó la Cámara de Diputados en su sanción). *Pero tampoco vamos a hacer, y no podríamos hacerlo reglamentariamente, aquello de dejar el término en seis años, como muchos creen. Es la posición que todos tenemos. No lo vamos a hacer porque en nuestra sanción anterior no habíamos puesto el plazo. Y, como Cámara de origen, no podríamos modificar nuestra sanción anterior. De tal manera que, estando habilitado el tema, lo tendrá que resolver la Convención Constituyente, que fijará seis o cuatro años. Nosotros pensamos que deberían ser seis. De todas maneras, será la Convención Constituyente, habilitada para tratar este tema, la que en definitiva fijará el plazo.*²⁵

Por otra parte, sostuvieron que el mecanismo previsto por esta ley en su artículo 2.º referido al *paquete* denominado «núcleo de coincidencias básicas» —en el sentido de que debía votarse íntegramente por su aprobación o rechazo *in totum*— era manifiestamente inconstitucional, pero ello no es motivo de nuestro análisis.

²⁵ *Ibidem*, pp. 5390 ss.

En este caso, la Corte nuevamente debió inmiscuirse en el tema de la revisión judicial sobre actos emanados de los otros poderes del Estado, en el ríspido tema de las «cuestiones políticas no judiciales». Como se conoce, nuestro máximo tribunal construyó una doctrina basada en su jurisprudencia tendiente a no someter a su análisis estos temas. La excepción primera a esta tendencia la constituyó seguramente la sentencia pronunciada *in re Soria de Guerrero, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta S. A.*, dictada el 20.9.1963.²⁶ Allí se trató acerca de un caso de despido que sufrió la actora Juana Soria de Guerrero en manos de la demandada Bodegas y Viñedos Pulenta S. A. por haber participado en una huelga. Tras dos fallos en contra, en primera y segunda instancia, la demandada recurrió a la Corte a través del recurso extraordinario federal previsto en el artículo 14 de la ley 48 afirmando que en la reforma de la Constitución nacional llevada a cabo por la convención reformadora de 1957 (que incorporó el artículo 14 *bis*), no se había cumplido con el reglamento interno dictado por la propia Convención, porque «no se realizó una reunión posterior a la Convención Nacional en la que se debía aprobar el acta y la versión taquigráfica de dicha sanción».

La Corte, al tratar este tema, cita como precedente la jurisprudencia del caso *Cullen c/Llerena*,²⁷ del año 1893, manifestando posteriormente que: «el examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales, queda afuera como principio de las facultades jurisdiccionales del Tribunal». Lo novedoso del caso *Soria de Guerrero* había sido que nuestro máximo tribunal decidió apartarse por primera vez —y de manera sutil— de esta teoría de las cuestiones políticas no judiciales, al expresar:

Que reconocida, pues, la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión justiciable la consistente en el modo que aquel cumplió las prescripciones constitucionales atinentes al punto mencionado en el considerando 1.º *Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley.*²⁸

Como hemos visto, la Corte dice que podría efectuarse el control judicial sobre un acto legislativo si se demostrara claramente que no se han seguido los pasos que la Constitución manda para la formación y sanción de una ley. Al respecto, nos parece importante un comentario a esta sentencia efectuado por el Dr. Osvaldo Pérez Sammartino, en un artículo titulado «Poder reformador y control judicial»:

Si, entonces, es materia de examen judicial la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables para que una ley pueda considerarse tal, el procedimiento de formación y sanción de las leyes deja de ser una cuestión política no justiciable,

²⁶ LL, 112,225 y Fallos, 256: 556.

²⁷ Fallos, 53: 420.

²⁸ LL, 112,225 y Fallos, 256: 556. (el énfasis nos pertenece)

por lo menos en la acepción más estricta de este concepto, que es la que antes hemos indicado.

Con esta formulación, el tema adquiere matices que permiten el ejercicio de la apreciación judicial. Porque frente a la alegación de la inconstitucionalidad de una ley por violación al procedimiento por el que fue sancionada, los magistrados no deben abstenerse de analizar la cuestión, por política, sino que tienen la obligación de investigar si verificaron los requisitos mínimos e indispensables que la Constitución impone.²⁹

De esto se trataba precisamente el fondo de la cuestión en la acción de amparo que interpusieron los diputados Polino y Bravo. Solo que, además, la ley cuya sanción se reclamaba inconstitucional era declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. De allí la trascendental importancia de este fallo para la vida institucional de la República.

5.2.2. *El fallo*

Como hemos mencionado *supra*, los diputados nacionales solicitaron la revisión del proceso de formación de la voluntad reformadora del Congreso nacional en su rol preconstituyente, exteriorizada a través de la sanción de la ley n.º 24309, y reclamaron su inconstitucionalidad.

La sentencia se dictó con el voto mayoritario de cinco de sus ministros, contabilizándose dos votos concurrentes y dos disidencias.

Lo primero que resolvió la Corte es que correspondía analizar si estaba frente a una *causa*, es decir, un caso controversial o contencioso, para así dilucidar si existía un interés concreto afectado a los accionantes. Sin inmiscuirse siquiera en el polémico tema de las cuestiones políticas no justiciables, rechazó la pretensión de los amparistas considerando que ellos no habían sustentado el interés que invocaron. De cualquier manera, al efectuar una lectura detallada y precisa de los votos concurrentes con la mayoría según su propio texto y las disidencias, podemos encontrar algunas consideraciones que se pronuncian sobre nuestro tema en estudio.

Así, parece que tanto las disidencias de los ministros Boggiano y Fayt como el voto de Moliné O'Connor de cierto modo ejercieron control sobre el proceso de formación y sanción de la ley n.º 24309. Precisamente el Dr. Fayt se pronunció por sostener el derecho elemental y fundamental de los ciudadanos a que la Constitución se preserve como pilar del sistema normativo, en la cúspide de la supremacía jerárquica de las normas, señalando que no estaba en juego el resultado de la práctica de las reglas constitucionales, sino ellas mismas.

Interesante resulta el voto del Dr. Moliné O'Connor, quien al evaluar la corrección del proceso de formación y sanción de la ley declarativa —actuando el Congreso

²⁹ Alberto R. Dalla Via: *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 118.

en su rol preconstituyente— desestimó la acción por falta de agravio de los presentantes, pero no en razón de que ellos carecieren de un derecho comprometido en el caso, sino porque a su entender, ese derecho no se había vulnerado por el accionar de sus colegas legisladores. Este ministro encontró revisable el tema planteado, al admitir que la pretensión de los accionantes revestía el carácter de «gravedad institucional».

Adentrándonos específicamente en la forma y alcance de la declaración de necesidad de la reforma constitucional efectuada por el Congreso nacional, podemos afirmar que solo cuatro votos se inmiscuyen en este tópico. Los ministros Nazareno y Moliné O'Connor examinan los requisitos del artículo 30 de nuestra ley fundamental y ambos llegan a la conclusión de que solo se requiere lograr los dos tercios de los miembros del Congreso para «declarar la necesidad de la reforma». Moliné hace un pronunciamiento preciso sobre el tema de este trabajo; establece que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 30 de la Constitución nacional, *si bien el modo elegido por el Congreso históricamente ha sido mediante la sanción de una ley, bien podría no haber revestido esta forma, dado que este acto de declaración de la reforma es «preconstituyente» y no «legislativo»*. Respecto al tema de la diferencia entre las sanciones de la Cámara de Diputados y el Senado referido al término de la duración del mandato de los senadores nacionales, este vocal manifestó que esta irregularidad que contuvo la sanción de la ley n.º 24309 no traduce una contradicción insuperable, pues a futuro los convencionales constituyentes podían optar por el criterio de una u otra de las Cámaras, según su oportuno mérito, oportunidad o conveniencia.

El voto del Dr. Boggiano, por el contrario, manifestó que ambas Cámaras deben aprobar el mismo texto puesto a su consideración para que exista sanción legislativa. De esta manera, se pronuncia por declarar inconstitucional la sanción del artículo 2.º de la ley n.º 24309 pero solo en lo referido a la reforma del entonces artículo 48 de la Constitución, que se refería al mandato de nueve años de los senadores nacionales (hoy artículo 56 CN). Este voto considera entonces, primero, revisable el caso judicialmente —lo que no es menor— para luego admitir en este tema la pretensión de los diputados, no en lo referido al «núcleo de coincidencias básicas», pero sí respecto a este tema colateral (menor para ellos) pero eje fundamental de nuestro trabajo, que se refiere al proceso de formación y sanción de la ley declarativa de necesidad de la reforma.

Por último, el voto del ministro Fayt reafirma la prerrogativa del propio Congreso para decidir *per se* el modo por el cual se ha de declarar la necesidad y oportunidad de la reforma constitucional. En una postura muy clara —con la que coincidimos—, el Dr. Fayt dice que el artículo 30 de la Constitución no impone ni prohíbe la forma de ley pero, si se elige esta última alternativa, deben cumplirse las exigencias que la propia Constitución formula para la formación y sanción de estas normas, sobre todo en un tema como el que tenía bajo análisis, pues se trata ni más ni menos que de reformar la ley de leyes.³⁰

³⁰ Cf. María A. Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., p. 243.

5.2.3. Primera conclusión

Como puede observarse preliminarmente, el tema que hemos elegido para nuestro estudio es muy polémico y tiene implicancias institucionales profundas. Es claro, se trata ni más ni menos que de la reforma de la Constitución nacional y el método elegido para ello.

Quienes sostienen la necesidad de la sanción de una *ley declarativa*, lo hacen basándose principalmente en cuestiones histórico-traditionalistas y no en una hermenéutica constitucional profunda. Esto anima más aún nuestra postura, basada en que es el propio Congreso el que debe decidir el método o modo mediante el cual se logrará plasmar la voluntad preconstituyente de los representantes del pueblo.

6. El veto presidencial

Si por un momento dejáramos de lado nuestra postura y aceptáramos que, para la declaración de necesidad de la reforma, el mecanismo previsto por el artículo 30 de nuestra Constitución exige la sanción de una ley, ¿podría ser esta norma vetada por el Poder Ejecutivo nacional?

En efecto, el artículo 80 de nuestra ley fundamental establece la facultad del presidente de la Nación de vetar las leyes sancionadas por el Congreso, al expresar:

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.

Como vemos, de la lectura del artículo 80 CN podríamos bien inferir que la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional puede ser pasible del veto parcial o total incluso del Poder Ejecutivo nacional. En efecto, si el constituyente no hubiese querido que esta facultad del presidente fuera tan amplia, la hubiese limitado (recuérdese que este actual artículo 80 fue reformado por la convención del año 1994, tomando como base el texto del antiguo artículo 70). Si los constituyentes hubiesen querido limitar la potestad presidencial en este tema bien podrían haberlo legislado, como hicieron en el nuevo artículo 39 cuando prohíbe que sea objeto de iniciativa popular un proyecto referido a reforma constitucional. De este modo se podría haber incluido en el artículo 80 un párrafo que expresara, por ejemplo: «El Poder Ejecutivo tiene expresamente prohibido vetar la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional». Pero ello no sucedió, a pesar de que una sencilla cláusula como esta habría terminado con la polémica objeto de este ensayo, dado que habría quedado establecido en la letra constitucional que el único modo de expresar la voluntad del Congreso en su rol preconstituyente es a través de la sanción de una ley y, por otro lado, se habría limitado la potestad del veto en este tema.

Pero esto queda sólo en el marco teórico de las suposiciones. Lo cierto es que el texto constitucional es el que tenemos y sobre esta base debemos realizar nuestras postulaciones.

Dentro de ellas, decimos al pasar que no solo el Poder Ejecutivo Nacional podría vetar total o parcialmente la ley declarativa, sino que además puede —dentro de sus facultades colegislativas— actuar como iniciador de un proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma, lo que está expresamente prohibido por algunos textos constitucionales.

Ahora, ¿qué sucedería si el presidente vetara una ley declarativa de la necesidad de la reforma? En principio, este veto sería estéril pues, de acuerdo con el mecanismo previsto por la propia Constitución, el texto sancionado debería volver al Congreso para que acepte el veto o insista con la sanción originaria, aplicando para ello una mayoría agravada de dos tercios, lo que no debería ser un obstáculo insalvable dado que para lograr la sanción de la ley declarativa ya se debería haber contado con ese número.

Dentro de este marco, ¿cabe la posibilidad del veto parcial? Creemos que sí, dado que la historia constitucional demuestra que las leyes declarativas de la necesidad de la reforma generalmente contienen algunos artículos específicamente «declarativos» (generalmente los primeros, en los que se utiliza la fórmula «Declárase necesaria la reforma de la Constitución nacional») y otros referidos a las cuestiones propias atinentes a la elección de convencionales y localización, término y presupuesto asignado para el funcionamiento de la convención reformadora.

Así, el presidente puede estar o no de acuerdo con alguna de estas disposiciones y, de esta manera, aplicar el veto parcial sobre ellas. Puede, por ejemplo, estar de acuerdo con la necesidad de una reforma y sobre los artículos a reformar, pero discrepar acerca del asiento elegido por el Congreso para que funcione la convención, o sobre el plazo para su funcionamiento, o viceversa. En este caso, debería vetar las disposiciones con las que discrepa y remitirlas a la Cámara de origen para su tratamiento, pudiendo promulgar parcialmente las disposiciones con las que concuerda, siempre y cuando ello tenga *autonomía normativa*, en los términos del artículo 80 CN.

Sobre este tema ha escrito mucho y bien la Dra. María Angélica Gelli:

La potestad del veto es amplia y no está sujeta a otra condición que la de ser ejercida dentro del plazo de diez días útiles.

En consecuencia el veto, sea total o parcial, no puede declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo, en cuyo caso sería inexistente y no inconstitucional.

Las observaciones parciales del Poder Ejecutivo podrían —a su solo criterio político— alterar el espíritu o la unidad del proyecto sancionado por el Congreso o, eventualmente, interferir en la autonomía normativa de aquel. Pero si el presidente utiliza esa atribución no debe promulgar el resto del texto normativo. Debe, inexorablemente, enviar todo el proyecto al Congreso para que este decida. Desde luego, el Poder Legislativo tiene la atribución de insistir en su proyecto originario, siempre que el Congreso obtenga dos tercios de votos en ambas Cámaras y, eventualmente, si ello no ocurre,

y en los casos concretos que se presenten, el Poder Judicial podría efectuar el control *sustantivo*, por el contenido que resulte de la norma promulgada parcialmente.³¹

Entonces, tal como hemos afirmado hasta aquí, si la única limitación a su potestad de vetar que tiene el presidente es la de que sea ejercida dentro del término de los diez días hábiles o *útiles*, tal como expresa la Constitución, bien puede ser vetada —total o parcialmente— la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional. Así, también puede entonces promulgar parcialmente la parte no vetada, si considera que esta posee autonomía normativa y unidad. Mientras tanto, el Congreso se abocará a considerar —y eventualmente insistir en— la sanción vetada parcialmente.

7. La asamblea legislativa

Otra inquietud que nos surge es aquella que nos indica cuál es la forma que debe reunir la sesión en la que los legisladores nacionales manifiestan la voluntad del Poder Legislativo. Concretamente nos preguntamos si es posible que los dos tercios sean reunidos en una asamblea legislativa.

Recordemos que la asamblea legislativa es la reunión de todos los diputados y senadores de la Nación en una única sesión simultánea. La Constitución nacional establece, por ejemplo, en su artículo 99, inciso 8, que el presidente de la Nación «hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, *reunidas al efecto ambas Cámaras*».³²

La primera conclusión que sacamos es que si la declaración de necesidad de la reforma toma el carácter de *ley*, para su sanción deben darse las formalidades que plantean los artículos 78, 79, 80 y 82 de la Constitución. De esta manera, es imposible que la voluntad reformadora se exprese a través de una asamblea legislativa, pues una ley para su sanción requiere que actúen una Cámara de origen y otra distinta revisora. Además, deberían cumplirse todos los pasos previstos para la sanción y formación de las leyes y en una asamblea legislativa habría un *único paso* legislativo.

Ahora, si retomamos nuestra idea primigenia de expresar la voluntad del Congreso a través de una mera *declaración*, bien entonces podrían reunirse en asamblea legislativa todos los senadores y diputados nacionales (obviamente en el recinto de la Cámara de Diputados, por una cuestión de espacio) y allí manifestar la voluntad soberana del Poder Legislativo de la necesidad y oportunidad de la reforma, a través de la mayoría de dos tercios de la totalidad de los legisladores. Esto le daría un

³¹ María A. Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., p. 561.

³² Este artículo reemplazó al anterior artículo 86, inciso 11, que disponía que el presidente efectuaba la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso «reunidas al efecto ambas Cámaras en la sala del Senado». Lo curioso es que, en la práctica, esta disposición últimamente no se cumplía, dado que el recinto de la Cámara de Senadores es muy pequeño para albergar allí a todos los senadores y diputados reunidos al mismo tiempo. Por ello, las asambleas legislativas siempre se llevaron a cabo en el recinto de la Cámara de Diputados.

marco incluso de mayor solemnidad a un acto formal de suma trascendencia: el rol preconstituyente del Congreso nacional.

Esto también nos inclina a sostener nuevamente lo beneficioso de nuestra postura, en el sentido de que la declaración de necesidad de la reforma sea efectuada a través del mecanismo que decida el propio Congreso, manifestando que bien podría hacerse a través de una mera declaración.

8. El «contenido» de la reforma constitucional

La historia constitucional ha mostrado que, generalmente, toda declaración de necesidad de la reforma —que como hemos visto, hasta ahora ha sido siempre por ley— siempre ha estado compuesta de dos partes:

- a) La declaración en sí misma. Esta es la que generalmente resuelve la necesidad y oportunidad de la reforma. Generalmente encabezan las normas a través de la fórmula: «Declárase la necesidad de la reforma de la Constitución nacional». Además, en esta parte procede que el Congreso en su actividad preconstituyente decida si la reforma de la Constitución será total o parcial y, en este último caso, cuáles serán los artículos a ser reformados. Esta declaración propiamente dicha fue efectuada en los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la ley n.º 24309.
- b) Las cuestiones atinentes a las elecciones de convencionales y funcionamiento de la convención reformadora. Aquí se estipulan aspectos propios de la tarea de los constituyentes y de la Convención en sí misma, tales como el lugar de asiento de la convención, el término de su funcionamiento, el número, la dieta y sistema electoral a ser utilizado para la elección de los convencionales, el presupuesto con el que funcionará la asamblea constituyente, etcétera.

Adelantamos nuestro criterio aquí: estos aspectos deben ser efectivamente reglados a través de una ley porque escapan al mero tema de una declaración, como la que requiere el artículo 30 de la Constitución nacional. Es más, algunos aspectos reglamentarios deberán incluso ser fijados a través de un decreto del Poder Ejecutivo, dictado en el ejercicio de las atribuciones que le fija la Constitución en el artículo 99, inciso 2.

9. Finalmente, nuestra postura

Llegado este momento parece oportuno plantear nuestra posición. Lo hacemos en este momento y lo relacionamos con el apartado 8 que acabamos de analizar. Proponemos que el Congreso sea quien elija en cada ocasión la forma más adecuada según su criterio para efectuar la declaración de necesidad de la reforma constitucional, en un todo de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución nacional.

9.1. *La declaración propiamente dicha*

En lo que se refiere concretamente a la declaración propiamente dicha, tal como la explicitamos en el pasado apartado 8.a, creemos conveniente efectuarla a través de una *mera declaración del Congreso*, efectuada incluso a través de una asamblea legislativa reunida a tal efecto en el recinto de la Cámara de Diputados de la Nación, sancionada por la mayoría agravada de al menos dos tercios de la totalidad de la Asamblea Legislativa. Es decir, el cómputo debería ser el siguiente. Bastará entonces para aprobarse la necesidad de la reforma que voten en ese sentido al menos la cantidad de doscientos veinte legisladores, que es el cómputo de los dos tercios de trescientos veintinueve, que es la suma de doscientos cincuenta y siete diputados y setenta y dos senadores, que compondrían la Asamblea Legislativa. De seguirse el otro criterio (el de dos sesiones distintas), también se requeriría contar con la voluntad afirmativa de doscientos veinte señores legisladores, pues debe reunirse la suma de ciento setenta y dos diputados y cuarenta y ocho senadores, cada uno por separado. Como vemos, la calidad institucional de consensos necesarios no varía cualquiera sea el sistema adoptado.

Esto trae varias ventajas:

- a) Se evitarían todas las disquisiciones propias de esta discusión acerca del tratamiento parlamentario, que tantos ríos de tinta ha gastado en la historia constitucional argentina, sobre todo como hemos visto en la última oportunidad, en ocasión de la ley n.º 24309.
- b) Por otra parte, al celebrarse una asamblea legislativa, se le daría mayor solemnidad a un acto tan importante como es el Poder Legislativo de la Nación actuando *in totum* en su rol preconstituyente. El pueblo asistiría a un debate de jerarquía, en el que tanto sus representantes directos (diputados) como los representantes de las provincias (senadores) se pronunciarían sobre un tema tan importante como la reforma constitucional.
- c) Así, si el Poder Legislativo decide declarar la necesidad de la reforma a través de una mera declaración, evitaría que ella pudiera ser obstaculizada por el presidente de la Nación, a través de la herramienta del veto, lo que jerarquizaría el sistema republicano de gobierno y fortalecería la división de poderes traída por Montesquieu.
- d) Por otra parte, si la reforma se decide a través de una declaración, se le quitaría al Poder Ejecutivo la facultad de proponerla a través de la utilización de su facultad de iniciativa legislativa, enviando un proyecto de ley en ese sentido. Si igual pretende impulsar la reforma constitucional, podrá hacerlo a través de un legislador que pertenezca al bloque oficialista; pero esto sería importante pues le quitaría presión a los legisladores al momento de tratarse un tema tan trascendente como la reforma de nuestra ley fundamental.

9.2. Aspectos reglamentarios

En lo referido a los *aspectos reglamentarios*, sostenemos que sí deben ser dispuestos por ley, la que debe por supuesto seguir el procedimiento ordenado por la Constitución nacional para su formación y sanción. El sistema electoral a adoptar, los aspectos presupuestarios y demás temas alusivos al funcionamiento de la Convención, parecen ser materia de legislación «ordinaria», por denominarlo de alguna manera.

Más aún, creemos que incluso algunos aspectos meramente reglamentarios deben quedar en el ámbito exclusivo de decisión del Poder Ejecutivo, materializados a través de un decreto. Estos temas pueden ser: la fecha en que se celebrarán las elecciones de convencionales, el monto de su dieta y otros aspectos menores.

Es obvio que para convocar a elecciones debe utilizarse una ley del Congreso y por eso defendemos la utilización de esta herramienta.

9.3. Declaración del Senado de la Nación

Citamos como antecedente válido una *declaración* efectuada por el Senado de la Nación reivindicándose como Cámara de origen de la ley declarativa de la necesidad de la reforma n.º 24309. En efecto, cuando se suscitó la enorme polémica acerca del trámite a seguir para la declaración de la reforma, luego de que el Senado aprobara un proyecto que no fuera respetado por la Cámara de Diputados, esta ignoró el precedente y actuó como si fuera Cámara de origen. Para aclarar definitivamente este tema, se presentó y se trató en el seno del Senado un proyecto de declaración que expresaba:

El Senado de la Nación *declara*: Que en los términos de los artículos 68, 69, 70 y 71 de la Constitución nacional, es Cámara de origen o iniciadora del proyecto de ley declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución nacional, sancionada por este honorable cuerpo el 21 de octubre de 1993, pasado en revisión a la Cámara de Diputados el 22 de octubre del corriente año (CD 186/93) y vuelto a este honorable cuerpo para su sanción definitiva el día 22 de diciembre de 1993 (CD 115/93).

Entre los fundamentos del proyecto puede leerse:

En el caso, no se puede hablar de un proyecto nuevo, ya que cuando se proponen los mismos objetivos, aunque el texto y las palabras estén redactados de un modo distinto hay identidad de proyectos.

De entender la Cámara de Diputados que se trata de un nuevo proyecto, presupone el rechazo total al proyecto mandado en revisión por esta Cámara, lo cual siguiendo el artículo 71 de la Constitución nacional: «Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año», no se podrá tratar en estas sesiones ordinarias.

[...] De lo expuesto, consideramos que el proyecto remitido por la Cámara de Diputados 115/93, se trata del proyecto de ley que declara la necesidad de la reforma constitucional sancionado por este cuerpo el 21.10.1993 y remitido en revisión a la

Cámara de Diputados con el número 106-S-93 y al que dicha Cámara le ha introducido modificaciones.³³

Ahora bien, si la Cámara de Senadores pudo emitir una declaración para reivindicarse como autora y Cámara de origen de un proyecto de necesidad de la reforma constitucional, también podría entonces declararse la necesidad de la reforma constitucional toda a través de este mecanismo, contando para ello con la mayoría prevista en el artículo 30 de la Constitución nacional de los dos tercios, tal como es nuestra postura.

Este tema tan manido de la sanción de la ley declarativa 24309 fue también abordado en la propia Convención Reformadora de Santa Fe, Paraná, de 1994. Allí, al tratarse el tema del reglamento de la Convención, el convencional por Córdoba Antonio María Hernández (h) manifestó:

Sobre estos presupuestos teóricos, que naturalmente por la brevedad del tiempo no puedo analizar, voy a pasar ahora a referirme a cada una de las objeciones que he señalado inicialmente. La primera se refiere al artículo 2.º de la ley 24309. Al respecto, vengo a ratificar que el Congreso tiene distintas funciones. La mayoría de la doctrina sostiene que también le corresponde una función preconstituyente y de naturaleza política. Los autores en su gran mayoría sostienen que el proceso del artículo 30, referido a la declaración de necesidad de la reforma no se hace por medio de una ley sino a través de una declaración de carácter político y preconstituyente. Esta es la opinión de José Manuel Estrada, Joaquín V. González, González Calderón, Germán Bidart Campos, Jorge Reinaldo Vanossi y Carlos Sánchez Viamonte, entre otros. Pero es también la opinión histórica elaborada por la doctrina de la fuerza que tengo el honor de representar —la Unión Cívica Radical—, que en la Convención Reformadora de 1949 —permítaseme la lectura, señor presidente— dijo: «La ley y la declaración, aunque parecidas y próximas, no son ontológica ni jurídicamente idénticas. Tampoco se equivalen ni en el caso han podido sustituirse. Se trata de actos formalmente diversos, cuanto menos, dentro del sistema constitucional, porque las declaraciones, en cuanto pronunciamiento, pueden hacerse sin trámite alguno preestablecido y con prescindencia de la aprobación del Poder Ejecutivo, en tanto que las leyes está supeditadas a un proceso creador que se determina taxativamente en la propia Constitución y necesitan que las apruebe de modo implícito o explícito el Poder Ejecutivo, a quién además corresponde la facultad de vetar».

Y más adelante decía el bloque de la Unión Cívica Radical: «Tiene importancia considerar que el constituyente de 1853, al exigir una declaración y no una ley, lo ha hecho con el inequívoco propósito de atribuir al Congreso una mayor libertad, no condicionada por los requisitos que se exigen para la sanción de las leyes, y de colocar ese mismo pronunciamiento fuera de la facultad de vetar que, sólo con respecto a aquellas, está concedida al Poder Ejecutivo».

Entonces, señor presidente, *estamos en presencia de una declaración de naturaleza política y preconstituyente efectuada por el Congreso de la Nación que no sigue necesariamente los lineamientos de la sanción de las leyes.*

Con respecto al tema de la distinta opinión del Senado y de la Cámara de Diputados sobre el artículo 29, debo decir que las habilitaciones se hacen por artículos o

³³ *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, año 1993, reunión 68.ª, pp. 5393 ss.*

por temas. En este caso no hay ninguna duda de que hubo una habilitación del tema, porque evidentemente en el artículo 3.º, punto *n*, se indicó que es facultad de esta Convención reformadora analizar todo lo conducente a la unificación de los mandatos.³⁴

Creemos que esta opinión de un destacado constitucionalista —hoy presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional— y pronunciada en el propio seno del recinto de una convención reformadora, da por finalizado el debate que hemos propuesto, y con una postura bastante similar a la que hemos sostenido a lo largo de este ensayo. Para nosotros basta.

10. Conclusión

Hasta aquí hemos llegado con este trabajo que ha pretendido convertirse en un aporte para el debate de la ciencia del derecho constitucional.

Pretendimos echar algo de luz sobre un tema ríspido y que ha generado mucha discusión doctrinaria, más en un tema tan complejo y susceptible como es la reforma de nuestra Constitución.

Como se ha visto, no pretendimos ser originales sino más bien ordenados, y utilizar una sistemática que ordenara la discusión.

La propuesta que formulamos es la que nos pareció más razonable y útil. Es aquella que buscó acercar las posiciones encontradas con el objeto de lograr consensuar para el futuro, establecer un criterio único que sea autosuficiente y no sea necesario de aquí en más requerir la actuación del Poder Judicial para encontrar una solución.

Esperamos haberlo logrado.

³⁴ Antonio M. Hernández (h): *Reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Talleres de la imprenta del Congreso de la Nación, 1995, pp. 50-51.

Diego Hernán Armesto*

El Congreso y las reformas constitucionales

La facultad de reformar la Constitución no puede pertenecer a ninguno de los poderes ordinarios: pertenece a la entidad en que reside la potencia inicial del gobierno, pertenece a la Nación.

*José Manuel Estrada*¹

1. Introducción

Para introducirnos en la presente temática consideramos pertinente recurrir a lo dicho por el gran ideólogo de la Constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, que en 1837 decía que a partir de la intimidad de nuestra conciencia, podemos buscar las leyes de nuestra determinación moral, donde el juego estriba en tres resortes:

- *la pasión*: fuerza instintiva de nuestra naturaleza;
- *el interés bien entendido*: que no es otra cosa que la pasión, el bien buscado y realizado por la razón;
- *la obligación*: motivo racional que nos determina la práctica del bien.²

Este triple móvil de la conducta humana se debe reflejar en la creación normativa de modo tal que —en lo que hace a nuestro análisis— la norma constitucional recoja estos resortes, que son la base de nuestra determinación moral, convirtiéndose en un producto común de la sociedad que, al fin y al cabo, es lo que debe ser toda Constitución.

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica de Salta, Delegación Neuquén. Asesor del Senado Nacional.

¹ Cf. José Manuel Estrada: *Curso de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Cía. Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, pp. 27 ss.

² Véase Juan Bautista Alberdi: *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Biblos, 1984, p. 176.

La idea del presente trabajo es simplemente la de buscar en los debates dados en las distintas reformas constitucionales operadas en toda nuestra historia (1866, 1898, 1949 y 1994) el sentido, la finalidad y la importancia que reviste el Congreso en referencia al proceso constitucional, y cómo, a nuestro juicio, deben operar los tres móviles de los que hablaba el ideólogo de la Constitución.

Siguiendo a Montes de Oca, y para brindar una idea de cómo es nuestro mecanismo de reforma de la Constitución federal podemos decir que:

Con este sistema, que es el más generalmente preconizado, se llega a la distinción entre poder constituyente y poder legislativo, creados ambos por la Constitución, con facultades y prerrogativas diversas. El primero se encarga solo de las leyes fundamentales, el segundo se ocupa de las leyes secundarias.³

2. La Constitución y el proceso de reforma

En tren de aproximarnos a una idea más precisa de lo que debemos entender por Constitución, viene a tono acudir al valioso legado de la doctrina constitucionalista histórica de nuestro país. En tal sentido, una de las figuras más preclaras, quien por otra parte fue artífice de la que es hoy la segunda Constitución vigente más antigua de América, el convencional constituyente Juan María Gutiérrez, nos decía que: «La constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ello; es el pueblo, es la Nación argentina hecha ley».⁴ Por su parte, Ekmekdjian nos alecciona diciendo que: «La Constitución de un país es un instrumento para asegurar la libertad de sus habitantes, frente a los embates del poder (de los que lo ejercen), que permanentemente pretende reducirla»,⁵ y además la configura como «un instrumento para garantizar el espacio de la libertad individual, frente a los permanentes embates del poder que pretende anularla».⁶

Con relación a los principios esenciales generalmente vigentes en todos los procesos de reformas, Brewer Carías nos dice que:

[...] el constitucionalismo moderno, el que ha contribuido a configurar el régimen político de todos los Estados del mundo y particularmente el de nuestros Estados, está definido por los siguientes siete principios esenciales: la idea de Constitución y su supremacía; la soberanía del pueblo, el republicanismo y la democracia representativa como régimen político; la distribución vertical del poder público, sea mediante el federalismo, el regionalismo político o el municipalismo; la separación orgánica de poderes y los sistemas presidenciales y parlamentarios de gobierno; la declaración

³ Cf. Manuel Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ed. La Buenos Aires, 1910, p. 495.

⁴ Cf. Juan María Gutiérrez: *La Constitución y el Congreso general constituyente*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1943, p. 74.

⁵ Cf. Miguel Ángel Ekmekdjian: «Breves reflexiones sobre la reforma constitucional», *LL*, 1994-E, Buenos Aires, p. 1128.

⁶ *Ibidem*.

constitucional de los derechos del hombre y sus garantías; el principio de legalidad y el rol del Poder Judicial como garante del Estado de derecho; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.⁷

Si uno confronta esta afirmación con los procesos constitucionales argentinos, se verá que en la mayoría de los casos los procesos reformadores argentinos han estado en consonancia con dichos principios, y en ese sentido, el Congreso argentino como poder preconstituyente derivado puede decirse que, a lo largo de su historia, no ha perdido de vista que la eficacia de una Constitución está estrechamente ligada a su perdurabilidad y principalmente como esta logra adaptarse a la realidad social en su conjunto, es decir, en la faz económica y política y de los individuos que la integran. La capacidad de esta Constitución se encuentra entrelazada con la adecuación a los objetivos y las necesidades de la sociedad,⁸ por ello es necesario tener presente que: «Cualquier enmienda puede afectar la coherencia o unidad del sistema constitucional predeterminado ya que puede contradecir otra disposición existente o infringir un límite».⁹

Linares Quintana nos enseña que:

La Constitución debe responder fielmente a la realidad social y política del Estado, y como esta no constituye algo fijo e inmutable, sino que está sujeta a perennes variaciones, síguese la necesidad de la reforma constitucional para satisfacer nuevos ideales, nuevas exigencias o nuevas necesidades de la Nación.¹⁰

Por lo tanto, toda reforma constitucional constituye una acción esencialmente política pues pone en funcionamiento lo que se ha denominado faz arquitectónica (por oposición a la agonal o de construcción cotidiana del poder) de aquella. Esto, indudablemente, demanda reglas muy precisas emanadas del propio orden constitucional. Como observa Spota:

El dato esencial para la existencia de ejercicio del poder constituyente o reformador: la durabilidad de resultado. Esa durabilidad es su efectiva validez y vigencia. [...] Durabilidad quiere simplemente decir y significa, validez y vigencia efectiva, en y por un tiempo razonablemente extenso.¹¹

⁷ Cf. Allan Brewer Carías: «Los retos de la reforma constitucional», en *La Revista*, vol. VIII, 14.8.2005, <www.conhist.org>.

⁸ Cf. Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 145. Véase también Diego Hernán Armesto: «El poder constituyente derivado. La regla última de reconocimiento cuando los intereses políticos en pugna priman sobre un proceso de reforma», en *Revista de Derecho Público*, 2006-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 505.

⁹ Cf. Raúl Gustavo Ferreyra: «Cien años en bastante soledad. A propósito del fallo “Sánchez Viamonte et al.” sobre control del proceso preconstituyente», en *La Ley*, 2004-D, p. 66.

¹⁰ Cf. Segundo V. Linares Quintana: *Gobierno y administración de la República Argentina*, tomo I, Buenos Aires, TEA, 1946, p. 215.

¹¹ Cf. Alberto Antonio Spota: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1993, pp. 98 ss.

Al respecto, Hamilton nos decía que «no habrá entonces ninguna necesidad de manipulación ni componendas, nada de tomes y dacas con relación a cualquier otro punto»¹² propuesto a reformar, así el fundamento de la enmienda es el de «querer lograr el equilibrio de un gran Estado o de una sociedad importante [...] es necesario que participen las facultades críticas de muchos hombres, que los guíe la experiencia y que se dé oportunidad de tiempo para perfeccionarla».¹³

Queda, pues, clara la importante misión del Congreso de la Nación. A este poder de la democracia le compete en primer lugar (luego a la Convención) discernir la relevancia y la viabilidad institucional de una reforma. Estas consideraciones, como lo veremos a continuación, podremos observarlas en los distintos debates dados en el seno del Parlamento argentino, distinguiéndose desde los discursos de senadores y diputados, en los distintos momentos históricos en que se suscitaron iniciativas reformistas.

3. El sistema en la Constitución argentina

La Constitución Argentina se enrola dentro de las denominadas *Constituciones rígidas*. El artículo 30 de la Constitución federal dice:

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

Mediante este sistema, los engranajes del proceso de reforma solo pueden ser movidos por dos órganos: el Congreso, al cual atribuye el rol *preconstituyente*, que acaba cuando sanciona la norma que declara la necesidad de la reforma, y la convención constituyente, que estando investida del *poder constituyente derivado* (por oposición al de la convención primigenia, que es la que dictó el primer texto de la Constitución) es la definitiva operadora de la reforma en sí.

De modo tal, «la validez de la reforma constitucional depende de que el Congreso y la convención cumplan sus tareas dentro del ámbito de competencia que tienen asignado».¹⁴

Respecto del modo de expresarse el Congreso al declarar la necesidad de la reforma de la Constitución, se discute en doctrina si este debe hacer tal declaración en forma de ley o de declaración. Se puede observar que «la importancia práctica de la cuestión consiste en que la ley supone la participación del presidente,

¹² Cf. Madison, Jay y Hamilton: *El federalista*, LXXXV, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 337.

¹³ *Ibidem*, p. 378.

¹⁴ Cf. Juan Cianciardo, Miguel Berri: «Los límites de las facultades de los órganos encargados de la reforma de la Constitución nacional», en LL, 1996-C, p. 1368.

principalmente a través del ejercicio de su facultad de promulgarla o vetarla, en tanto la declaración deja la decisión librada a la exclusiva voluntad del Congreso»,¹⁵ pero además podemos agregar:

[...] que en los fundamentos más importantes de la República se encuentra la limitación del poder. Y esa limitación se logra, principalmente, a través de los controles recíprocos de los órganos que ejercen dicho poder. El control garantiza un alto grado de legalidad del proceso político. Quizás sea posible sostener que hay una relación directamente proporcional entre la intensidad y eficacia del control y el grado de legalidad del proceso político.¹⁶

En referencia a la naturaleza del acto, sin lugar a dudas tiene una gran importancia, por cuanto se trata de la reforma de la carta fundamental, la ley más importante de un país. Así, el constitucionalista correntino Mario Midón dijo: «estamos en presencia de un acto institucional, de alta política, que se instrumenta bajo la forma de una ley y que importa la exteriorización de poder preconstituyente».¹⁷

Por último, es necesario recordar que la mayoría calificada de los dos tercios que exige el artículo 30 CN para declarar la necesidad de reforma debe ser entendida, definitivamente, en sentido restrictivo y que la mayoría alude al número total de miembros de cada Cámara. Como se recordará, esto fue la piedra del escándalo en los debates de la reforma constitucional de 1948,¹⁸ habiendo impuesto el gobierno de turno por fuerza de mayoría la interpretación contraria. La doctrina avala esta opinión, ya que se ha dicho que:

las dos Cámaras del Congreso sesionarán para declarar la necesidad de la reforma del texto fundamental, debe integrarse por las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara, ya que como bien dice Bidart Campos, cada vez que la Constitución ha querido un quórum en particular se determina sobre los miembros presentes, así lo indica expresamente.¹⁹

4. Las reformas y el Congreso

El día 21 de mayo de 1866, el Congreso nacional debatió por vez primera en la historia constitucional argentina un proyecto de reforma constitucional bajo el mecanismo previsto en el artículo 30 de la Constitución. Recordemos que el proceso que culminó con los cambios constitucionales de 1860 no se basó en este sistema, con

¹⁵ Cf. Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 12.

¹⁶ Cf. Juan Cianciardo, Miguel Berri: «Los límites...», o. cit.

¹⁷ Cf. Mario Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 64.

¹⁸ En el año 1948 se debatía tanto en Diputados como en Senadores la reforma de 1949.

¹⁹ Cf. Eduardo P. Jiménez: *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 247.

lo que —paradójicamente— la primera reforma constitucional no siguió las pautas que la propia Constitución se fijó originalmente. Ese dato histórico es una prueba palmaria de la gran dosis de política que tiene toda reforma.

Por entonces —me refiero a 1866— el diputado Zubiría dejaba por sentado que antes de debatir el proyecto era necesaria la presencia del ministro de Hacienda. Se pasó a un cuarto intermedio y posteriormente se retomó el debate y dijo el diputado nombrado:

Como quiera que se trata de una cuestión demasiado debatida por la prensa, en el Senado, y sobre la que se ha pronunciado evidentemente la opinión pública, es de suponerse que la de mis honorables colegas esté formada al respecto; por lo tanto, poco tendré que decir para llenar el deber que me ha impuesto la comisión, de informar a la Cámara sobre el proyecto a leerse. Levantada la Constitución de la República de entre los escombros de la tiranía, cuando aún no había antecedentes constitucionales propios, ni los estudios indispensables para garantir el acierto e infalibilidad en todas sus disposiciones; reformada en una época en que las pasiones de los miembros disidentes de una misma familia estaban todavía en efervescencia y desconfiados el uno del otro, era de esperarse que no siempre todas esas disposiciones respondiesen al desenvolvimiento progresivo y futuro del país, y a los intereses bien entendidos de todos. Al amago de este riesgo, muy sabiamente, los constituyentes introdujeron un artículo en la carta, el 30, que puede llamarse una válvula salvadora, por medio del cual se la puede reformar en el todo o en parte, mediante el voto de dos tercios del Congreso que lo exijan así las conveniencias públicas. Tarde, por fortuna, ha llegado el caso de invocar esa previsora disposición constitucional, respecto del artículo que prohíbe para lo futuro los derechos de exportación, derechos de que urgentemente necesita el país para vivir.²⁰

Posteriormente, el diputado comenzó a fundamentar la importancia que tenía la reforma propuesta.

A su turno, el diputado Ugarte dijo:

El señor Diputado que ha informado a la Cámara en nombre de la Comisión de Negocios Constitucionales, ha dado poquísimo interés, precisamente a la parte del proyecto que constituye el interés principal de este debate. Él ha creído que la única cuestión que debe preocupar al Congreso, es la de saber si se ha de convocar o no a la Convención, dejando para que ella estudie lo que es deber del Congreso Argentino estudiar hoy —si los derechos de exportación deben mantenerse o no—. *El Congreso Argentino no tiene facultad de convocar convenciones cuando le dé la gana. Sólo tiene la facultad de convocarlas cuando sea, a su juicio, necesaria una reforma constitucional*».²¹

Y continuó:

Yo sería, señor Presidente, un insensato, si pretendiera que una Constitución no debe ser jamás reformada. Una Constitución que quisiera hacerse inmutable, sería una barrera alzada contra el progreso: sería peor, porque a más de ser la abdicación en el presente, sería la usurpación del derecho que le pertenece a las generaciones futuras,

²⁰ Cf. Cámara de Diputados: *Diario de Sesiones*, 1866, pp. 19 ss.

²¹ *Ibidem*, p. 23 (la cursiva nos pertenece).

para disponer de sí mismas, según las ideas, las necesidades y los medios de su tiempo. Pero la movilidad constante de las Constituciones no es tampoco un ideal, ni la reforma continua de las leyes fundamentales es un medio apropiado para levantar su prestigio. [...] Constituciones que se están reformando a cada instante, no se arraigan jamás en el espíritu del pueblo, que no tiene tiempo de estudiarlas y que las aprende únicamente por la repetición de los actos que dan existencia sensible y material a sus disposiciones. Esas Constituciones a cada instante reformadas no son, por consiguiente, ensayos serios que marquen la fisonomía de una época, que desenvuelvan el carácter de un pueblo y dejen trazado en hechos positivos el progreso y el bien que tenían por objeto difundir. Pero dejan tras sí un mal muy grave, el mal del escepticismo.²²

La segunda reforma constitucional que recuerda la historia (me refiero a la segunda bajo el mecanismo del artículo 30), se da el año 1898. En la 20.^a sesión ordinaria, del 9 de agosto de 1897, la Cámara de Diputados sancionó finalmente la ley de necesidad de la reforma, registrada con el n.º 3507. En los debates del recinto, el diputado Vedia decía:

Considero oportuno, no obstante —y acaso fuera indispensable—, un ligerísimo análisis retrospectivo. Él me ayudará a demostrar la procedencia de la reforma aconsejada, cuando hace más de cuarenta años que rige el instrumento definitivo de nuestra organización política, bajo cuyos auspicios la República ha crecido y prosperado, ampliando constantemente sus conquistas morales y materiales, salvando de duras pruebas y afianzando para siempre su destino.

[...] A esta altura, señor presidente, nuestra Constitución, una Constitución que lleva alrededor de medio siglo de existencia, no podría ser, no es una obra acabada; pero ella da testimonio, con todo, de la alta razón, de la alta sabiduría de los constituyentes, tras largos y penosos ensayos, que se inician con los albores de la independencia y que traducen, en formas más o menos vagas o sustanciales, los anhelos y los instintos del patriotismo argentino, que buscaba la fórmula necesaria de su organización. [...] La Constitución de 1853 era el fruto ya sazonado y venía a su hora; pero aún entonces se discutía, con todo, y hasta en el mismo seno de la asamblea constituyente, la necesidad de la reforma —lo que no logró impedir que triunfara, en definitiva, el criterio de los patriotas que veían en ella el más poderoso elemento de la paz y el único medio, acaso, de salvar a la República de la anarquía y de la disolución.

[...] Cofre precioso, sin duda, señor presidente; depósito sagrado, abrámoslo lo menos posible, y abrámoslo con cautela, con respeto y con la firme resolución de volver a cerrarlo tan pronto. [...] Los errores que principalmente advertimos en nuestra Constitución no son errores de principios, no son errores fundamentales, por cierto, nacen en primer término de la inflexibilidad de algunas de sus reglas, inflexibilidad que solo el tiempo, el crecimiento de la población y el progreso general han venido a poner de manifiesto. Tal sucede con la base de proporcionalidad de la representación y con el número de los ministros que fija el Poder Ejecutivo, reglas movedizas, que debieron confiarse al legislador ordinario; y tal sucede también con algunas otras disposiciones, que solo tienen ya un valor histórico y que nuestra civilización política ha venido anulando de hecho.

[...] Toda época es buena para reformar la Constitución, con tal de que la reforma sea realmente indispensable y de que se llenen todos los requisitos del caso. No hay razón para decir que tal período es inconveniente. Cuando se reconoce la necesidad

²² Cf. Cámara de Diputados: *Diario de Sesiones*, 1866, p. 23.

de la reforma, hay un deber en llevarla a cabo; porque en definitiva no se trata sino de evitar el mal que traería aparejada la aplicación de una regla perjudicial o injusta. En este caso, el pueblo tiene derecho a exigir la enmienda, y es el pueblo, en definitiva, el que va a pronunciarse sobre ella, por medio de sus legítimos representantes, en una convención nacional.²³

A su turno, el diputado Mantilla dijo:

Este proyecto de ley, señor presidente, escapa por su naturaleza al estudio doctrinario y principista que impone toda cuestión legislativa. Declarar la necesidad de la reforma de la Constitución es una atribución política excepcional de que está investido el Congreso; y no en los libros, en las teorías de especulación intelectual, en el fruto paciente de la laboriosidad de los hombres abstraídos al movimiento del día, es donde está la razón o sinrazón que puede determinar el voto de un diputado, sino en la existencia misma de la colectividad política cuyos destinos preside la Constitución como poder supremo, al cual no llegan, ni debieran llegar jamás, las contiendas transitorias de los partidos y mucho menos el encono de sus pasiones y extravíos.²⁴

La historia registra el cuarto proceso de reforma cincuenta años más tarde, en el año 1948, en plena hegemonía del peronismo en el poder. Allí se suscitó el más enconado debate en torno a la interpretación del artículo 30 CN. Desgraciadamente, este proceso empezó y terminó mal. Se inició bajo el cuestionable peso de los votos forzando, a nuestro entender, la voluntad de los constituyentes en torno al cómputo de los dos tercios requeridos, y terminó de la peor manera, ya que si bien la Constitución fue reformada y se dio la llamada Constitución de 1949, lo cierto es que esta fue dejada sin efecto *por un decreto*, algo nunca visto ni antes ni después en nuestra historia constitucional.

De más está decir que los debates reflejan las encendidas pasiones que esto despertó. Así, en las sesiones de los días 13 y 14 de agosto de 1948, el diputado Bagnasco expresó:

[...] Debo declarar paladinamente que considero que la Constitución nacional, al expresar en su artículo 30 que la necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, ha querido establecer que esa necesidad debe ser declarada por ambas Cámaras reunidas en Asamblea.²⁵

El diputado nombrado, luego de buscar antecedentes que avalaran su postura, expresó:

Los constituyentes de 1853 adoptan un régimen ecléctico, que resulta enteramente distinto de los antecedentes examinados: adoptan la declaración de la necesidad de la reforma con el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso. [...] Sobre este aspecto hay tres teorías: la primera sostiene que la Constitución exige para declarar la necesidad de la reforma dos tercios de los votos de los miembros del cuerpo; es decir que estando compuesta la Cámara de 156 diputados, los dos tercios

²³ Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, 1897, pp. 462 ss.

²⁴ *Ibíd.*, p. 470.

²⁵ *Ibíd.*, 13 y 14 de agosto de 1948, p. 2653.

lo constituyen 106. [...] La segunda teoría es la que sostiene que la Constitución se refiere a los dos terceras partes de los miembros existentes, vale decir, que esta honorable Cámara, que se compone de actualmente de 152 diputados, los dos tercios lo compondrían 101 representantes de esta. [...] La tercera teoría es la que afirma que la Constitución solo exige las dos terceras partes de los miembros presentes en cada Cámara. Yo creo, señor Presidente, que esta es la buena tesis. En efecto, la Cámara forma quórum, según el artículo 56 de la Constitución, con la mayoría absoluta de sus miembros y es desde ese momento que pasa a funcionar, y nada puede impedir que sus sanciones tengan la fuerza que surge del ejercicio de sus facultades. [...] Es decir que con una interpretación errónea una minoría ínfima podría detener la voluntad de una gran mayoría, lo que es contrario al concepto puro de la democracia.²⁶

Continuando con su exposición el diputado nombrado, explicó los motivos de las reformas de los años 1866 y 1898, pero volvió sobre el asunto del artículo 30, expresando:

El proyecto de ley que estamos considerando no es repugnante a la Constitución nacional. Se aparta sí de los precedentes inmediatos. El artículo 30 de la Constitución nacional no instituye expresamente la obligatoriedad de la determinación del artículo sujeto a reforma, y debe, por lo tanto ser interpretado; lo fue en un sentido en 1866 y 1898; lo es hoy en otro. Como los hombres del sesenta, nuestra interpretación responde a una realidad nacional; esta reforma no es un producto de laboratorio, de seminario. No, señor presidente; ella nace en la calle, caldeada en el fervor de las masas que la reivindican como suya, que piden ver sus derechos reconocidos y garantizados en el presente y asegurado porvenir.²⁷

Dada la palabra al señor diputado Vítolo, este expresó:

Esta Cámara integra el Parlamento argentino; en él está representada la soberanía popular; en la otra Cámara están representados los Estados que integran la Nación. Una Cámara de Diputados no es solo la expresión de la soberanía popular; es también un cuerpo deliberativo, que debe llenar una función en representación del pueblo: deliberar en nombre de él. El país ha de ver con asombro, con estupor, cómo se ha realizado el proceso de reforma constitucional. Pareciera que hubiese un propósito de desprestigiar la vida parlamentaria. [...] Se va a realizar una reforma constitucional invocando un poder revolucionario, emanado del movimiento del 4 de junio. Lo ha dicho el señor diputado miembro de la mayoría de la comisión y yo pregunto: ¿Qué es y qué significa la revolución del 4 de junio? ¿Cuál fue su ideario, su programa, su doctrina? ¿Dónde se proclamó, dónde estuvo estructurado el día que los representantes de ese movimiento ocuparon la Casa Rosada en la Ciudad Capital de la República? Por el contrario, allí no se habló de programas de reformas, sino solo del respeto y acatamiento a la Constitución nacional. [...] De todos, la mayoría ha resuelto realizarla y nosotros tenemos el derecho, como el resto del país, de preguntar qué clase de reforma se intenta, qué es lo que se procura cambiar con las disposiciones constitucionales.²⁸

A su turno, el diputado Vivar reseñó que:

²⁶ Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, 1897, p 2655.

²⁷ *Ibidem*, p. 2657.

²⁸ *Ibidem*, pp. 2658 ss.

No somos nosotros, hombres, actores de este episodio, constreñidos por la dureza fundamental del combate, quienes estemos mejores para ensayar, con plena objetividad, un juicio de valor sobre este hecho. Es la historia la que habrá de decidir en definitiva quién acertó el camino que ha de conducir al pueblo argentino hacia una jornada de prosperidad.

El diputado Balbín, luego de hacer un desarrollo sobre la base que sustentaba supuestamente la reforma constitucional, los principios republicanos, el federalismo, expresó:

Pero es que tenemos que manejarnos con la realidad actual, señor presidente, con los hechos producidos, con la legislación dada por este cuerpo y entonces puede suponerse con verdad que la reforma constitucional está inspirada en la conferencia del señor presidente de la República que diera al inaugurar los cuerpos de la cátedra de defensa nacional, ratificados por desgracia en los hechos y en la legislación. Puede suponerse con verdad que puede estar inspirada en el decreto ley que reprime los derechos contra la seguridad del Estado, rompe el hábeas corpus y crea una barrera dentro del país que llega a declarar delito la huelga. [...] La intimidación pública: otro signo de la época. Si el Parlamento dijera cuáles son las disposiciones constitucionales que habrán de modificarse, esta inquietud desaparecería porque habría de suponer que la nueva constituyente estaría a tono con las declaraciones de reforma que diera este Congreso; pero esta disposición que le somete sus facultades extraordinarias permite suponer que la reforma tendrá el signo de estas arbitrariedades argentinas.²⁹

En el Senado de la Nación, en fecha 27 de agosto de 1948, al prestarse el debate sobre el proyecto de reforma constitucional, se destacó lo dicho por el senador Ramella, que en referencia a la necesidad de la reforma expresó que la idea era la de poner un dique al capitalismo, a la injusticia social, a la riqueza excesiva, para acotar:

No creo, señor presidente, que este asunto tan extraordinario sea motivo de agitaciones ni de perturbaciones, porque si nos agitamos damos la impresión de que no tuviéramos razón; la tenemos en alto grado y creemos sinceramente que estamos sirviendo al país, al intentar la reforma de nuestra Constitución. El general Perón daba una norma admirable de gobierno. Decía que los gobernantes debían inspirarse en el amor y desechar todo egoísmo y todo odio. Y digo que es una norma admirable de gobierno porque el amor debe ser el sello distintivo de la nueva Constitución que se cree, por cuanto sólo el amor aduna, en tanto que el odio desparrama [...] Nuestra Constitución responde al llamado tipo individualista-liberal y es necesario incorporarle los conceptos de justicia social.³⁰

El ministro del Interior dijo:

Señor presidente, las Constituciones rigen la organización política y jurídica fundamentales de las naciones de la orbe, han sido generalmente creadas o renovadas bajo el influjo de una revolución triunfante. Por otra parte, todo movimiento revolucionario determinado por exigencias perentorias de reforma de los instrumentos

²⁹ Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, 1897, p. 2669.

³⁰ Cf. Cámara de Senadores de la Nación: *Diario de sesiones*, versión taquigráfica, 27 de agosto de 1948, p. 1372.

políticos, sociales y económicos de gobierno y no solo por la necesidad de substituir unos gobernantes por otros, tiende a asegurar su éxito y lograr estabilidad mediante la cristalización en la ley fundamental del país, de los anhelos y propósitos que los alentaron y decidieron su triunfo.³¹

Continuó su exposición con reseñas al motivo que llevaron a la sanción de la Constitución de 1853, y la importancia que reviste la concepción universalista del peronismo, en referencia a la protección de los trabajadores y las masas laboriosas.

Luego de la intervención de los senadores Herrera y Tascheret, el ministro de Relaciones Exteriores y Culto dijo: «Las ideas de un movimiento como el nuestro, integrado en todos los aspectos, en lo que se refiere a la política, en lo que concierne a lo económico, a lo social, a la cultura y a la religión, evidentemente necesitan una concepción unitaria para su realización integral». Posteriormente, el ministro realizó un desarrollo sobre la problemática social, sobre la cultura y la importancia que tenía el movimiento en el desarrollo pleno de la sociedad, para concluir en una parte de su intervención que: «la masa popular quiere la reforma constitucional. Y podemos decir al respecto que el derecho evoluciona paralelamente con la vida de los pueblos. Esa es una verdad innegable, indiscutible y que nadie puede desconocer».³²

Nuevamente el Congreso federal fue escenario del debate sobre una reforma constitucional, aunque este haya estado más que acotado en función del llamado «Pacto de Olivos». En los debates de la Cámara de Diputados de los días 20 y 21 de diciembre de 1993, el diputado por la provincia de Santa Fe, Rodríguez Sañudo, expresaba:

Hace 45 años —exactamente el día 13 de agosto de 1948— en esta honorable Cámara de Diputados, en este mismo recinto y de esta misma banca, ocupada en aquel entonces por el señor diputado por la provincia de Buenos Aires, doctor Vicente Bagnasco, se iniciaba el último intento democrático de reforma de la Constitución nacional.³³

Continuó su discurso con los homenajes correspondientes a la bancada justicialista de aquel entonces y a todos los que participaron de aquel debate. Sobre el tema de la reelección dijo el diputado citado:

Seguramente, otra hubiera sido la historia si don Hipólito Irigoyen hubiese sido reelegido después de su primer mandato. La sociedad debe comprender que la garantía de la racionalidad, de incorporarse el instituto de la reelección, descansará en el ejercicio del derecho de votar que tienen todos los hombres que integran esta nación. Por último, refiriéndome ahora a una mayor eficiencia del sistema democrático, debemos tener presente que es la forma éticamente más aceptable y técnicamente más adecuada de legitimar un ejercicio eficiente del poder. Muchos años de ruptura institucional cívica han creado en la conciencia de numerosos argentinos el mito de que la democracia implica falta de eficiencia. Esta reforma tiende a optimizar el sistema en búsqueda de

³¹ *Ibidem*, p. 1376.

³² *Ibidem*, p. 1292.

³³ *Ibidem*, versión taquigráfica, 20 y 21 de diciembre de 1993, p. 4109.

una mayor excelencia. Así, introduce una serie de modificaciones que apuntan directamente a la búsqueda de la eficiencia del sistema democrático.³⁴

Posteriormente, en la exposición se hace referencia de manera resumida a los puntos sujetos a reforma y cómo estos darán mayor eficiencia al sistema democrático.

El diputado Hernández dijo:

La necesidad de prudencia y sabiduría para la tarea legislativa hizo decir a Rousseau que son necesarios dioses para dar leyes a los hombres. En esta instancia fundamental —cuando como legisladores tenemos que afrontar el ejercicio de las más importante misión que tiene el Parlamento argentino, que es la función de tipo preconstituyente— nosotros estamos convencidos de nuestras limitaciones y por eso, con la responsabilidad del caso, tenemos que decir que a nuestro juicio el ejercicio de esta facultad del artículo 30 debe ser enmarcado dentro de los precedentes más importantes de la doctrina argentina, que señala la necesidad de un quórum agravado de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Expresando también que se ha designado a este proyecto como de ley declarativa porque conforme a los precedentes parlamentarios tiene la forma de ley, pero en esencia se trata de una declaración política y preconstituyente, insusceptible por lo tanto de ser vetada.³⁵

En torno a la importancia que reviste la política dentro de este proceso, el diputado —y constitucionalista de nota— expresó: «La política no puede ser siempre agonal, donde se pone el énfasis en la lucha o en la conquista del poder a través de ella. Hay que pensar en la política arquitectural, que significa tender puentes y mirar lejos en el futuro y en la historia».³⁶

Desde los bloques minoritarios se expresaba sobre el artículo 5 de la ley declarativa, el denominado paquete cerrado, por el que la convención se encontraba obligada a votar libro cerrado. Así, por intermedio del diputado Folloni, se dijo:

La pretensión de someter a consideración de la Convención Constituyente un capítulo respecto del cual no se podrá tener disidencias parciales, constituye una actitud peyorativa hacia el papel que los constituyentes habrán de desempeñar y discriminatoria para las fuerzas políticas que no participamos de los prolegómenos de ese acuerdo.³⁷

El diputado Estévez Boero señalaba en su intervención que el proyecto de reforma constitucional era un «acuerdo de partes y no es de la Nación», realizando un desarrollo de la importancia que reviste el consenso de todos los actores sociales en un proceso de tal envergadura.

Huelga citar lo expresado por el diputado Álvarez, quien se expresó a favor de la necesidad de la reforma constitucional, la que se encontraba en el ánimo de la

³⁴ Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, o. cit., p. 4114.

³⁵ *Ibidem*, p. 4116.

³⁶ *Ibidem*, p. 4118.

³⁷ *Ibidem*, p. 4123.

sociedad argentina, realizando sus críticas al proceso llevado a cabo por carecer o no haber tenido en cuenta

las lecciones de la historia y los que nos pasó, creemos necesario producir este debate desmarcado de las hegemonías políticas coyunturales, que justamente fue lo que marcó las dificultades de nuestra vida institucional. Todas las reformas constitucionales fueron hechas al calor de las luchas y de las mayorías circunstanciales, y todas se dieron en un campo de forcejeo de relaciones de fuerza y de poder.³⁸

En la versión taquigráfica del Senado de la Nación, se destaca lo expresado por el senador Juárez, quien luego de reseñar que la reforma es producto del acuerdo de los partidos mayoritarios que conducen el quehacer público de la Nación, resaltó la importancia de la Constitución de 1853, la de 1949 y el momento histórico que vivía la República en 1993, ya que la Argentina era un «país que atraviesa por una reforma fundamental de su estructura económica y política que ha entrado en una etapa de crecimiento que ha abierto las puertas para su desarrollo y para la comunicación internacióna». ³⁹ Posteriormente esbozó una explicación sobre las *adiciones innovadoras* realizadas por la Cámara de Diputados y la función del Senado como Cámara de origen o iniciadora y cómo operan esas modificaciones realizadas por Diputados, argumentando que «el proyecto es el mismo cuando ostenta un mismo objetivo».

El senador Cendoya, quien tenía un dictamen en disidencia total elaborado con el senador Conrado Storani, dejó sentado que «para el radicalismo esto hace a la vigencia de sus esencias históricas. Incluso, Hipólito Yrigoyen solía decir su programa de gobierno era el programa de la Constitución nacional». ⁴⁰ El senador por Corrientes Aguirre Lanari realizó una significativa exposición, concluyendo con una frase:

Alea jacta est. 'La suerte está echada'. Deseo por mi patria y mis hijos que sea la mayoría, con la que disiento, la que esté en el acierto, y no andando el tiempo recorramos el camino de otros países hermanos que reformaron sus Constituciones y que hoy intentan revocar sus pasos.⁴¹

Fernando De La Rúa, senador por la Capital Federal, en su oportunidad se expresó contrario a la reforma y dejó por sentado que ella estaba «impregnada de los intereses circunstanciales». ⁴² El senador Cafiero se refería así al Pacto de Olivos:

Lo que justifica el acuerdo o el pacto es su eficacia. Estamos seguros de que este flamante acuerdo, pacto, como quiera llamárselo, a través del tiempo deberá probar su eficacia. De cualquier manera, es un punto de partida distinto y mucho más positivo

³⁸ *Ibidem*, p. 4135.

³⁹ Cf. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de sesiones*, versión taquigráfica, 28 y 29 de diciembre de 1993, pp. 5291 ss.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 5302.

⁴¹ *Ibidem*, p. 5321.

⁴² *Ibidem*, p. 5350.

que los argentinos tenemos en nuestro horizonte para poder afirmar la gobernabilidad del sistema democrático y sus necesarias bases de sustentabilidad popular.⁴³

5. Conclusión

Es obvio que toda reforma constitucional, tanto parcial como total, debe preservar el espíritu de la norma fundamental que enmienda o reforma, es decir,

la sustancia espiritual y permanente, tanto como las cosas humanas pueden serlo, integrada por el conjunto orgánico y sistemático de ideas, valores y principios históricos, filosóficos, morales, sociológicos, jurídicos, políticos, económicos, que hacen a la esencia inmanente e inmutable de la Nación.⁴⁴

En tal sentido, las reformas por constituir de por sí un hecho de capital importancia política y social deben ser siempre visualizadas por los operadores políticos de turno como eventos singulares de alta política no contingente ni agonal, sino esenciales para la continuidad del Estado y la sociedad organizada. Schmitt decía:

El Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. [...] El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de esta puede abandonarse a encargados especiales.⁴⁵

Si tenemos en cuenta cada uno de los debates dados en el recinto del Congreso de la Nación, podremos contemplar que la Constitución es el pacto social que regula la vida en la comunidad, es el pueblo, y que nada mejor que el poder preconstituyente para definir la importancia que reviste un proceso de reforma.

De los discursos se desprende la gran relevancia que tiene para un legislador ser el motor que inicia un proceso de reforma constitucional; en él subyace el sentido y finalidad del quehacer histórico y el devenir de una sociedad.

En este sentido, y conforme al análisis efectuado precedentemente, las reformas constitucionales analizadas fueron realizadas bajo el mecanismo especial previsto en la Constitución argentina —más allá de las diferencias interpretativas que se dieron en el año 1948—, que se distingue claramente de cualquier otro procedimiento para sanción de las leyes, y distingue también la función del Poder Legislativo y la Convención Constituyente.

La importancia de una reforma constitucional se ve reflejada en el debate, en el consenso, en hacer primar el bien común y no los intereses sectoriales, o las

⁴³ Cf. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de sesiones*, versión taquigráfica 28 y 29 de diciembre de 1993, p. 5361.

⁴⁴ Cf. Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de interpretación constitucional*, n.º 2102/001203, <www.lexisnexis.com.ar>, 10.3.2005.

⁴⁵ Cf. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 2001, p. 94.

mezquindades de las autoridades de turno; en suma, debe ser el fiel reflejo y el producto de la comunidad toda, modernizando y profundizando las instituciones. Así podemos decir que «el prurito de legislar acompaña siempre a las inquietudes revolucionarias y a los estados dolientes de la sociedad, que soporta, cuando prevalecen opiniones y voluntades caprichosas, transformaciones profundas en la vida pública y privada».⁴⁶

Huelga decir que es indispensable el equilibrio entre los poderes reformadores, como bien decía el jurista argentino del siglo XIX, José Manuel Estrada:

[...] refuerzan la resistencia que la moral cívica y el respeto a la ley pueden oponerse a los espíritus novedosos y turbulentos, que desatan desastres sobre las naciones, tanto más terribles y trascendentes en países que comienzan a consolidar su orden legal, como la República Argentina. Nosotros no tenemos tradiciones serias de gobierno, no tenemos costumbres legales sólidas. ¿Qué nos quedaría si los Congresos y los partidos pusieran la mano sobre lo único que hay respetable en medio de las borrascas espantosas de pasiones y de intereses que arrastran estos pueblos? El día en que la ley fundamental sea alterada para servir los intereses de una facción, ¿ese día habrán muerto para siempre las libertades y el decoro de la República!⁴⁷

Por ello,

un gobierno siempre inconstante en su marcha está próximo a la anarquía, y por otra parte, todo gobierno que no haya provisto por alguna disposición facilitar los cambios que se hayan hecho necesarios, quedará estacionario y, tarde o temprano, se hará impropio a las necesidades nuevas del país. Degenerará en despotismo, o las fuerzas de las cosas le arrojarán en las revoluciones. Un gobierno sabio, y sobre todo un gobierno republicano, deberá pues proveer a los medios de modificar su Constitución, según los tiempos y los acontecimientos, a fin de detenerla al nivel de las circunstancias nuevas. El objeto importante de esta materia es hacer practicables los cambios, pero no demasiado fáciles, y seguir las lecciones de la experiencia, más bien que las deducciones de la teoría.⁴⁸

⁴⁶ Cf. José Manuel Estrada, *Curso de derecho constitucional*, tomo II, o. cit.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁸ Cf. Manuel A. Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ed. La Buenos Aires, 1910, p. 494.

María Cristina Serrano*

El rol del Poder Legislativo frente a las facultades legislativas del Poder Ejecutivo

1. Introducción

Nunca se insistirá demasiado en la apremiante necesidad de que los argentinos nos habituemos, como pueblo, a valorar el Estado de derecho, como marco natural para el ordenamiento de nuestra vida social. Así como los ciudadanos debemos observar la ley cuidadosamente, día a día, en todos los aspectos de nuestra actividad, la autoridad, por su parte, debe hacer cumplir las leyes establecidas sin obrar con arbitrariedad. Hay que tener siempre presente que la vigencia de la ley es garantía de justicia para todos, especialmente para los más indefensos, y que su debilitamiento afecta seriamente al cuerpo social. Por el contrario, el respeto de todos por el orden jurídico acorde con nuestra ley fundamental contribuirá a fortalecer la salud social y nos ayudará a trabajar unidos por el bien común.

Uno de los aspectos básicos de este orden jurídico que debemos valorar y respetar es el *principio divisorio del poder*. El Poder Legislativo contribuirá a que se lo respete si realmente cumple con la responsabilidad que tiene de controlar la facultad legislativa que el Poder Ejecutivo, a partir de la reforma constitucional de 1994, asume al dictar decretos delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de leyes,

* Profesora titular de Derecho Constitucional y de Teoría General del Derecho y del Estado en la Universidad Argentina de la Empresa. Profesora protitular de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina y profesora adjunta regular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

de acuerdo con las pautas establecidas en los artículos 76, 99, inciso 3.º, y 80, respectivamente, de la Constitución nacional. La misma Constitución señala que «el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo», de modo que no nos queda duda alguna de que el constituyente del 94 ha querido mantener en nuestro ordenamiento constitucional el principio divisorio del poder, al señalar que al Poder Ejecutivo no le corresponde como regla ejercer funciones legislativas, es decir, crear derecho nuevo, ya que esta es una facultad propia del Legislativo, y que sólo podrá hacerlo excepcionalmente.

2. El diseño de las facultades legislativas del presidente en la Constitución histórica

Nuestra Constitución histórica, respetuosa de la competencia de los distintos órganos y de la zona de reserva de la ley —dos nociones que se desprenden del principio divisorio del poder—, no habilitaba al titular del Poder Ejecutivo para ejercer funciones legislativas, es decir, para crear derecho nuevo. Esta era una facultad que le correspondía de manera exclusiva y excluyente al Poder Legislativo. Si analizamos las diferentes etapas a través de las cuales se lleva a cabo el proceso de formación y sanción de las leyes, observamos que el Poder Ejecutivo participa en dos de ellas: en la de iniciativa —enviando proyectos— y en la de eficacia —promulgando y publicando—; no participa, en cambio, en la etapa intermedia, la constitutiva o de sanción, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al Poder Legislativo: esta es la etapa en que se centra la función legislativa. Por eso entendemos que en el marco de la Constitución histórica no corresponde sostener, como es frecuente hacerlo, que el Ejecutivo actuaba como colegislador, ya que la Constitución lo autorizaba solo para ejercer una actividad impulsora de los proyectos de ley y una fiscalizadora de la actividad legislativa, mediante el veto. El Poder Ejecutivo no participaba en la creación normativa de carácter novedoso u originario. Cuando el presidente emitía las diferentes clases de decretos, se movía en un plano sublegal: no legislaba sino que administraba.

Cuando, en virtud de una habilitación conferida por el Poder Legislativo, le correspondía al Ejecutivo emitir un decreto delegado, nos encontrábamos en presencia de lo que podemos considerar una ampliación de su facultad reglamentaria; en ese supuesto, el margen de que disponía para pormenorizar los detalles de la ley era más amplio que aquel con que contaba cuando le tocaba dictar decretos reglamentarios o de ejecución de las leyes, siempre moviéndose dentro de los límites de la clara política legislativa que le fijaba el Congreso.

Con respecto a los denominados decretos de necesidad y urgencia —aquellos que el Ejecutivo dicta sobre materias propias de la competencia legislativa—, cabe señalar que nuestra Constitución histórica no los reconocía y que la doctrina, antes de la reforma constitucional de 1994, cuestionó su constitucionalidad pero la Corte Suprema de Justicia los convalidó en el fallo *Peralta*, del 27 de diciembre de 1990.

Desde 1860 hasta 1983 algunos presidentes recurrieron a esta modalidad legislativa en situaciones extremas, cuando estaba comprometido el interés nacional o peligraba la continuidad del Estado: Nicolás Avellaneda la utilizó para declarar el estado de sitio y trasladar la capital a Belgrano, en la crisis de 1880; Julio A. Roca, para ratificar el curso legal de las emisiones de moneda; Carlos Pellegrini, para imprimir títulos públicos durante la crisis de 1891 y para suspender el pago de depósitos en los Bancos de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires; Agustín P. Justo, para fijar el precio sostén de los granos; Arturo Frondizi, para declarar el estado de grave emergencia y establecer la jurisdicción militar para los delitos de intimidación pública y terrorismo, y María Estela Martínez de Perón, para reglamentar la opción constitucional de salida del país durante la vigencia del estado de sitio. En total, en ciento veintitrés años solo se dictaron unos veinte decretos de necesidad y urgencia.

Restaurada la democracia, Raúl Alfonsín dictó diez decretos de estas características, entre los cuales se destaca el que cambió la moneda y estableció el Plan Austral. Distinta actitud tuvo Carlos Menem, ya que hasta la reforma de 1994 recurrió a este instrumento en alrededor de cuatrocientas oportunidades, poniendo en evidencia con esa conducta que buscaba concentrar el poder en sus manos.

3. El diseño de las facultades legislativas del presidente en la actualidad

A partir de la reforma constitucional de 1994 el panorama que hemos señalado cambió sustancialmente, ya que el Ejecutivo fue autorizado a legislar —es decir, a crear derecho nuevo— mediante tres vías:

- La facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3.º del artículo 99 de la Constitución.
- La constitucionalización de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, normada en el artículo 76.
- La posibilidad de vetar parcialmente las leyes, pudiendo al mismo tiempo promulgar el resto de su contenido, establecida en el artículo 80.

Estos tres instrumentos, lejos de atenuar el presidencialismo —uno de los objetivos de la reforma constitucional definidos en el denominado Pacto de Olivos, a instancia de la Unión Cívica Radical—, contribuyeron en gran medida a fortalecerlo.

Con respecto al dictado de *decretos de necesidad y urgencia* por el Poder Ejecutivo, podemos recordar las siguientes observaciones:¹

- Antes de la reforma de 1994, mi opinión coincidía con la de aquellos para quienes en ningún caso resultaba válido que el presidente los dictara,

¹ María Cristina Serrano: «Las facultades legislativas otorgadas al Poder Ejecutivo a diez años de la reforma de 1994», en *A una década de la reforma constitucional*, obra colectiva coordinada por Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, Ediar, 2004.

porque esto implicaba una clara violación al reparto de competencias efectuado por la Constitución y a la zona de reserva propia de la ley, por lo cual resultaba, con su dictado, seriamente lesionado el principio divisorio del poder.

- A partir de la reforma del 1994, he sostenido que para el dictado de decretos de necesidad y urgencia por el Ejecutivo es necesario que la emergencia haga *imposible* legislar de manera ordinaria —no basta que legislar resulte para el Congreso *inconveniente o dificultoso*—, en tanto que considero que la *emergencia pública*, que da fundamento en el artículo 76 de la Constitución a la delegación legislativa, no está sujeta a ese requisito de imposibilidad para seguir el trámite de la ley.
- Asimismo entiendo que para que el presidente pueda hacer uso de este instrumento, al requisito señalado anteriormente deben sumarse las condiciones de la *necesidad* y la *urgencia*. Con respecto a esto, es inquietante que la apreciación del estado de necesidad y urgencia dependa de una sola persona, el presidente. Considero que el acuerdo general de ministros y el refrendo ministerial, por el juego de nuestra dinámica política, funcionan entre nosotros como controles formales más que reales.
- Además, es importante aclarar que los artículos 99 (inciso 3.º) y 76 no tienen el sentido de ofrecer al Poder Ejecutivo la alternativa para elegir una u otra de las vías.
- He señalado que los cuatro temas excluidos de la posibilidad de legislar sobre ellos por medio de estos decretos —materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos— son insuficientes. A mi entender, deberían haber sido también contempladas todas aquellas materias que guardan relación con la parte dogmática de la Constitución, así como las diferentes cuestiones que por su naturaleza pudieran afectar el funcionamiento de los órganos que ejercen el poder del Estado, como con acierto lo establece, entre otras Constituciones, la española.
- Resulta preocupante que el constituyente del 94 no haya normado los efectos jurídicos de la intervención del Congreso. Hay que aclarar que el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente de ninguna manera puede resultar vinculante para el Congreso.
- En el supuesto de que el Poder Ejecutivo omita calificar a un decreto dictado por él como de necesidad y urgencia, evadiendo de esa manera el procedimiento prescrito por la Constitución, coincido con el Dr. Bidart Campos en que, además del control judicial que podría plantearse en una causa judicial, el Congreso también puede intervenir para dejarlo sin efecto.

En lo que se refiere al instituto de la *delegación legislativa*, podemos señalar lo siguiente:

- Si bien no estaba previsto en la Constitución formal con anterioridad a la reforma, la Constitución material le había dado recepción y la jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir de la causa *Delfino*, de 1927, lo había convalidado, entendiendo con razón que se trataba de un supuesto de delegación *impropia* y no de delegación *propia*, la cual, según manifestaciones de la Corte, se reputaba como inconstitucional. Nuestra Corte, en todos sus fallos, se basó siempre en el viejo artículo 86, inciso 2.º, de la Constitución nacional para conferir validez a los diversos decretos objeto de los fallos, aduciendo generalmente que en ellos se ponía en práctica la facultad presidencial de dictar decretos reglamentarios o de ejecución de leyes.
- Con respecto a la delegación legislativa habilitada por el artículo 76 de la Constitución luego de la reforma del 94, es la conocida con anterioridad a dicha reforma como delegación *propia*; no se refiere, en cambio, este nuevo artículo a la que se denomina como *impropia* y que a nuestro entender puede seguir ejerciéndose de acuerdo con lo establecido en los fallos dictados por la Corte Suprema, ya que esta implica tan solo un ensanchamiento de la facultad reglamentaria que el Poder Ejecutivo tiene con respecto a las leyes.
- Como ya he manifestado en otra oportunidad,² considero que la delegación legislativa habilitada en el artículo 76 solo puede ser efectuada por el Congreso a favor del presidente; nunca podrá ser concedida al jefe de gabinete, o a los ministros, o a organismos administrativos. En cuanto a las materias que, según el inciso 3.º del artículo 99, no pueden ser reguladas por medio de decretos de necesidad y urgencia, no hay duda alguna de que tampoco pueden serlo a través de la legislación delegada. Entiendo que tampoco es factible la delegación de facultades legislativas cuando, para su concreción normativa, la Constitución exige mayorías especiales para la conformación del quórum o para la aprobación de la ley, ni aun cuando la delegación se hiciera efectiva mediante las mayorías especiales establecidas por la Constitución. Por ejemplo, no sería viable la delegación para la sanción de las leyes reglamentarias de la iniciativa popular y la consulta popular —artículos 39 y 40—; los tratados de integración y de derechos humanos —incisos 22 y 24 del artículo 75—; la reglamentación de la Auditoría General de la Nación —artículo 85—; la ley declarativa de la necesidad de la reforma —artículo 30—, etcétera.³

² María Cristina Serrano: «El Congreso y la legislación delegada», en *El Derecho*, n.º 9768, Buenos Aires, 7.6.1999.

³ Gregorio Badeni: «La delegación legislativa», comunicación en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

- Tampoco es procedente aplicar lo previsto en el artículo 76 cuando nuestra Constitución, para la sanción de una ley determinada, le otorga a una de las Cámaras del Congreso el papel de Cámara de origen.
- Según lo pautado por el artículo 76, la delegación debe ser efectuada estableciendo un plazo máximo, claramente determinado, para que el Poder Ejecutivo pueda, de manera válida, ejercer las facultades legislativas delegadas. Si la ley delegante no cumple con este requisito constitucional, podrá ser cuestionada en su validez y los decretos que en su consecuencia dicte el presidente podrán ser declarados inconstitucionales por el Poder Judicial.

En cuanto al instituto de la *promulgación parcial de las leyes*, hay que recordar que antes de la reforma del 94 fue objeto de discusión por la doctrina, teniendo también alguna definición esquemática en el derecho judicial de la Corte Suprema. En el fallo *Colella, Ciriaco c/ Fevre y Basset S. A.*, de 1967, nuestro más alto tribunal declaró la inconstitucionalidad de la promulgación parcial de la ley 16881, reglamentaria del contrato de trabajo, sosteniendo que el proyecto sancionado por el Congreso era un todo indivisible, de modo que no podía promulgarse la parte no observada sin detrimento de la unidad del texto. Lo normado en el artículo 80 de la Constitución reformada se basa en la misma pauta sentada por la Corte en el fallo citado.

El interrogante que nos planteamos con respecto a este tema se refiere a cuál es el órgano que tiene a su cargo decidir si la parte vetada tiene o no autonomía normativa. En principio, no hay duda de que es el Poder Ejecutivo, pero esa decisión es solamente provisoria, ya que el artículo en cuestión remite al mismo procedimiento que el artículo 99, en su inciso 3.º, prescribe para los decretos de necesidad y urgencia, conforme al cual el Congreso tiene capacidad de revisión y control.

Es indudable que el uso de estas tres vías por el Poder Ejecutivo es susceptible de ser sometido a control judicial posterior. El Poder Judicial está facultado no solo para controlar el cumplimiento de los parámetros o lineamientos constitucionales, sino también para verificar si el trámite formal posterior al dictado de los decretos de necesidad y urgencia, o de los delegados, o de los que promulgan parcialmente una ley, se ha cumplido correctamente. Sería positivo que el Poder Judicial estuviera facultado para evaluar de oficio la constitucionalidad de las medidas de esta clase tomadas por el Ejecutivo.

4. Las facultades legislativas presidenciales en la Constitución material

4.1. Dictado de decretos de necesidad y urgencia: uso y abuso del Poder Ejecutivo

Es importante señalar que, a diferencia de otros países, en la Argentina el Poder Ejecutivo ha recurrido y sigue recurriendo al dictado de esta clase excepcional de

decretos, independientemente del hecho de que cuente o no con el respaldo de la mayoría legislativa.

En general puede afirmarse que son tres las circunstancias que motivan al Poder Ejecutivo a dictar estas normas de carácter extraordinario:

- que el país esté pasando por un momento político o social excepcional o de crisis;
- que el tema que haya que regular por medio del decreto de necesidad y urgencia sea demasiado controvertido o resistido por la ciudadanía;
- que el Congreso se encuentre en receso o con una actitud adversa al presidente, que pueda llevarlo a no apoyar sus iniciativas.

Si nos ubicamos en el momento actual y pensamos en el Dr. Kirchner, se puede afirmar que el presidente no vivió, hasta el momento, ninguna de las tres circunstancias mencionadas, de ahí que llame mucho la atención el uso excesivo que hace de tales decretos, teniendo el Congreso a su favor; es indudable que muchos de los decretos firmados por él hubieran obtenido una rápida aprobación en el Congreso, donde el Partido Justicialista tiene una mayoría con la que no contaban los presidentes anteriores. En cuanto a la temática, Kirchner ha firmado decretos de necesidad y urgencia para regular las más variadas materias; entre otras, podemos mencionar las modificaciones a la ley de presupuesto, la fijación y aumento de salarios y de jubilaciones mínimas, la restitución a la AFIP de las facultades de control de la recaudación previsional, la prohibición a las empresas telefónicas de cortar el servicio por falta de pago en las zonas inundadas de la provincia de Santa Fe, la modificación de la ley de ministerios, la prórroga de los topes para los sueldos de los funcionarios, la prórroga de la emergencia sanitaria y ocupacional, la prohibición de efectuar despidos sin causa justificada junto a la aplicación de la doble indemnización, etcétera.

Es de interés recordar, para poner de manifiesto cómo se han ignorado las condiciones establecidas por la reforma constitucional de 1994 para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, el DNU 810/03,⁴ ya que el presidente lo dictó cuando el Congreso se encontraba en pleno funcionamiento y sin que se dieran circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, conforme lo establece el artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución nacional.

Asimismo resulta necesario señalar que no siempre los distintos presidentes han utilizado los decretos de necesidad y urgencia como expresión de una desmesurada vocación de poder o cediendo a presiones externas, ya que en muchos casos son los legisladores, tanto del partido oficialista como de la oposición, quienes, ante un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, le hacen saber de inmediato que, por

⁴ Publicado en el *Boletín Oficial* el 24.9.2003; artículo 1.º: «Trasládase, con carácter excepcional para el corriente año, el feriado nacional del 12 de octubre al lunes 13 de octubre de 2003».

diversas razones, no están dispuestos a aprobarlo, generalmente por el costo político que dicha aprobación traería consigo, dejando de esa manera la responsabilidad de legislar sobre ese tema al presidente, que para ello debe echar mano del dictado de ese tipo de decretos.⁵

4.2 La posición de la Procuración del Tesoro de la Nación frente al dictado de decretos de necesidad y urgencia

El procurador del Tesoro de la Nación ha dictaminado fijando los presupuestos que deben darse para que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos de necesidad y urgencia, sosteniendo lo que ya hemos señalado:

La competencia del Poder Ejecutivo para emitir esa clase de actos reconoce fundamento en el artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución nacional y los presupuestos que justifican su dictado son los siguientes: a) Debe tratarse de una situación excepcional que, por su urgencia, impida seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes; b) No deben referirse a materias vedadas por aquella manda constitucional; y c) El control de estas medidas corresponde al Congreso de la Nación.

El dictamen también sostiene que

siendo el control de mérito de este tipo de decretos del exclusivo resorte de la autoridad política, no corresponde expedirse sobre los motivos que imponen el dictado de medidas de excepción como la que se proyecta en autos, quedando limitado el presente asesoramiento a cuestiones de índole estrictamente jurídica.⁶

Este dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación confirma que los decretos de necesidad y urgencia deben ser necesariamente controlados por el Congreso, porque su dictado por el Poder Ejecutivo implica el ejercicio de una facultad legislativa que por el principio divisorio del poder es propia del Congreso.

4.3 La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente al dictado de decretos de necesidad y urgencia

La Corte Suprema de Justicia ha sentado su posición sobre el dictado por el Poder Ejecutivo de los decretos de necesidad y urgencia. Nuestro más alto tribunal, en su última jurisprudencia al respecto, estableció que la ausencia de la Comisión Bicameral Permanente y de la ley especial que debía regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, no inhabilitaban al Poder Ejecutivo para asumir excepcionalmente facultades legislativas, de acuerdo con lo normado por el inciso 3.º del artículo 99 de la Constitución nacional.

⁵ Adrián Ventura: «Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida aconstitucional», en *Revista de Derecho Público*: «La emergencia económica», Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, 1.

⁶ Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, n.º 157, del 11.3.2003, pp. 244-673.

Durante los años de mayor fuerza política del ex presidente Menem, la Corte ejerció un control mínimo sobre los decretos, y declaró inconstitucionales unos pocos, en especial aquellos que establecían impuestos, ya que estos solo pueden ser creados por una ley del Congreso.⁷ Pero no siempre se notó ni se nota el mismo empeño en cuanto a la regulación de otras materias.

Año tras año la Corte Suprema, a lo largo de alrededor de veinte fallos, fue asumiendo un papel más activo en el control de este tipo de decretos, estableciendo así mayores límites a la atribución presidencial de dictarlos.⁸

4.4. El Congreso nacional y la fiscalización de los decretos de necesidad y urgencia

De la redacción del inciso 3.º del artículo 99 de la Constitución surge claramente que los decretos en cuestión son válidos solo cuando se ha cumplido del todo con su procedimiento de sanción. No se puede desconocer que el dictado de un decreto de necesidad y urgencia supone el ejercicio de un acto de naturaleza compleja, cuya validez está supeditada a la intervención del Congreso. En relación con esto último, es de interés mencionar que en la causa *Müller, Miguel A. c/ PEN*,⁹ del año 2003, el doctor Petracchi, en un voto en disidencia, expresaba su opinión favorable a esta doctrina sosteniendo que la inexistencia de la ley reglamentaria establecida en la última parte del artículo 99, inciso 3.º, impedía cumplir con la etapa legislativa, por lo que no era posible recurrir a los decretos de necesidad y urgencia. El mismo ministro, en la causa *Verocchi*,¹⁰ había hecho referencia también a la doctrina del acto complejo, para sostener la necesaria intervención del Congreso en el procedimiento de emisión de los DNU, y la imposibilidad de emitirlos mientras no se sancionara la ley encargada de regular la intervención del Poder Legislativo.

Parte de la doctrina no estaba de acuerdo con la posición del doctor Petracchi porque consideraba que la falta de sanción de la ley a la que se refiere el artículo 99 en su inciso 3.º no podía entenderse como una restricción a la posibilidad que el Poder Ejecutivo tiene de dictar decretos de necesidad y urgencia, y entendiendo que no era viable utilizar la omisión del Congreso como argumento para obstaculizar el

⁷ Causas *Video Club Dreams* (1995, *Fallos*, 318: 1154), *Kupchik* (1998, *Fallos*, 321: 378) y *Berkley International ART S. A.* (2000, *Fallos*, 323: 3770).

⁸ Entre otras causas: *Video Club Dreams* (1995, *Fallos*, 318: 1154), *Rodríguez* (1997, *Fallos*, 320: 2851; *La Ley*, 1997-F, 884), *Kupchik* (1998, *Fallos*, 321: 378), *Verocchi* (1999, *Fallos*, 322: 1726; *La Ley*, 2000-A, 88), *Guida* (2000, *Fallos*, 323: 1566; *La Ley*, 2000-C, 828), *Berkley International ART S. A.* (2000, *Fallos*, 323: 3370), *Risolía de Ocampo* (2000, *Fallos*, 323: 1934; *La Ley*, 2000-F, 133), *Pesquera Leal* (2000, *Fallos*), *Casime* (2001, *Fallos*, 324: 333), *Smith* (2002, *La Ley*, 2002-A, 770), *Müller* (*La Ley*, 2003-C, 293).

⁹ *CSJN*, 4.10.2003; *La Ley*, 2003-C, 293.

¹⁰ *Verocchi* (1999, *Fallos*, 322: 1726; *La Ley*, 2000-A, 88).

dictado de estos decretos, porque de ser así podría configurarse un caso de omisión inconstitucional.¹¹

Sin embargo, otro importante sector de la doctrina coincidía con la posición del doctor Petracchi, por entender que si las circunstancias que permiten dictar esos decretos no llegan a configurar el carácter de excepcionales, ellos carecen de validez, pero aunque las circunstancias que los originan fueran realmente excepcionales, también carecerían de validez al no poder ser ratificados por la Comisión Bicameral Permanente.¹²

5. Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes: análisis de la ley n.º 26122

La ley especial a la que se refiere el inciso 3.º del artículo 99, encargada de regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes que dicta el Poder Ejecutivo, en los términos de los artículos 99, inciso 3.º, 76, 80 y 100, incisos 12.º y 13.º, de la Constitución nacional —ley cuya sanción estuvimos esperando doce años—, fue sancionada el 20 de julio y publicada en el *Boletín Oficial* el 28 de julio de 2006.

5.1. Comisión Bicameral Permanente. Su composición y actuación

La Comisión Bicameral Permanente está integrada, según el artículo 3.º de la ley 26122, por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de cada una de las Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, debiéndose respetar en ella la proporción de las representaciones políticas. Sus integrantes durarán en el ejercicio de su función hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen, pudiendo ser reelectos. Anualmente se elegirán un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que podrán ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponderá un año a cada Cámara.

Deberá actuar aun durante el receso del Congreso y tendrá que contar, para sesionar, con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros; ese mismo quórum precisará para emitir dictámenes y, en el supuesto de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, se considerará dictamen de mayoría el que lleve la firma del presidente de la Comisión. Para su actuación, la Comisión deberá dictar un reglamento de funcionamiento interno, y serán de aplicación supletoria los

¹¹ Cf. María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003; Federico Mariano Egea: «Intervención efectiva del Congreso de la nación y validez en los decretos de necesidad y urgencia. El fallo Müller», en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Derecho Administrativo, 5.12.2003.

¹² Félix V. Lonigro: «No hay necesidad ni urgencia», en *La Nación*, Buenos Aires, 30.10.2003.

reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores: prevalecerá el reglamento de la Cámara que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación supletoria.

5.1.1. Intervención en relación con los decretos de necesidad y urgencia

La Comisión deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar su dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. Al emitir su dictamen deberá analizar si el decreto respectivo cumple o no con los requisitos tanto formales como sustanciales establecidos constitucionalmente, pudiendo consultar para ello a las comisiones permanentes competentes en la materia que funcionan en cada una de las Cámaras.

5.1.2. Intervención en relación con los decretos delegados

En este caso, la Comisión Bicameral Permanente dictaminará expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto delegado a la materia y a las bases de la delegación, así como al plazo fijado por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo regulado en el artículo 76 de la Constitución nacional. También podrá consultar a las comisiones permanentes establecidas en cada Cámara.

5.1.3. Intervención en relación con los decretos de promulgación parcial de leyes

Al pronunciarse en este caso sobre la procedencia formal y sustancial de los decretos de promulgación parcial de leyes, deberá indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen o no autonomía y si la aprobación parcial hecha por el Poder Ejecutivo altera o no el espíritu o la unidad del proyecto de ley sancionado originalmente por el Legislativo.

5.1.4. Despacho de la Comisión Bicameral Permanente

La Comisión tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete de Ministros, tanto para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración como para elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras.

5.2. Actuación del plenario de cada Cámara

Vencido dicho plazo sin que la Comisión haya elevado el correspondiente dictamen, las Cámaras deberán abocarse al expreso e inmediato tratamiento del decreto. No podrán introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder

Ejecutivo, sino que tendrán que circunscribirse a la aceptación o rechazo del decreto en cuestión, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. Asimismo, cada Cámara en forma inmediata le comunicará a la otra su pronunciamiento. Las resoluciones de las Cámaras aprobando o rechazando un decreto deben ser notificadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el *Boletín Oficial*.

La ley analizada, en su artículo 24, establece que el rechazo por ambas Cámaras del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.º del Código Civil, pero quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

5.3. Comisión Bicameral de Seguimiento

El artículo 27 de la ley 26122 establece que la denominada Comisión Bicameral de Seguimiento, creada en el seno del Congreso nacional por el artículo 20 de la ley 25561, de Emergencia Económica, solo mantendrá la competencia prevista por el artículo 4.º de la ley 25790 (renegociación de los contratos de obras y servicios públicos).

5.4. Análisis crítico de la ley 26122

Sin ninguna duda, la observación crítica más importante que puede hacerse a la ley 26122 consiste en que, aunque la Comisión tendrá que expedirse sobre la validez de los decretos dentro de los diez días hábiles posteriores a su remisión al Poder Legislativo por el Jefe de Gabinete de Ministros, no se fija un plazo para que el plenario de cada una de las Cámaras trate los dictámenes de esa comisión, por lo cual el silencio del Congreso estaría respaldando la validez de los decretos. De esto se deduce que, sin que se lo exprese directamente, nos encontramos en presencia de la denominada *sanción ficta*: si bien no se especifica, por estar vedada expresamente por la Constitución nacional, en realidad se produce la sanción tácita del decreto sometido a examen, por el solo hecho de dejar transcurrir el tiempo sin que el Congreso tome decisión alguna, rechazando o aprobando los decretos en cuestión.

Resulta evidente que a pesar del énfasis del artículo 20 de la ley cuando señala que vencido el plazo sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, tal afirmación no es nada más que simbólica, al no establecerse un plazo dentro del cual las Cámaras deberían expedirse ni afirmarse que en el supuesto de que las Cámaras no se expidieran dentro de ese plazo, ese silencio implicaría el rechazo del decreto por el Congreso. Esta era, en cambio, la consecuencia que establecía el proyecto anterior de la senadora Fernández de Kirchner, que contaba, a mediados de 2002, con dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado.

Al afirmarse en el artículo 24 de la ley analizada que el rechazo por ambas Cámaras del decreto en cuestión implica su derogación, parecería que la aprobación por una sola de las Cámaras sería suficiente para otorgar validez a la norma; de ser así entendemos que se vulneraría lo normado en el artículo 81 de la Constitución nacional, que establece que «ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año».

También podemos señalar que, a nuestro criterio, al integrarse la Comisión tan solo con dieciséis miembros —ocho por cada una de las Cámaras—, no se respetaría adecuadamente la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara, según lo dispone el artículo 99 de la Constitución nacional en su inciso 3.º En cambio, si la cantidad de miembros de la Comisión fuera mayor, podrían estar representadas un mayor número de fuerzas políticas minoritarias. Debemos tener en cuenta, además, que una representación más pluralista aseguraría un mejor control, ya que es en los grupos minoritarios donde recae primordialmente la gestión de control en los órganos deliberativos, pues el sector mayoritario generalmente busca tanto apoyar la actuación del oficialismo como evitar la fiscalización de su actividad.

Con respecto a la elección de las autoridades de la Comisión Bicameral Permanente, hubiera sido más conveniente para asegurar su función de control que la presidencia de este cuerpo quedase en manos de un partido de la oposición, sobre todo teniendo en cuenta que si la Comisión no dictaminara en el plazo de diez días, las Cámaras, de oficio, podrían tratar el tema. Esta última situación ocasionaría que la oposición pudiera perder una instancia relevante de análisis, deliberación y control, oportunidad que se daría en caso de presidir la comisión.

6. Consideraciones finales

En este campo, de especial significación para la República, en el que la reforma constitucional ha avanzado acrecentando de manera excesiva y riesgosa las atribuciones presidenciales, es muy importante dar pasos concretos que nos acerquen a una restauración de la cultura de la legalidad, a consolidar el Estado de derecho. Para que puedan hacerse realidad estas aspiraciones, sería necesario:

- que el Poder Ejecutivo ejerza sus funciones respetando los límites y controles fijados por la Constitución;
- que la Corte Suprema de Justicia no quede comprometida en la lucha entre los poderes políticos del Estado, con lo cual perderían valor y credibilidad sus fallos;
- que el Congreso asuma de manera responsable su papel de legislador, en el escenario del poder del Estado, y que la facultad de delegar que le otorga la Constitución la utilice razonable y prudencialmente, y no de manera improvisada y carente del rigor necesario.

Es necesario que el Congreso se fortalezca, que se acrecienten su independencia y su sentido de responsabilidad, que se ponga a la altura de su misión, del mandato recibido del pueblo, de sus mejores antecedentes históricos, para que sea posible superar la crisis del sentimiento de representación que nos afecta como sociedad y adquieran plena vigencia en nuestro país los valores, principios y normas de la democracia representativa.

Luis Alberto Martínez*

La delegación de facultades legislativas

La historia institucional de nuestra República está plagada de *fenómenos* orientados hacia la centralización del poder en el Estado nacional y la concentración de ese poder en el Poder Ejecutivo nacional. El histórico y circunstancial consenso con respecto a la federación derivó en conductas jurídicas reñidas con la legalidad. Este derrotero lo confirma, entre otros, el incumplimiento del artículo 29 de la Constitución nacional por quienes tuvieron a su cargo el gobierno de la Nación y que a través de la doctrina judicial por vía de excepción, hoy emergencia, concluyó en la redacción del artículo 76 de nuestra carta magna.

Aquella norma constitucional proviene de la dolorosa experiencia vivida en nuestro período preconstituyente, especialmente durante la época de Rosas.

Como precedentes los historiadores citan, entre otros:

1) La resolución de la Junta de Representantes de Buenos Aires, acordando al gobernador Martín Rodríguez el lleno de facultades por tres meses:

En Buenos Aires, a seis del mes de octubre de mil ochocientos veinte, reunidos en esta Sala de Sesiones los Sres. Representantes del margen, hallándose ya expeditos, para continuar el ejercicio de sus funciones por el esfuerzo de las armas comandadas por el Sr. Gobernador y Capitán General Electo D. Martín Rodríguez [...] Se trató

* Abogado, notario, UCC. Especialista en Derecho Público y de la Empresa, Universidad de Castilla La Mancha, España. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, UCASAL. Profesor de Derecho Político, Derecho Público Provincial y Municipal, y Derecho Constitucional, UCASAL y UNSA. Autor de varias obras publicadas por editoriales y universidades nacionales e internacionales.

después con meditación sobre los sucesos ocurridos desde la noche del día 1.º hasta hoy, y las delicadas circunstancias en que se halla el país por los criminales conatos de los perturbadores del orden, y atentadores de las autoridades legítimamente constituidas, y considerando todo con la mayor detención, meditando los medios de poner el país en tranquilidad y libertar a esta benemérita ciudad de la repetición de horrores y sangre, como los que han precedido, se acordó por unanimidad facultar al Sr. Gobernador y Capitán General por el término de tres meses hasta fin del presente año con todo el lleno de facultades, y la mayor amplitud de ellas que sea necesario al logro de la única y suprema ley de los Estados que es la salud del pueblo, quedando expedito para cuantas ocurrencias puedan presentarse relativa a dicha suprema ley, y a la defensa y seguridad de la provincia [...].¹

2) La ley del 6 de diciembre de 1829, «Facultades Extraordinarias al Gobernador y Capitán General de la Provincia de Buenos Aires»:

Artículo 1.º Se procederá con arreglo a la ley al nombramiento de Gobernador y Capitán General de la Provincia. (El mismo 6.12.1829 fue nombrado, para ese cargo, el coronel Juan Manuel de Rosas.)

[...]

Artículo 3.º Para los objetos expresados en el artículo anterior (arreglar la administración interior, proveer a sus necesidades, prevenir ataques que intenten los anarquistas y afianzar el orden y tranquilidad pública), se le reviste de las facultades extraordinarias que juzgue necesarias hasta la reunión de la próxima Legislatura, a la que dará cuenta del uso que haya hecho de esta especial autorización.²

3) El decreto del 25 de enero de 1830, que aprueba la conducta y le confiere títulos a Rosas:

Buenos Aires, enero 25 de 1830. La H. Junta de Representantes, considerando [...], tiene la alta satisfacción de acordar [...] el decreto siguiente:

Artículo 1.º Se aprueba en todas sus partes la conducta política y militar del ciudadano D. Juan Manuel de Rosas como Comandante General de Campaña, desde 1.º de diciembre del año 1828 hasta el 8 de diciembre próximo pasado, en que tomó posesión del gobierno de la Provincia.

Artículo 2.º Se declara que el ciudadano D. Juan Manuel de Rosas ha sido Restaurador de las leyes e Instituciones de la Provincia de Buenos Aires.

Artículo 3.º Se le confiere el grado de Brigadier de la misma Provincia, reservándose la Legislatura promover oportunamente se le reconozca bajo este carácter en toda la República.³

4) La ley del 2 de agosto de 1830. Robustece las facultades extraordinarias al gobernador Rosas:

Artículo 1.º Se autoriza al Gobierno con toda la plenitud de las facultades extraordinarias, para que haciendo uso de ellas, según le dicten su ciencia y conciencia, tome todas las medidas que considere conducentes a salvar la Provincia de los

¹ Citado por Helio J. Zarini en *Constitución de la Nación argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 68-71.

² *Ibíd.*, cita 1.

³ *Ibíd.*

peligros que ha representado a la Honorable Sala amagan su existencia pública, y libertad civil...

Artículo 2.º La Sala continuará en su sesión ordinaria contrayéndola a los negocios constitucionales, y al despacho de los asuntos particulares, cuya resolución sea compatible con el poder discrecional que por el artículo anterior se otorga al Gobierno.⁴

5) La ley del 7 de marzo de 1835. Otorga la suma del poder público a Rosas:

Artículo 1.º Queda nombrado Gobernador y Capitán General de la Provincia, por el término de cinco años, el Brigadier General D. Juan Manuel de Rosas.

Artículo 2.º Se deposita toda la suma del poder público de la Provincia en la persona del Brigadier General D. Juan Manuel de Rosas, sin más restricciones que las siguientes:

1.º Que deberá conservar, defender y proteger la Religión Católica Apostólica Romana.

2.º Que deberá sostener y defender la causa nacional de la Federación que han proclamado todos los pueblos de la República.

Artículo 3.º El ejercicio de este poder extraordinario durará por todo el tiempo que a juicio del Gobierno electo fuese necesario.⁵

6) La ley del 20 de setiembre de 1851. Pone fondos, fortunas, vidas y fama a disposición de Rosas:

Artículo 1.º Los representantes del pueblo poseídos del más íntimo júbilo, aceptan el desistimiento que hace el excelentísimo señor gobernador [...] D. Juan Manuel de Rosas, de la renuncia que reiteradamente había dirigido a esta Honorable Junta [...].

Artículo 2.º Correspondiendo los representantes del pueblo hasta donde les es posible a este acto eminentemente patriótico de su excelencia, declaran solemnemente que todos los fondos de la provincia, las fortunas, vidas, fama y porvenir de los representantes de ella y de sus comitentes, quedan sin limitación ni reserva alguna a disposición de su excelencia hasta dos años después de terminada gloriosamente la guerra contra el loco traidor salvaje unitario Urquiza, y la que su excelencia sabia y enérgicamente ha declarado contra el Brasil [...].

Artículo 3.º Se declara igualmente que los representantes hacen suyas todas las consecuencias, sean las que fueren, de la declaratoria que contiene el artículo anterior; exonerando, como exoneran de todas las consecuencias al excelentísimo señor gobernador, general D. Juan Manuel de Rosas, porque el voto uniforme de la provincia y de la Nación es que se sepulse todo entre gloriosos escombros, antes que dejar impune la traición del loco salvaje unitario Urquiza, y los gravísimos ultrajes que ha hecho y hace el Brasil al honor y a la soberanía de los argentinos.⁶

Nuestra Constitución histórica, en el *artículo 29*, disponía *facultades extraordinarias; suma del poder público*. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o*

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

⁶ Ibídem.

supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.

Después del primer cuarto del siglo XX, la doctrina jurídica derivada de esta histórica norma constitucional sostenía que:

la tripartición de funciones del Poder del constitucionalismo clásico ha sufrido serio quebranto. La legislación delegada es hoy una realidad que debe computarse seriamente. Ha desaparecido, acaso, la distinción de *ley formal* y *ley material*. La abdicación parlamentaria en este aspecto es bien significativa y el Poder Ejecutivo se ha visto así llamado a cumplir una tarea legiferante en gran parte con grave deterioro de las seguridades y libertades de la persona. La declinación de las asambleas legislativas en general. Su falta de eficacia es patente y se han realizado esfuerzos para compensar ese déficit por medio de una transformación de los métodos de trabajo de los Parlamentos y por medio de una adaptación de los procedimientos. Pero hasta ahora su resultado ha sido bien relativo. La casi universalidad de la delegación del Poder Legislativo es el reflejo de esta situación. Se manifiesta —observa Meynaud— como el reconocimiento, por parte de las asambleas, de una cierta incapacidad para hacer frente a las necesidades del momento. Con respecto a algunos países, encuentra también su origen en la voluntad de los legisladores de conformidad con el criterio del Poder Ejecutivo para impedir medidas inevitables o impopulares.

La antigua doctrina, expresa Root, recordado por Legón, que prohibía la delegación de poderes legislativos, se ha retirado virtualmente de la escena y ha renunciado a luchar.⁷

La jurisprudencia comparada de esa época estableció pautas. Corresponde citar la causa *USA v. Schechter Poultry Corporation*: «El poder delegado no ha sido canalizado entre taludes que impidan su desborde. Es ilimitado e impreciso». De donde se infieren:

a) El objeto de la delegación debe ser claro y terminantemente definido; b) la Legislatura debe sentar y delinear definitivamente una política para ser cumplida por la ley; c) la Legislatura debe establecer en la ley mismo cierto criterio para limitar y guiar la discreción del Ejecutivo; d) la Legislatura no puede permitir o autorizar al Ejecutivo para imponer, a su única discreción, ninguna sanción penal. A ello corresponde agregar que la delegación debe ser, en principio, temporaria y con posibilidad para el Parlamento de reasumir, en cualquier momento, el uso de sus atribuciones constitucionales.⁸

El derecho constitucional europeo se encargó de difundir el vicio de la delegación, quebrantando la tripartición y equilibrio de los poderes del Estado, y fortaleciendo al Ejecutivo. Es el caso de la Constitución francesa, que determina el ámbito del Parlamento (artículo 34); lo demás es facultad reglamentaria (artículo 37). Basta que el asunto sea así resuelto por el Consejo de Estado para que el Ejecutivo lo

⁷ César Enrique Romero, Víctor P. de Zavalía (eds.): *Derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, 1975, pp. 204-205.

⁸ *Ibidem*, cita 7.

modifique (artículo 37, *in fine*). El artículo 38 de la ley fundamental de 1958 determina que *el gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento para adoptar, mediante órdenes ministeriales, durante un tiempo limitado, las medidas que corrientemente son del dominio de la ley.*

En Inglaterra existe la tendencia similar de trasladar al gabinete facultades legislativas, lo que se explica por la falta del tiempo de Parlamento ante la ingente tarea legislativa, el creciente tecnicismo de las normas, la mayor flexibilidad y capacidad de adaptación de la acción ejecutiva.

La Constitución italiana de 1948 es una de las primeras leyes fundamentales posteriores a la segunda posguerra que introduce la delegación legislativa en su articulado. Lo hace de la siguiente manera, en el artículo 76: «El ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado en el gobierno sino con determinación de principios y criterios directivos y solamente por tiempo limitado y para objetos definidos». La interpretación jurisprudencial ha sido la encargada de completar el sentido de la norma y de darle su verdadero alcance.

El texto constitucional español de 1978 impuso límites a esta institución. Las materias contenidas en las *leyes orgánicas* no pueden ser delegadas. Se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación de autonomías regionales y régimen electoral. La delegación debe ser realizada en forma expresa, por tiempo determinado y sobre una materia en particular.

Con posterioridad a la mitad de la década de 1920, dice Mario Midón: «fue común que la Corte se alineara rechazando la figura de la delegación legislativa, pero tan pronto debía resolver una causa en la que se constataba su existencia apelaba al disfraz de encubrir ese acto con el rótulo de decreto reglamentario». Algunos casos: *Delfino*, *Bonevo*, *Comité Radical*, *Novich*, *Cernadas*, *Rajones*, *Anodia*, *Ufito*. En todos ellos «a pesar de configurarse manifiestas delegaciones, el alto tribunal confirió validez al decreto objetado aduciendo, generalmente, que el mismo había sido dictado en ejercicio de la atribución presidencial que habilitaba el antiguo artículo 86, inciso 2)». Los casos estudiados son sumamente representativos y comienzan con *Delfino*, de 1927, considerado un *leading case* en la materia, primera oportunidad en que la Corte da comienzo a esta suerte de jurisprudencia engañosa.

Por su parte, Vanossi, citado por Sabsay y Onaindia,⁹ efectúa una síntesis de la línea doctrinaria de la Corte; para ello toma el caso *Domínguez, Luis c/ SAICF Kaiser Aluminio* (Fallos, 280: 25), en el cual el alto tribunal hace referencia a otras decisiones suyas tomadas con anterioridad. El citado jurista extrae las siguientes partes del mencionado fallo:

⁹ Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia: *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, pp. 230-244.

- a) [...] ciertamente el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos;
- b) [...] desde luego, no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándola sobre ella;
- c) [...] existe más distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido, aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución;
- d) [...] no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. Y ello habida cuenta de que, en tales puestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (artículo 86, inciso 2)», cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo.

Vanossi considera que para la Corte solo está prohibida la delegación que implique «el traspaso total del poder en sí, pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial, en los que un poder —el Legislativo— comisiona al otro —el Ejecutivo— para la implementación o complementación de un determinado régimen legal». Poco tiempo antes de la reforma parcial de 1994, la Corte dictó el fallo n.º 92220 del 21.12.1993 (publicado en *La Ley*, 30.5.1994, caratulado *Cocchia, Jorge D. c/ Estado nacional y otro*. Ha sido considerado como referencia para la delegación legislativa, un equivalente de lo que significó el caso *Peralta* en materia de reglamentos de necesidad y urgencia. Se trató de un fallo dividido (cinco votos contra tres —los de los doctores Fayt, Belluscio y Petracchi—, mientras que el doctor Levene no se pronunció).

Esta sentencia declara parcialmente constitucional el decreto 817/92 en sus partes relativas a la modificación del régimen laboral portuario. La norma había suspendido la aplicación del convenio colectivo 44/89 firmado entre el Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos y el Centro Coordinador de Actividades Portuarias. Frente a tal situación, el secretario general del citado gremio interpuso una acción de amparo que obtuvo satisfacción en primera y segunda instancias. En los considerandos del decreto se invocan las leyes 23696 de reforma administrativa y 23697 de emergencia económica. El Ejecutivo señala allí que a través de dichas normas «el Poder Legislativo puso en marcha un proceso de transformaciones económicas, para cuyo cumplimiento facultó al Poder Ejecutivo nacional a adoptar decisiones tendientes a materializar las pautas allí fijadas». El acto del órgano administrador encontraba su justificación en la necesidad de reducir los sobrecostos económicos que

ocasionaba el régimen laboral portuario en vigencia, derivado de un convenio colectivo de trabajo. Debe destacarse que tanto el fallo de primera instancia como el de alzada hicieron lugar al amparo, en razón, principalmente, de que «las disposiciones del decreto no guardaban relación alguna con la reforma del Estado ni la situación de emergencia y que, por lo tanto, el Poder Ejecutivo nacional había excedido sus facultades constitucionales».

Así las cosas, la Corte considera que en la especie se encuentran reunidas las exigencias que ella ha impuesto para que la delegación legislativa sea constitucional; en esta ocasión se habla de *reglamentos de ejecución sustantivos*. El alto tribunal manifiesta que el Poder Ejecutivo se encontraba habilitado para ello. Parte de la no existencia en nuestro sistema de la delegación legislativa en sentido estricto para luego reconocer validez a los supuestos de delegación impropia, fundada en el artículo 86, inciso 2, de la Constitución. Luego, en sus fundamentos, repite los argumentos más importantes de los anteriores fallos dictados por ella. En lo que hace a la habilitación del Ejecutivo y a la razonabilidad de las medidas tomadas por este en la especie, se considera allí que —solo tomamos los considerandos que nos parecen más relevantes—:

La ley 23696 se presenta como un estatuto para las privatizaciones, con el fin de reubicar al Estado en el lugar que le reserva su competencia subsidiaria, estableciendo, para llevar a cabo tal política de privatizaciones, el procedimiento decisorio y el control de su ejecución.

[...] El Congreso no solo se abstuvo de adoptar decisiones diferentes a las del decreto 817/92, sino que él es consecuencia de decisiones previstas del legislador y de absolutamente claras decisiones coincidentes posteriores.

[...] El Congreso no renuncia a la competencia legislativa sobre la materia que fue objeto de la delegación, por lo que podría en todo momento cambiar la directiva política, lo cual excede las posibilidades del Ejecutivo, y deja sin efecto las disposiciones que este hubiera adoptado.

[...] La enorme conmoción institucional que supondría la declaración de inconstitucionalidad del mecanismo elegido por el Congreso [...] para llevar a cabo el plan de privatizaciones, solo se vería razonablemente justificada si mediara una sustancial afectación, manifiesta o demostrada, de derechos personales de raigambre constitucional o una violación indudable del reparto de competencias dispuesto en la carta magna para organizar las instituciones que integran el Gobierno de la Nación.

[...] Las medidas dispuestas en el decreto 817/91 con relación al régimen laboral se ajustan a lo dispuesto en la ley de reforma administrativa, pues no es razonable interpretar que la autorización conferida se limita estrictamente a las normas que regulan la actuación de los a privatizar, dejando afuera de esa potestad las posibilidad de excluir reglamentaciones ajenas a tales entes estrechamente vinculadas con el servicio.

[...] En ejercicio del poder de policía de emergencia, el Estado puede interferir en el ámbito de las relaciones laborales entre grupos de empresarios y trabajadores.

[...] En los regímenes de Ejecutivo de origen presidencialista, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan —aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general— la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no obtiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo, es evidente que ha muerto el Estado constitucional de Derecho (disidencia de los doctores Fayt y Belluscio).

El doctor Petracchi en su disidencia considera la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de normas generales en un proceso de amparo, cuando la invalidez de estas reviste carácter manifiesto.

Las exorbitantes facultades que el coto de la mayoría le está reconociendo al Ejecutivo importan de hecho el otorgamiento de la delegación legislativa propia. Pues quedan trastocadas todas las exigencias que tanto el derecho comparado como la jurisprudencia anterior de la Corte establecía en esta materia. Así, como normas habilitantes se hace alusión a leyes generales sancionadas tres años antes del dictado del cuestionado decreto, en las cuales, por otra parte, no se hace referencia alguna a la materia objeto de este. De modo tal, se ha permitido el traspaso de una importante porción de la competencia del Legislativo. Se trata nada menos que de la potestad de reglamentar derechos reconocidos en el artículo 14 *bis* de la Constitución. Facultad que el Congreso recibe por expresa mención del constituyente. Ello, sin que exista un patrón o estándar de política legislativa que sustente el poder que se le confiere al Ejecutivo, el cual por otra parte lo recibe por tiempo indeterminado y de manera implícita. En realidad, es la emergencia a la que tan sabiamente aluden los votos de los doctores Fayt y Belluscio el verdadero fundamento del voto de la mayoría. Quien habla de emergencia de manera indiscriminada en realidad acerca su argumentación a la de la razón de Estado que siempre ha sido el motivo de justificación de los actos del poder político en los sistemas de tipo autocrático. No por casualidad en la ya citada disidencia se habla del riesgo de muerte que se hace correr al Estado de derecho con actos jurisdiccionales de estas características.

Con tal comportamiento jurisdiccional, las impugnaciones fundadas en la existencia de una delegación se parecían más a una conversación de sordos que una infracción a la Ley fundamental. En presencia de esta anomalía por la cual la Corte acogió la ley delegada con el nombre de decreto reglamentario, dimos en llamar a los decretos delegados, como reglamentos con nombre prestado y falsa identidad.¹⁰

La herencia recibida por la nueva e incipiente democracia, en 1983, superó las expectativas y tornó insuficientes los planes de gobierno. El pueblo de la Nación argentina legalizó y legitimó su gobierno representativo, republicano y federal, sin *auditorías* previas, pero con *beneficio de inventario*, que hasta la fecha seguimos practicando en orden a la posibilidad e identidad de cada uno de nuestros gobiernos. Por su parte, los partidos políticos, convertidos en *maquinarias* electorales, renunciaron a sus competencias fundamentales y, por supuesto, a sus fines orientados hacia el bien común. Los quebrantos económicos financieros del Estado, como *renovada teoría de facto* en nuestro país, ha requerido desde 1983 sucesivamente de gobiernos *condicionados* (1983-1989), *incondicionales* (1989-1999), de

¹⁰ Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, pp. 501-508.

legitimación (transitorios hasta 2003) y, actualmente, de *administración discrecional con superávit fiscal*.

Lo cierto es que el *Estado de necesidad*, la emergencia o necesidad del gobierno y la crisis constitucional, inspiró a los autores del Pacto de Olivos a incluir dentro del *núcleo de coincidencias básicas* de la ley que declaró la necesidad de la reforma parcial de nuestra Constitución nacional de 1994, el actual artículo 76, complementado por los incisos 1 y 3 del artículo 99 y el artículo 100, inciso 12, con su respectiva cláusula transitoria octava.

Con acierto, el Dr. Mario Midón sostiene:

Esta y otras reformas son parte del proverbial y riquísimo campo de artísticas creaciones destinadas a satisfacer la anguria del poder, porque mientras las cláusulas que acrecen facultades de quienes mandan son operativas, muchas de las conquistas esperan con paciencia que el Congreso y sus mayorías dicten las leyes reglamentarias que dan vida a las instituciones de control.

La nueva Constitución nacional establece, en su artículo 76:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

El artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución nacional establece:

El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

- 1) Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

[...]

- 3) 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.

Por su parte, el artículo 100, inciso 12, CN:

El Jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.

Al Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:

[...]

12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

Cláusula transitoria n.º 8 CN:

Dado que hasta ahora el Poder Ejecutivo ha ejercido facultades legislativas delegadas que son expresamente prohibidas por el artículo 76, se dictó esta cláusula transitoria a fin de que en un plazo de cinco años caduquen a menos que el Congreso las ratifique con una nueva ley. Esto demandará una tarea de investigación para detectar las normas dictadas mediante este procedimiento.

Este articulado fue agregado como un nuevo sistema de competencias del poder del Estado nacional, cuyo surgimiento el maestro Alberto Spota fundamenta en una lenta evolución de las instituciones que ha importado un cambio significativo, en el tiempo, del rol del Parlamento. El siglo XX trajo aparejados grandes cambios. Las dificultades económicas, las contiendas bélicas y el cambio en la naturaleza de las decisiones que se esperan del Estado tienen como rasgo común la necesidad de prontitud en la toma de decisiones, una naturaleza preponderantemente administrativa y gran contenido técnico. Ello actuó como una causa principal en la conversión de la función de los Parlamentos y de los Congresos en el mundo contemporáneo.

Dicen Sabsay y otro:¹¹

Debemos tener en cuenta que el desequilibrio en el principio de separación de poderes, debe de algún modo reajustarse. El mismo, como veremos, proviene de la determinación del tipo de delegación admisible en el Estado de derecho y del control que por vía de diferentes exigencias y de la intervención de otros órganos, debe rodear a la institución en su conjunto. Cullen nos aporta un primer elemento para la resolución de este problema, con su clara diferenciación de los conceptos *de delegación propia* y *de delegación impropia*. Sostiene el profesor santafecino que «la necesidad de evitar la concentración del poder, por un lado, y de permitir una flexibilización y eficacia de ejercicio, por el otro, llevaron a distinguir entre delegación propia e impropia. La primera, importa transferir pura e incondicionalmente la función atribuida a un órgano, hacia otro. La segunda, significa no transferir la función sino solo las particularidades de esta que, por su naturaleza, no pueden ser ejercidas por el Congreso. La delegación propia no resulta aceptada y sí, en cambio, la impropia».

Entrando en el análisis del marco constitucional previo a la reforma, Vanossi expresa:

Este punto no está expresamente contemplado en la Constitución nacional, pero es del caso buscar en ella las normas de competencia que establecen límites o

¹¹ Sabsay y Onaindia: «La Constitución de los argentinos...», o. cit.

prohibiciones expresas en materia de relaciones entre los poderes. Desde este punto de vista, estimamos que es aplicable al caso la norma marco o norma límite del artículo 29.

Según Bielsa, para que la delegación legislativa se ubique en un marco jurídico adecuado debe ser llevada a cabo de conformidad con los siguientes extremos:

- 1.º La delegación es válida cuando se limita a la determinación de normas legislativas generales que conciernen al poder u órgano que debe reglar la materia en principio, pero que dada la extensión de las normas requieren la anuencia legislativa.
- 2.º Cuando por la delegación no se transfiere un poder, sino que se encarga a una autoridad dictar normas que prosiguen la actividad legislativa dentro de una materia y de límites determinados. En consecuencia, el Poder Legislativo puede derogar las normas delegadas en cualquier momento.
- 3.º Cuando por el acto de la delegación no se renuncia al ejercicio del deber de contralor que la Constitución ha atribuido a un Poder sobre los actos de otro, como el de aprobar o rechazar la cuenta de inversión que tiene el Congreso.
- 4.º Cuando no se atribuye una facultad discrecional en materia penal o fiscal o relativa a los derechos civiles, a un Poder de modo que este pueda crear o suprimir responsabilidad de las personas, o privarlas de la protección judicial.

En resumen, para estos autores, las exigencias para que pueda operar la delegación legislativa sin afectar de manera irremediable a las instituciones republicanas son:

- que la delegación sea impropia;
- que el órgano delegante no pierda sus facultades de control sobre el órgano delegado, fiscalización que incluye la posibilidad de dejar sin efecto el reglamento resultante de la delegación;
- por ende, el delegante no pierde tampoco su competencia sobre la materia delegada;
- ciertas materias que hacen a los derechos fundamentales de las personas, entre otras, deben quedar fuera de la esfera de la delegación;
- el órgano delegante debe determinar en el acto de delegación los principios de política legislativa en la materia (expresión que la jurisprudencia estadounidense encierra en el concepto de *standards* a patrones legislativos). Es decir que ella no será una suerte de *cheque en blanco* concedido a favor del Ejecutivo sino que este último debe completar una norma ya *planteada* por el legislador a través de todos los contenidos emparentados por su naturaleza con el tipo de tareas que él desarrolla;
- que no sea implícita, es decir, supuestamente derivada de otro acto del Legislativo; por el contrario, ella debe ser expresa y para el caso o situación en cuestión;
- que sea por tiempo determinado;

- que exista un control jurisdiccional a posteriori, además del que le compete al propio órgano delegante.

Por la trascendencia que tiene para la vida y bienes de los argentinos, y que podría constituir el objeto de otro análisis, voy a hacer una breve referencia a los llamados *superpoderes* o delegaciones presupuestarias del artículo 37 de la ley n.º 24156, que son una de las mejores herramientas de atomización de la institución presupuestaria como instituto constitucional de gobierno y control de la República. El presupuesto ha sido objeto de una mutación y reducción que ha desembocado en su desconstitucionalización. Pasó de ser un sistema constitucional de órdenes, de límites, de garantías, de competencia y de responsabilidad, necesariamente inserto en el orden político, orgánico y económico del país, que en sí mismo es la imagen del Estado, a ser una mera reducción de aquel, que tiene por objeto un mayor superávit fiscal primario y reglas macroeconómicas. Dejó de ser el plan anual de gobierno y se transformó en el instrumento de la política económica para un mayor superávit primario, el cierre de caja, para licuar responsabilidades políticas de las principales autoridades y para la concentración del poder en el Ejecutivo nacional, el Jefe de Gabinete o ministros.¹²

El artículo 37 de la ley n.º 24156 establece:

La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades.

Sin perjuicio de otras sabias reflexiones doctrinales, a las que me adhiero y que el maestro G. Bidart Campos las sintetizó como pautas de limitación y control:

- Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia.
- Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad.
- Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable.
- Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia.

¹² Fuente: Cra. Lea Cristina Cortes de Trejo, profesora de la Universidad Nacional del Salvador.

- Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicialable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.

Ana María Bestard*

Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo

1. Introducción. Planteo del tema. Su problemática

El tema de la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo reviste enorme importancia en el ámbito político institucional, pues se vincula estrechamente con la función y atribuciones del Poder Legislativo y con el principio constitucional de la división de poderes, cuyo *telos* último consiste en la protección de las libertades individuales. En definitiva, el tema es central porque se vincula con el Estado de derecho y, por ende, con la libertad de los particulares y la seguridad jurídica.

Hecha la precedente e ineludible aclaración, la doctrina ubica históricamente el instituto de la delegación durante la Primera Guerra Mundial. En verdad, su práctica se agudiza en la famosa crisis de 1929 y se consolida en el nivel constitucional luego de la Segunda Guerra Mundial, sin perjuicio de reconocer antecedentes en tiempos muy anteriores.

Quizás la cuestión del aumento del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo no esté originada solamente en la complejidad y celeridad de la vida política, económica y financiera, ni en las realidades tecnológicas de nuestro tiempo, sino —también— en el rol que la sociedad ha asignado, en cada momento histórico, al Poder Legislativo. Ello sin dejar de reconocer —acrecentando la complejidad

* Profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesional principal, CONICET.

del tema— la incidencia, en la materia, del comportamiento de otro de los poderes centrales de la tríada clásica, el Poder Judicial y, en especial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ejercer el control de constitucionalidad respecto de los actos de delegación del Poder Legislativo (leyes) como de los actos delegados del Poder Ejecutivo (reglamentos o decretos).

Recordemos que el Parlamento durante la Edad Media ejercía la función de tribunal de justicia; no hacía la ley. El Parlamento como hacedor de la ley aparece en Inglaterra, en el siglo XVII.

No hay que olvidar que las normas básicas que estructuraron la Gran Bretaña moderna, esto es el Bill de Derechos, el Bill de Habeas Corpus, el Acta de Establecimiento y toda normativa que convierte en norma jurídica la victoria del Parlamento inglés sobre la Corona, es la primera verdadera obra legislativa del Parlamento en el mundo y fundamentalmente, en Inglaterra.¹

El afianzamiento en el pueblo de la concepción de que el poder político reside en él y no en el monarca hace que el Parlamento se vea no solo como hacedor de la ley, reglamentaria de nuestros derechos, sino como órgano legítimo para crear y establecer las líneas de conducción de la sociedad en el orden político, económico y social. Dicho afianzamiento se produce en un proceso que comienza, en términos generales, en el siglo XVIII y se desarrolla especialmente durante el siglo XX, cuando el Poder Legislativo resulta «una pieza vital del sistema político democrático, cuya estabilidad depende, por lo tanto, en gran medida de la funcionalidad del órgano legislativo [...] el ajustado funcionamiento y una amplia representatividad del Parlamento son imprescindibles para la consolidación de la democracia».² En su seno, entonces, se debaten y establecen los lineamientos rectores de nuestra convivencia social. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, el principio de división de poderes, un principio básico del Estado de derecho, representa el respeto al reparto de funciones estatales sobre la base de que la función legislativa es propia y exclusiva del Poder Legislativo.

Delegar, como ha hecho el Congreso argentino en los últimos años, facultades extraordinarias en el Poder Ejecutivo significa resignar su rol esencial de establecer las políticas estatales.

Nuestra postura pudiera parecer tradicional o conservadora frente a quienes avalan la delegación, en virtud de la necesidad de tomar decisiones de carácter técnico, rápidamente, para resolver los problemas urgentes. Quienes así piensan sostienen que la acción es propia de la unidad y que el Parlamento es un cuerpo colegiado, con lentos procedimientos, mucho más ineficaz para la toma de dichas decisiones que el Poder Ejecutivo. Si bien pareciera innegable, no solo en Argentina, la tendencia al

¹ A. A. Spota: «La delegación legislativa en el Ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos en la vida política de los pueblos de Occidente en el siglo XX», en *La Ley*, 18.10.1989.

² Félix R. Loñ: *Constitución y democracia*, Buenos Aires, Lerner, 1987. p. 441.

aumento de facultades del Ejecutivo, pasando revista a nuestra traumática historia nacional (no podemos dejar de señalar aquí que los constituyentes del 53 sabiamente incorporaron el artículo 29 de la Constitución nacional a causa de la experiencia sufrida por un gobierno que se arrogó facultades extraordinarias y la suma del poder público), estimamos necesario defender el principio de división de poderes como instrumento válido, filosófico y jurídico-constitucional, establecido para evitar la concentración de poder en el órgano ejecutivo, vicio en el que los argentinos incurrimos reiteradamente en perjuicio de la República y de nuestras libertades personales.

Agregamos, como adelantamos al comienzo, que en esta ardua y difícil tarea de vivenciar el Estado de derecho, o mejor hoy, el Estado social y constitucional de derecho, no solo el Parlamento desarrolla un papel preponderante en el sistema sociopolítico, sino que asimismo el Poder Judicial, y en especial la Corte Suprema, lo hacen. El control de constitucionalidad ejercido por todos y cada uno de los jueces del sistema se convierte en el reaseguro final del rol que debe jugar el Congreso, conforme lo venimos describiendo. Bien que consideramos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un verdadero *órgano de poder* del Estado.

La pérdida de elaboración y control de la política legislativa por el Parlamento, y la consiguiente convalidación de ello por el Poder Judicial, importan la destrucción del sistema plasmado en la Constitución nacional y la inmersión de la República en las graves crisis que parecieran endémicas en nuestra realidad nacional. No está demás apuntar que no nos referimos a la delegación técnica normativa vinculada a la confección de leyes de complejidad técnica y cuya redacción conviene destinar a expertos, como por ejemplo las referidas a los textos ordenados de las leyes o a los digestos jurídicos; ni tampoco a la delegación administrativa, propia de la necesidad de la administración, centralizada y descentralizada, de regular en forma permanente y ordinaria las actividades indispensables para el logro de sus fines. Nuestra preocupación central se dirige a la delegación política o gubernamental, es decir, aquella que hace el Poder Legislativo, en época de emergencia, a favor del Poder Ejecutivo para que dicte las normas que la situación requiera, generalmente, de manera amplia, temporal o transitoria (a veces) y a efectos de concretar un determinado programa de gobierno.³

2. La delegación en la Argentina

Haremos una referencia a la normativa constitucional argentina, que difiere de la norteamericana, pues en esta última el presidente norteamericano no cuenta

³ Las diferentes denominaciones de los reglamentos enunciados en el presente párrafo siguen la doctrina de Alfonso Santiago y Valentín Thury Cornejo en *Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional*. Buenos Aires, Ábaco, 2003.

con una atribución expresa de reglamentación de los derechos, como sí posee el argentino, conforme al artículo 86, inciso 2, de la Constitución nacional de 1853-60, actual artículo 99, inciso 2. Sin perjuicio de reiterar que lo que verdaderamente nos preocupa es el ejercicio de las precitadas facultades, especialmente, en épocas de emergencia, como una forma de la delegación política o gubernamental aludida *ut supra* (punto 1), situación receptada por la reforma constitucional de 1994 en el artículo 76, al que nos referiremos más adelante.

La Constitución histórica, sujeta a los principios del liberalismo individualista de su época, no contemplaba la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. Así, en virtud de los artículos 14.1 y 67,⁴ solo el Congreso tenía por competencia la de reglamentar los derechos constitucionales. Estos se limitaban o restringían exclusivamente mediante ley. Cabe agregar a este esquema normativo el artículo 28,⁵ basamento constitucional del principio de razonabilidad, también denominado garantía implícita de razonabilidad (artículo 33). A su vez, el precitado artículo 86, inciso 2, de nuestra ley fundamental, asignaba al presidente la competencia reglamentaria para aplicar las leyes, manteniendo la prescripción de no alterar su espíritu al reglamentarlas.⁶

De lo expuesto surge un esquema normativo claro, descriptivo de una gradación jerárquica, que concuerda con la pirámide jurídica kelseniana. No es casual que la competencia expresa y exclusiva de hacer la ley fuera asignada al Congreso, que debía respetar los derechos constitucionales al reglamentarlos, de forma tal de no «alterarlos». En primer lugar, entonces, se encontraba la Constitución, como cúspide de la pirámide, y luego las leyes reglamentarias de los derechos. A su vez, el Poder Ejecutivo estaba habilitado para ejercer la competencia reglamentaria o legislativa, aunque en un nivel infra o sublegal y al único efecto de aplicar la ley. En este caso, el marco o límite infranqueable de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo era doble: la Constitución, en primer término, y la ley, en segundo término. Sin desconocer que, además de la competencia reglamentaria del artículo 86, inciso 2, por la que

⁴ Artículo 14. «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio».

Artículo 1.º «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución». Una de las características de la forma republicana es el principio de división de poderes.

Artículo 67. «Corresponde al Congreso [...] [y luego de asignar diferentes competencias en los precedentes 27 incisos] Inciso 28: 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».

⁵ Artículo 28. «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

⁶ Artículo 86. «El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 2: Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias».

emitía decretos reglamentarios o ejecutivos, el Presidente sólo poseía la del inciso 1.º del precitado artículo, por la que dictaba decretos autónomos.

La jurisprudencia fue flexibilizando la normativa constitucional mediante su interpretación. En el caso *Delfino* (1927), la Corte determinó que el Poder Ejecutivo estaba habilitado para reglamentar (establecer una multa) si la ley determinaba los límites dentro de los cuales debía hacerlo. Pero basó dicha facultad en el artículo 86, inciso 2, de la CN. El *holding* del caso fue que «existe una distinción fundamental entre la delegación del poder de hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo sí». Más tarde, el caso *Prattico* (1960) representó otro hito en materia de delegación. En este, el tribunal convalidó «el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida». Se pasó, entonces, de la exigencia de no violar parámetros fijos de la ley delegante a no transgredir su política legislativa clara. Esta *evolución* culmina con el caso *Cocchia* (1993), por el que la validez constitucional de las facultades reglamentarias del Ejecutivo se reducen a no violentar el bloque de legalidad que conforme un programa de gobierno. Consideramos que el último merece nuestra crítica.

3. El caso *Cocchia* (2.12.93)

El Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos presentó un amparo contra el Estado nacional y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el objeto de lograr la declaración de inconstitucionalidad del decreto 817/92 que derogaba el convenio colectivo de trabajo 44/89 y el marco legal del trabajo portuario. La norma determinaba nuevas negociaciones con las limitaciones que ella misma establecía en el artículo 36, interviniendo irrazonablemente —según la actora— en la actividad que regulaba, competencia exclusiva, por otro lado, del legislador.

*La Corte decidió que la norma atacada era constitucional pues reglamentaba un bloque de legalidad, sin apartarse del programa de gobierno establecido por las leyes que conformaban el mencionado bloque.⁷ Resulta interesante destacar que el máximo tribunal citó como precedentes a *Delfino* y *Prattico*, aunque, en realidad, no lo eran. Asimismo, no podemos dejar de mencionar que creó una categoría nueva de decretos ejecutivos o reglamentarios, dentro de la cual ubicó al impugnado y, de esta manera, lo justificó constitucionalmente. Desde nuestra óptica, la Corte fuerza la inclusión del decreto 817/92 en la precitada categoría para luego aplicar el estándar de *Prattico*, más amplio que el de *Delfino*, aunque a este también lo cita en refuerzo*

⁷ Sólo declara la inconstitucionalidad del artículo 36 del decreto cuestionado en su correlación con el artículo 35 inciso K, por derogar una convención colectiva de trabajo —en abierta violación del artículo 14 *bis* de la CN, dejando en pie el resto del articulado.

de su postura. Ambos estándares, en *Cocchia*, se ven totalmente excedidos tanto por los hechos del caso como por el marco jurídico aplicado.

Corresponde analizar al respecto el considerando 14, en el cual el más alto tribunal estudió si el decreto 817/92 se encontraba afectado en su constitucionalidad, en razón de su origen orgánico. Esto es lo importante para nuestro análisis: ¿el decreto cuestionado era un decreto delegado —en el sentido que la doctrina había interpretado en los casos *Delfino* o *Prattico*?, ¿o era un decreto de necesidad y urgencia, conforme lo resuelto por la Corte en el caso *Peralta*? Y en cualesquiera de estos casos ¿respetaba la Constitución? Desde lo jurídico, la Constitución histórica —vigente al momento de dictar el aludido fallo— no admitía los decretos delegados o la delegación total, pero sí —aplicando la doctrina judicial de *Delfino* y *Prattico*— únicamente la delegación impropia o parcial.⁸ En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, debe recordarse que la Corte había dictado el fallo *Peralta* en diciembre de 1990, avalando la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia con enorme amplitud, prácticamente sin límite alguno, lo que había ocasionado serias discusiones y profundas críticas de la doctrina en materia constitucional. A pesar de que el Poder Ejecutivo había hecho referencia a las leyes 23696 (reforma del Estado) y 23697 (emergencia económica) —entre otras—, el último considerando del decreto 817/92 expresaba que este decreto se dictaba en uso de las facultades que surgían de los incisos 1.º y 2.º del artículo 86 de la Constitución nacional y del artículo 10 de la ley 23696. Con ello parecía que la propia Administración consideraba que se trataba de un decreto reglamentario pues, aunque hablaba del inciso 1.º del artículo 86, que hubiera podido interpretarse como basamento constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, ya constitucionalizados por el fallo *Peralta* citado,⁹ agregaba el inciso 2.º del artículo 86, en el que descansa la competencia de emitir decretos reglamentarios o ejecutivos. Este hecho desvirtúa la supuesta fundamentación en los decretos de necesidad y urgencia. Corresponde agregar, por nuestro lado, que la situación de hecho que justificó, en opinión del superior tribunal, la emisión del decreto 36/90, cuya tacha de inconstitucionalidad origina el amparo que plantea *Peralta*, tampoco era similar a la del momento en que se interpone la acción que da lugar a la sentencia del caso *Cocchia*. La hiperinflación había sido contenida y se encontraba en plena ejecución el proceso de privatizaciones aprobado, final y rápidamente, por las leyes del Congreso nacional antes mencionadas.

⁸ «Es en razón de sus caracteres propios, precisamente, que en nuestro sistema no puede considerarse la existencia de reglamentos delegados o de delegación legislativa en sentido estricto, entendiéndose por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere —aun con distintos condicionamientos— en beneficio del Ejecutivo, determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales (cf. *Fallos*, 148: 430)». *Delfino*, considerando 14, segundo párrafo.

⁹ Para nosotros, el inciso 1.º del artículo 86 CN constituye el basamento constitucional de los decretos autónomos.

La Corte consideró que el decreto 817/92 era un decreto ejecutivo sustantivo. Para ello dividió los decretos reglamentarios o ejecutivos, con base constitucional en el artículo 86, inciso 2, de la Constitución histórica, en dos categorías: los decretos ejecutivos adjetivos y los ejecutivos sustantivos. Creó, de esta manera, una nueva clasificación de reglamentos del órgano ejecutivo. Resulta decisivo el tercer párrafo del considerando 14, que transcribimos a pesar de su extensión, a fin de evitar la más mínima tergiversación de los conceptos allí vertidos por el voto mayoritario del tribunal:

Se encuentran así claramente identificados los tradicionalmente denominados «reglamentos de ejecución», es decir aquellos que se sancionan para poner en práctica las leyes cuando estas requieren de alguna determinada actividad del Poder Ejecutivo para su vigencia efectiva. Es así que la mayoría de la legislación no precisa, para su efectiva vigencia en la realidad, de decretos ejecutivos —pensemos en la casi totalidad del articulado del Código Civil—, lo que sí ocurre cuando, para la aplicación práctica de la ley, resulta necesaria la actividad de cualquiera de las dependencias de la Administración Pública. En este caso, inevitablemente el Poder Ejecutivo deberá disponer cómo se llevará a cabo tal actividad, siempre cuidando de no contradecir la ley así reglamentada. Se trata, en definitiva, de normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración Pública: son reglamentos de ejecución adjetivos. Distinto es el supuesto de lo que es posible denominar «delegación impropia» —por oposición a la antes indicada delegación en sentido estricto, donde existe una verdadera transferencia de competencia o dejación de competencia— la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador. No existe aquí transferencia alguna de competencia. El legislador define la materia que quiere regular, la estructura y sistematiza, expresa su voluntad, que es la voluntad soberana del pueblo, en un régimen en sí mismo completo y terminado, pero cuya aplicación concreta —normalmente en aspectos parciales— relativa a tiempo y materia, o a otras circunstancias, queda reservada a la decisión del Poder Ejecutivo que, en nuestro caso es, junto con el Legislativo y el Judicial, Gobierno de la Nación Argentina. El Poder Legislativo, muy por el contrario de transferirla, ejerce su competencia, y dispone que el Ejecutivo aplique, concrete o ejecute la ley, según el estándar inteligible que el mismo legislador eligió, es decir, la clara política legislativa, la lógica implícita o explícita, pero siempre discernible, que actúa como un mandato de imperativo cumplimiento por parte del Ejecutivo. Estos reglamentos también se encuentran previstos en el artículo 86 inciso 2, de la Constitución —una norma que, no puede dejar de ser advertido, no se encuentra en su similar norteamericana, lo que refuerza aún más la constitucionalidad, en nuestro sistema, de este tipo de decretos— por lo que, en realidad, son también decretos de ejecución de la ley, aunque con un contenido diverso que los analizados bajo este nombre en primer término. Se trata de reglamentos de ejecución sustantivos ya que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley —aunque también pueden hacerlo— sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos. Esta segunda especie de reglamentos de ejecución —que solo impropriamente pueden denominarse delegados— también, por supuesto, encuentra el límite del citado artículo 86 inciso 2.º, *in fine*, no pueden alterar el espíritu de la ley, es decir, la política legislativa que surge del texto aprobado por el Congreso. Pero ello

no solo con relación a la norma reglamentada, sino con respecto a todo el bloque de legalidad que conforma, con dicha ley, un sistema, un «programa de gobierno aprobado por el Congreso».

Nosotros nos preguntamos, luego de la lectura del considerando 14, qué significa ejecutar la ley. Si —como dijo la Corte— ya no se trata de reglar los detalles y pormenores, o el procedimiento para poder aplicar la ley y, ahora, a partir de los decretos ejecutivos sustantivos, el presidente se encuentra habilitado para reglamentar la materia delegada en su objeto o finalidad, pensamos que este tipo de medidas emitidas por el Poder Ejecutivo son decretos delegados y no «impropiamente así denominados» —como expresó la Corte— sino decretos *delegados propiamente dichos*.

Si la Constitución histórica los prohibía, es obvio que la Corte debió forzar la interpretación constitucional del artículo 86, inciso 2, CN para lograr legitimarlos. Estando los decretos delegados prohibidos y los decretos de necesidad y urgencia desacreditados, la salida que eligió la Corte estuvo representada por decretos ejecutivos sustantivos.

En uno de los votos que conformaron la mayoría, el del Dr. Boggiano, se encuentra una consideración sobre el particular respecto de la cual no podemos evitar expresar una reflexión. Boggiano dijo:

Que es necesario, entonces, examinar el artículo 10 de la ley 23696 a la luz de la jurisprudencia del tribunal sobre la materia, ya que no existe en la Constitución una prohibición expresa de la delegación legislativa que permita colegir su repudio por parte del constituyente —que tampoco surge de los debates suscitados en las asambleas—, sin perjuicio de los límites dispuestos en el artículo 29. (Considerando 20)

3.1. *Disidencias*

Nos enrolamos en la postura de la disidencia, representada por dos votos, uno firmado en forma conjunta por los doctores Fayt y Belluscio, y el otro por el doctor Petracchi.

El primero de los votos en disidencia determinó que la pretensión del Estado nacional importaba «una delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este Tribunal» (considerando 6.º, último párrafo). A su vez, la directiva del mencionado artículo 10 de la ley 23696 aparecía «notoriamente insuficiente como norma habilitante para que el Poder Ejecutivo suspenda la vigencia de los convenios colectivos de trabajo y deje sin efecto “todo acto normativo” que establezca “condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de dirección y administración empresarial conforme lo dispuesto por los artículos 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo”, tales como las que menciona el artículo 35 del decreto 817/92, disposición aplicable a todas las “actividades portuarias, conexas y afines”» (considerando 6.º, primer párrafo).

Que el fundamento de tal negativa reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual —como en su fuente, el constitucionalismo americano— tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituidos, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del Estado de derecho. En efecto, en los regímenes de Ejecutivo de origen presidencialistas —que recibe su legitimación del pueblo soberano—, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan —aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general— la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no tiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el Estado constitucional de derecho (considerando 7).

Petracchi, en la otra disidencia, luego de aclarar que no se puede privatizar lo ya privatizado, porque la actividad a la que se aplicaba el decreto cuestionado, conforme a las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 10 de la ley 23696, ya se encontraba en manos privadas. Agrega que tampoco el decreto cuestionado se hallaba en la órbita de la ley 23697: «Resulta claro que esta ley no avala, ni por asomo, la revisión de un régimen totalmente ajeno al indicado ámbito de aplicación, como lo es el del convenio colectivo 44/89». Tampoco constituye marco legal del decreto 817/92 la ley de puertos n.º 24093, pues es posterior; nunca podría haber sido su sustento.

Un elemental principio del sistema republicano de gobierno prohíbe aceptar que el Poder Ejecutivo esté facultado —por la mera invocación del artículo 86, inciso 2, de la Constitución nacional— a efectuar per se una reglamentación de derechos constitucionales, como ocurre en el caso, con el derecho reconocido en el artículo 14 *bis* de la ley fundamental, cuando el Congreso no ha querido regular legislativamente la materia. (Considerando 14)

[...] no puede soslayarse que el progreso de las defensas del Estado en este caso, importaría hacer tabla rasa del principio de división de poderes o división de funciones resguardado por esta Corte desde los inicios de la organización nacional (*Fallos*, 1: 32). Aunque parezca innecesario precisarlo, el problema central que subyace en este litigio interesa sustancialmente a la preservación y deslinde de las facultades que poseen los Poderes Legislativo y Ejecutivo, esto es: a la esencia misma del régimen representativo republicano. (Considerando 15)

Además, al criticar al Estado, por su defensa del decreto 817/92: «las normas de todo tipo deben ceder ante ese programa de gobierno», esta disidencia replica:

Si la República está organizada como un Estado de derecho, en el que gobierno y gobernados se encuentran sometidos a la ley, y no al mero voluntarismo de uno u otros, el aserto transcrita es insostenible, pues presupone la negación, entre otros principios de la Constitución nacional, del relativo a su supremacía y a la estructura jerárquica de las normas jurídicas dictadas en su consecuencia (artículo 31). Ninguna norma cede ante «programas de gobierno», sino ante otras normas, y, en primer lugar, ante la Constitución, la cual —a su vez— no cede ante nada ni nadie [...]. La actividad del Poder Judicial [...] tampoco ha de regirse con arreglo a los citados programas, sino de conformidad con la ley fundamental. Es menester comprender el precio de estos principios, pues los jueces no están llamados por la ley fundamental a acompañar o secundar las políticas escogidas por los poderes a quienes les están confiadas estas. Tampoco, por

cierto, están aquellos convocados a oponerse a tales decisiones. La función judicial es muy otra. Se trata, en suma, de resolver las contiendas traídas a su conocimiento de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y, en su caso, contrastar la validez de este, no por su adecuación a «programa» alguno, sino por su conformidad con la Constitución nacional y las leyes que en su consecuencia se dictaren. Los «programas de gobierno» no son normas jurídicas; pero las normas jurídicas pueden, sí, entrañar dichos «programas» (considerando 16).

4. Reforma constitucional de 1994

Poco tiempo después de dictado el fallo *Cocchia* se sancionó la reforma de 1994. En cuanto al tema que especialmente nos preocupa, la reforma de 1994 introdujo el artículo 76¹⁰ en la Constitución nacional y, además, incluyó el artículo 99, inciso 3,¹¹ referido a los decretos de necesidad y urgencia. La ley 24309 de necesidad de la reforma señaló, entre sus objetivos, el de reducir el presidencialismo. ¿Constituyen las prescripciones de los artículos precitados medidas eficaces para lograr el objetivo?

Si bien las razones de carácter práctico que surgen de las discusiones en el seno de la convención apuntan a limitar la competencia del órgano ejecutivo en estas

¹⁰ Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

Disposición transitoria octava: 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.

¹¹ Artículo 99. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

[...]

3. 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.

materias, extralimitada en los hechos, el marco jurídico plasmado en las normas no produjo los resultados esperados.

5. Análisis del artículo 76 de la Constitución nacional

Del artículo referido a la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo nacional surgen dos pautas claras: en primer lugar, una prohibición, la de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, que —según la redacción constituye una regla— y, en segundo término, una competencia, la de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que establezca el Congreso de la Nación. Esta competencia significa una excepción a la regla, introducida luego de esta y con el término *salvo*, lo que ratifica el carácter de excepción.

La prohibición está referida a la delegación total o propia, porque la misma norma establece la posibilidad de delegación de *determinadas* materias de administración o de emergencia, *dentro de las bases y del plazo* que determine el Congreso de la Nación para su ejercicio. Con ello aceptaría la delegación parcial o impropia.

¿En quién se delega y qué se delega? El Congreso de la Nación debe delegar en el presidente de la Nación, de acuerdo con la correcta hermenéutica constitucional que surge de relacionar el artículo 76 con el artículo 87 CN. Por el último, el Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación. Asimismo hay que tener en cuenta que el artículo 100, inciso 12, CN establece que el jefe de gabinete refrenda los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso.¹²

En cuanto al objeto de la delegación, la Constitución habilita la delegación de determinadas materias de administración, no de todas —como quedó aclarado—, sin perjuicio de la amplitud del término *administración*. Gelli aclara que no podrán delegarse aquellas materias de administración «que requieran un procedimiento de aprobación especial o mayorías agravadas o constituyan un mecanismo de control».¹³ En lo referido a la delegación en situaciones de *«emergencia*, no se podrían eludir las prohibiciones del artículo 99, inciso 3, CN —materias tributaria, penal, electoral y de partidos políticos—, aunque no figuren expresamente en el artículo 76 CN. La explicación resulta obvia: constituyen zona de reserva del Poder Legislativo.¹⁴

¹² María Angélica Gelli: «Cuestiones de la delegación legislativa», en *ED Derecho Constitucional*, del 7 de junio de 1999 y en el *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.º 158, junio de 1999, p. 8. Con cita de G. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 344.

¹³ *Ibidem*, p. 8. Con cita de Néstor Rubén Fera.

¹⁴ Criterio ratificado por la Corte Suprema in re *Selcro S. A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros*, del 21.10.2003, por el que resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo

Por otro lado, nos preguntamos: ¿cómo debe interpretarse la palabra *bases*? ¿Qué significa que la delegación (excepcional, debido a que debe hacerse en materias determinadas de administración o de emergencia) debe, además, respetar las bases que determine el Congreso de la Nación? Creemos que *las bases* de la delegación resultan más amplias que los *detalles y pormenores necesarios para aplicar la ley*, conforme el *holding* de Delfino, y, a la vez, más restrictivas que el *bloqueo de legalidad* de Cocchia.

El último punto que trata la norma constitucional regula la caducidad del plazo, que limita el ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo. Expresa: «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». No admite dudas de que la revisión prohibida se refiere a la del Congreso, pues siempre queda la posibilidad de la revisión judicial.

A su vez, la cláusula transitoria octava habla de que la legislación delegada que no contenga plazo caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, a excepción de la que el Congreso ratifique por ley. ¿A qué legislación se refiere? Consideramos correcto interpretar que se refiere a la elaborada por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con las bases de la delegación confeccionadas por el Congreso, y no a las propias leyes de delegación del Congreso. Todo ello, a pesar de la poca claridad del texto.

6. La ley 26122

Por último, y después de más de diez años de mora, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26122 (BO, 28.07.2006). Esta norma regula el trámite y alcance de la intervención del Congreso de la Nación en los decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial que dicte el Poder Ejecutivo nacional. Reglamenta, asimismo, la Comisión Bicameral Permanente, que debe tener intervención tanto en los decretos delegados (artículo 100, inciso 12, CN) como en los decretos de necesidad y urgencia (artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, CN) y de promulgación parcial (artículos 80, y 100, inciso 13, CN).

El capítulo II se refiere a la *delegación legislativa* y sus *límites*. El Poder Ejecutivo debe remitir el decreto de delegación legislativa dentro del plazo de diez días a la Comisión Bicameral Permanente (artículo 12). Dicha comisión debe expedirse acerca de la *procedencia formal* y la *adecuación del decreto a la materia y a las*

párrafo del artículo 59 de la ley 25237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas a percibir por la Inspección General de Justicia sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución, pues la facultad de crear cargas tributarias o definir o modificar los elementos esenciales de un tributo es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. *La Ley*, 2004-D-230.

bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio, pudiendo solicitar informes a las comisiones permanentes competentes en función de la materia (artículo 13). Las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo (artículo 11).

En el capítulo IV de la ley se encuentra lo relacionado con el trámite parlamentario de los decretos aquí estudiados. Si el Jefe de Gabinete no remitiera el decreto en diez días, la Comisión debe avocarse de oficio a su tratamiento. Por esa razón, los diez días hábiles que, a su vez, la comisión tiene para expedirse se cuentan desde el vencimiento del plazo precitado en primer término (artículos 18 y 19). En caso de que la comisión no se expida dentro del plazo para ello estipulado (diez días hábiles), las Cámaras se avocarán al «expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 82 de la Constitución nacional» (artículo 20). Si, en cambio, la comisión se expide, eleva su dictamen al plenario de ambas Cámaras y estas deben darle inmediato y expreso tratamiento (artículo 21).

En realidad, la Constitución nacional en su artículo 76 no preveía la intervención de las Cámaras para los decretos delegados. Sin embargo, el capítulo de la ley referido al trámite, al menos en el título, los incluye. Consideramos ineludible la intervención de las Cámaras cuando la Comisión Bicameral no se expida en el término precitado sobre los decretos delegados. De lo contrario, quedarían sin control.

Las Cámaras deben pronunciarse mediante resolución. En consecuencia, entendemos que no procede respecto de ella el veto ni la promulgación del Ejecutivo.

La aprobación o el rechazo de los decretos debe ser expreso, «conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución nacional». Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata (artículo 22).

Está vedado a las Cámaras introducir modificaciones o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo limitarse a la aceptación o rechazo del decreto mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 23). El rechazo de ambas Cámaras implica su derogación, quedando en pie los derechos adquiridos durante su vigencia (artículo 24).

Por último, cabe agregar que la propia ley aclara que sus disposiciones no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo dictadas por el Poder Ejecutivo nacional (artículo 25).

Advertimos la dudosa constitucionalidad del artículo 22 de la ley 26122. El artículo 82 de la Constitución nacional, introducido por la reforma constitucional de 1994 expresa: «la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta». El texto significa que si el Congreso no se manifiesta expresamente no hay ley, tampoco hay aprobación de medida alguna del Poder Ejecutivo. El silencio de la Administración, o mejor del Estado, debe interpretarse como negativa, nunca en forma positiva, principio este de derecho público ligado al concepto de Estado de derecho y a los principios de legalidad y

de competencia. La nueva ley exige que tanto la aprobación como el rechazo sean expresos, pero además el artículo 17 de la misma determina que los decretos «tendrán plena vigencia, de conformidad con el artículo 2 del Código Civil». En verdad, esta situación resulta conveniente al Ejecutivo, porque si no logra la mayoría en el Congreso para aprobar el decreto delegado, este sigue vigente. Con ello revierte el principio incorporado a la Constitución por la Convención Constituyente de 1994, en el precitado artículo 82 (si el Congreso no se expide en forma expresa no quedan aprobadas las disposiciones de carácter general).

Por otro lado, para rechazar la medida del Poder Ejecutivo se requiere la mayoría absoluta de los presentes de ambas Cámaras.

La doctrina del silencio del Congreso como afirmativa fue duramente criticada en la Convención Constituyente de 1994, criterio ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *Verrocchi* —en el que se trató la derogación de derechos sociales mediante decretos de necesidad y urgencia— del 19 de agosto de 1999, en especial por el voto del doctor Petracchi. En su desarrollo, el ministro del máximo tribunal explicó su postura, a favor de la nulidad de todos los decretos de necesidad y urgencia mientras no se sancionara la ley especial mentada en el artículo 99, inciso 3.º, que considera exigencia imprescindible —siguiendo el artículo 86 de la Constitución española, que le sirvió de guía— la intervención de la Comisión Bicameral Permanente, en el trámite de los precitados decretos. Y continúa aclarando, con relación al silencio, que la doctrina española coincide en atribuir al silencio efectos similares a la desaprobación expresa del decreto español.

A su vez, transcribe de la Convención Constituyente la intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini, en la 19.ª reunión del 28.7.1994, por la que quedó claro que:

[...] derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso *Peralta*, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso *Peralta* ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país (Ortiz Pellegrini, loc. cit.). Por fortuna, pues, la reforma constitucional desplazó la doctrina del caso *Peralta* [...] que hipotecaba el porvenir de la jurisprudencia republicana. (Considerando 15, voto Petracchi)

Otro reparo a la ley 26122 es que no establece plazo para que las Cámaras se expidan, si bien habla de que «elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento» (artículo 21, ley 26122). Esta situación también despierta la sospecha de especulación del poder político.

7. Conclusiones

1. La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo constituye un hecho incontrastable de la realidad, con antecedentes en el derecho comparado.

2. Ha tenido recepción constitucional en nuestro país, en 1994, luego de un desarrollo paulatino y creciente de la jurisprudencia a su favor, alcanzando su punto máximo con el fallo *Cocchia*.

3. El análisis del tema nos conduce a un replanteo del concepto de ley y del principio de división de poderes, como asimismo del sistema de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado y del control de la ciudadanía frente al avance del poder político.

Las leyes ya no son solo órdenes, dirigidas desde la razón, o el pacto, por quien monopolizaba el Estado a quienes debían obedecerlas. Tampoco tienen por objeto central la protección de la propiedad de los hombres. Hoy, la ley, como parte del derecho, exige una comprensión inter y multidisciplinaria, pues se concibe como una construcción social, humana, intersubjetiva y comunicativa, que no debe resignar el respeto por la dignidad y la libertad del hombre. El Estado constitucional y social de derecho, que poseemos en la letra de la Constitución y que pretendemos se instaure en la realidad, no comprende el principio de legalidad (debido proceso adjetivo) sino conjugado con el de razonabilidad (debido proceso sustantivo).

Quizás contribuya a encontrar respuestas al instituto de la delegación de facultades legislativas, la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta opinión, la Corte Interamericana por unanimidad determinó que *ley* significa 'norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados para la formación de las leyes' (OC 6/86, del 9.5.1986).

Recordemos, en primer término, que la Convención Americana de Derechos Humanos posee jerarquía constitucional, conforme el artículo 75, inciso 22, CN, incorporado por la reforma de 1994. En segundo término, que esta opinión consultiva, que surge a pedido de la República Oriental del Uruguay con el propósito de especificar el contenido de *ley* en el artículo 30 de la precitada Convención, resulta obligatoria para los Estados partes de la Convención.¹⁵ El aludido artículo se refiere a las restricciones de los derechos consagrados en la Convención, que no podrán efectivizarse sino mediante leyes dictadas con base en el interés general y con el fin para el que han sido dictadas.

Destaca la Corte [Interamericana] el papel del Poder Legislativo en varios aspectos que se unifican en la necesidad de que toda limitación al ejercicio de los derechos debe provenir de leyes formales, fundamentando esa posición en estos términos: «[...] A través de este procedimiento no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad,

¹⁵ CC, *Horacio D. Girolodi y otro*; CS, 7 de abril de 1995.

proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.¹⁶

Y, sobre nuestro tema, reza la OC 6/86 en su párrafo 36:

Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

En ejercicio de sus competencias, los órganos del Estado no pueden avasallar los derechos de los habitantes dado que la consagración expresa de dichas competencias obedece, precisamente, a la finalidad de protección de los mencionados derechos. Lo expuesto debe tenerse en cuenta para las situaciones de normalidad, época en que el Poder Legislativo podrá delegar materias determinadas de administración. En situaciones de emergencia, la delegación podrá revestir otras características, pero nunca podrá eludir los límites del artículo 76, ni las materias excluidas para los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3, CN), ni los cuatro requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte para declarar la constitucionalidad de las leyes de emergencia.

4. El avance del derecho internacional de los derechos humanos, guiado por el principio *pro homine* y el principio de irreversibilidad de los derechos humanos, es otra realidad incontrastable que, también, ha tenido recepción en la Constitución nacional (artículo 75, inciso 22).

En consecuencia, si bien se ha modificado el principio de división de poderes, en beneficio del Poder Ejecutivo, y desde lo fáctico o sociológico ha pasado a lo jurídico;¹⁷ si bien el Poder Legislativo ha renunciado al ejercicio de sus facultades legislativas, si bien el Poder Judicial, reaseguro del sistema, ha acompañado el acrecentamiento de facultades reglamentarias en cabeza del Ejecutivo, sin desconocer los importantes precedentes de Smith y San Luis, con algunas salvedades, ni la buena doctrina sentada en *Video club Dreams* y *Selcro*, respecto de la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo, con decretos de necesidad y urgencia o delegados —respectivamente— regule materia tributaria, aun en la emergencia. Por otro lado, se ha producido —como contrapartida al exceso o concentración del poder— la recepción del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁶ Susana Albanese: *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1997, p. 60.

¹⁷ Leyes de delegación y de emergencia, luego incorporación del instituto en el artículo 76 CN, con el objeto de circunscribir dichas facultades del Ejecutivo. Por último, leyes de delegación y emergencia que no se atienen a las prescripciones del precitado artículo 76. Finalmente, la ley reglamentaria 26122, cuya constitucionalidad hemos atacado.

5. Frente a esta tensión dialéctica entre poder del Estado —en el caso, facultades legislativas del Poder Ejecutivo— y los derechos de los habitantes, no avizoramos otra respuesta, entonces, que el aumento de los controles: mayor efectividad y funcionalidad en el ejercicio de sus competencias, de la Comisión Bicameral Permanente, y de las Cámaras del Congreso, en definitiva. Mayor control del Poder Judicial, que en su tarea no debe soslayar la realidad ni los cuestionamientos morales o éticos que susciten los temas a resolver. Mayor control de los ciudadanos, en forma individual o colectiva, frente a los actos del poder político lesivos, a través de la solicitud del control jurisdiccional nacional y supranacional, como de otras formas de participación: manifestaciones en y de los medios de comunicación, integración y trabajo en organizaciones no gubernamentales, sin olvidarnos del ejercicio del voto.

Pablo Luis Manili*

Establecimientos de utilidad nacional (artículo 75, inciso 30, Constitución nacional)

1. Intento de definición¹

La definición de qué es un establecimiento de utilidad nacional no es una tarea sencilla. Como ocurre con muchos otros institutos del derecho que engloban varias realidades distintas resulta más sencillo hacer una enumeración casuística de cuáles son, que esbozar una definición genérica de qué son. Empezaremos, pues, por esto último para luego intentar definirlos.

Según el viejo artículo 67, inciso 27, de la Constitución nacional, las fortalezas, arsenales y almacenes son establecimientos de utilidad nacional. Según la jurisprudencia de la Corte, se encuentran amparados por las previsiones de esa norma (hoy artículo 75, inciso 30, CN), además de aquellos: los cuarteles,² los puertos,³ las penitenciarías nacionales,⁴ los asilos de inmigrantes,⁵ los aeropuertos internacionales,⁶

* Doctor en Derecho, UBA. Profesor de Derecho Constitucional en grado, posgrado y doctorado de la UBA. Profesor invitado de numerosas universidades nacionales y extranjeras.

¹ El presente trabajo es un resumen de nuestro libro *Establecimientos de utilidad nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2004.

² *Fallos*, 103: 403.

³ *Fallos*, 155: 104 entre otros.

⁴ *Fallos*, 138: 147.

⁵ *Fallos*, 27: 144.

⁶ *El Derecho*, 47: 340.

los aeródromos nacionales,⁷ las escuelas nacionales,⁸ las agencias federales de impuestos (AFIP),⁹ las usinas eléctricas, las plantas depuradoras de agua, los aprovechamientos hidroeléctricos,¹⁰ los yacimientos hidrocarburíferos,¹¹ los parques nacionales,¹² las sedes o dependencias de los bancos nacionales,¹³ de las universidades nacionales,¹⁴ de los tribunales federales, de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), de la Policía Federal Argentina, de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina, de la Policía Aeronáutica, de la Dirección General de Aduanas, de la Dirección de Migraciones, etcétera.

Con esa base, proponemos la siguiente clasificación de los establecimientos de utilidad nacional según la función de cada uno y correlacionados con la normativa constitucional que les da sustento:

- a. Defensa nacional (Preámbulo: «Proveer a la defensa común»; artículo 75, incisos 25, 26, 27 y 28; artículo 99, incisos 14 y 15, y artículo 126): arsenales, cuarteles, campos de ejercicios militares.
- b. Transportes y comunicaciones: puertos, aeropuertos, aeródromos nacionales (artículo 75, inciso 10), dependencias del Correo (artículo 75, inciso 14).
- c. Medio ambiente (preámbulo «Promover el bienestar general» y artículo 41 CN): parques nacionales, áreas protegidas, monumentos naturales.
- d. Energía (Preámbulo: «Proveer a la defensa común y promover el bienestar general» y artículo 75, incisos 18 y 19): yacimientos hidrocarburíferos, aprovechamientos hidroeléctricos.
- e. Seguridad: penitenciarías, dependencias de la Policía Federal Argentina (Preámbulo: «Consolidar la paz interior»), de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina (artículo 75, inciso 16), Dirección de Migraciones (artículo 25), de la Policía Aeronáutica.
- f. Justicia (Preámbulo: «Afianzar la justicia» y artículo 75, inciso 20): sedes de los tribunales federales.
- g. Educación (Preámbulo: «Promover el bienestar general» y artículo 75, inciso 19): escuelas nacionales, universidades nacionales.
- h. Economía: agencias federales de impuestos (AFIP) (artículos 4, y 75, inciso 2); bancos nacionales (artículo 75, inciso 6, y 126); dependencias de

⁷ *Fallos*, 201: 536.

⁸ *El Derecho*, 47: 341.

⁹ *Fallos*, 122: 5.

¹⁰ *Fallos*, 302: 1461.

¹¹ *El Derecho*, 47 329.

¹² Cf. Pedro J. Frías: *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 336.

¹³ *El Derecho*, 2: 143.

¹⁴ *Fallos*, 308: 647, donde incluso consideró como establecimiento de utilidad nacional a un campo de propiedad de la UBA cuyo producido se destinaba a esa universidad.

- la Dirección General de Aduanas (artículos 9; 75, inciso 1; y 126); Casa de la Moneda (artículos 75, inciso 11, y 126).
- i. Salud pública: hospitales nacionales, asilos de ancianos (artículo 75, incisos 18, 19 y 23).
 - j. Seguridad social (Preámbulo: «Promover el bienestar general», artículos 14 *bis*; 75, incisos 20 y 23; y 99, inciso 6): Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

La enumeración precedente no es exhaustiva, puesto que cualquiera de los fines establecidos en la Constitución nacional, que son numerosos y variados, puede motivar la creación de un establecimiento de utilidad nacional.

Con estas bases creemos que lo más apropiado es definir los establecimientos de utilidad nacional como *aquellos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución nacional coloca en cabeza del Gobierno federal*. Todas aquellas funciones o atribuciones que hayan sido delegadas al Gobierno federal en el texto constitucional y que requieran la ocupación de una determinada porción de suelo, constituyen un establecimiento de utilidad nacional, sea que en él se construyan edificios (como en los tribunales, agencias de impuestos, escuelas, hospitales, universidades, etcétera), se instalen otro tipo de dispositivos (como en los yacimientos de hidrocarburos, puertos y aprovechamientos hidroeléctricos) o que simplemente se deje el suelo tal como está (campos militares o parques nacionales). No se trata necesariamente de lugares cerrados, ya que la palabra *establecimiento* no está utilizada en la Constitución en sentido físico, sino funcional.

2. Normativa constitucional aplicable

Comenzaremos estudiando la normativa constitucional argentina anterior a la reforma de 1994, a los efectos de determinar, luego, la influencia de esta en la regulación del tema. La norma aplicable al tema bajo estudio establecía:

Artículo 67, inciso 27: «Corresponde al Congreso [...] ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre todos los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional».

También es necesario colacionar aquí una norma cuyo análisis fue omitido por toda la doctrina que se ocupó de los establecimientos de utilidad nacional: el artículo 4 de la Constitución, que prevé la facultad del Congreso Nacional de crear *empresas de utilidad nacional* y de imponer contribuciones a la población o contratar empréstitos y operaciones de crédito para ese fin. Es evidente que cuando el Congreso crea una empresa de utilidad nacional y esta necesita, para el cumplimiento de sus fines, establecer algún establecimiento en las provincias, este queda encuadrado en el artículo

67, inciso 27 (hoy artículo 75, inciso 30). Así ocurría antes de las privatizaciones que desguasaron al Estado argentino, con las siguientes empresas: Agua y Energía Eléctrica (AyE), Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), Yacimientos Carburíferos Fiscales (YCF), Gas del Estado, Obras Sanitarias de la Nación (OSN), Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (EnCoTel), etcétera.

El inciso 27 del artículo 67 fue tomado de la Constitución norteamericana, cuyo artículo I, sección 8, cláusula 17 establece:

El Congreso tendrá facultad [...] para ejercer el derecho exclusivo de legislación en todas las materias concernientes a un distrito (cuya superficie no exceda de diez millas cuadradas) que en virtud de cesión de determinados estados y aceptación del Congreso, se convirtiere en la sede del gobierno de los Estados Unidos; y ejercer igual autoridad sobre todas aquellas tierras compradas con el consentimiento de la Cámara legislativa del estado en que se encontraren, con el fin de construir fortalezas, almacenes, arsenales, astilleros y otras edificaciones necesarias.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación anterior a 1994

3.1. Introducción

En cuanto a la jurisprudencia que durante casi un siglo y medio se fue gestando sobre este tema, debemos realizar una advertencia previa a su análisis. Esa jurisprudencia resulta, a nuestro criterio, ideológicamente inoponible al Estado nacional por cuanto este no participó, como parte en el pleito, en su gestación. En efecto: tal como sagazmente señalara en la década de 1960 el profesor Robredo Albarracín,¹⁵ la Nación siempre se encontró en un estado de indefensión sobre este punto, ya que su jurisdicción:

ha sido cuestionada y a veces menoscabada, con absoluta y total prescindencia en el entredicho de la intervención del Gobierno de la Nación, titular exclusivo de esa jurisdicción de acuerdo con la norma constitucional [...]. En resumen: desconocida o discutida la jurisdicción exclusiva de la Nación en los lugares de marras, el asunto se ha debatido, dilucidado y resuelto entre el estado provincial que niega esa jurisdicción o intenta compartirla, y el particular sobre el cual o sus intereses la autoridad local pretende ejercitar sus poderes. El Estado Nacional, titular de la jurisdicción negada o amenguada, ha quedado al margen de cualquier intervención o tan siquiera noticia.

Agrega el referido autor que han sido los abogados de los particulares que se defendían de los intentos de las provincias de ejercer su jurisdicción en detrimento

¹⁵ Alberto Robredo Albarracín: «Jurisdicción exclusiva de la Nación», en *Jurisprudencia Argentina*, 1968-V, pp. 912 ss., esp. 914.

de la jurisdicción de la Nación, quienes, en la práctica, defendieron los intereses de esta, que jamás fue parte en esos juicios.

3.2. *Primer período: legislación y jurisdicción nacionales exclusivas y excluyentes*

En los primeros fallos sobre el tema, dictados en 1876,¹⁶ la Corte sentó el principio según el cual *legislación exclusiva*, en los términos del artículo 67, inciso 27, significa *jurisdicción exclusiva*, y las provincias no pueden, en esos territorios, ejercer facultad alguna. En el primero de ellos sostuvo que las provincias carecen de facultades para imponer contribuciones a los objetos o instituciones creadas por el Congreso Nacional en ejercicio de sus poderes. En *Fallos* 21: 491, el máximo tribunal sostuvo que no es indispensable que la Nación ejerza el derecho de propiedad para que surja la jurisdicción federal, sino que basta con que la cosa se emplee en beneficio de la Nación. Esta doctrina sigue vigente en nuestros días.

En 1884, la Corte¹⁷ sentó el criterio de la jurisdicción exclusiva de los jueces federales para juzgar delitos cometidos en un establecimiento de utilidad nacional (en el caso, un asilo de inmigrantes). En 1893¹⁸ sostuvo que no basta que el establecimiento sea de propiedad de la Nación sino que es necesario, además, que esté afectado a un fin de utilidad nacional para que exista la jurisdicción federal.

En 1906¹⁹ sostuvo: «es la destinación de los lugares [...] lo que determina y justifica el ejercicio de la legislación exclusiva del Congreso, o sea la jurisdicción de las autoridades federales». Reiteró así el principio según el cual el interés general (o *utilidad nacional*) perseguido justifica el recorte de las potestades provinciales. También se ratifica en este fallo que la facultad de *legislación* comprende la de *jurisdicción* sobre ese territorio.

En 1929, en el caso *Marconetti Boglioni y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe*²⁰ se discutía la procedencia de un tributo municipal sobre una empresa privada ubicada en el predio correspondiente a un establecimiento de utilidad nacional. La Corte, luego de destacar las diferencias entre la Constitución argentina y la norteamericana (que exige consentimiento de la legislatura estadual para la creación de esos establecimientos), decidió que el impuesto era válido porque la ley del Congreso Nacional²¹ por la cual se otorgó la concesión a la provincia de Santa Fe para la construcción del puerto, no reservó para el Gobierno nacional la jurisdicción absoluta sobre este.

¹⁶ *Fallos*, 18: 340 y 19: 368.

¹⁷ *Fallos*, 27: 144.

¹⁸ *Fallos*, 53: 254.

¹⁹ *Fallos*, 103: 403.

²⁰ *Fallos*, 154: 312.

²¹ Ley n.º 4269.

Dos meses más tarde se ratificó la postura exclusivista en un fallo trascendente. En autos *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires*,²² en los cuales la empresa accionante, por el solo hecho de estar radicada en el predio perteneciente al puerto de La Plata, fue eximida de impuestos provinciales, ya que la Corte consideró que se encontraba sujeta exclusivamente a la jurisdicción de la Nación. Téngase en cuenta asimismo que la actora desarrollaba actividades exclusivamente privadas con fines de lucro y no afectadas a un servicio público. La Corte sostuvo que «la disposición del artículo 67, inciso 27, es lógica con el sistema de la Carta Fundamental que ha proveído al gobierno de la Nación de las facultades indispensables para hacer efectiva su autoridad en todo el territorio de la República». Agregó que dicha autoridad, ejercida sin el consentimiento de las legislaturas provinciales, no importa «peligro para la autonomía de los estados» ni un «posible acaparamiento sin fiscalización de la propiedad pública o privada» dado que lo primero a tener en cuenta es que los legisladores que componen el Congreso Nacional provienen de todas las provincias «y es absurdo suponer en ellos un propósito tan desleal, encubierto por un afán de progreso general», y en segundo lugar, que la facultad a que se refiere el artículo 67, inciso 27, se relaciona con la compra de los terrenos indispensables para la construcción de obras o establecimientos de utilidad nacional, y por lo tanto, limitada a ellos. Y agrega:

No hay que perder de vista un solo momento el hecho fundamental de que la unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución y *que nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias el ejercicio legítimo por la Nación de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquella* por más que deban ejercitarse en el propio territorio de los estados autónomos.

Asimismo, este fallo aclara cuál es la relación entre dominio y jurisdicción en los siguientes términos:

La facultad de legislar exclusivamente que se estudia, no significa la de hacerlo respecto de todos los inmuebles adquiridos por el Gobierno nacional, sino solo en aquellos destinados a objetos de bien general, de manera que dominio y jurisdicción no son siempre conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien puede existir uno sin la otra y viceversa.

Es decir que el simple dominio de la Nación no implica jurisdicción, pero el dominio adquirido para establecimientos de utilidad nacional genera la jurisdicción exclusiva de la Nación, por aplicación del artículo 67, inciso 27, CN.

En *Tunkievicz, José c/ Frigorífico Swift S. A.*,²³ de 1931, la Corte consideró competente a la justicia provincial en lo laboral, pero aclaró:

Corresponde al Congreso elegir, en cada caso, el carácter y extensión con que ha de legislar sobre los territorios adquiridos y debe por lo mismo razonablemente

²² Fallos, 155: 104.

²³ Fallos, 160: 354.

entenderse que al no ejecutar sus facultades en tal sentido lo ha hecho para mantener inalterado el orden existente en materia de competencia judicial.

Creemos que esta es la buena doctrina: el Congreso elige hasta dónde ejerce su competencia pero, en lo no legislado, la provincia mantiene un poder residual.

La Corte mantuvo la misma postura, con cita del caso anterior, en el fallo *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires*,²⁴ de 1930, donde expresó:

La facultad del Congreso para legislar exclusivamente elimina toda otra legislación concurrente y *no puede admitirse lógica ni legalmente que una legislatura provincial pueda establecer impuestos sobre territorios nacionales*. La autonomía de los Estados cede ante la soberanía única de la nación amparada por la Constitución como principio fundamental de la unidad de la República, dentro de su régimen federativo (artículo 31 de la Constitución nacional).

En 1943, en *Provincia de Buenos Aires c/ Swift de La Plata*,²⁵ la Corte reiteró la doctrina de los dos casos recién citados en la convicción que «las razones de orden jurídico detenidamente expuestas en aquellos pronunciamientos son definitivas». Una vez más declaró la improcedencia de gravar con impuestos provinciales la actividad de una empresa privada radicada en un establecimiento de utilidad nacional. También aclaró que el hecho de haber reconocido excepcionalmente competencia judicial a la provincia en estos territorios, en modo alguno implicó la modificación de la doctrina.

La misma interpretación amplia de los poderes federales fue mantenida por la Corte en *Gazzolo c/ Provincia de Buenos Aires*,²⁶ del mismo año.

3.3. Segundo período: tesis de la no interferencia con la finalidad del establecimiento

Hemos descartado en este título la denominación de *poderes concurrentes* o de *competencias compartidas*, que generalmente usa la doctrina, por cuanto creemos que no es eso lo que la Corte sostuvo en los fallos que incluimos en este período. Una cosa es sostener que la Nación y las provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas y otra muy distinta es afirmar que las provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera a los fines nacionales. La denominación que descartamos llama a confusión y resulta imprecisa, por cuanto da la idea de dos poderes de igual jerarquía, cuando no es así, por mandato del artículo 31, que consagra la superioridad jerárquica del derecho nacional sobre el local.

²⁴ *Fallos*, 168: 96.

²⁵ *Fallos*, 197: 292.

²⁶ *Fallos*, 197: 507.

Existen dos fallos²⁷ dictados durante la vigencia de la Constitución de 1949, que había mantenido en su artículo 68, inciso 26, la norma bajo estudio, con pequeñas variantes formales. En uno de ellos, la actora era una línea aérea privada con sede en un aeródromo, que impugnaba un impuesto provincial que gravaba los combustibles utilizados por ella. La Corte sostuvo que las facultades de las provincias no quedan excluidas «mientras su ejercicio no interfiera en la realización de la finalidad de la obra nacional y la obste o pueda obstarla directa o indirectamente». En el otro caso se aclaró que el dominio privado del Estado nacional no justifica el ejercicio de la legislación exclusiva, sino que *es la destinación de los lugares lo que determina y justifica el ejercicio* de esa legislación. Concluyó que el impuesto con que la provincia pretendía gravar las naftas adquiridas en aeródromos nacionales con destino a aviones de líneas (privadas) que prestaban un servicio público era inconstitucional porque recaía directamente sobre la actividad con la cual se prestaba el servicio e interfería en esta; «en tales circunstancias, el principio de la legislación exclusiva del Congreso Nacional [...] adquiere una preeminencia extrema». Y agregó que «Sólo la legislación nacional [...] podría establecer y delimitar la compatibilidad de dicho ejercicio con las atribuciones excluyentes de la Nación en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales han de desenvolverse las actividades con las que se preste el servicio público de carácter nacional».

En 1951, la Corte volvió a tratar el tema en una causa laboral iniciada contra una empresa privada ubicada en el puerto de Mar del Plata y sostuvo que la competencia de los jueces federales en los establecimientos de utilidad nacional no se funda en la adquisición del lugar por la Nación sino solo en la existencia de esos establecimientos.²⁸ La misma solución adoptó al año siguiente en una causa similar pero enderezada contra una empresa mixta.²⁹ Otro tanto ocurrió en 1954 y en 1955.³⁰

En 1958³¹ y en 1960³² la Corte, en sendos fallos, se limitó a reconocer la jurisdicción de los jueces provinciales a los fines del juzgamiento de un despido dispuesto por una empresa privada en un lugar sometido a jurisdicción nacional (puertos de la provincia de Santa Fe). La Corte sostuvo que «las facultades legislativas y administrativas de las provincias no quedan excluidas [...] *sino en tanto y en cuanto su ejercicio interfiera con la realización de la obra nacional y la obste directa o indirectamente*». Es decir que el principio aplicado, en la práctica, es el mismo de los

²⁷ Fallos *Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda. c/ Provincia de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires c/ Pan American Airways Inc.*, publicados en *Fallos*, 215: 260.

²⁸ *Fallos*, 220: 1354.

²⁹ *Fallos*, 224: 642.

³⁰ *Fallos*, 230: 608 y 231: 398.

³¹ *Cardillo, José c/ Marconetti Ltda.*, publicado en *Fallos*, 240: 311. Según Luqui, con este fallo se inicia una nueva etapa (Juan C. Luqui: «La jurisdicción federal», en *La Ley*, 1976-B, p. 548).

³² *Quesada, Urbano c/ Martínez y Cía.*, publicado en *Fallos*, 248: 824.

casos anteriores, solo que en este la Corte entendió que el juzgamiento de un despido no obstaculizaba el ejercicio de la jurisdicción nacional.

En 1964³³ la Corte debió resolver un caso en el cual un municipio pretendía aplicar impuestos a una empresa privada radicada en un puerto. En el fallo sostuvo «la subsistencia de la jurisdicción provincial, *en cuanto no interfiera directa ni indirectamente la satisfacción del servicio de interés público* que requiere el establecimiento nacional», aclarando que:

incumbe a la ley o a la reglamentación supletoria, tanto la determinación de la existencia del fin de utilidad nacional a cumplir por el establecimiento del caso, *cuanto a la forma de su satisfacción y los medios de ella*. Y se sigue de esto que aparte del ámbito específico peculiar de cada establecimiento, susceptible de derivarse racionalmente de su naturaleza, es también óbice a la jurisdicción provincial *el campo deslindado como propio por la normación nacional* dictada para la administración y gobierno de cada instituto. Porque, en definitiva, se trata del cumplimiento de objetivos comunes a toda la nación, cuya gestión no admite la participación [...] de una [...] provincia, con la sola base de la ubicación territorial del servicio.

En el caso, la Corte sostuvo categóricamente que:

no es dudoso que la municipalidad actora *carece de derecho para exigir los gravámenes* que motivan la causa. En presencia de [...] las atribuciones fiscales reservadas a la autoridad nacional, no cabe argüir con la inexistencia de cesión conforme a la Constitución provincial ni con la falta de interferencia con el fin específico del establecimiento nacional.

Este fallo introduce un criterio nuevo para la delimitación de los poderes nacionales y locales, que es el que denominamos *principio de reserva de ley federal o principio de la jurisdicción local residual*, según el cual la provincia y el municipio solo serán competentes en todo aquello no alcanzado por la legislación federal. Creemos que en caso de tener que compartir facultades de legislación y jurisdicción la Nación y los entes locales, este es el criterio más acertado en lo teórico, por cuanto compatibiliza, en el marco del artículo 67, inciso 27, el principio de la supremacía del derecho nacional con la autonomía provincial. Y es también el más útil en la práctica porque evita la diversidad de criterios que en su aplicación genera el principio de la no interferencia.

En *Frigorífico Armour de La Plata S. A. c/ Poder Ejecutivo*,³⁴ de 1965, ratifica los principios sentados en la sentencia recién referida, pero, como lo reclamado a la empresa no eran tasas retributivas de servicios sino un impuesto al consumo de energía eléctrica, se consideró que este no era incompatible con los fines del puerto que la Nación administraba porque —en palabras del procurador general— «la ubicación del establecimiento frigorífico [...] en la zona portuaria obedece al interés de la propietaria, pero ello no basta [...] para considerarlo parte integrante del dispositivo de

³³ *Municipalidad de Santa Fe c/ Marconetti Ltda.*, publicado en *Fallos*, 259: 413.

³⁴ *Fallos*, 262: 186.

dicho puerto». La diferencia de este caso con los anteriores es evidente: el frigorífico tenía la sede de su explotación en el puerto por conveniencia y no porque prestara un servicio inherente al puerto; en otras palabras: la *función* que ejercía la empresa privada era totalmente *ajena* a la del establecimiento de utilidad nacional, por eso se admitió que la provincia la gravara.

El fallo dictado en 1965 en autos *Provincia de Misiones c/ Nación Argentina*³⁵ reitera el principio por el cual «la afectación de un bien al dominio público requiere, además de la norma que la imponga, su *consagración efectiva al uso o servicio general o común*, debiendo asimismo ser susceptible para tal uso o servicio» siendo insuficiente la mera declaración legal. También reitera el principio según el cual «las facultades de las provincias, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás Estados autónomos y de la Nación toda».

3.4. Tercer período: nuevamente legislación y jurisdicción nacionales exclusivas y excluyentes

En *S. A. Marconetti Ltda.*,³⁶ del 9 de agosto de 1968, la Corte volvió, con mayor explicitud que antes, a la senda que venía transitando durante el primer período. La actora cuestionaba multas impuestas por la policía del trabajo de la provincia de Santa Fe, y la Corte, en fallo unánime, sostuvo la incompetencia de la provincia para ello, fundándose en varios de los antecedentes colacionados más arriba (publicados en *Fallos*, 103: 408, 154: 312 y 155: 104). Al expresar sus fundamentos, la Corte aclaró expresamente que se apartaba de la doctrina de los fallos *Cardillo* (240: 311), *Quesada* (248: 824) y *Municipalidad c/ Marconetti* (259: 413), ya analizados. Por último, concluye que el artículo 67, inciso 27, al atribuir competencia exclusiva al gobierno federal, «implica la *negación del ejercicio simultáneo de poderes provinciales en esos lugares*, máxime si se considera que los establecimientos de utilidad nacional han sido colocados por dicha cláusula en un pie de igualdad con los arsenales y fortalezas, lugares estos en los que, por razones obvias, *nunca podría aceptarse injerencia de ninguna especie por parte de las provincias*».

El tribunal mantuvo la misma postura en *Sollazo Hnos. c/ Pcia. de Tucumán*,³⁷ de 1969, ordenando la devolución de impuestos provinciales abonados por la actora y aclarando que no se requiere el consentimiento provincial para que la Nación «absorba toda la potestad legislativa, administrativa y judicial en dichos lugares».

³⁵ *Fallos*, 263: 437. Puede verse nota de Benito Pérez «La Jurisdicción Fiscal en la zona del Puerto de La Plata» en *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 11 de Junio de 1966.

³⁶ *Fallos*, 271: 186 y *El Derecho*, 24: 5. En el mismo sentido falló, el 23 de agosto del mismo año, en autos *Municipalidad de Avellaneda c/ Agencia Marítima Numeriani SRL*, rechazando la demanda del municipio.

³⁷ *Fallos*, 273: 348.

En agosto de 1969 se sancionó la *ley de facto 18310*, con la que se intentó introducir por vía legislativa el criterio de la no interferencia, en momentos en que la Corte sostenía la doctrina de los poderes nacionales exclusivos.³⁸ Esta ley se apartaba del texto constitucional en el artículo 1.º, que establecía que los poderes nacionales solo serán exclusivos en los casos en que se hayan seguido «los procedimientos constitucionales que producen la desmembración del territorio con pérdida del dominio eminente; o en los casos de transmisión [...] de lugares destinados a fines de defensa nacional». El artículo 2.º establecía que regirían la legislación y jurisdicción nacionales únicamente en lo afectado o inherente a la utilidad nacional aun cuando la actividad de utilidad pública se efectuase por gestión privada en virtud de concesiones; y el artículo 3.º establecía que, en todo lo no comprendido en ese uso, las provincias podrían mantener su jurisdicción en tanto no interfirieran directa o indirectamente con las actividades del establecimiento. La doctrina casi unánimemente entendió que esta ley no pondría fin al debate que se venía llevando a cabo desde hacía un siglo,³⁹ y así fue: en dos fallos dictados en 1971, la Corte ratificó la competencia de los jueces federales para juzgar conflictos laborales⁴⁰ o causas criminales⁴¹ originados en establecimientos de utilidad nacional, declarando la inconstitucionalidad⁴² del decreto ley 18310 porque: «la competencia que en el (artículo 67, inciso 27, CN) se le confiere al Estado nacional es exclusiva y excluyente y no puede ser prorrogada por actos legislativos».

En *Servicios Técnicos Atlas c/ Provincia de Santa Cruz*,⁴³ de 1972, la Corte analizó el caso a la luz de la ley 14773 que regía al tiempo en que ocurrieron los hechos bajo juzgamiento, y sostuvo, con cita del artículo 1 de esa ley, que los yacimientos de hidrocarburos quedaban incorporados al dominio exclusivo de la Nación por estar *estrechamente vinculados* a los intereses del gobierno federal, por lo cual se hallaban regidos por el artículo 67, inciso 27, de la carta magna. A tal fin reiteró lo dicho en *Frigorífico Armour de La Plata*, de 1928, y en *Marconetti*, de 1968, en el sentido de que no es la compra o la cesión la que genera la jurisdicción nacional sino que es el mandato constitucional, y reiteró que «no hay que perder de vista [...] que la unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución y que nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias el ejercicio legítimo por la Nación

³⁸ Cf. Juan C. Bruzzón: «Algo más sobre los tributos locales sobre establecimientos de utilidad nacional», en *El Derecho*, 84: 817, que contiene una recopilación sintética de jurisprudencia sobre esta materia.

³⁹ Raúl A. Ramayo: «La jurisdicción nacional en los lugares adquiridos por la Nación en las provincias y la ley 18310», en *La Ley*, 136: 1210.

⁴⁰ *Causa De Luna, Rosa c/ International Air Catering* (Fallos, 281: 407).

⁴¹ *El Derecho*, 47: 341; véase también Fallos, 281: 433.

⁴² Es obvio que también era inconstitucional por el solo hecho de haber sido sancionada por un gobierno de facto y no por el Congreso nacional.

⁴³ *El Derecho*, 47: 330, con nota al pie de Carlos M. Giuliani Fonrouge: «El poder de establecer tributos en explotaciones petrolíferas».

de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquella, por más que estas deban ejercitarse en el propio territorio de los Estados autónomos».

3.5. *Cuarto período: vuelta a la tesis de la no interferencia con la finalidad del establecimiento*

En 1975,⁴⁴ la Corte decidió que no habiéndose cumplido, en el caso, el procedimiento de los artículos 3 y 13 CN, el lugar no queda federalizado y por lo tanto «la jurisdicción provincial queda excluida en la medida que su ejercicio interfiera, directa o indirectamente» con la finalidad del establecimiento. Entendió que la competencia provincial para juzgar una demanda laboral no interfería en esa finalidad.

A fines de 1976, la Corte de facto volvió a la postura de la no interferencia en una causa⁴⁵ en la que consideró que la demanda laboral entablada contra esa empresa privada instalada en la zona del puerto era de competencia de los tribunales provinciales, ya que ello no interfería con el fin del establecimiento. En la misma fecha decidió un caso análogo,⁴⁶ y en 1977,⁴⁷ otro similar. A fines del mismo año, en autos *Sade S. A. c/ Provincia de Santa Cruz*,⁴⁸ la Corte entendió que la provincia no podía aplicar el impuesto de sellos a un contrato celebrado entre una empresa particular con YPF, relativo a las actividades en establecimientos hidrocarburíferos existentes en ella, porque ese gravamen atentaba contra la ley federal de hidrocarburos.

En marzo de 1978, en *Cía. Swift de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires*,⁴⁹ en voto dividido la Corte decidió que la jurisdicción provincial solo quedaba excluida en los casos en que su ejercicio interfiriera en la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional. Lo que aquí se quiso excluir de la jurisdicción federal exclusiva fue el caso de una empresa que aprovechaba su ubicación geográfica, dentro de un puerto, para eludir los impuestos provinciales, cuando la actividad que desarrollaba podría ser ejercida perfectamente fuera de él.

Pocos meses más tarde, en autos *Casullo c/Provincia de Buenos Aires*,⁵⁰ la Corte volvió a aplicar la tesis de la no interferencia.

En abril de 1978 se dictó la *ley de facto n° 21778* sobre contratos de riesgo en materia de hidrocarburos, cuyo artículo 15 establece que las empresas estatales podrán incluir, en los contratos de riesgo, cláusulas que establezcan el reajuste de los precios pactados con las empresas contratistas, en la medida que sobre estas incidan la creación, supresión, aumento o disminución de *los tributos nacionales* y

⁴⁴ Fallos, 293: 287.

⁴⁵ Fallos, 296: 432, y en *El Derecho*, 70: 357.

⁴⁶ Fallos, 296: 449.

⁴⁷ Fallos, 297: 421 y en *El Derecho*, 73: 314.

⁴⁸ Fallos, 299: 442 y en *El Derecho*, 76: 396.

⁴⁹ Fallos, 300: 328 y en *El Derecho*, 78: 167.

⁵⁰ Fallos, 301: 856.

provinciales. Esa norma barría lisa y llanamente el artículo 67, inciso 27, entonces vigente, cualquiera fuera la interpretación que de este se hiciera, ya que consagraba el derecho de las provincias de gravar —sin salvedades— a las empresas que cumplieran actividades de utilidad pública en yacimientos hidrocarburíferos. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esta ley en el fallo *Técnica Patagónica* al que nos referiremos más adelante.

En *YPF c/ Provincia de Mendoza*,⁵¹ la Corte decidió que el Congreso nacional —y no las autoridades provinciales— era competente para adjudicar la concesión de un yacimiento petrolífero en territorio provincial, con fundamento en los incisos 11 y 27 del artículo 67 CN (hoy incisos 12 y 30 del artículo 75). El voto de la mayoría hacía hincapié en su carácter de establecimiento de utilidad nacional y en el mandato de *proveer a la defensa común* contenido en el preámbulo.

En el fallo *Vialco*,⁵² de 1979, la Corte sostuvo que:

La exclusividad de la legislación a dictarse por el Congreso [...] ha de entenderse condicionada a los fines de utilidad nacional y limitada a ellos; no implica el total aniquilamiento de los poderes provinciales si el ejercicio de estos no irroga un *obstáculo real y efectivo* a la consecución de aquellos fines.

Con esa base argumental confirmó la constitucionalidad de un impuesto por entender que no significaba un *obstáculo real a los fines* de utilidad nacional.

La *ley de facto n° 22006*, de 1979, sobre coparticipación federal de impuestos,⁵³ establecía que las provincias podrían gravar con el impuesto a los ingresos brutos «las actividades cumplidas en lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a jurisdicción del Estado nacional (puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y todo otro de similar naturaleza) en tanto la imposición no interfiera con ese interés o utilidad».

Con referencia al impuesto de sellos, también lo consideraba procedente en el caso de concertaciones que debieran cumplir sus efectos en la provincia o en lugares de dominio público, «incluidos puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y demás lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a jurisdicción del Estado nacional en tanto esa imposición no interfiera con tal interés o utilidad».

En el mismo año se sancionó la *ley de facto n° 22016* cuyo artículo 1.º derogaba todas las exenciones de origen nacional, provincial o municipal de que gozaban las empresas total o parcialmente del Estado, entidades financieras, contratistas y subcontratistas.⁵⁴ A mayor abundamiento, el artículo 2 establecía que los sujetos

⁵¹ *El Derecho*, 83: 392, con nota de Germán J. Bidart Campos, «Las provincias y las minas».

⁵² *Fallos*, 301: 1122.

⁵³ Modificatoria del artículo 9 inciso *b* de la ley 20221.

⁵⁴ Véase un breve comentario a esa ley en Alberto Verón y Carmen Cragno de Reynoso: «Sistema rentístico de la Constitución nacional. Distribución de poderes tributarios. Aspectos conflictivos», en *Impuestos*, XLII-A, 1984, p. 615.

referidos «estarán sujetos a la potestad tributaria provincial y municipal». Evidentemente, la norma de facto atentaba contra el artículo 67, inciso 27, al establecer lisa y llanamente la sujeción de empresas (aun las estatales creadas en el marco del artículo 4 de la Constitución) que operaban en establecimientos de utilidad nacional a la potestad tributaria provincial y municipal. También violaba el artículo 31, ya que establecía la superioridad jerárquica de las normas tributarias provinciales o municipales sobre la propia Constitución nacional, en la cual las provincias habían delegado en el Congreso federal la competencia de legislar sobre estos lugares.

En dos fallos simultáneos, *Montarsa c/ Provincia del Neuquén*⁵⁵ y *Técnica Patagónica c/ Provincia de Chubut*,⁵⁶ de 1980, la Corte ratificó el criterio según el cual las provincias no pueden gravar de ningún modo los establecimientos hidrocarburoíferos. La única disidencia, del doctor Pedro J. Frías, entendió que esa prohibición solo se aplicaba cuando el impuesto *condiciona, menoscaba o impide* la ejecución de las obras relativas al establecimiento.

En un tercer caso fallado el mismo día,⁵⁷ los doctores Guastavino y Rossi (que en el fallo anterior formaron la mayoría), entendieron que el impuesto no interfería con el objeto del establecimiento y rechazaron la demanda de repetición. Esta disparidad de criterios entre los dos primeros fallos y este es citada por Giuliani Fonrouge⁵⁸ como la demostración palmaria de que es imposible sostener en la práctica la postura teórica del finalismo, siendo necesario, a su criterio, adoptar la tesis de los poderes exclusivos del gobierno federal.

3.6. *Quinto período: tesis de la no interferencia y de los poderes provinciales residuales*

En los autos *Hidronor S. A. c/ Provincia del Neuquén*,⁵⁹ de 1980, la Corte volvió a rechazar la pretensión de una provincia de crear un municipio que antes no existía, en un lugar donde funcionaba un establecimiento de utilidad nacional. Ni siquiera en los votos en disidencia se llega a convalidar el accionar de la provincia, por cuanto, si los leemos cuidadosamente, advertimos que la causa tramitó como de puro derecho y que la actora desistió de todas sus pruebas. Ninguno de los dos ministros disidentes llegó a afirmar que la creación del municipio no interfería con el establecimiento, sino que ello no se probó en autos, lo cual es radicalmente distinto.

⁵⁵ *El Derecho*, 91: 360, con nota al pie de Juan C. Bruzzon: «Lógico epílogo de un problema centenario».

⁵⁶ *Fallos*, 302: 1236 y en *El Derecho*, 91: 368.

⁵⁷ *Vial Hidráulica S. A. c/ Provincia de Río Negro*, en *Fallos*, 302: 1252.

⁵⁸ C. M. Giuliani Fonrouge: «Integración de la Corte Suprema y potestad tributaria en lugares federalizados», en *Impuestos*, tomo XXXIX, 1981, p. 155.

⁵⁹ *Fallos*, 302: 1461 y en *El Derecho*, 92: 311 con nota al pie de Germán J. Bidart Campos: «Municipio provincial en lugares del artículo 67 inciso 27 de la Constitución».

No podemos entonces inferir una doctrina, ni siquiera minoritaria, de un fallo que fue decidido de ese modo por orfandad probatoria y no por principios jurídicos: ni siquiera la minoría sostuvo que un municipio puede interferir con el establecimiento de utilidad nacional. Por nuestra parte creemos que la provincia se excedió al pretender instalar un municipio que incluyera la zona de un aprovechamiento hidroeléctrico que ya estaba en funcionamiento.

Luego de este fallo, la Corte siguió aplicando la tesis de la no interferencia hasta la reforma constitucional de 1994. Pueden compulsarse, por ejemplo, los siguientes fallos: *Marconetti S. A. c/ Provincia de Santa Fe*,⁶⁰ *Impresit Sideco S. A. c/ Provincia de Santa Fe*⁶¹ y *Ramognino*,⁶² de 1982; *Tagsa S. A. c/ Provincia de Neuquen*⁶³ y *BJ Service S. A. c/ Provincia de Neuquen*,⁶⁴ de 1983.

La Corte instalada en 1983 introdujo un matiz que junto con el fallo *Hidronor* analizado más arriba justifican el título de *poderes provinciales residuales* que adjudicamos a esta etapa. En efecto, en los autos *BJ Service S. A. c/ Provincia de Mendoza*,⁶⁵ de 1984, la Corte, si bien rechazó la postura de los poderes nacionales exclusivos y excluyentes, introdujo la siguiente doctrina unánime, con la firma de los doctores Carrió, Caballero, Fayt, Belluscio y Petracchi: «es la ley nacional la que determina su marco concreto de protección, precisando [...] el alcance del ejercicio de la jurisdicción federal en los establecimientos comprendidos en aquella norma constitucional». ⁶⁶ Y agregó:

Resulta procedente [...] que el Gobierno nacional libere a determinadas entidades o actividades del pago de gravámenes nacionales y locales siempre que lo estime adecuado al mejor desempeño y funcionamiento de un servicio de la aludida naturaleza [...]. Tales decisiones importan el ejercicio de las facultades que el artículo 67, incisos 16 y 28 le confieren para promover la prosperidad y el bienestar general.

Aquí, por fin, encontramos una interpretación de la Corte que nos conforma. Creemos que la interpretación del inciso 27 es inseparable de los incisos 16 y 28 que confieren amplios poderes al gobierno federal,⁶⁷ y del artículo 31, que la Corte aquí no menciona pero sí aplica al reconocer al Congreso la competencia para determinar «el alcance del ejercicio de la jurisdicción federal». Una vez fijado por la Nación ese alcance —para lo cual puede hacer uso de todas las competencias que le confieren los incisos 16, 27 y 28 del artículo 67— recién allí las provincias podrán ejercer las competencias residuales que quedaren disponibles. Si, por ejemplo, el Congreso

⁶⁰ *Fallos*, 304: 730.

⁶¹ *Fallos*, 304: 1129.

⁶² *Fallos*, 304: 1381.

⁶³ *Fallos*, 305: 214.

⁶⁴ *Fallos*, 305: 1381 y *La Ley*, 1984-A: 232.

⁶⁵ *Fallos* 306: 1883 y en *La Ley* 1985-B: 199.

⁶⁶ El destacado nos pertenece.

⁶⁷ El artículo 67 inciso 28 es actualmente el artículo 75 inciso 32.

nacional estableciera que las empresas que intervienen en la explotación del establecimiento están exentas de impuestos nacionales y provinciales, las provincias deberán abstenerse de gravarlas, porque su competencia puede ser ejercida en todo aquello que la nación le permita (inciso 27), porque ello es necesario para el progreso de toda la nación (inciso 16 y preámbulo) y porque el derecho nacional es la ley suprema del país y las autoridades de provincia deben conformarse a él (artículo 31).

En varias causas posteriores la Corte mantuvo el mismo criterio: *Ambros Palmegiani S. A.*,⁶⁸ de 1986, *Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*,⁶⁹ del mismo año; *Dirección General de Fabricaciones Militares c/ Provincia de Buenos Aires*,⁷⁰ de 1988, entre otros.⁷¹

Finalmente, en el fallo *Sade S. A. c/ Provincia de Mendoza*,⁷² de 1989, la Corte introduce una frase que deseamos destacar porque refuerza nuestra postura de descartar la doctrina de concurrencia:

Como el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal [...] incide siempre en aquellos, la pauta para aceptar o rechazar las facultades locales no es la *incidencia* sino su *compatibilidad* con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional, en el sentido que esta no se vea condicionada menoscabada o impedida.⁷³

Aquí la Corte reconoce que todo ejercicio de competencias locales *incide* en el establecimiento, entonces abandona ese criterio y adopta el de la *compatibilidad*. Es decir: aunque el accionar local incida, estará permitido mientras sea compatible con la finalidad nacional.

Volvió a usar esa terminología en 1991, en autos *Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Santa Cruz c/ YPF*,⁷⁴ en que concluye que el criterio de la compatibilidad implica que la facultad provincial no puede menoscabar, condicionar ni impedir el interés nacional. Ese criterio fue completado con el siguiente:

El principio de supremacía nacional, válido para dirimir situaciones de conflicto [...] traduce un claro pensamiento político vinculado con aspectos cardinales de la forma federal de gobierno [...]. Ya Alberdi en *Las Bases* [lo] expresaba así: las resoluciones del Poder Nacional «deben tener supremacía sobre los actos de los gobiernos provinciales, y su acción en los objetos de su jurisdicción no debe tener obstáculos ni resistencia» por cuanto «de otro modo su poder no será general sino en el nombre» (capítulo 24).

⁶⁸ Fallos 308: 403.

⁶⁹ Fallos 308: 647.

⁷⁰ *Impuestos* XLVI-A: 543.

⁷¹ Fallos 307: 613, 307: 1268, 310: 1567, etcétera

⁷² *Impuestos* 1990-A: 221.

⁷³ Considerando 5.º, énfasis agregado.

⁷⁴ Fallos, 314: 1796.

De ese razonamiento la Corte concluye que «es procedente que el gobierno nacional libere a determinadas entidades o actividades del pago de gravámenes nacionales y locales siempre que lo estime adecuado».

En *Satecna Costa Afuera S. A. c/ Provincia de Buenos Aires*,⁷⁵ de 1993, la Corte, con nueva integración, aplicó la tesis de la no interferencia, entendiendo que el impuesto a los ingresos brutos en cuestión era inconstitucional por interferir con la finalidad del establecimiento.

4. La reforma constitucional de 1994

El artículo 67, inciso 27, pasó a ser el 75, inciso 30, con el siguiente texto:

Corresponde al Congreso [...] ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

Las diferencias entre el nuevo texto y el anterior son las siguientes:

- a. Se cambia «ejercer una legislación *exclusiva* [...] sobre» esos lugares, por «dictar la legislación *necesaria* para el cumplimiento de los *fines específicos*» de los establecimientos.
- b. Se sustituye la enumeración de «fortalezas, arsenales, almacenes y otros establecimientos de utilidad nacional» por una referencia genérica a «los establecimientos de utilidad nacional».
- c. Se agrega el párrafo final, referido a que provincias y municipios «*conservarán* los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, *en tanto no interfieran* en el cumplimiento de aquellos fines».
- d. Se elimina la referencia a «compra o cesión».
- e. Hay una coincidencia entre ambos textos que también debe ser resaltada: la Constitución, antes y después de la reforma, no exige el consentimiento de la legislatura provincial. En consecuencia, ya no quedan dudas que esa conformidad no es necesaria dado que el constituyente pudo —pero no quiso— introducir esa variante.
- f. Se declara la autonomía municipal (artículo 123).
- g. Se adjudica a las provincias el dominio originario de los recursos naturales (artículo 124).

Analizaremos uno por uno esos cambios:

⁷⁵ *Fallos*, 316: 2206.

a) *Legislación necesaria* en lugar de *legislación exclusiva*. Según apunta Bidart Campos,⁷⁶ la reforma «ha reajustado la letra del anterior inciso 27» (el destacado nos pertenece). Agrega que como ya no se habla de legislación *exclusiva* sino de legislación *necesaria*, esta «queda circunscripta a los *finés específicos* del establecimiento» (destacado en original). Nos preguntamos: ¿Ese cambio de léxico implica o no un cambio conceptual? Nótese que el citado autor no habla de *reforma* ni de *modificación al régimen jurídico* de los establecimientos, sino que se limita a constatar que hubo un *reajuste de la letra* del inciso. Para contestar la pregunta debemos partir de una base: ¿antes de la reforma podía el Congreso dictar leyes destinadas a ser aplicadas a esos establecimientos, que no tuvieran relación con el fin de estos? Claro que no. La referencia que la Constitución de 1853 hacía a *legislación exclusiva* implicaba que solamente el Congreso federal podía dictar las leyes que regularan tales establecimientos, los cuales por sus fines de utilidad nacional —y no local— no podían ser regulados por entes locales. Era obvio, antes de la reforma, que esa legislación era solo la necesaria para la regulación de los hechos, actos y relaciones jurídicas que se desarrollaran en esos establecimientos *siempre y cuando estuvieran relacionados con su finalidad*. En otras palabras, la exclusividad no significaba universalidad de materias a ser legisladas; la exclusividad apuntaba al sujeto competente para legislar, que era —y es— el Congreso nacional, con exclusión de las provincias, pero siempre en el marco de lo necesario para el cumplimiento de los fines que motivaron la instalación del establecimiento.

b) Referencia genérica en lugar de ejemplificación. El artículo 67, inciso 27, contenía una enumeración de *fortalezas, arsenales, almacenes y otros establecimientos de utilidad nacional*, que fue sustituida por una referencia genérica a *los establecimientos de utilidad nacional*.

c) Los poderes *conservados* y el criterio finalista. La tercera diferencia apuntada tiene su inspiración en el texto del artículo 121 (antes 104, y que no fue reformado en 1994) que reza: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación». Con el mismo léxico, el nuevo inciso 30 del artículo 75 reitera que provincias y municipios *conservarán* los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos *en tanto no interfieran con el cumplimiento de aquellos fines*. Por lo tanto, para dilucidar en qué medida la reforma de 1994 incidió en el régimen anterior, es necesario analizar si esos poderes de policía e imposición habían sido o no delegados por las provincias antes de la referida reforma. Si ya estaban delegados, la reforma no alteró nada sino que simplemente explicitó en el texto lo que antes era implícito; caso contrario, deberemos analizar el alcance de la modificación al régimen anterior. En otras palabras: ¿podía

⁷⁶ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 360.

entenderse, antes de 1994, que las provincias no conservaban poderes semejantes? Por aplicación de los razonamientos antes expuestos debemos concluir que sí los conservaban, pero con un límite claro: en todo aquello que la legislación federal no regulara y siempre y cuando el ejercicio de esos poderes no interfiriera ni afectara el cumplimiento de los fines de utilidad nacional que el Gobierno federal persigue con esos establecimientos.

En el seno de la Convención Constituyente de 1994 hubo diversos proyectos de reforma del artículo 67, inciso 27, que diferían muy poco entre sí en cuanto a su redacción, según relata Hernández.⁷⁷ Algunos se referían a «que no se afecte la finalidad para la que fueron creados»⁷⁸ los establecimientos, otros se referían a las competencias locales «cuando no interfiera el interés federal».⁷⁹

d) La eliminación de la referencia a *compra o cesión*. Esta innovación introducida en 1994 no entraña, a nuestro criterio, cambio sustancial alguno, ya que sea por compra, cesión, alquiler, comodato, usufructo, uso o cualquiera otra forma de adquirir el derecho a ocupar el lugar, el efecto de la instalación de un establecimiento de utilidad nacional, en cuanto a las competencias, es el mismo. Tal como sostuvo la Corte, «La facultad de legislar exclusivamente que se estudia, no significa la de hacerlo respecto de todos los inmuebles adquiridos por el Gobierno nacional, sino solo en aquellos destinados a objetos de bien general».⁸⁰ Y asimismo: «es la destinación de los lugares lo que determina y justifica el ejercicio de la jurisdicción federal».⁸¹

e) La autonomía de los municipios (artículo 123 CN). Esta modificación genera una adición de sujetos a nuestro análisis: todo lo que antes afirmábamos que era competencia (o no) de las provincias ahora lo será de las provincias y los municipios. En consecuencia, a los problemas derivados de la competencia judicial y la potestad impositiva se suman los problemas relativos al poder de policía municipal (de faltas, sanitario, edilicio, urbanístico, de planeamiento, etcétera) y a la aplicación de tasas comunales por servicios.

f) Los recursos naturales (artículo 124 CN). La regulación de estos recursos por la reforma de 1994 concluye con la duda preexistente en cuanto a la titularidad de esos recursos. La inclusión de esta previsión por una asamblea constituyente demuestra, por sí misma, que los órganos federales que ejercen el poder público (en este caso, el poder constituyente) no son monstruos perversos que pretenden

⁷⁷ Antonio Hernández: *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 162 ss.

⁷⁸ Proyecto de los convencionales Bava, Muruzábal y Etchenique: *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Santa Fe-Paraná 1994*, tomo III, p. 3166.

⁷⁹ Proyecto de los convencionales Llano, Natale, Saravia Toledo y Harvey: *Diario de Sesiones de la Convención...*, cit., tomo III, p. 3172.

⁸⁰ *Fallos*, 155: 104.

⁸¹ *Fallos*, 215: 260.

avasallar las autonomías locales, como a veces intentaron describirlos varios autores que se ocuparon de los establecimientos de utilidad nacional.

g) La jurisprudencia posterior a la reforma de 1994. En *Hidroeléctrica el Chocón S. A. c/ Provincia de Buenos Aires*,⁸² de 1997, referido a la generación, transporte y consumo de energía eléctrica, el procurador general dictaminó que:

[e]n materia de competencias para regular esas actividades no cabe aceptar el criterio puramente territorial pues esta única condición no solo no faculta a ejercer esa potestad sino que [...] desde los tiempos de la Convención de Filadelfia y de *El Federalista* y de Marshall, así como desde los de nuestros constituyentes y Alberdi, Montes Oca y González, se sabe que no pueden los estados provinciales invocar, por ejemplo, la titularidad territorial para poner trabas de índole alguna a las actividades que, en su esencia, se vinculan al tráfico interprovincial e internacional.

La Corte, por su parte, entendió que es competencia del Congreso nacional «dictar la legislación destinada a establecer pautas generales y ordenar la política energética [...]. A la luz de tales principios es que debe resolverse si el régimen impositivo provincial [...] pone en crisis ese régimen federal».

En 2004, la Corte⁸³ sostuvo que una ley que fijaba los límites entre dos provincias solo regía en todo cuanto el territorio no perteneciera al establecimiento de utilidad nacional que existía en la misma zona (en el caso, un parque nacional), reforzando esa interpretación con el siguiente argumento:

Máxime cuando todas estas tierras, lugares y ríos pertenecían al Estado nacional ya que el parque y la reserva son *anteriores en el tiempo* a la creación de los estados provinciales. De ello se deduce que *estos poseen el dominio y ejercen jurisdicción «en la medida de lo permitido por la legislación sobre Parques Nacionales»*, tal como señala el dictamen de la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales, que resolvió varios conflictos de ese tipo producto de la decisión de elevar a la categoría de provincias a los ex territorios nacionales del Neuquén y Río Negro, y que dio origen a la ley en cuestión.⁸⁴

El fallo no solo discrimina entre los establecimientos anteriores y los posteriores a la creación de las provincias sino que además aplica claramente el criterio residual en cuanto a las competencias provinciales ya que las provincias solo podrán ejercer su jurisdicción en aquello que la ley federal les permita hacerlo.

⁸² *Fallos*, 320: 1302.

⁸³ CSJN *in re Administración de Parques Nacionales c/ Provincia de Neuquén s/ Amparo*, de 9 de marzo de 2004.

⁸⁴ El destacado nos pertenece.

5. Conclusiones

5.1. *Autoridad competente para erigir un establecimiento de utilidad nacional*

En este punto nunca se dudó que era competencia del Gobierno federal la definición de cuándo debe crearse un establecimiento de utilidad nacional, cuáles son sus fines y cuáles son los medios por los cuales lograrlos. Esa decisión está regida por consideraciones de oportunidad, mérito y conveniencia y por lo tanto no es susceptible de control judicial, el cual solo podría ejercerse sobre la razonabilidad de los medios dispuestos para la consecución del objetivo.

La pregunta que cabe formularse, especialmente después de la reforma de 1994, es si esa decisión es delegable en los términos del artículo 76 CN. Consideramos que es necesario distinguir dos casos:

1. Cuando se trata de establecer nuevas dependencias o nuevos establecimientos de utilidad nacional pertenecientes a instituciones u organismos públicos ya existentes, la decisión puede ser tomada por el Poder Ejecutivo.
2. Distinto es cuando se trata de erigir establecimientos de utilidad nacional que antes no existían, por ejemplo puertos, aeropuertos o aeródromos, parques nacionales, usinas hidroeléctricas, etcétera. En estos casos, la decisión acerca de su instalación, el lugar adecuado, el momento oportuno, el espacio que ocuparán, etcétera, debe estar decidido en una ley del Congreso. También en este caso, una vez decidida por ley la instalación del establecimiento de utilidad nacional y el lugar físico donde se ubicará, el Congreso puede delegar en otros órganos la instrumentación de los detalles atinentes a esa instalación.

5.2. *Legislación y jurisdicción*

Se ha dicho que la legislación exclusiva trae aparejada la jurisdicción exclusiva, es decir, la competencia de los jueces federales con exclusión de los provinciales. Nadie lo ha discutido, pero nadie tampoco ha explicado por qué ello es así. Intentaremos contestar esa pregunta del siguiente modo: es así porque la legislación que se dicta para estos establecimientos no es nacional sino federal. Si fuera legislación nacional o común, no habrían existido tantos problemas de interpretación, ya que esa legislación común podría ser aplicada por tribunales locales, según surge del artículo 75, inciso 12, CN. En cambio, tratándose de leyes federales, solo pueden ser aplicadas por jueces federales y por eso se generan los problemas que hemos analizado. Pero solo son federales aquellas normas que se dictan para el cumplimiento de los fines de utilidad nacional a que está consagrado el establecimiento, y no las otras, ya que las que excedan esa finalidad serán legislación nacional o común, susceptible de ser aplicada por jueces locales.

Es decir: la aplicación del derecho común (civil, comercial, penal, laboral, etcétera) será competencia de los jueces provinciales, dado que una inscripción de nacimiento, un homicidio o un despido difícilmente puedan afectar el fin de utilidad nacional que se persigue en el establecimiento, pese a que en algunas oportunidades fue decidido así por la Corte, según vimos. En otras palabras, el inciso 30 no es una excepción al inciso 12.

También es preciso mencionar que el Poder Ejecutivo nacional tiene competencia administrativa en estos lugares.⁸⁵

5.3. *Consentimiento de la legislatura provincial*

Después de la reforma de 1994 no cabe duda de que no es necesario tal consentimiento. Si así fuera, el constituyente lo habría incluido expresamente. Pero también estamos convencidos de que antes de la reforma tampoco era necesario.

Debe aclararse que el consentimiento provincial y el alcance de las atribuciones del gobierno federal son elementos independientes que no se influyen mutuamente. El Congreso nacional es la única autoridad que interviene para decidir la oportunidad, mérito y conveniencia de la instalación de un establecimiento de utilidad nacional. También es competente para decidir el alcance de la jurisdicción federal, dentro de los parámetros de razonabilidad genéricos que surgen del sistema federal de Estado adoptado por nuestra carta magna.

5.4. *Poderes tributarios de las provincias*

La potestad tributaria requiere un tratamiento especial y diferenciado del resto por cuanto, como expresó la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica: «el poder de imponer implica el poder de destruir»,⁸⁶ por lo cual no sería contradictorio sostener que el ente local es competente para el juzgamiento de un despido pero no para crear impuestos, como había expresado la Corte en 1949 con referencia a las naftas en los aeropuertos. En materia tributaria creemos necesario distinguir tres supuestos que son claramente diferentes según la especie de tributo de que se trate: impuestos, tasas y contribuciones.

i) *Impuestos*. La doctrina ha definido al impuesto como «el tributo que se establece sobre los sujetos en razón de la valorización política de una manifestación de la riqueza objetiva [...] o subjetiva».⁸⁷ Para diferenciarlo de las otras especies de tributos se ha dicho que el impuesto «nace puramente del poder de imperio y sin

⁸⁵ Cf. *Fallos*, 197: 292 y 271: 186.

⁸⁶ *Mc. Culloch vs. Maryland*, 4 Wheat 316 (1819).

⁸⁷ Dino Jarach: *Finanzas públicas y derecho tributario*, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 252.

un criterio inspirador determinado, salvo la exclusión de la contraprestación y del beneficio diferencial que caracterizan a la tasa y a la contribución». ⁸⁸ Empero, en palabras de Jarach, esa definición dice lo que el impuesto no es, pero no dice lo que es, por lo cual, «cada vez con mayor aceptación se caracteriza el impuesto por su naturaleza de tributo que responde al principio de la capacidad contributiva». ⁸⁹

Sobre esa base, creemos necesario distinguir en materia de impuestos tres casos:

1. Cuando el Estado nacional ejerce la actividad de utilidad nacional. Tal como afirmaba Moreno Quintana, las provincias carecen de toda competencia impositiva cuando es la Nación la que en forma directa o a través de una empresa total o parcialmente estatal ejerce actividades en establecimientos de utilidad nacional. Ello es obvio por cuanto no hay norma constitucional alguna que autorice a las provincias a gravar a la Nación, y además por lo que surge claramente del artículo 31 CN, que consagra la supremacía del derecho nacional sobre el local. En ese sentido, consideramos aún vigente la doctrina sentada por la Corte en 1876 y explicitada notablemente en autos *Banco de la Nación Argentina c/ Provincia de Córdoba*, ⁹⁰ de 1961, en que sostuvo:

Que por amplios que sean los poderes impositivos provinciales conforme a los artículos 104 y 105 de la Constitución nacional (Fallos, 7: 373, 114: 283, 105: 273, 137: 212, 150: 419 y otros) no es pertinente sostener que en principio, puedan extenderse hasta gravar los medios y actividades del Gobierno Nacional. Por lo contrario, se ha reconocido desde antiguo que «las provincias no pueden gravar los medios o instrumentos de que, para el desempeño de sus funciones, se vale el Gobierno nacional, pues de otro modo sería ilusoria la supremacía de la Nación, que la Constitución establece en el artículo 31» (*Fallos*, 23: 580), doctrina que concuerda con la sostenida por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos.

El doctor Boffi Boggero, en voto separado, sostuvo que:

Aun cuando del artículo 1 de la Constitución nacional resulta un equilibrio entre el federalismo y el unitarismo, y el poder impositivo constituye una facultad provincial no delegada, debe decirse que las provincias carecen de potestad para controlar el funcionamiento de las leyes constitucionales dictadas por el Congreso para efectivizar los poderes del Gobierno nacional.

Y el doctor Oyhanarte afirmó que: «Las provincias no pueden, en retención de su poder impositivo, ejercerlo en forma tal que obste a la consecución de los fines propios del gobierno nacional». Cabe aclarar que en el juicio se discutía la constitucionalidad de una exención impositiva dispuesta por el Congreso para los inmuebles del Banco de la Nación Argentina. El fallo no solo cita abundantes antecedentes en el mismo sentido, sino que fue dictado en un período durante el cual la Corte aplicaba

⁸⁸ Otto Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., 1914, p. 316, citado por D. Jarach, en *Finanzas públicas...*, o. cit.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *El Derecho*, 2: 143.

la doctrina de la no interferencia (y no la exclusivista) con relación a los establecimientos de utilidad nacional, lo que significa que, aun reconociendo la potestad impositiva de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional, estas carecen de competencia para gravar al Estado nacional.

A mayor abundamiento diremos que, si aplicamos a este caso el concepto de *impuesto* estudiado más arriba, y siendo que el único fundamento del impuesto es el *imperium*, carece de sentido que una entidad inferior grave a otra superior: en primer lugar, porque el *imperium* de la primera no puede superponerse al de la segunda; y en segundo, porque la capacidad contributiva del Estado federal se conforma, a su vez, del aporte de los entes federados, con lo cual el mismo sujeto que con sus aportes al presupuesto nacional ayuda a conformar esa capacidad contributiva, sería el que luego la evalúa para gravarla, y esta idea es muy extravagante para ser sostenida.

2. Cuando dentro de los establecimientos de utilidad nacional se radican empresas privadas que realizan actividades que no son imprescindibles para la realización del fin de utilidad nacional que inspira la creación del establecimiento. En este caso, las provincias conservan sus competencias tributarias porque las empresas privadas se radican allí por mera conveniencia geográfica, pero ello no puede generar una exención impositiva ni la aniquilación (o reducción) de la competencia provincial. Muchas veces se han suscitado causas judiciales —estudiadas más arriba— en las cuales se discutían los derechos de los particulares que habían instalado sus emprendimientos en establecimientos de utilidad nacional y las facultades de las provincias de gravarlos con tributos o de ejercer jurisdicción a su respecto: el caso más común fue el de los frigoríficos instalados en los puertos. En nuestra opinión, aplicar la normativa que rige los establecimientos de utilidad nacional a estas empresas, que se han instalado en ellos por razones de mera comodidad o conveniencia, desvirtúa el fin de la normativa constitucional: por ejemplo, un quiosco de diarios y revistas en una estación de ferrocarril no cumple ningún fin de utilidad nacional.

En estos casos, la situación geográfica de esas empresas dentro de un establecimiento de utilidad nacional es una cuestión meramente circunstancial, que no debe generar la aplicación de las normas que rigen a estos: la empresa no es un establecimiento de utilidad nacional sino que es obra de la iniciativa privada que aprovecha la existencia de este para instalarse allí, salvo, claro está, aquellos casos en que la empresa cumpla una función inherente al funcionamiento del establecimiento de utilidad nacional, que se analizan en el punto siguiente.

3. Cuando las empresas privadas radicadas en establecimientos de utilidad nacional realizan actividades que son necesarias o complementarias para el funcionamiento de ese establecimiento. Este es el supuesto más problemático de los tres: el caso típico es el de las concesionarias de servicios públicos o actividades de interés público para los cuales se creó el establecimiento.

Aquí se impone el criterio según el cual las provincias y municipios podrán gravar las actividades de dichas empresas siempre y cuando el gravamen no afecte el fin

de utilidad nacional. Y en este sentido debemos ser muy estrictos en la apreciación de esa *afectación*: si el gravamen aumenta el precio del servicio o producto, así sea mínimamente, ya está afectado el fin de utilidad nacional. Por ejemplo: un impuesto local que grave hechos o actos cumplidos por una empresa que participa en la explotación de una usina hidroeléctrica o de un yacimiento hidrocarburífero o de una planta depuradora de aguas, inevitablemente será trasladado al precio del servicio o producto, con lo cual todo el resto de la población del país que se beneficia con esa actividad deberá abonar un *plus* debido al impuesto local, y ello es decididamente inadmisibile.

El motivo de ello es el siguiente: en los pliegos de licitación, el Estado nacional debe establecer —y así lo hace— cuál es la carga impositiva que esas empresas tendrán que sobrellevar durante la vigencia de la concesión; por lo tanto, las empresas tienen en la mira *esas* cargas, y no otras, al momento de cotizar el costo de sus servicios. Si se permitiera que, una vez adjudicada la concesión, un ente local agregue un impuesto a los que ya se habían previsto, se rompería la ecuación económica que justificó el precio de la licitación, y eso puede generar un derecho para la empresa concesionaria de rescindir el contrato por culpa de la contraparte, con el consiguiente perjuicio para la finalidad de utilidad nacional o servicio público y para las arcas del Estado nacional que seguramente deberá responder por los daños y perjuicios que la rescisión ocasione al concesionario.

ii) *Tasas*. La tasa ha sido definida como «la prestación pecuniaria que se debe a un ente público de acuerdo con una norma legal, y en la medida establecida por ella, por la realización de una actividad del propio ente que concierne de manera especial al obligado».⁹¹ Fácilmente se advierte que la contraprestación especial es el elemento definitorio de la tasa. En ese sentido, el tema de las tasas y su aplicación en los establecimientos de utilidad nacional ha adquirido vital importancia a partir de 1994 en virtud de la consagración de la autonomía municipal, ya que son los municipios quienes prestan la mayor cantidad de servicios a los bienes inmuebles, tales como alumbrado, barrido, limpieza, conservación de la vía pública, etcétera.

En el caso de las tasas creemos que solo se puede exigir su pago al Estado nacional o a particulares instalados en establecimientos de utilidad nacional cuando estos *efectivamente* se benefician del servicio público provincial o municipal al que corresponde ese tributo y *en la medida* de ese beneficio. Así, no cabría cobrar la tasa de alumbrado barrido y limpieza a un establecimiento que no goza de esos servicios ni en su interior ni en su perímetro.

iii) *Contribuciones*. Estas «hallan su justificación en los beneficios o ventajas obtenidos por personas o grupos sociales como consecuencia de la realización de

⁹¹ Definición elaborada por Giannini y adoptada por Carlos M. Giuliani Fonrouge: *Derecho financiero*, 7.^a ed. actualizada por Susana C. Navarrine y Rubén O. Asorey, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 1070.

obras públicas o de especiales actividades estatales». Su medida «es proporcional precisamente a la ventaja o al gasto» y, a diferencia de las tasas, las contribuciones «no se fundan [...] en los beneficios o ventajas derivados de la prestación de servicios estatales».⁹²

La solución, en este caso, es la misma que en el anterior: solo es procedente la contribución impuesta por el ente local si el establecimiento de utilidad nacional se beneficia *efectivamente* con esas obras, y *en la medida* de ese beneficio.

5.5. *Significado actual del término federalización*

Queda expresado entonces que la *federalización* de los lugares destinados a establecimientos de utilidad nacional no es absoluta sino en cuanto a las funciones relativas al funcionamiento del establecimiento.

A ello debemos agregar que el término *federalización* debe ser interpretado de distinto modo después de la reforma constitucional de 1994. En efecto, antes de ella era común distinguir entre la *federalización* de la Ciudad de Buenos Aires como capital de la nación y la *jurisdicción exclusiva* del Congreso sobre esos lugares: la primera era absoluta y la segunda era solo funcional (aun cuando había quienes identificaban ambos regímenes). Pero después de 1994, al haberse consagrado la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en el artículo 129, la «federalización» de esta ya tampoco es absoluta, sino que guarda cierta analogía con el régimen de los establecimientos de utilidad nacional: la competencia federal solo tiene el alcance requerido para el cumplimiento de los fines tenidos en la mira al «federalizar» ese territorio, pero el resto de las materias son competencia local.

Nótese que en la última oración del párrafo anterior hemos utilizado el mismo término para ambos territorios sin que ello sea discordante: por supuesto que la *intensidad* de la *federalización* es superior en la ciudad capital que en los establecimientos, pero no es absoluta. Ello implica que el término *federalización*, con el agregado introducido en el artículo 75, inciso 30, y con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, ha mutado su significado anterior y ya no es absoluta en ningún caso.

5.6. *Terminología utilizada*

A lo largo de este trabajo hemos descartado la denominación de *poderes concurrentes* o de *competencias compartidas* que generalmente usa la doctrina, por cuanto no creemos que esa sea la interpretación correcta del artículo 67, inciso 27, ni del artículo 75, inciso 30.

En efecto, una cosa es sostener que nación y provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas, y otra muy distinta es afirmar que las

⁹² C. Giuliani Fonrouge, o. cit., pp. 1088-1091.

provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera con los fines de utilidad nacional.

Pero además, también es impreciso afirmar que la Corte haya sostenido ese criterio, ni usado ese vocabulario, ya que, aun los miembros del máximo tribunal que mayor extensión reconocieron a las competencias provinciales, sostuvieron que las facultades de estas se limitan a todo aquello que *de ningún modo interfiera* con los fines del establecimiento nacional, cosa que es muy diferente a afirmar que existen poderes concurrentes o compartidos.

Es más preciso hablar de la *no interferencia* en el sentido de que —en estos lugares— las competencias nacionales se encuentran en una jerarquía superior a las de las provincias y tienen preeminencia sobre ellas, lo cual —desde 1994— no puede ser interpretado como la aniquilación de las últimas.

5.7. A modo de colofón

En este trabajo hemos analizado un tema conflictivo que dividió a la doctrina y a la jurisprudencia nacional durante más de un siglo. Se han escuchado de él opiniones diametralmente opuestas: desde la mayor amplitud de los poderes federales hasta la mayor impenetrabilidad de la autonomía provincial. Incluso se había gestado la costumbre de clasificar a los autores y a los fallos que opinaban en uno u otro sentido.

Efraín Rodolfo Gastesi*

El anterior artículo 67, inciso 27, y el nuevo artículo 75, inciso 30, de la Constitución nacional

1. Formulación del tema

En este trabajo se procura abordar en forma abreviada las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales sostenidas en torno del ex artículo 67, inciso 27, de la Constitución nacional, con el objeto de determinar el sentido de la norma, su alcance, extensión y adaptación a los casos concretos, y, al mismo tiempo, discurrir sobre la real inteligencia y contenido del nuevo artículo 75, inciso 30, introducido por la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994, y su incidencia en la práctica federal de las competencias provinciales y municipales.

Se aclara que no se hace referencia a las potestades del Congreso sobre el territorio de la Capital Federal y se difiere su análisis para otra oportunidad. Como hombre del interior del país, el autor se interesa más por un tema complejo: el ejercicio por el Congreso nacional de una legislación necesaria sobre los establecimientos de utilidad nacional que están enclavados en el territorio de la República, y los poderes de policía e imposición que conservan las autoridades provinciales y municipales, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de aquellos establecimientos.

* Docente de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

La precisión sobre el alcance de la atribución del Congreso en los establecimientos de utilidad nacional situados en territorio provincial constituyó una cuestión de insuperables disputas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Como bien asevera Rosatti,¹ la interpretación de la norma contenida en la última parte del antiguo artículo 67, inciso 27, se encontraba incidida por las vicisitudes propias de la historia institucional argentina antes que por principios jurídico-políticos claramente establecidos.

2. Interrogantes que plantea la temática elegida

- ¿Cuáles son las fuentes del ex artículo 67, inciso 27, de la Constitución nacional?
- ¿Cuál es el contenido del ex artículo 67, inciso 27, según la doctrina de los autores, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ley 18310?
- ¿Cómo se pergeñó el nuevo artículo 75, inciso 30, en la Convención Constituyente de 1994?
- ¿Qué aspectos sobresalen en su actual redacción?

3. Texto constitucional de 1853-1860: artículo 67, inciso 27

3.1. Fuentes del artículo 67, inciso 27

Como sostiene Seisdedos, parece haber consenso en señalar que la norma carece de antecedentes en los ensayos constitucionales anteriores al dictado de la carta de 1853-1860, no figura tampoco en el proyecto que acompaña a las *Bases*, su fuente inmediata es el artículo 1, sección 8, cláusula 17, de la Constitución de Filadelfia.²

El precepto fue aprobado por unanimidad y sin mediar ningún debate. Su introducción se debe a José Benjamín Gorostiaga, que redactó principalmente la parte orgánica, según enseña Vanossi.³

¹ Horacio D. Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, tomo I, 2.ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, pp. 189-190.

² Cf. Segundo V. Linares Quintana: *Gobierno y administración de la República Argentina*, tomo II, Buenos Aires, TEA, 1959, p. 30; Ricardo M. Zuccherino: *Derecho público provincial y municipal*, tomo I, La Plata, Lex, 1976, p. 284; Felipe Seisdedos: «Los establecimientos de utilidad nacional en la doctrina constitucional», en Pérez Ghilhou y otros: *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 425; citados por María Gabriela Ábalos: «Consideraciones sobre los establecimientos de utilidad nacional en la Constitución nacional», en Pérez Guilhou y otros: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 44.

³ Jorge R. Vanossi: *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y su jurisprudencia*, Buenos Aires, Pannedille, 1970. Lo prueba acabadamente el inciso 26 del manuscrito

Se observan notorias diferencias con el modelo. Así, el cuerpo patrio no incluye expresamente la necesidad del consentimiento de los estados locales,⁴ añade a la cesión como medio de adquisición y, por último, emplea la locución *establecimiento de utilidad nacional* ausente en la Constitución de 1787.⁵

3.2. *Contenidos del artículo 67, inciso 27*

Esta cláusula congregaba dos tipos de cuestiones interpretativas que se pueden plantear con los siguientes interrogantes: a) ¿cuáles eran las facultades atribuidas al Estado federal en los establecimientos aludidos en el inciso?, es decir, si lo otorgado era la capacidad de legislar o si también comprendía la administración y la jurisdicción federales; y b) ¿cuál era la medida de estas atribuciones?, o sea, si la jurisdicción federal en esos lugares anulaba todo otro poder jurisdiccional, legislativo o administrativo concurrente (provincial o municipal) o si, por el contrario, podían coexistir distintos niveles públicos para el tratamiento de diversas temáticas.

En términos generales, Rosatti sostiene que el precepto que se analiza había funcionado a lo largo de nuestra historia constitucional como una norma de depósito para justificar la aplicación de la ley nacional en desmedro de las potestades provinciales y municipales, aun en aquellos puntos no alcanzados por la competencia material delegada por las provincias a la Nación.⁶

3.2.1. *Soluciones doctrinarias*

Respecto a la delimitación de las facultades asignadas al Estado federal en los establecimientos de utilidad nacional, Seisdedos dice que:

desde Joaquín V. González para acá se acepta que «legislación exclusiva» es sinónimo de «jurisdicción exclusiva». No es otra cosa que la aplicación del remanido principio de que «la atribución de una facultad significa, asimismo, el otorgamiento de otras necesarias para ponerlas en movimiento», tal como lo sostiene la Corte Suprema en uno de los tantos casos a que ha dado lugar la interpretación del artículo 67, inciso 27, CN».⁷

de Gorostiaga (véase José Armando Seco Villalba: *Fuentes de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1943, p. 272), citado por Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 426.

⁴ Con relación al tema del consentimiento provincial de las legislaturas locales, véase un detallado estudio de Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., pp. 425-430.

⁵ *Ibidem*, p. 425.

⁶ Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., p. 190.

⁷ Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 431. El fallo a que se refiere es el caso *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos, 155: 104.

Por consiguiente, además quedan comprendidas la función judicial y la administrativa, o sea que, en síntesis, legislación exclusiva connota jurisdicción exclusiva, es decir, ejercicio de las funciones legislativas, administrativas y judiciales.⁸

a. *Tesis extensiva o exclusivista de la Nación*⁹

Según este punto de vista, el artículo 67, inciso 27, de la carta nacional confería al Congreso una atribución exclusiva de legislar, administrar y juzgar en los lugares a que se refiere la norma, sin que pudiera admitirse ningún tipo de concurrencia de los poderes provinciales y municipales.

La investigadora mendocina María Gabriela Ábalos¹⁰ ha condensado los argumentos que abonan esta posición de la siguiente manera:

a. Según Joaquín V. González, el ejercicio de la *legislación exclusiva* por el Congreso equivalía a *jurisdicción exclusiva* de las autoridades nacionales. De esta forma, tal atribución privaría a las provincias de toda potestad política sobre los lugares cedidos o vendidos a la Nación, y sus habitantes dejarían de ser vecinos de la provincia y de ejercer derechos civiles o políticos bajo las leyes de la provincia cedente o vendedora.¹¹

b. Cuando dicha norma descarta la posibilidad de concurrencia jurisdiccional, lo hace sin distinguir que se trate de *fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional*.¹²

c. El consentimiento formal y expreso de las legislaturas provinciales en los casos de venta o cesión de territorios solo lo requiere la Constitución para los destinados a la capital de la República y a la formación de nuevas provincias con otras de las ya existentes (artículos 3 y 13 CN); en el primer caso se trata de la federalización de un territorio y en los demás, de desmembraciones políticas, supuestos distintos de los contemplados por el artículo 67, inciso 27.¹³

d. Además corresponde señalar que si la Constitución ha reservado al Estado federal la potestad de legislar que implica la de administrar y juzgar en los lugares

⁸ Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 431.

⁹ Esta tesis ha sido sostenida entre otros autores por Joaquín V. González, José N. Matienzo, M. A. Montes de Oca, Carlos M. Giuliani Fonrouge, Jorge Tristán Bosch, Alberto Robledo Albarracín, Lino E. Palacio y Jorge M. Gronda.

¹⁰ María Gabriela Ábalos: «Consideraciones...», o. cit., pp. 46-48.

¹¹ Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1983, p. 457.

¹² Esta fue la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*, 168: 96; 197: 507; 271: 186.

¹³ CSJN, *Fallos*, 155: 104 (*Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires*) y 271: 186 (*Marconetti S. A. Ltda.*).

afectados a establecimientos de utilidad nacional en las provincias, resulta inaceptable que estas puedan ejercer en ellos la misma jurisdicción.¹⁴

Héctor L. Manchini entiende que la interpretación extensiva encuentra su más amplia expresión en el fallo de la Corte Suprema en autos *Hidronor S. A. - Hidroeléctrica Norpatagónica S. A. c/ Provincia del Neuquén*, del 4 de diciembre de 1980, por el cual se declara la inconstitucionalidad de la ley n° 769 de la provincia del Neuquén, en cuanto dispuso la creación del municipio de tercera categoría en el pueblo Villa El Chocón, departamento de Confluencia, dentro de los límites de las tierras sujetas a jurisdicción nacional.¹⁵

Concluye Luqui que llevada al extremo esta tesis conduce a pensar que aun cuando el establecimiento de utilidad nacional no se haya construido o no funcione, la jurisdicción federal será siempre exclusiva y excluyente, produciéndose el caso típico de federalización.¹⁶

*b. Tesis restrictiva o de las competencias concurrentes o federalista*¹⁷

Explica Antonio M. Hernández que, de acuerdo con esta postura, en los establecimientos nacionales no se debía excluir la jurisdicción provincial o municipal en sus respectivas competencias, siempre que su ejercicio no interfiera con el fin de utilidad nacional perseguido.¹⁸

Bidart Campos destaca que la expresión *exclusiva* utilizada en la segunda parte del inciso 27 alude a que sobre esos lugares y para los *finés* del establecimiento allí ubicado, solo puede legislar el Congreso, pero subsistiendo la jurisdicción provincial en todas las demás materias y cuestiones que no guarden relación con dichos fines.¹⁹

¹⁴ CSJN, *Fallos*, 197: 292.

¹⁵ Héctor L. Manchini: «Jurisdicción de la Nación y las provincias en lugares adquiridos para establecimientos de utilidad nacional (artículo 67 inciso 27 CN)», en *JA*, 1982, IV, p. 741, citado por María Gabriela Abalos, o. cit., p. 47.

¹⁶ Juan Carlos Luqui: «Medio siglo y un tema que no se agota (A propósito de la sentencia de la Corte Suprema Nacional en el caso *Frigorífico Swift de La Plata*)», en *La Ley*, 1978-D, p. 1201.

¹⁷ Entre sus defensores se pueden mencionar: Arturo M. Bas, Juan González Calderón, Benjamín Villegas Basavilbaso, Guillermo Galli, Hugo Alsina, Ramiro J. Podetti, Edmundo J. Carbone. Ítalo A. Luder, Germán Bidart Campos, Pedro J. Frías, Ricardo Haro, María Gabriela Ábalos, Antonio M. Hernández, Felipe Seisdedos y Horacio D. Rosatti.

¹⁸ Antonio María Hernández (h): *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 154-155.

¹⁹ Germán J. Bidart Campos: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 207.

Seisdedos comparte este concepto cuando afirma que, en definitiva, «la jurisdicción provincial solo se excluye en lo concerniente a los fines del establecimiento, mientras la federal únicamente será exclusiva con relación a aquel objeto».²⁰

Pedro J. Frías expresa que:

para una interpretación integrativa, algo debe tener que decir la realidad: por ejemplo, la jurisdicción federal sobre los parques nacionales, fundada en el dominio, no tiene otro objetivo básico que el que hoy se define como «conservacionista»: del paisaje natural, del medio ambiente, de flora y fauna. No excluye ni tendría sentido excluir el régimen municipal de la provincia, ni la jurisdicción policial o electoral.²¹

En el mismo orden de ideas, Manchini cita el fallo de la Corte Suprema del 30.3.1978 recaído en los autos *Compañía Swift de La Plata S. A. c/ Provincia de Buenos Aires*, donde se manifestó que:

[...] la facultad del Congreso que prevé el mencionado inciso 27 del artículo 67 aparece referida al ejercicio de una legislación exclusiva en los lugares que esa cláusula indica, sin que ello autorice a concluir que se ha pretendido federalizar esos territorios en medida tal que la Nación atraiga —por el hecho de la adquisición de lugares para establecimientos de utilidad nacional— toda potestad, incluida la administrativa y judicial, de manera exclusiva y excluyente.²²

Horacio D. Rosatti dice:

Esta inteligencia, al par de respetar el texto constitucional mencionado, sería la única que se compadecería con nuestra forma de ser federalista expresada en el artículo 104 de la Constitución originaria (hoy artículo 121), en cuanto establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal.²³

Pablo Luis Manili descarta la denominación de *poderes concurrentes* o de *competencias compartidas*, por cuanto no cree que:

esa sea la interpretación correcta del artículo 67, inciso 27, ni del artículo 75, inciso 30. En efecto: una cosa es sostener que Nación y provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas y otra muy distinta es afirmar que las provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera con los fines de utilidad nacional.

Considera que:

es más preciso hablar de la *no interferencia* en el sentido de que —en estos lugares— las competencias nacionales se encuentran en una jerarquía superior a las de las provincias y tienen preeminencia sobre ellas, lo cual —desde 1994— no puede ser interpretado como la aniquilación de las últimas.²⁴

²⁰ Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 433.

²¹ Pedro J. Frías y otros: *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 336.

²² Héctor L. Manchini: «Jurisdicción de la Nación...», o. cit., p. 739, citado por María Gabriela Ábalos, «Consideraciones...», o. cit., p. 49.

²³ Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., p. 194.

²⁴ Pablo Luis Manili: *Establecimientos de utilidad nacional. Artículo 75 inciso 30 de la Constitución nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, pp. 111-112.

3.2.2. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Si bien se ha hecho alusión a algunos fallos de la Corte Suprema, cabe ahora pasar revista a las distintas etapas que ha recorrido su jurisprudencia. El autor sigue en el desarrollo de este tema a María Gabriela Ábalos²⁵ y Horacio D. Rosatti.²⁶

Período 1862-1929

En este lapso, la Corte adoptó la tesis exclusivista. Así en 1929, en ocasión de fallar en autos *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires* (Fallos, 155: 104), el máximo tribunal expresó que la palabra *exclusiva* a que se refiere el inciso bajo examen quería decir *única y no compartida*, resultando en consecuencia que el Estado federal poseía sobre esos territorios las potestades de legislar, juzgar y ejecutar, con independencia de cualquier poder provincial.

Período 1929-1967

La Corte fue morigerando lo sostenido en el caso *Armour*, elaborando una doctrina interpretativa tendiente a limitar la exclusividad del Estado federal; es decir que fue incorporando progresivamente la tesis de la concurrencia.

Así, en los pronunciamientos *Swift* (Fallos, 160: 342) y *Tunkieviez* (Fallos, 180: 157) admitió los poderes provinciales para suplir la negligencia legislativa del poder central. Igualmente en este sentido, en las causas *Caminos S. A.* (Fallos, 201: 536) y *Cruzeiro do Sul* (Fallos, 215: 260), reconoció que la atribución del Congreso era exclusiva, pero solo en lo concerniente a la realización de la finalidad de utilidad nacional del establecimiento de que se tratara.

Período 1968-1972

En 1968, la Corte, al juzgar la causa *Marconetti S. A. Ltda.* (Fallos, 271: 188) volvió a adoptar la tesis exclusivista, afirmando que:

la cláusula del artículo 67 inciso 27 de la Constitución nacional importa reservar al Estado federal, de modo exclusivo y excluyente, la potestad de legislar, ejecutar y juzgar en los lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para instalar establecimientos de utilidad nacional, exclusividad que, consecuentemente, implica la negación del ejercicio simultáneo de esos lugares de análogas funciones provinciales.

Cabe aclarar que con posterioridad al año 1968 la Corte volvió a receptar en diferentes fallos la teoría de la concurrencia —pero no en forma definitiva— con distintos argumentos que llegaron incluso a declarar la inconstitucionalidad de la

²⁵ María Gabriela Ábalos: «Consideraciones...», o. cit., pp. 50-55.

²⁶ Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., pp. 194-200.

ley 18310 que, como se verá más adelante, intentaba poner fin a este problema interpretativo.

Período 1973-1975

En este lapso la Corte sostuvo que los poderes del Congreso nacional eran exclusivos en cuanto a los fines de utilidad común del establecimiento, pero no excluyente del poder local en tanto este no interfiriera con los mencionados fines. Esto último fue expresado en las causas *Provincia del Neuquén* (Fallos, 293: 26) y *González Zugasti* (Fallos, 294: 80), en donde rescató el criterio de la ley 18310 que antes había declarado inconstitucional.

Igual tesitura acogió, aunque con matices, en las causas *Municipalidad de Santa Fe* (Fallos, 259: 413) y *Armour* (Fallos, 262: 186), en donde aprobó la tesis concurrente de las provincias ante la falta en estos lugares de legislación federal específica.

Período 1975 en adelante

A partir de 1975, la Corte retorna a la tesis *finalista* o de la *interferencia* en la causa *Pucci, Jorge y otro c/ Braniff* (Fallos, 293: 287) en la que dijo:

[...] la sujeción de un lugar al artículo 67, inciso 27, no implica su federalización. (cons. 3.º)

Que la jurisdicción provincial queda excluida en la medida en que su ejercicio interfiera directa o indirectamente en la satisfacción del servicio de interés público que requiere el establecimiento nacional. (Considerando 5.º)

Que en el presente caso no se advierte en qué podría obstaculizar, interferir o frustrar, aun indirectamente, la intervención de los tribunales provinciales en las actividades del aeropuerto, si se trata de un pronunciamiento sobre una demanda laboral de ex empleados de una empresa privada dedicada al transporte aéreo internacional. (Considerando 6.º).²⁷

Ratifica el fallo precedente en la causa *Brizuela, Pablo C. c/ Cía. Swift* (Fallos, 296: 432).²⁸ Sigue en la misma línea en la causa *Carlos Liguori* (Fallos, 297: 121), en la que reafirmó que «para excluir la jurisdicción provincial debe circunscribirse a los casos en que su ejercicio interfiera en la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional». ²⁹

Posteriormente se puede indicar el caso *SADE S. A. c/ Provincia de Santa Cruz* (Fallos, 299: 442), en el cual no obstante aceptar el criterio de las facultades concurrentes falla en contra de la provincia de Santa Cruz por considerar que la legislación de esta provincia se encontraba interfiriendo con la legislación expresa de la Nación (Ley de Hidrocarburos y Ley de Sellos).

²⁷ Véase Claudio Daniel Gómez: *Competencia federal. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Córdoba, Mediterránea, 2003, p. 449.

²⁸ Véase Ricardo Haro: *La competencia federal. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, 2.ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 470.

²⁹ Claudio Daniel Gómez: *Competencia federal...*, o. cit., p. 449.

Se repite la tesis finalista en las causas: *Cía Swift de La Plata c. Provincia de Buenos Aires* (Fallos, 300: 328), *Vialco S. A. c/ Nación Argentina* (Fallos, 301: 1122),³⁰ *Montarsa Montajes Argentinos S. A. c/ Provincia del Neuquén* (Fallos, 302: 1223), *Marconetti Ltda. S. A. c/ Provincia de Santa Fe* (Fallos, 304: 730), *Impresit Sideco S. A. c/ Provincia de Santa Fe* (Fallos, 304: 1129), *Luis Antonio Ramognino* (Fallos, 304: 1381), *Tagsa Transportadora y Almacenadora a Granel S. A.* (Fallos, 305: 214), *B. J. Service Argentina S. A. c/ Provincia del Neuquén* (Fallos, 305: 1381), *Ambros - Palmegiani S. A.* (Fallos, 308: 403), *Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires s/ ejecución fiscal* (Fallos, 308: 647), *Irazú, Margarita c/ Copetro* (Fallos, 311: 75), *Provincia de Santa Cruz c/ YPF* (Fallos, 314: 1796) y *Satecna Costa Afuera S. A. c/ Provincia de Buenos Aires* (Fallos, 316: 2206).

3.2.3. Solución legislativa: ley 18310

Con el propósito de superar los problemas interpretativos que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se presentaban, el 8 de agosto de 1969 se dictó la ley 18310. Apunta Rosatti³¹ que el texto se asemeja al enviado al Congreso por el presidente Agustín P. Justo el 22 de setiembre de 1934 y que, no obstante ser aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado, no fue finalmente sancionado, lo que también ocurrió con otros proyectos referidos al mismo tema que presentaron Samuel Alperín, Emilio J. Hardoy y Juan E. Sola.

³⁰ El juez Pedro J. Frías en la ampliación de sus fundamentos dijo: «[...] que el criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en lugares sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional, es precisamente el de la compatibilidad con dicho interés. Como el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en estos, la pauta no es la incidencia sino su compatibilidad con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional. Debe concluirse que si esa facultad provincial no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él» (cons. 1.º). Agrega más adelante: «[...] es esencial al sistema federal tanto la asignación de competencias como la interrelación de las mismas. Es marco seguro de interpretación que resume el que de antiguo ha establecido esta Corte, el de no entenderlo como un régimen de subordinación de los Estados particulares al gobierno central, sino de convergencia de todos al bien común que declara la Constitución. Esa convergencia supone asociación y concertación de funciones en áreas cada vez más numerosas y delicadas, porque la dinámica de la república federal actual es de participación y no de aislamiento desdeñoso o de supremacías excluyentes. En definitiva, nuestra forma federal de Estado se traduce en un sistema de poderes y relaciones en que la misión augusta del gobierno central es la de presidir “la unión indestructible de estados indestructibles” y prestar los servicios territoriales indivisibles y los demás que puedan habérsele atribuido. La sociedad política provincial, configurada según la autonomía de la Constitución, no se agota en la prestación de los servicios jurisdiccionalmente divisibles —algunos también expresión de la unidad de destino de nuestro pueblo, como los educativos—, sino que al participar en el gobierno central testimonia la destinación nacional de todo el sistema federativo» (cons. 3.º).

³¹ Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., p. 196.

A pesar de que esta ley fue expedida durante un gobierno de facto, aparecía como aconsejable no solo por el grado de inseguridad jurídica que la cuestión arrastraba sino además por sus implicancias institucionales.

En la nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto se expresa entre sus fundamentos:

A los fines de una solución definitiva del problema que plantea el deslinde entre las jurisdicciones federal y provincial en los lugares adquiridos por la Nación en cualquiera de las provincias que se debate desde hace más de 50 años en nuestro país [...]. Tiende mediante la precisa determinación de la jurisdicción federal y la provincial a poner punto final a conflictos que se repiten con cierta frecuencia y con mayor o menor intensidad en los distintos lugares que el Estado federal ha adquirido en las provincias con establecidos fines de utilidad pública, creando inútiles rozamientos en el regular desenvolvimiento de las relaciones entre el Gobierno federal y el de las provincias. La confusa situación actual, al no estar fijados claramente el alcance y efectos de la transferencia de tierras ubicadas en las provincias al Estado Federal, ha provocado cuestiones dudosas y litigiosas, que no siempre han sido resueltas con igual sentido en sede jurisdiccional. Nada obsta para que el Gobierno federal, ejercitando en forma razonable su potestad legisferante, señale los alcances de la jurisdicción federal para estos casos, eliminando todas las dudas y evitando conflictos.³²

La norma pretende resolver estos conflictos mediante sus artículos 2.º, 3.º y 4.º, en los que prescribe:

Tratándose de adquisiciones hechas por la Nación, de tierras situadas en las provincias para establecimientos de utilidad nacional, imperará la jurisdicción y leyes nacionales únicamente en lo afectado o inherente a esa utilidad nacional destinados a servir objetos expresamente encomendados al Gobierno federal por la Constitución y leyes nacionales. También imperarán la jurisdicción y leyes nacionales en aquellos casos en que ese uso de utilidad pública nacional se efectúa por gestión privada en virtud de una concesión otorgada por la Administración nacional. (Artículo 2.º)

En lo no comprendido en ese uso, las provincias mantendrán su jurisdicción y podrán ejercer los actos que de ella se deriven, en tanto no interfieran directa o indirectamente en las actividades normales que la utilidad nacional implique, siempre que no hubieren hecho renuncia expresa de ese poder mediante el procedimiento establecido en la respectiva Constitución provincial. (Artículo 3.º)

A los fines de solucionar los problemas de hecho que se pueden presentar en la aplicación de la presente ley, la Nación celebrará con las provincias involucradas los convenios que fueren necesarios. (Artículo 4.º)

Raúl Alberto Ramayo consideró que la ley podía ser objeto de críticas tanto de orden constitucional como práctico, y que no eliminaba la posibilidad de controversias al reservar a los tribunales la decisión sobre la interferencia o no de los actos provinciales en relación con la utilidad nacional, no obstante las pautas del artículo 2.º.³³

³² *ADLA*, XXIX-C, p. 2611.

³³ Raúl Alberto Ramayo: «La jurisdicción nacional en los lugares adquiridos por la Nación en las provincias y la ley 18310», en *LL*, tomo 136, sección «Doctrina», p. 1216.

Efectivamente, el 29 de diciembre de 1971, en el caso *Rosa de Luna c. International Air Catering Aeropuerto Ezeiza y otro* (Fallos, 281: 407), la Corte declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la ley, no obstante lo cual —afirma Rosatti—³⁴ «el criterio interpretativo *finalista* cobró relevancia en lo que se refiere a la evaluación por parte del máximo tribunal de cuándo un acto provincial debe considerarse que interfiere en las actividades que la utilidad nacional implica».

En el período posterior, como en ningún otro, los votos de los integrantes de la Corte variaron la línea jurisprudencial con llamativa asiduidad, dando lugar a múltiples confusiones y aun a soluciones a veces inicuas.³⁵

Confirma lo señalado Jorge Tristán Bosch³⁶ al aseverar:

De tal manera, en esta etapa de la vida de la Corte el resultado de los pleitos dependió de la opinión de los jueces [...] acerca de la existencia o inexistencia de interferencia en cada caso particular [...]. Esto agravado por las sucesivas alteraciones en la composición de la Corte que revivieron la alternancia entre las tesis exclusivista y de la concurrencia y entre los jueces que adoptaban la tesis de la concurrencia, acerca de si interferían o no interferían.

Así, los jueces Gabrielli y Black «se alinearon en la tesis de los poderes absolutos, exclusivos y excluyentes del gobierno federal», mientras que los jueces Rossi, Guastavino y Daireaux, en la tesis de los poderes concurrentes. Dentro de este grupo, los jueces Guastavino y Daireaux

discrepaban en cuanto al criterio a aplicar para determinar si el ejercicio de poderes locales interfería directa o indirectamente con los fines propios del establecimiento nacional. Para Guastavino había interferencia no solo cuando la legislación provincial menoscababa físicamente la finalidad nacional, sino también cuando la perjudicaba desde un punto de vista económico, no siendo necesario que la imposibilitara, bastando que la enrareciera o dificultara.

[Para el juez Rossi] no era necesario analizar si la legislación provincial menoscababa, perjudicaba, encarecía, dificultaba o condicionaba el fin de utilidad nacional (cuestiones de carácter fáctico, reconocidas como de imposible o muy difícil determinación, sobre todo con anterioridad a que aquellas situaciones se presentaran) sino cuando la legislación provincial incidiera o afectare el objeto mismo de utilidad nacional del establecimiento.

El juez Frías, colocado como los anteriores en la tesis de las facultades concurrentes, votó siempre a favor de las provincias, al igual que el doctor Mario Justo López cuando integró el tribunal, aunque aportando otros fundamentos basados en la interpretación integral y armónica de las normas constitucionales.

El doctor Bosch formula el siguiente resumen jurisprudencial de aquel período:

³⁴ Horacio D. Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., 197.

³⁵ Carlos María Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 40.

³⁶ Jorge Tristán Bosch: «El artículo 67 inciso 27 de la Constitución nacional», en *LL*, 1984-A, sección «Doctrina», pp. 988 ss.

- *Fallos*, 299: 442, caso *SADE c/ Provincia de Santa Cruz*, que resultó favorable a SADE: el juez Rossi se manifestó por la interferencia, y Daireaux y Frías por la no interferencia.
- *Fallos*, 300: 328, caso *Swift*, favorable a la Provincia de Buenos Aires: Rossi y Daireaux por la no interferencia.
- *Fallos*, 301: 856, caso *Casullo*, favorable a la Provincia de Buenos Aires: Rossi, Guastavino y Daireaux por la no interferencia.
- *Fallos*, 301: 1122, caso *Vialco S. A.*: Daireaux, Frías y López por la no interferencia y Rossi por la interferencia.
- *Fallos*, 302: 436, caso *Municipalidad de Esteban Echevarría*: Rossi, Guastavino y Frías por la no interferencia.
- *Fallos*, 302: 1223, caso *Montarsa*: Rossi y Guastavino por la interferencia, y Frías por la no interferencia.
- *Fallos*, 302: 1236, caso *Técnica Patagónica*: Rossi y Guastavino por la interferencia, y Frías por la no interferencia.
- *Fallos*, 302: 1252, caso *Vial Hidráulica*: Rossi, Guastavino y Frías por la no interferencia.
- *Fallos*, 302: 1461, caso *Hidronor*: Rossi por la interferencia, y Frías y López por la no interferencia.
- *Fallos*, 304: 730, caso *Marconetti*: Rossi, Guastavino y Renom por la interferencia.
- *Fallos*, 304: 1381, caso *Ramognino*: Rossi, Guastavino y Renom por la interferencia.

Esta cuestión, suscitada entre jueces que aceptan la tesis de la concurrencia, se ve empeorada por la cíclica interpretación de ministros que antes no la admitían (v. g.: los jueces Gabrielli y Black), pero que en el caso *Supercemento SAIC y Dragados y Obras Portuarias c/ Provincia de Entre Ríos*, resuelto el 8 de julio de 1982, adhirieron a la concurrencia.

El estado de incertidumbre que presidía la interpretación del artículo 67, inciso 27, inclinó a la doctrina decididamente por la necesidad de su reforma constitucional.³⁷

4. Reforma constitucional de 1994: artículo 75, inciso 30

La ley 24309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993, dispuso en su artículo 2 que la

³⁷ Pedro J. Frías: *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 208-209 y *Derecho público provincial*, o. cit., pp. 336-337; Felipe Seisedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 439; Raúl Alberto Ramayo: «La jurisdicción nacional...», o. cit., p. 1216; Carlos María Bidegain: *Cuadernos...*, o. cit., p. 40.

Convención Constituyente podía modificar el artículo 67, inciso 27, y en su artículo 3.A, inciso c, puntualizó lo atinente a jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales.

El artículo 7 del despacho en mayoría de la comisión de redacción expresó:

Sustitúyese el texto del inciso 27 del artículo 67, el que quedará redactado como sigue: Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital de la Nación, y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.³⁸

Dicho despacho fue firmado por los siguientes convencionales: Carlos V. Corrach, Juan C. Hitters, María C. Bercoff, Augusto C. Acuña, Oscar R. Aguad, César Arias, Rodolfo Barra, Claudia E. Bello, Antonio T. Berhongaray, Ricardo R. Biazzi, Elisa M. A. Carrió, Guillermo De Sanctis, Rodolfo Díaz, Alberto M. García Lema, Rafael A. González, María del Pilar Kent, Juan C. Maqueda, Héctor Masnatta, René S. Orsi, Enrique Paixao, Eduardo J. Pettigiani, Hugo N. Prieto, Humberto Quiroga Lavié, Juan C. Romero, Ester Schiavoni, Carlos G. Spina, Pablo Verani, Jorge R. Yoma y Horacio D. Rosatti. En disidencia parcial lo hicieron María Cristina Figueroa, Marcelo Guinle³⁹ y Antonio María Hernández.⁴⁰

El convencional Guinle propuso la siguiente redacción:

Ejercer una legislación exclusiva en los lugares afectados a la actividad de las fuerzas armadas y de seguridad de la Nación. Sobre los demás establecimientos de utilidad nacional, la legislación será específicamente limitada a los fines de interés nacional. Cesada la causa que diera origen a la declaración de utilidad nacional, los bienes se retrotraen a su dominio anterior.⁴¹

La convencional María Cristina Figueroa no presentó proyecto con relación a este inciso.⁴²

Hubo cuatro despachos de minoría que eran compatibles en cuanto a vigorizar las potestades provinciales y municipales dentro de los establecimientos de utilidad nacional. En efecto, el de los convencionales Eugenio R. Zaffaroni, Carlos A. Álvarez, Guillermo E. Estévez Boero, Aníbal Ibarra, Alicia Oliveira y Juan P. Cafiero formuló el siguiente

³⁸ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Santa Fe, Paraná, Imprenta del Congreso de la Nación, 1994, p. 3158.

³⁹ *Ibidem*, pp. 3158-3159.

⁴⁰ Hernández no concordaba con la redacción de la primera parte de la norma y propuso la siguiente: «Dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines. Véase Antonio M. Hernández: *Federalismo...*, o. cit., p. 162.

⁴¹ *Diario de Sesiones...*, o. cit., pp. 3159-3160.

⁴² *Ibidem*, p. 3160.

párrafo dentro de un nuevo artículo destinado a las provincias: «Ejercer los poderes de imposición y policía sobre los establecimientos de utilidad nacional o transferidos por cualquier título conforme lo establece el artículo 67, inciso 27, de esta Constitución.⁴³

El despacho firmado por la convencional Cristina Fernández de Kirchner expresó:

Ejercer la legislación para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos en tanto no impidan el cumplimiento de aquellos fines.⁴⁴

El despacho de los convencionales Pablo J. Bava, Hilario R. Muruzábal y Roberto A. Etchenique dispuso:

Ejercer una legislación exclusiva en la Capital Federal y reglar las potestades del gobierno federal sobre los lugares afectados, bajo su administración, a un interés nacional dentro de las provincias, las que podrán ejercer simultáneamente con la Nación, el poder de policía e imposición en dichos lugares siempre que no se afecte la finalidad para la que fueron creados.⁴⁵

El despacho de los convencionales Gabriel J. Llano, Alberto A. Natale, Fernando Saravia Toledo y Ricardo J. C. Harvey determinó:

Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional, sin perjuicio de la competencia local cuando no interfiera el interés federal.⁴⁶

El debate se circunscribió a la disidencia planteada por el convencional Antonio María Hernández con respecto a la supresión de la palabra *exclusiva* en el primer párrafo de la norma en análisis.⁴⁷

El despacho mayoritario emitido por la Comisión de Redacción fue aprobado con elevado grado de consenso: alcanzó 185 votos afirmativos, 69 negativos y ninguna abstención.⁴⁸

El nuevo artículo 75, inciso 30, quedó redactado de la siguiente forma:

[Le corresponde al Congreso] ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

⁴³ *Ibidem*, p. 3163.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 3164.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 3166.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 3172.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 3854-3859.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 3986-3991.

De su composición surgen nítidamente dos cuestiones: la legislación exclusiva del Congreso sobre el territorio de la capital de la Nación —materia de la cual no se ocupa este estudio— y la necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República.

Con relación a la segunda, cabe formular el siguiente interrogante: ¿qué aspectos se destacan en su nueva redacción? Veamos: Antonio María Hernández⁴⁹ señala que se distingue legislación exclusiva para la Capital de la necesaria para los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República, a diferencia del texto anterior que no lo hacía, lo que posibilitó la tesis exclusivista que excluía el ejercicio de competencias provinciales y municipales.

Roberto Dromi y Eduardo Menem⁵⁰ dicen que la antigua Constitución no contemplaba ni el requisito de la necesidad ni el requisito del fin específico. Que la necesidad como causa y el fin específico como motivo final están marcando dos límites concretos de razonabilidad a esta determinación de la legislación excluyente o exclusiva. Se podrá legislar en tanto y en cuanto esa legislación sea necesaria y lo justifiquen los fines específicos de la utilidad común. De lo contrario, lo que se estaría permitiendo sería una grosera invasión de la Nación en los territorios provinciales, promoviéndose una *sucursalización generalizada* de dependencias nacionales en esos territorios. Consecuentemente, la Constitución ahora preserva a las autoridades provinciales y municipales, el poder de policía y el poder impositivo.

Humberto Quiroga Lavié⁵¹ subraya que la circunstancia de que no se haga referencia al origen de los establecimientos —compra o cesión— no debe servir para consolidar un pensamiento unitario que legalice la *apropiación* del Estado nacional de estos por la sola voluntad del Congreso de la Nación, como se ha venido haciendo hasta ahora. Al contrario, se debe recordar el claro texto del artículo 124, última parte, donde se sostiene con énfasis que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Esta es la norma específica aplicable al supuesto de nacionalización de recursos provinciales, y no el silencio proveniente de una supresión normativa que, por otra parte, antes no había producido ningún efecto en el sentido indicado.

María Gabriela Ábalos⁵² agrega como un acierto la supresión de la enunciación de establecimientos a que hacía alusión la vieja cláusula (*fortalezas, arsenales, almacenes*), pues se trataba de una terminología antigua que encerraba una casuística que en nada ayudaba a la interpretación del texto.

⁴⁹ Antonio María Hernández: *Federalismo*, o. cit., p. 165.

⁵⁰ Roberto Dromi y Eduardo Menem: *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 274.

⁵¹ Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, pp. 484-485.

⁵² María Gabriela Ábalos: «Consideraciones...», o. cit., p. 57.

Por último, Germán Bidart Campos⁵³ realiza un juicio de valor positivo —que comparte el autor— sobre la redacción actual de la norma examinada, al afirmar que supera en mucho a la anterior y se adecua a los parámetros del derecho judicial emanado de la Corte Suprema, impidiendo que su jurisprudencia pueda retornar a interpretaciones que juzgamos equivocadas por no compadecerse con nuestro federalismo.

5. Conclusión

La distribución de competencias tal vez sea el tema más intrincado que se presente a un Estado federal. Es innegable que se deteriora la vigencia auténtica del federalismo, si no se respeta el deslinde de competencias entre cada uno de los centros de autoridad que lo conforman.

El esclarecimiento de competencias en los establecimientos de utilidad nacional constituyó en el pasado una de las más controvertidas problemáticas de la historia constitucional argentina. En efecto, asomaban escollos interpretativos a partir de la redacción confusa del ex artículo 67, inciso 27, de la ley fundamental —hoy artículo 75, inciso 30—, que hicieron imperiosa su corrección en la reforma constitucional operada en 1994. La Asamblea Constituyente de Santa Fe-Paraná, con el iluminado objetivo de revitalizar el federalismo y el municipalismo, que fue una de las ideas fuerza de la reforma, y conociendo las dificultades observadas en la doctrina, legislación y jurisprudencia, escogió claramente la tesis de la concurrencia de facultades sobre la base de un criterio finalista, que no frenara el ejercicio de los poderes de policía e imposición provinciales y municipales dentro de aquellos establecimientos. Así, esta definición eclipsó la proposición exclusivista de carácter centralizante. La competencia del Estado nacional quedó limitada a la materia específica del establecimiento, y la potestad regulatoria y el poder de policía de la autoridad local subsisten en tanto su actuación no obstaculice directa o indirectamente el fin de utilidad nacional que le fue asignado a aquel. La regla para determinar si tal interferencia se produce consiste en examinar si el ejercicio de la autoridad local mengua, enrarece o entorpece el cumplimiento del interés nacional tenido en mira.

Además de ponerse término a una larga discusión, se recibió un criterio sugerido por el federalismo de concertación o cooperativo que reconoce que los poderes y funciones que ejercitan las distintas entidades de gobierno —nacional, provincial y municipal— pueden ejecutarse en forma compartida o concurrente con equilibrio y armonía, facilitando el logro del bienestar general promovido por la Constitución.

⁵³ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 458.

José Raúl Heredia*

El comportamiento del Congreso ante las cláusulas constitucionales del juicio por jurados

Nos proponemos un recordatorio breve acerca del comportamiento institucional, especialmente aquí, del Congreso nacional a lo largo del tiempo, hasta nuestros días, en relación con las previsiones constitucionales que se refieren a la implantación del juicio por jurados en el país.

Debe entenderse que no haremos un juicio de valor acerca de las bondades o fracasos de la institución del jurado en los países en que imperó o impera, ni nos detendremos en la antigua, larga e inacabada discusión en la que se enfrascaron autores en diversos tiempos y en diversos países, también en el nuestro y también en nuestros días. Solo nos interesa hacer reparar, en principio, en la proyección vinculante para los poderes públicos que las cláusulas constitucionales pudieran contener y sus alcances respecto de nuestra forma *federal* de gobierno.

1. Introducción

No reiteraremos, por conocidas, las tres previsiones de la Constitución sobre el jurado. Pero podríamos adoptar la siguiente síntesis: de ellas se derivan *una garantía para los ciudadanos* —artículo 24 CN, ubicado en la parte dogmática—, *un mandato al legislador* —en el inciso 12 del actual artículo 75, en tanto le ordena legislar el

* Académico correspondiente en Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

juicio por jurados— y *un imperativo al Poder Judicial* —en el artículo 118 actual, porque dispone la conclusión por tal sistema de todos los juicios criminales.

Conviene añadir inmediatamente que el diseño constitucional del proceso penal es *adversarial-acusatorio, oral-público y por jurados* (artículos 18, 24, 67 [11], 102, CN [1853-60], hoy 18, 24, 75 [12], 118; véanse también los artículos 53 y 59).¹ Es nítido que la intervención del jurado popular hace al proceso penal necesariamente oral y público, y de base acusatoria. Efectivamente, es impensable que el jurado pudiera actuar en un procedimiento escrito y no controversial.

2. Antecedentes extranjeros y nacionales

Otra aproximación nos permite señalar que el modelo seguido por el constituyente nacional es el del juicio anglosajón,² devenido de Inglaterra³ y adoptado y adaptado en los Estados Unidos de Norteamérica. En rigor es un elemento esencial de la garantía constitucional del debido proceso, tal como esta se entendió en su desarrollo histórico.⁴

¹ «[...] Que, por su parte, en lo que aquí interesa, nuestra Constitución nacional (*sic*) aun antes de la reforma de 1994, estableció principios al respecto. En efecto, la separación entre las funciones jurisdiccional y requirente también se encuentra ínsita respecto de otras instituciones que ella estatuye. Así al regular el juicio político el constituyente separó claramente el órgano que tenía la función de acusar (Cámara de Diputados, antiguo artículo 45, Constitución nacional), y de juzgar (Senado, artículo 59, Constitución nacional), separación que hoy es más clara al establecer el nuevo artículo 114 de la Constitución nacional como atribución del Consejo de la Magistratura la decidir el procedimiento de remoción de magistrados y, en su caso, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente, mientras que en el artículo 115 de la Constitución nacional se dispone que los jueces de los tribunales inferiores de la Nación pueden ser removidos por un jurado de enjuiciamiento. Finalmente la elección del sistema de juicio por jurados (artículo 118) también implica la división de las funciones requirentes y jurisdiccional, dejando la primera de ellas en manos del Ministerio Público Fiscal y la de juzgar, en las del jurado (artículo 120)» (del considerando n.º 14 del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *Quiroga*, de 23 de diciembre de 2004).

² En crítica a la proyectada ley orgánica para la justicia penal nacional, sobre la base del conocido como «Proyecto Maier» de Código Procesal Penal (1986), José Severo Caballero señaló: «[...] no regla el jurado anglosajón que es el que tiene en vista la Constitución nacional en los artículos 24; 67, inciso 11; y 102, es decir el jurado puro que sólo se expide sobre la culpabilidad con alcance tanto para la jurisdicción penal como civil sino lo que de manera general puede denominarse sistema del jurado mixto continental europeo en el que, esencialmente, se integran tribunales penales colegiados compuestos por jueces técnicos permanentes y jurados legos que se expiden sobre la culpabilidad y la pena. Este es el escabinato o escabinado» (Véase «Algunas reflexiones sobre lo proyectado en materia de Código Procesal Penal de la Nación», en *JA*, 1988-II, pp. 455-483).

³ «[...] un modo de proceso inventado en torno al año mil en Normandía y que, pasando por Inglaterra, ha dado la vuelta al mundo» (de la conferencia del doctor Jacques Nunez, presidente del Tribunal de Apelación de Ruán, Francia, el 20 de junio 2006, en el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires).

⁴ «El debido proceso legal constituye una institución de la más antigua raigambre jurídica. Se ha estimado que en el capítulo 39 de la carta magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos, frente al rey Juan sin Tierra a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. El pasaje

Si bien el debido proceso adjetivo no exige siempre, para ser tal, la intervención del jurado popular, es cierto que esta institución se ha considerado una garantía para el acusado;⁵ así, las enmiendas introducidas en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: de las diez de 1791, tres de ellas se refieren al jurado popular (la V, la VI y la VII).

Respecto del artículo 118 (99 [1853], 102 [1860]), suele decirse que fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos, como se aprecia en la comparación.⁶ Sin embargo, parece asistirle razón a Néstor Sagüés, quien cita como fuente inmediata el artículo 111 de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811.^{7 8}

pertinente de la carta magna mencionada decía: “Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación”. Esta norma fue una proscripción del castigo arbitrario y de las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Garantizaba, en suma, el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. No se pretendía tanto configurar una forma particular de juicio, sino más bien resaltar la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión de bienes e ilegalidades que el rey Juan había cometido o tolerado. En este mismo sentido, el año 1776, la Declaración de Derechos de Virginia desarrolló el concepto del debido proceso al exigir que: “VIII. En toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y la naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial, [...] que no puede ser impelido a declarar contra sí mismo; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares”. En términos muy similares, la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, en su parte final, estableció que a ninguna persona “se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”» (del fallo de la Corte de Chile sobre el desafuero del senador Pinochet, cuya pretensión fue rechazada por la mayoría del Tribunal).

⁵ La Corte de los Estados Unidos señaló: «[...] el propósito del juicio por jurado es impedir la opresión ejercida por el gobierno, al establecer una salvaguarda contra el fiscal corrupto o excesivamente celoso, y contra el juez dócil, prejuicioso o excéntrico» (*Apodaca vs. Oregón*, 406 US, pp. 404 ss., 1972). «El propósito del jurado es prevenir contra el ejercicio del poder arbitrario; facilitar el juicio de sentido común de la comunidad como una valla contra el fiscal excesivamente celoso o errado, y de preferencia a la respuesta profesional o quizá excesivamente condicionada o prejuiciosa de un juez» (*Taylor vs. La.*, 419 US, pp. 522 ss., 1975). «[...] la participación de la comunidad en la aplicación del derecho penal no solo concuerda con nuestra herencia democrática, sino que también es un aspecto fundamental de la confianza pública en la equidad del sistema» (ibídem).

⁶ «El juzgamiento de todos los delitos, excepto en los casos de juicio político, se hará por jurados, y tal juicio se realizará en el Estado donde hayan sido cometidos dichos delitos, pero cuando no hubieren sido cometidos dentro de ningún Estado, el juicio se realizará en el lugar o los lugares que el Congreso designe por ley».

⁷ «Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el artículo 44, se terminarán por jurados luego [de] que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuya actuación se hará en la misma Provincia en que se hubiere cometido el delito; pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el derecho de gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio».

⁸ Incluso es posible citar a la Constitución de Cádiz, en su artículo 307: «Si con el tiempo creyeran las Cortes que conviene que haya distinción entre los jueces de hecho y de derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente».

Puede detenerse el examen en los diversos proyectos de Constitución y aun en las Constituciones de 1819 y 1826, que se inspiraron en el modelo anglosajón del juicio penal, con participación ciudadana. Y ello significa, conforme lo hemos dicho ya, porque así lo exige la intervención del jurado popular, un juicio oral, público y de base acusatoria.

Así, en el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de la comisión especial nombrada el 4 de noviembre de 1812, cabe destacar las disposiciones contenidas en el capítulo XXI «Del Poder Judiciario» ([22]: El proceso criminal se hará por jurados y será público. [23]. Los jueces de lo criminal aplicarán la ley después que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales. La ley determinará la forma de este juicio, la fuerza de sus sentencias y el lugar en que deben pronunciarse, según convenga mejor al interés del Estado).

A su vez, en el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de 27 de enero de 1813, en la «Sesión» tercera del capítulo 10, puede apreciarse una prescripción semejante, lo mismo que en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813 (capítulo 22 «Del Poder Judicial de cada Provincia»).

El proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud, de 1813, no aludió al juicio por jurados pero contuvo una notoria norma de anticipación al disponer que «en todos los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial de la Provincia o distrito, en que el crimen se haya cometido» (artículo 50). Se enfatizaba en esa norma la jurisdicción provincial para el juzgamiento de los delitos. Ella reconocía indudable influencia de la enmienda VI (1791).

Resulta de interés destacar que en la Constitución monárquica de 1815 se decía: «[...] se establecerán los Jueces del hecho, llamado Jurado en la forma más adaptable a la situación de los Pueblos» («Del Poder Judicial... [12]).

La Constitución de 1819 atribuyó al Congreso «reglar la forma de todos los juicios; y establecer Tribunales inferiores a la Alta Corte de Justicia» (capítulo IV «Atribuciones del Congreso», XXXVII). Y en la sección V, capítulo II «Derechos Particulares», estableció que «El cuerpo Legislativo cuidará de preparar, y poner en planta el establecimiento del juicio por Jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias» (CXIV).

Ambas disposiciones fueron repetidas en la Constitución de 1826, sección IV «Del Poder Legislativo», 49, y artículo 164 —este con leve alteración de redacción—, respectivamente.

El proyecto de Constitución para la República Argentina redactado por don Pedro de Angelis contuvo esta disposición: «125. En las causas criminales el proceso será público; y cuando la Corte Suprema de Justicia crea que pueda introducirse el juicio por jurados, lo propondrá al Congreso para que lo discuta y autorice».

Y arribamos a la Constitución de 1853, en que aparecen las conocidas tres previsiones sobre el juicio por jurados. Según se sabe, en la reforma de 1860, a pedido del «Estado de Buenos Aires» en su revisión de la Constitución, enmienda aceptada así por la Convención ad hoc reunida en Santa Fe, se modificó la atribución 11 del Congreso en el artículo 64, que pasó a ser el 67 —hoy 75, inciso 12—, quedando las otras dos disposiciones con el tenor original, artículo 24 y artículo 102, respectivamente, según su ubicación en el texto constitucional de 1860, hoy 24 y 118.

3. El primer gran debate en el seno del Congreso

De lo que hemos reseñado se desprende sin dificultad que los antecedentes constitucionales en que abrevaron los constituyentes argentinos auspiciaban la implantación del juicio por jurados.

En 2 de junio de 1870,⁹ los senadores Nicasio Oroño (Santa Fe) y Daniel Aráoz (Jujuy) presentaron un proyecto de ley cuyo artículo 1.º disponía que «[A] datar del 1.º de enero de 1872, ningún delito del fuero civil, sea de la jurisdicción federal o provincial, podrá ser penado en la República, sin previo juicio por jurados» (artículo 1.º). En su artículo 2.º mandaba que el Poder Ejecutivo nombrara una comisión de «dos personas idóneas para que redacte el proyecto de ley de procedimientos para el jurado, en las causas de jurisdicción federal, sometiéndolo a la aprobación del Congreso en las sesiones de este año». El tercer artículo se refería a la remuneración de la comisión y el cuarto era de forma.

Oroño tomó la palabra para señalar que en la Cámara de Diputados se había presentado otro proyecto con el mismo fin, aclarando que el que presentaban debió leerse en la anterior sesión, que no tuvo lugar. Agregó que él formaba una de sus aspiraciones desde el año 1864, y que difería «un tanto» del de Diputados.

Esa diferencia habría de desencadenar el primer debate sobre los alcances de la ley de jurados en Argentina. En efecto, la Comisión de Legislación aconsejó la adopción del proyecto de los senadores Oroño y Aráoz, pero con exclusión del artículo 1.º, propiciando agregar la palabra *criminales* después de *causas*, en el artículo 2.º, y que en el artículo 3.º se aclarara que la remuneración sería determinada por el Congreso.

La supresión del artículo 1.º —en línea con el proyecto de Diputados— implicaba sostener que el Congreso no podía imponer a las provincias una sola ley de jurados. El miembro informante del despacho de la citada comisión —senador Wenceslao Colodrero (Corrientes)— sostuvo en uno de los pasajes de su intervención (17.ª reunión, 14.ª sesión ordinaria, de 28 de junio de 1870):¹⁰

⁹ 7.ª reunión, 4.ª sesión ordinaria del Senado (Véase *Diario*, pp. 38-39).

¹⁰ Véase *Diario*, pp. 145 ss.

Por lo que hace a la jurisdicción provincial, la Comisión cree que el Congreso debe abstenerse de dictar medida alguna al respecto, y dejar a la discreción, sensatez y discernimiento de las provincias el establecer en sus respectivas provincias esta institución, toda vez que ellas la crean útil y conveniente.

Parece, señor presidente, que la Constitución lo ha querido así a juzgar por la prescripción de los artículos 104 y 108 (hoy, 121 y 126), que reserva a las provincias el más pleno y perfecto derecho para establecer el jurado en sus respectivas jurisdicciones, sin anuencia del Congreso, y toda vez que ellas lo crean conveniente para mejorar su sistema de administración de justicia y su régimen interno.

Intervino Oroño para señalar que él no había encontrado ninguna disposición en los artículos citados de la Constitución que «autorice la supresión que los señores senadores creen que la Cámara debe hacer. [...] Por el contrario, esos artículos no vienen sino a robustecer el derecho del Congreso para dar la ley general sobre jurados para toda la República».

Es importante destacar todavía, por su proyección en la actualidad, que Oroño, luego de insistir en que la atribución conferida al Congreso le concedía el derecho de establecer el juicio por jurados en toda la República, sobre la base de las previsiones de los artículos 24, 67 (11) y 102, CN, aclaró lo siguiente:

[...] nosotros no hemos querido ir tan lejos: no hemos querido que el Congreso, usando la facultad plenísima que la Constitución le da, aconseje la ley, para el establecimiento del juicio por jurados en toda la República; nos hemos limitado únicamente a establecer el principio, la garantía de que todos los delitos sean juzgados por jurados, dejando a las provincias la manera de dar esa ley, la terminación de sus condiciones y la ley de organización que les corresponde exclusivamente por la Constitución.

Salustiano Zavalía (Tucumán) adujo por su lado, interpretando el artículo 24, CN, que había «dos cosas [...]: promover el establecimiento de los jurados y organizarlos. El Congreso argentino no tiene atribución para organizar en el fuero provincial, pero sí tiene, en virtud del artículo 24, la facultad de promover en toda la República Argentina el establecimiento del juicio por jurados». Antes había enfatizado que «en el artículo 108 no está enumerada la atribución de organizar el juicio por jurados, luego es una atribución que la Constitución ha reservado a las provincias».

En el célebre debate acaecido en el Senado, en el que no podemos detenernos más por razones de espacio,¹¹ participaron también Aráoz, Villafañe (Tucumán), Navarro (Catamarca), Quintana (Buenos Aires), Mitre (Buenos Aires), Granel (Santa Fe). Es interesante observar que la discusión tuvo como eje central la interpretación de los artículos 5.º, 24, 67, 102, 105, 108 y 67 (27) de la Constitución de 1853-60, en relación con el reparto de competencias entre la *Nación* (gobierno federal) y las

¹¹ Está referenciado con algún detenimiento en nuestro libro *El devenir del enjuiciamiento penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003 (véanse primera parte, II, pp. 19-31, y apéndice I «Estudio sobre el jurado», pp. 409-433).

provincias. Semejante debate tuvo lugar en el mismo Senado en oportunidad de sancionarse a libro cerrado el Código Civil preparado por Vélez Sársfield.¹²

Después de una brillante intervención de Quintana, este logró que se reinsertara el artículo 1.º suprimido por la comisión. A la postre resultó apoyado por doce votos contra diez, lo que evidencia lo ceñido de la aprobación. Ello significaba entender entonces que la atribución del Congreso (artículos 24 y 67 [11], CN) era la de dictar una ley general con imperio también en las provincias.

Apréciase que los senadores coincidieron allí en la conveniencia de la implantación en el país del juicio por jurados —al que en diversos tramos y con diferentes palabras calificaron como *el complemento del sistema democrático*— pero se dividieron en estos aspectos: a) el alcance de la ley en cuanto a su ámbito de aplicación —general (para jurisdicción *nacional* y provincial) o solo *nacional*—; b) el alcance respecto de las causas en que debía imperar el jurado —penales y civiles, o solo las primeras—; c) el contenido de la ley, entendida ya como general, en orden a establecer si ella debía regular la institución y así imperar también en las provincias, o, por el contrario, si el Congreso debía solo establecer la obligación de que las causas terminaran por jurados en toda la República, como una garantía para todos los habitantes del país, dejando la regulación de los demás aspectos a las provincias. Como lo dijo Zavalía: *una ley es la que manda el establecimiento del juicio por jurados, y otra la ley que organiza ese mismo juicio*.

Pasado en revisión, Diputados, a instancias de su comisión de Legislación, lo substituyó aprobando un solo artículo —el segundo era de forma— por el que se ordenaba al Poder Ejecutivo crear una comisión de personas idóneas *que proyectaran la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal*, que se debería someter al Congreso en las primeras sesiones del próximo período legislativo. Informó el despacho de la comisión el diputado Ocantos —quien coincidió en la importancia del jurado, aunque criticó el proyecto del Senado que, en caso de aprobarse tal cual estaba concebido, dejaría sin juzgamiento, dijo, los delitos a partir de 1.º de enero de 1872 si por cualquier razón no estaba sancionada la ley que preveía— y se aprobó sin discusión.¹³

El Senado no aceptó inicialmente las enmiendas, pero finalmente aprobó el proyecto de Diputados en 30 de setiembre de 1871.¹⁴ En virtud de esta ley fueron nombrados, en noviembre del mismo año, los doctores Florentino González y Victorino de la Plaza, quienes culminaron la labor en abril de 1873.¹⁵

¹² Nos hemos referido a él en «Vélez, el codificador, su obra y la Constitución nacional» (véase AA. VV.: *Libro de homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, IV, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pp. 209-233).

¹³ Véase *Diario*, sesión del 9 de setiembre de 1870, pp. 584 ss.

¹⁴ Véase *Diario*, pp. 221-222. La ley llevó el número 483.

¹⁵ Nos hemos detenido en la labor que cumplieron los citados y en la valoración que ella mereció en la doctrina especializada, así como en las fuentes en que abrevaron, en *El devenir...*, o. cit., apéndice I, pp. 407 ss.

4. El comportamiento posterior

Pese a ese impulso por implantar el juicio por jurados nacido en su propio seno, y a las brillantes palabras vertidas para prohibirlo durante el debate memorado, el Congreso abandonó muy pronto la idea, a punto de que terminó por sancionar el conocido como Código Obarrio, inscripto en una filosofía anterior y antagónica a la que inspiró el diseño del enjuiciamiento penal en la Constitución de la Nación.¹⁶ Baste decir que no era oral sino escrito y, obviamente, ni público ni por jurados, ni acusatorio.

El argumento que empleó Obarrio fue que la Constitución no había impuesto plazo al Congreso,¹⁷ el que sirvió a la Corte para desechar un planteo concreto de inconstitucionalidad en contra del sistema de enjuiciamiento adoptado por el Código de Obarrio. Declaró entonces la Corte, ante una defensa de falta de acción, que los artículos 24, 67, inciso 11, y 102 de la Constitución nacional no habían impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados y que especialmente el artículo 24 no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todas sus ramas.¹⁸

Agregó que del artículo 102 CN no se desprendía que la creación del jurado fuera obligatoria en la Capital Federal y que, en todo caso, la ley regulatoria de los procedimientos penales (ley 483) había aceptado implícitamente las organizaciones judiciales preexistentes. El 22 de marzo de 1932, la Corte reiteró la doctrina¹⁹ señalando solo que no pesaba sobre el Congreso el deber de proceder de inmediato a establecer el juicio por jurados, e insistió en ello en 1947.²⁰

Esta fue la doctrina que se enseñoreó como la predominante en la cátedra, la legislación y la jurisprudencia,²¹ a tal punto que se consideró el mandato constitucional al Congreso norma derogada por desuetudo.^{22 23} La Constitución de 1949

¹⁶ Véase *El devenir...*, o. cit., primera parte, pp. 19 ss.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ En fallo de 7.12.1911. Véase *Fallos*, 115: 92.

¹⁹ *Fallos*, 165: 258.

²⁰ *Fallos*, 208: 21 y 225.

²¹ El senador E. del Valle Iberlucea había dicho, por el contrario: «Desde que la Constitución impone el juicio por jurados, el Congreso no debe discutir la bondad o conveniencia de la institución, sino dictar las leyes necesarias para su establecimiento».

²² Este último argumento ha quedado superado luego de la reforma constitucional de 1994, aceptado así incluso por sus sostenedores antes de ella, y claramente ahora luego de la media sanción del proyecto Yoma por el Senado (2004), aunque haya caído, y por el nuevo impulso hacia su sanción que indicaremos enseguida en el texto, que hoy parece decisivo.

²³ En nuestros días se ha repetido el histórico y gastado argumento: «Los tres preceptos constitucionales que aluden al mencionado tipo de juicio, “revelan el afán de los autores de nuestra organización institucional, de que en la República se adoptará el juicio por jurados que ha sido uno de los firmes baluartes de las libertades anglosajonas”. Pero lo cierto es que, por un lado, no se ha concretado el propósito de la ley fundamental “por falta de tradiciones propias, de ambiente y de cultura pública

eliminó las previsiones sobre juicio por jurados, entendiéndose que se trataba de normas procesales.

Pueden citarse algunos intentos posteriores a aquel debate de 1870, como el proyecto del senador E. del Valle Iberlucea (1920)²⁴ y, muy especialmente, los que se sucedieron en la etapa iniciada en 1983 hasta nuestros días. Solo destacaré el proyecto del senador Jorge Yoma, que fue aprobado por el Senado en diciembre de 2004 pero que perdió estado parlamentario.²⁵ En estos días ha sido retomado por la senadora Cristina Fernández y ya cuenta con despacho favorable de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

Se trata de un proyecto que retoma la idea originaria del Senado, conforme con la cual el Congreso puede imponerle a las provincias el juicio por jurados.

para incorporarlo a nuestras prácticas judiciales”, en tanto que, por otro, la Constitución nacional no ha fijado al Congreso plazo alguno para la regulación del instituto. Así se ha señalado, desde ese último aspecto, que con sabia previsión la Constitución nacional “ha dejado a criterio de los legisladores, la determinación de la época en que debe ser establecida. Esto es lo que resulta de los términos literales del artículo 118”» (Del voto en mayoría del Dr. Repetto, en la causa n.º 9267 caratulada *Valicenti, Abel y otros s/ Contrabando - CNPE - Sala A*, 22.3.2005). Sin embargo, dijo el Dr. Hendler en la misma causa: «[...] el carácter programático de las cláusulas de la Constitución nacional que se refieren al juicio por jurados no implica que carezcan de obligatoriedad o que el Congreso pueda decidir discrecionalmente proceder o no al dictado de las leyes necesarias para su instrumentación». Por esta última razón, a su vez, el juez, Dr. Bonzón, aunque coincidió con la mayoría, estimó «conveniente, entonces, dirigir un oficio a la Corte Suprema de la Nación para que, por su intermedio, el Poder Legislativo agilice la sanción de la norma que corresponda para el efectivo establecimiento de esa forma de enjuiciamiento, tal como lo ordena nuestra carta magna».

²⁴ El proyecto de E. del Valle Iberlucea consagraba en su artículo primero que todas las causas criminales o correccionales, ya sean de jurisdicción común o federal, serían juzgadas con intervención de jurados en todo el territorio del país. Es decir, interpretaba la atribución del Congreso devenida de los artículos 24, 67 (11) y 102 CN (1853-60) con tal alcance, cuestionado en aquel debate del Senado —y en Diputados—. Aclaró, sin embargo, que, aun teniendo esta facultad el Congreso, corresponde a las provincias la de dictar las leyes de forma entre las que se hallan las relativas a la formación y el procedimiento de los jurados, en las causas de la jurisdicción común. Aunque entendió que las leyes provinciales no podían desnaturalizar la institución del jurado al implantarla y a eso obedecía, dijo el senador, la redacción del artículo 2.º de su proyecto, según el cual en todo proceso seguido en la República deberían intervenir los jurados de acusación y de enjuiciamiento, pues ambos son esenciales en el funcionamiento de la justicia popular. Véase *El devenir...*, o. cit., pp. 412 ss.

²⁵ En 21 y 22 de abril de 2004 se realizó un seminario de juicio por jurados, organizado por el Honorable Senado de la Nación, en cuyo ámbito se examinó el proyecto del senador Yoma. Se desarrolló en el imponente Salón Azul del Congreso nacional; fuimos invitados a disertar junto a los doctores Maier, Hendler, Cavallero, Bruzzone, Castex, Da Rocha y la diputada provincial Fagetti de Mansuti. Se presenció una videoconferencia dictada por el doctor Peter Messitte, juez por el distrito de Maryland, en los Estados Unidos.

5. Reflexiones finales

Si se sancionara el proyecto que tiene ya despacho de comisión en el Senado —en lo que no debería dudarse demasiado atento las circunstancias que rodean hoy la cuestión, en que un amplio y variado espectro de opinión, con repercusión mediática, se ha declarado partidario del juicio por jurados—²⁶ creemos que generará una ardua controversia, porque hay provincias, como Chubut (ley 5478, de abril de 2006) y Córdoba (ley 9182, noviembre de 2004), que han avanzado ya en un diseño de juicio por jurados. La ley del Congreso, ¿derogará estas, y otras, normas provinciales?

A propósito, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en lo que puede entenderse como *obiter dictum*, ha sostenido recientemente por mayoría la constitucionalidad de la ley cordobesa, en cuanto al reparto de competencias que hizo la Constitución nacional entendiéndola como una facultad conservada.²⁷

²⁶ Conste que esa adhesión no viene inspirada asumiendo al jurado como una garantía para el acusado, sino con el afán de endurecer en su contra el proceso penal. Por eso suele observarse a antiguos antijuradistas adherir ahora a la institución y, contrariamente, a enfáticos juradistas apartarse de su tradicional postura.

²⁷ Dijo el tribunal: «[...] 4.a) En cuanto a la competencia de la Provincia de Córdoba para legislar en esta materia, cuadra señalar sucintamente las diferencias entre la Constitución de la Provincia de 1923 y la reforma de 1987.

Según el artículo 134 de la carta magna local de 1923, que solo alteró el numeral mas no el texto de su antecesora (artículo 134, 1870), “Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, y aun los que se deriven, siempre que versen sobre delitos comunes, se determinarán por jurados, luego que se establezca por el Gobierno Nacional esta Institución en la República”, salvo aquellos que concernieran a empleados o funcionarios públicos no sometidos a juicio político por delitos cometidos en sus funciones, los que “se terminarán ante los Tribunales de Justicia creados por esta Constitución y de conformidad con la ley penal”. Como puede apreciarse, el juzgamiento por jurados se condicionaba para los delitos comunes a que se hubiera establecido en el orden federal y nacional, en sintonía con las disposiciones de la Constitución nacional de 1853. Estas reglas aluden a que el Congreso promoverá “el establecimiento del juicio por jurados” (artículo 24), teniendo entre sus atribuciones la de dictar las leyes “que requiera el establecimiento del juicio por jurados” (artículo 67.11), con el objetivo de que, una vez que se cuente con estos instrumentos, “los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados” (artículo 102).

En cambio, la Constitución de la Provincia reformada en 1987 no reprodujo la norma de su antecesora a la que se ha hecho referencia, sino que introdujo el siguiente texto: “La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados” (artículo 162). En la Convención Constituyente se interpretó que mientras que la disposición reemplazada (artículo 134 Constitución Provincial, 1923) se refería al “jurado popular” conforme al modelo anglosajón compuesto totalmente por legos, la norma propuesta era “una institución para Córdoba” basada en la intervención de los tribunales técnicos que se integraría también con particulares especialistas o no, que podía implementarse no solo para la justicia penal, sino también en otras competencias, tal como rigiera en 1940 para la de menores (conv. Cafferata Nores, del bloque que presentó el proyecto aprobado, citas del *Diario de Sesiones* reproducido en Carlos F. Ferrer, Celia A. Grundy: *El nuevo juicio penal con jurados de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Mediterránea, 2005, pp. 82, 83 y 90). Y ese parecer también fue compartido en tanto se expresó que la incorporación “no es el juicio por jurados, tal cual lo pensó el

Nosotros nos hemos expedido, con conciencia de que estamos en un terreno muy movedizo, en contra de la interpretación amplia de la atribución doce del Congreso (artículo 75 CN) en opinión inspirada en el sostenimiento de nuestra forma federal de gobierno.²⁸ Sin embargo, es notorio que las provincias han visto limitada su zona de reserva en materia de leyes adjetivas, específicamente procesal penal, luego de la incorporación al derecho interno de pactos y convenciones de derechos humanos y, muy particularmente, a partir de su jerarquización al mismo nivel de la Constitución por obra de la reforma de 1994, según la interpretación que viene desarrollando la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Repárese, entre otros,²⁹ en este pronunciamiento del cimero tribunal del país:

[...] Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.

Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal [...] se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno

constituyente del 23, tal cual lo pensaron los constituyentes del 53” (conv. Del Barco, de otro bloque que votó en favor del proyecto, o. cit., p. 92).

Entonces, es claro que los constituyentes de 1987 incorporaron una habilitación diferenciada con su precedente, que condicionaba los jurados a su instauración por el Congreso y que se entendió que mientras que todas estas reglas se referían al jurado popular, la novel norma local previó un tribunal mixto que puede incluso no estar limitado a los juicios criminales. *Tal decisión legislativa tiene engarce, a su vez, en el cuadro constitucional nacional conforme a la distribución de competencias dentro del Estado federal en el que las Provincias conservan todo el poder no delegado y se dictan su propia Constitución (artículos 121 y 123 CN).*

En síntesis, cabe hasta aquí concluir que la reglamentación por la Legislatura del tribunal mixto, sea con menos —tal como es el sistema vigente desde 1998— o más ciudadanos —conforme la regulación efectuada en la ley n 9182—, de una disposición de la Constitución de la Provincia que ejercita su competencia conservada dentro de la forma federal de Gobierno, no tiene tacha constitucional alguna» (in re *Navarro, Mauricio Orlando p.s.a. homicidio en ocasión de robo. Recurso de inconstitucionalidad* (expediente N, 14/05), de 12 de octubre de 2006; el resaltado es nuestro).

²⁸ Véase *El devenir...*, o. cit., apéndice I, citado.

²⁹ Nos hemos ocupado de anotar algunos fallos de la Corte: por ejemplo, en «De Jáuregui a Marcelese», en *El Devenir...*, o. cit., apéndice II; «¿Casación o un nuevo recurso? De Jáuregui a Casal», en página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, dirigida por D'Alessio y Bertolino, 2, febrero de 2006, Lexis-Nexis, pp. 285-293.

llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio.

Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal.³⁰

³⁰ In re «Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*», de 3 de mayo de 2005.

Oscar R. Puccinelli*

El Congreso nacional frente al mandato (¿vigente?) del constituyente histórico de establecer el juicio por jurados

1. Introducción

Desde su versión originaria, la Constitución nacional trata el juicio por jurados siguiendo el molde norteamericano —aun con ciertas simetrías con la Constitución venezolana de 1811—, en tres ocasiones:

a) en el artículo 24, ubicado en la primera parte, capítulo 1 «Declaraciones, derechos y garantías», que lo prevé para las causas criminales;

b) en el artículo 67, inciso 11 (renumerado como 75, inciso 12, por la reforma constitucional de 1994), ubicado ya en la segunda parte, título 1 «Gobierno federal», sección 1 «Del Poder Legislativo», capítulo 4 «Atribuciones del Congreso», que adjudica al Congreso federal la atribución de regular el instituto para toda la República; y

c) en el artículo 102 (renumerado a 118 y reformulado aparentemente por error por la convención constituyente de 1994), ubicado en la segunda parte, título 1, sección 3 «Del Poder Judicial», capítulo 2 «Atribuciones del Poder Judicial», que complementa al anterior y en conjunto definen, como veremos, las facultades federales para su implementación.

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires), profesor de Derecho Constitucional I, Derecho Constitucional II y Derecho Procesal Constitucional y Transnacional (Universidad Nacional de Rosario) y en diversos posgrados del país. Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. Conferencista y autor de numerosas obras en el país y en el exterior.

Sobre las razones que llevaron al constituyente federal a ordenarle al Parlamento la incorporación del juicio por jurados se ensayaron básicamente dos teorías justificatorias, para nada antagónicas: la primera, cuyo principal exponente fue Joaquín V. González —coincidente con el carácter asignado al instituto por la Corte norteamericana—, es la que ve en el juicio por jurados una garantía de libertad y de recta administración de justicia, al estilo de los sistemas inglés y norteamericano, en opinión que comparte Claría Olmedo, quien lo califica como garantía individual y manifestación del régimen democrático;¹ la segunda, expuesta por Aristóbulo del Valle, se vinculaba con la necesidad de promover la inmigración, a través de la adopción de institutos que, como el jurado, son altamente valorados por los pueblos a cuya atracción se apuntaba.²

Ahora bien: más allá de las motivaciones que provocaron su regulación, no cabe duda, como lo expresa Sagüés, de que si el instituto es tratado tres veces en el documento constitucional, resulta evidente que hubo un énfasis notorio en afirmar la futura vigencia del juicio por jurados, y que tal reiteración importa un decidido mandato del legislador constituyente al legislador ordinario, para que se implemente.³

En idéntica inteligencia, destacan Lemon y Mooney que la Constitución le da al instituto una notoria importancia, porque de lo contrario:

resulta inexplicable que se hayan puesto tres artículos como un mero acto literario y barroco, porque ello no condice con la técnica ni el estilo de sus redactores; ejemplos y exponentes de un verdadero aticismo jurídico, que estructuraron cláusulas antológicas en sus modos verbales y adverbios, de sobrio y recatado estilo, lejos de los

¹ Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, 24.^a ed., Buenos Aires, Estrada, 1951, p. 203, y Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1962, p. 55, citados por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional», en *ED*, t.º 92, pp. 906 ss.

² Según recuerdan Lemon y Mooney, para Aristóbulo del Valle «había entrado en la mira de los constituyentes atraer la inmigración inglesa y norteamericana, educada en la mejor escuela de gobierno libre, por lo que al crear un artículo de esta naturaleza en la Constitución, había sondeado el carácter, las costumbres y las leyes de los pueblos anglosajones. ¿Cómo se podría hacer llegar esta notable inmigración a nuestras playas solitarias? ¿Bastaría acordar la libertad civil con la justicia criminal ordinaria como garantía suficiente?».

Estas eran, según él, las preguntas que se formularon los constituyentes. «Ellos pensaban que estos pueblos con hábitos especiales y propios, con la independencia peculiar de su carácter, que forman el tipo de una nacionalidad bien organizada, habiendo vivido con leyes sabias y con las mayores seguridades, sin duda no se trasladarían a nuestras ricas tierras fértiles si les faltase el ambiente de la vida, si les faltase el “jury”, que era fuente de su libertad política y civil». Luego agregaba: «En la República existen varias ciudades en las que se encuentra una masa de hombres ilustrados, y bueno sería entonces practicar y observar sus ventajas e inconvenientes. Nada más a propósito que realizar el pensamiento en Buenos Aires y en Rosario, las mayores ciudades de entonces, porque ellas reunían los elementos y los resortes indispensables. Y esta innovación en las prácticas judiciales podría extenderse paulatinamente al resto de la República» (Alfredo Lemon y Alfredo Mooney, *Juicio por jurados*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1990, pp. 60-61).

³ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

énfasis y de la grandilocuencia de las asiáticas Constituciones actuales, que tienen casi siempre jurisdicción sobre todo y competencia sobre nada.

Estos autores, a contrario sensu, huyeron de la peste de la demagogia jurídica de prometer lo que se sabe que no se va a cumplir [...].

Por ello, pensar que juristas escrupulosos hayan puesto tres normas de rango «fundamental-fundacional» en la Constitución, una en la parte dogmática como deber estatal y dos en la parte orgánica como articulaciones instrumentales de aquel principio, como esquemas puramente teóricos o volátiles, no se compadece con la técnica que utilizaron y aplicaron. No puede pensarse que tres artículos y tres veces el valor que justicia consagrado en el Preámbulo —que es la usina ideológica de la Constitución—, hayan sido puestos por mera retórica o ejercicio lingüístico.⁴

Y en el mismo sentido, indica Vanossi:

II. Resulta elocuente que para la Constitución nacional esta institución tenga una significación muy particular; esto demuestra la importancia que le ha merecido al constituyente de 1853 el hecho de que varias normas se hayan referido a ella, las que han sido reiteradas en la reforma de 1994.

Podemos decir que esta institución representa la cumbre de la participación popular en una democracia moderna, afianzada en los principios de la libertad y de la *participación*; entendida esta no solo como la intervención del pueblo en la elección de sus gobernantes sino, también, en la toma concreta de decisiones.

El juicio por jurados significa que el pueblo cierra su proceso participativo, que comienza cuando elige a los gobernantes que han de ocupar los órganos ejecutivos; a los legisladores que han de dictar las leyes y ahora también integra los órganos de la administración de justicia interviniendo en la aplicación de la misma.

Es bien conocido el arreglo que esta institución ha ganado en el curso de los años en países como Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, aunque ya había sido practicada desde la antigüedad. En tal sentido y por lo elocuente de las palabras, me permito reproducir un párrafo de la Comisión Especial, nombrada por las Cortes de España en 1821, encargada de redactar el proyecto de Código de Procedimiento Penal, cuando al señalar la conveniencia de implantar el juicio por jurados dijo que: «La historia nos lo ofrece como inseparable de los pueblos libres y del sistema representativo. Grecia y Roma y todos los pueblos que han tenido algún respeto a sus libertades lo han reconocido, y lo han conservado más o menos puro en razón del mejor o peor estado de su libertad política. Degenera y se vicia con el poder absoluto; se perfecciona y fructifica con la fuerza e independencia del poder judicial».

La instrumentación del jurado asegura entonces la plena participación popular no solo eligiendo, sino también decidiendo. Perfecciona de esta manera la independencia del Poder Judicial y despierta el interés del pueblo en su administración de justicia, con la consiguiente valorización de la misma y además, fundamentalmente, orienta el camino hacia una justicia eficiente y rápida.

Queda de esta manera integrado en plenitud el *proceso de control*.

Así como el pueblo controla los actos de gobierno, y la creación de las leyes, a través de la periodicidad de los mandatos y la posibilidad de recambio de los hombres que integran los órganos del Estado, también tiene el derecho de controlar la marcha de su administración de justicia que lo tiene por destinatario.⁵

⁴ Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., pp. 64-65.

⁵ Jorge R. Vanossi: prólogo a la obra de Alberto B. Bianchi: *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, pp. 13-14.

El mandato constitucional resultó tan claro que los constituyentes locales lo siguieron casi al pie de la letra, especialmente en las primeras Constituciones dictadas luego de producida la unión nacional,⁶ e incluso en reformas posteriores de estas y

⁶ Así merecen destacarse: la Constitución de San Juan (1878), que en su artículo 6 indicó: «Las causas a que diere lugar el abuso de la libertad de imprenta se decidirán por jurados conforme a la presente ley. [...] No se consideran comprendidos en la disposición del párrafo precedente y quedan por consiguiente sujetos a la legislación ordinaria, los actos de la prensa que afecten a personas que no desempeñen función o empleo público o que no se refieran a su conducta durante el ejercicio de la función o empleo, aunque hayan cesado en ellos»; la Constitución de Catamarca (1895), que en su artículo 9 dispuso: «La legislatura no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta, debiendo conocer en los juicios de este género el jurado que se establecerá por la ley de la materia, sin perjuicio de la jurisdicción ordinaria en los delitos comunes»; la Constitución de Buenos Aires (1889), a tenor de cuyo artículo 15 se estableció: «La legislatura dictará oportunamente la ley que organice el juicio por jurados en materia criminal. En tanto que este no se establezca, la jurisdicción criminal será ejercida por los tribunales que crea esta Constitución»; la Constitución de Santa Fe (1900), que en su artículo 101 dispuso: «El poder judicial de la provincia será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, en la Capital, una Cámara de Apelaciones en Rosario y demás tribunales, jueces o jurados que establezca la ley»; la Constitución de Entre Ríos (1903), que regula el instituto en varios sectores, en concreto, en sus artículos 12 («La libertad de la palabra escrita o hablada es un derecho asegurado a los habitantes de la Provincia. Todos pueden publicar por la prensa sus pensamientos y opiniones, sin que en ningún caso la legislatura pueda dictar medidas preventivas para el uso de esta libertad, ni restringirla ni limitarla de manera alguna. /Los que abusen de esta libertad, son responsables ante el jurado que conocerá del hecho y del derecho o ante la justicia ordinaria, si cualquiera de las partes optara por esta jurisdicción. /En los juicios a que diera lugar el ejercicio de la libertad de la palabra y de la prensa, el jurado o el juez admitirán la prueba, siempre que se trate de la conducta oficial de los empleados o de la capacidad política de los funcionarios públicos»); 225 («En cada ciudad, asiento de juzgado de crimen y con la misma jurisdicción de este, funcionará un jurado, que conocerá y resolverá aplicando el Código Penal, en todas las causas que se promuevan por delitos de injuria o calumnia cometidos por medio de la prensa, y salvo el caso de opción, que se refiere el artículo 12 de esta Constitución»); 226 («El jurado se compondrá de ocho personas designadas en la forma en que en esta Constitución se establece, presididas por el juez del crimen»); 227 («Para ser miembro del jurado se requieren las mismas condiciones que para ser juez de paz»); 228 («El cargo de jurado es obligatorio para todas las personas que reúnan las condiciones de ley»), y 229 («El jurado se compondrá de la manera siguiente: Una junta formada por el juez de primera instancia en lo civil, el presidente de la municipalidad y dos vecinos respetables que elegirá el mismo Consejo Deliberante y será presidida por el primero, formará una lista de treinta vecinos que reúnan las condiciones requeridas, la que debe remitirse al Superior Tribunal de Justicia en la forma que determine la ley. El Superior Tribunal de Justicia designará a la suerte de entre los de la lista, ocho titulares y ocho suplentes para cada jurado, debiendo publicarse la composición de cada uno de ellos y comunicarse al juez del crimen respectivo»); la Constitución de Salta (1906), que en su artículo 13 expresó: «Se asegura para siempre a todos el juicio por jurados, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución»; la Constitución de Jujuy (1910), cuyo artículo 35 indicó: «Será asegurado para siempre el juicio por jurados, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a las leyes que se dictaren al respecto», y la Constitución de Córdoba (1923), cuyo artículo 134 dispuso «Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, y aun los que se deriven, siempre que versen sobre delitos comunes, se terminarán por jurados, luego que se establezca por Gobierno Nacional esta institución en la República [...]».

en las originarias de las nuevas provincias,⁷ y es precisamente en el ámbito de los estados federados donde el mandato constitucional federal en definitiva caló y provocó la implementación de este tipo de procesos (v. gr., Córdoba).

⁷ Entre ellas, la Constitución de San Juan (1927), que en su artículo 120 dispone: «Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la sala primera de la Cámara de Representantes o que, derivándose persigan delitos comunes, se resolverán por jurados luego de que se establezca esta institución en la provincia» la Constitución de Entre Ríos (1933), que se ocupa de la temática en varios artículos, en concreto, en sus artículos 10 («La libertad de la palabra escrita o hablada es un derecho asegurado a los habitantes de la provincia, sin que en ningún caso puedan dictarse medidas preventivas para el uso de esta libertad, ni restringirla ni limitarla en manera alguna. /Los que abusen de esta libertad serán responsables ante la justicia ordinaria o ante el jurado, en la forma que lo prescriba la ley. /El procedimiento será siempre sumario y la ley que lo reglamente fijará un término máximo para su duración»), 11 («La legislatura dictará la ley especial sobre los delitos de imprenta, estableciendo las penas, procedimientos ante el jurado o la justicia ordinaria, según los casos, y la procedencia de la apertura a prueba, debiendo admitirla siempre que se trate de la conducta oficial o de la capacidad de los funcionarios públicos»), 81 («Corresponde al Poder Legislativo: [...] 24. El poder de dictar las leyes de organización y de procedimientos de los tribunales ordinarios y la de juicio por jurados»); 147 («El poder judicial será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia y demás tribunales y jurados que las leyes establezcan») y 230 («Mientras no se dicte la ley de los delitos de imprenta, regirá el Código Penal y el procedimiento ordinario. /Cuando se opte por el jurado, su composición y el funcionamiento se regirán por lo dispuesto por la actual Constitución y la ley de imprenta de 1887, en lo que fuera aplicable»); la Constitución del Chubut (1958), que trata la temática en sus artículos 117 («El poder judicial será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, jueces letrados de primera instancia, fiscales defensores de menores e incapacitados y demás tribunales letrados o jurados que las leyes establezcan») y 177 («La ley organizará los jurados para los delitos de imprenta o de cualquier otro medio de difusión del pensamiento como asimismo, tribunales para el juzgamiento o corrección de menores, que estarán sujetos a un régimen especial en el que se dará participación a la mujer»); la Constitución de Misiones (1958), cuyo artículo 12 dispuso: «Los habitantes de la provincia gozaran de la libertad de expresar sus pensamientos y opiniones por cualquier medios y recibir o suministrar toda clase de informaciones. Los abusos de estos derechos serán reprimidos por la justicia ordinaria o el jurado conforme a la ley que dicte la provincia. /Esta no podrá dictar leyes y otras medidas que, so pretexto de sancionar los abusos restrinjan o limiten tales derechos, como tampoco tendientes a coartar la difusión o libre expresión de las ideas; ni impedir o dificultar el funcionamiento de los talleres de imprenta, difusoras radiales y demás medios idóneos para la propagación del pensamiento, ni clausurar los locales en que ellos funcionen»; la Constitución de Corrientes (1960), que trató el tema en el artículo 138, que dispone: «El poder judicial será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, Cámara de Apelaciones y demás jueces letrados de primera instancia o inferiores y por jurados cuando se establezca esta institución»; la Constitución de San Luis (1962), que regula la institución en los artículos 24 («El poder judicial de la provincia será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia integrado por cinco miembros que podrá dividirse en salas, y por los demás tribunales inferiores y jurados que se establezca») y 116 («Una vez que en el orden nacional se establezca el juicio por jurados, la legislatura dictará las leyes necesarias para el funcionamiento de esa institución en el ámbito de la provincia»); la Constitución de La Rioja (1986), que en su artículo 129 dispuso: «Composición: La función judicial será desempeñada por un Tribunal Superior de Justicia, Cámaras, jueces, jueces de paz letrados o legos, miembros del Ministerio Público y demás tribunales y funcionarios que establezca la ley. Los miembros del Tribunal Superior prestarán juramento ante el gobernador. /En la Provincia se aplicará el sistema oral en toda clase de procesos judiciales. Se promoverá la instalación del juicio por jurado en la medida y oportunidad que la ley establezca»; la Constitución de San Luis (1987), que regula la cuestión en sus artículos 191 («El

De todos modos —destaca Bianchi—,

el inequívoco mandato de cuño anglosajón del viejo artículo 102 («Todos los juicios criminales [...] se terminarán por jurados»), no hizo sentir su peso constitucional en el momento de la redacción del Código de Procedimientos en lo Criminal, que se inspiró en el sistema procesal español. En efecto, a pesar de la existencia del proyecto elaborado en 1871 por Florentino González y Victorino de la Plaza, la codificación procesal penal finalmente no dio cumplimiento a lo establecido en la Constitución. Las razones de este apartamiento están explicadas con detalle en la nota del 15 de julio de 1882 que Manuel Obarrio —autor del proyecto que luego en 1888 se convirtió en el Código de Procedimientos en lo Penal (ley 2372)— remitió al entonces ministro de Justicia, Eduardo Wilde, donde sostuvo que, pese a la expresa disposición constitucional

Poder Judicial de la Provincia es ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, integrado por cinco o más miembros, y por los demás tribunales inferiores y jurados que la ley establezca. /El Ministerio Público es órgano del Poder Judicial y es ejercido por el procurador general, fiscales de Cámara, agentes fiscales y defensores, en el modo y la forma que la ley determine») y 215 («Una vez que en el orden nacional se establezca el juicio por jurados, el Poder legislativo dictará las leyes necesarias para el funcionamiento de esa institución en la Provincia»); la Constitución de Córdoba (1987), en su artículo 162, dispuso: «Jurados: La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados»; la Constitución de Río Negro (1988) estableció en su artículo 197: «El Poder Judicial de la Provincia es ejercido por un Superior Tribunal, demás tribunales y Jurados que establecen la ley, la que también determina su número, composición, sede, competencia, modos de integración y reemplazos»; la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) regula la temática en sus artículos 81 («Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros: [...] 2. Sanciona los códigos Contravencional y de Faltas, Contencioso Administrativo, Tributario, Alimentario y los procesales, las leyes general de educación, básica de salud, sobre la organización del Poder Judicial, de la mediación voluntaria y las que requiere el establecimiento del juicio por jurados») y 106 («Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca»); la Constitución del Chubut (1997), que trata la cuestión en sus artículos 135 («Corresponde al Poder Legislativo: [...] 27. Legislar sobre organización de los municipios y policía, planes y reglamentos generales sobre enseñanza, organización del Registro Civil de las Personas, organización de la justicia provincial y juicios por jurados; autorizar la ejecución de obras públicas y, en general, dictar las leyes y reglamentos necesarios para poner en ejercicio los Poderes y autoridades que establece esta Constitución y para todo asunto de interés, público que por su naturaleza y objeto no ha sido delegado a la Nación»); 162 («El Poder Judicial es ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, un Procurador General, un Defensor General, Jueces Letrados, Jurados y demás funcionarios judiciales, con la denominación, competencia material, territorial y de grado que establecen esta Constitución y las leyes orgánicas. / Constituye un poder autónomo e independiente de todo otro poder, al que compete exclusivamente la función judicial»), 171 («La ley organiza los jurados para los delitos de imprenta o de cualquier otro medio de difusión del pensamiento, como asimismo Tribunales de Menores y de Familia») y 172 («Gradualmente se propende a la implantación de la oralidad en todo tipo de proceso y a la organización del juicio por jurados. /En la etapa de plenario el proceso es, en todos los casos, oral y público»), y la Constitución de Santiago del Estero (1997), que en su artículo 190 expresa: «Participación de los ciudadanos. Las leyes fomentarán la participación de los ciudadanos en la administración de justicia mediante la institución de jurados en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

existente, había optado por jueces de derecho y no por jurados, en la convicción de que la Constitución delegó en el Congreso la determinación del momento en el cual el juicio por jurados debería ser establecido, momento este que, según Obarrio, no había llegado todavía. Asimismo, si bien Obarrio manifestó en esa nota haber «tenido a la vista las legislaciones más adelantadas en la materia», la doctrina especializada apunta que, en realidad, el modelo seguido por él fue la *Compilación* española de 1879 que preveía prácticas inquisitivas, pese a que en 1882 España ya había puesto en vigencia su Ley de Enjuiciamiento Criminal —hoy todavía vigente— basada en el sistema oral y público. Así, el Código Procesal Penal argentino fue criticado por haber tenido origen en una legislación que ya estaba derogada en el momento de ser sancionado.

La Corte Suprema, a su turno, entendió, en forma reiterada, que la Constitución no había impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados ni existía un término perentorio para ello, y los tribunales inferiores sostuvieron que el actual artículo 118 era una cláusula programática.

Fue así que el juicio por jurados en la Argentina ha sido, hasta ahora, una expresión teórica que, no obstante, ha despertado el interés casi constante de la doctrina, generando también algún reclamo de los jueces.⁸

Esta realidad, en definitiva, contrasta con los claros y reiterados antecedentes que culminaron con la incorporación de las tres normas constitucionales referidas. Así, como lo recuerda Vanossi, el proyecto de Constitución de la comisión especial nombrada en 1812, en su capítulo XXI, artículo 22, decía que el «proceso criminal se hará por jurados y será público»; el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, capítulo 22, artículo 175, sostenía que: «el juicio criminal se establecerá por jurados», y la Constitución de 1826, sección VIII, artículo 164, disponía que: «Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados».⁹ Inclusive, la incorporación constitucional de esta institución se caracterizó por no generar, al momento de su tratamiento, ni reparos ni manifestaciones expresas respecto de su trascendencia, característica que incluso llevó a cierta doctrina a otorgar al silencio ciertas connotaciones negativas.¹⁰

⁸ Alberto B. Bianchi: *El juicio por jurados...*, o. cit., pp. 24-29.

⁹ Jorge R. Vanossi: prólogo a la obra de Alberto B. Bianchi, *El juicio por jurados...*, o. cit., p. 15.

¹⁰ En este sentido, destaca Nazareno: «Adentrarse en el estudio del juicio por jurados en nuestra República, y por expresarlo de un modo eufemístico, en su evolución desde las épocas posteriores a Mayo hasta la actualidad, invita apasionadamente a encontrarse con una situación que no dudo en calificar de paradójica, pues está enmarcada en una coherente línea de silencios, dogmas y contradicciones como escasas instituciones de nuestro derecho pueden exhibir.

Esta historia atípica comienza desde los albores de la independencia, pues el juicio por jurados fue incluido en las Constituciones de 1819 y 1826, bien que con una característica que lo acompañará continuamente como un sello indeleble que despierta toda clase de conjeturas.

En las asambleas constituyentes que aprobaron la incorporación de este instituto no se registra debate alguno ni expresión de los fundamentos que sostuvieron los textos, a pesar de que las circunstancias históricas e institucionales harían sospechar todo lo contrario en la medida en que el juicio por

2. Las normas constitucionales en juego

2.1. *El artículo 24*

Esta regla, aprobada por unanimidad en la sesión del 25.4.1953,¹¹ establece: «El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados».

jurados era extraño a las reglamentaciones vigentes en la época colonial y, por lo tanto, pareciera de la mayor razonabilidad que los constituyentes expresaran los fundamentos que sostenían la significativa innovación que incorporaban para el juzgamiento de los delitos.

Ciertamente, las sorpresas no se detienen allí. Soslayado en el proyecto que Alberdi acompañó a las *Bases*, el juicio por jurados renace prolíficamente en la Constitución sancionada en 1853, al aprobarse sin tratamiento el proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales elaborado en base al anteproyecto o esbozo ideado por el eximio constituyente y jurista Don José Benjamín Gorostiaga, en el cual para no dejar lugar a la duda sobre el sitio emblemático que le corresponde al juicio por jurados en la organización institucional de la República, es contemplado no solo en la parte orgánica de la Constitución cuando se precisan las facultades del Congreso de la Nación (artículo 67, inciso 11) y la naturaleza de la actuación del Poder Judicial en el juzgamiento de los delitos (artículo 102), sino que además —y con el énfasis que ha resaltado Joaquín V. González— en la parte dogmática regulatoria de las declaraciones, derechos y garantías, como un implícito pero inequívoco instrumento garantista en favor de los ciudadanos. No deja de ser sugestivo que a pesar de haber tenido una generosa oportunidad de explayarse sobre este instituto, el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales mantuvo un silencio absoluto sobre el tema y los constituyentes dejaron pasar las tres disposiciones en juego sin exponer las razones que, no obstante los aislados regímenes sancionados en pocas provincias, carecía de arraigo en nuestra organización jurídica e institucional y, por ende, representaba una trascendente innovación para la administración de justicia.

La milimétrica revisión de 1860 efectuada por la Provincia de Buenos Aires, que se materializó en la reforma constitucional de ese año, dejó al margen de toda controversia el juicio por jurados previsto en el texto de 1853; como una constante, la comisión soslayó toda referencia al juicio por jurados.

[...]

El doctor José Benjamín Gorostiaga (uno de los padres de nuestra Constitución, esclarecido jurista y profundo conocedor —y admirador sin retaceos— del sistema constitucional norteamericano) es fundadamente sindicado —dada su intervención en la Comisión de Negocios Constitucionales y miembro informante del proyecto ante el Congreso— como el autor de mayor protagonismo en la redacción de la parte orgánica de nuestra carta magna, al extremo de que el texto sancionado siguió casi literalmente el anteproyecto que había elaborado, en el cual dos disposiciones —que ya hemos citado— contemplaban expresamente el juicio por jurados.

En cuanto a la fuente de los textos, más allá de la similitud que los autores de la doctrina han señalado con relación a la Constitución venezolana, Gorostiaga admitió que “[...] el proyecto está vaciado en el molde de la Constitución de Estados Unidos de América, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo”.

La discordancia en el pensamiento y actuación de este constituyente [se refiere a Gorostiaga] queda patentizada cuando, diez años más tarde, tomó intervención como diputado nacional en el debate parlamentario de la ley 50 (*ADLA*, 1852-1880, 391) —de procedimientos de los tribunales nacionales, en lo civil y criminal y reconocida por los legisladores como reglamentaria de la Constitución nacional—, oportunidad en la cual ante un proyecto para las causas criminales que solo atribuía facultades decisorias en cabeza de un juez (título XXX, artículo 362) prescindiendo abiertamente de las disposiciones constitucionales atinentes al juicio por jurados, ninguna objeción fue presentada por el —en dicha

El proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, de Juan B. Alberdi, no traía una disposición similar, ya que se limitaba, en el artículo 31 (capítulo IV), a establecer que «La Constitución garantiza la reforma de las leyes civiles, comerciales y administrativas, sobre las bases declaradas en su derecho público».¹²

Explica sobre esta norma Gelli que:

El juicio por jurados implica que un grupo de ciudadanos —del pueblo— sin formación jurídica alguna, determinen la culpabilidad o inocencia del acusado, expidiéndose sobre los hechos, no sobre el derecho que se ha de aplicar. Por ello el jurado actúa conducido por un magistrado experto en leyes [...]. En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha sostenido que la persecución penal por medio del juicio por jurados estaba garantizada a los procesados, contra los estados locales, constituyendo, en consecuencia, un privilegio de las personas que estas pueden rehusar. De tal doctrina surgen dos reglas: a) el juicio penal a cargo de personas imparciales, integra el conjunto de garantías del debido proceso penal —un derecho subjetivo de los imputados—; y b) la organización y reglas de los jurados y la competencia corresponde a los estados, salvo para los delitos federales.

En cambio, la disposición de la Constitución argentina ha atribuido al gobierno federal el establecimiento del juicio por jurados, en lo que constituiría una excepción a las atribuciones provinciales en materia de administración de justicia. Así, la ley del Congreso debería establecer la organización del juicio por jurados, sus características, alcance e instrumentación dejando, no obstante, la aplicación de esa ley, a los estados locales.¹³

El mandato, como se observa, es programático y requiere de la indispensable intervención reglamentaria del Congreso, la que está delimitada por otras reglas, como ahora veremos.

oportunidad— legislador y mereció la aprobación del cuerpo culminando con la vigencia de dicho procedimiento supuestamente infractor de la carta magna que se pretendía reglamentar.

Similar es la discordancia que presenta la actuación pública del doctor Salvador María del Carril. También constituyente, contribuyó con su intervención para la introducción del juicio por jurados en nuestro sistema judicial; en cambio, cuando fue nombrado juez de la primera Corte Suprema en 1863 redactó, junto con el resto de los magistrados, el proyecto de la ley 50 citada con anterioridad, que desconoció el mandato constitucional que había votado favorablemente en el Congreso de 1853. Empero, las vicisitudes del doctor Del Carril no culminaron allí, pues la sorpresa no puede ser mayor cuando en su trabajo sobre “El jurado” —de 1866— pareció olvidar su proyecto de ley que había redactado tres años antes, pues se interrogaba sobre las causas que influyeron para que la institución del jurado, recomendada por nuestros constituyentes, no haya sido establecido en ningún punto de la República, concluyendo que, precisamente, la falta de costumbres democráticas y la indiferencia por la cosa pública que se observaban en el país, constituían una razón de mayor importancia para que nos apresuremos a ponerlo en práctica» (Julio S. Nazareno: «El proceso penal abreviado y el juicio por jurados», en *LL*, 1997-E, pp. 1432-1435).

¹¹ Néstor P. Sagiés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

¹² Helio Juan Zarini: *Constitución argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 121.

¹³ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 834.

2.2. El artículo 75, inciso 12 (original 67, inciso 11)

Indica la disposición apuntada:

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

[...]. 12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

La norma habilita al Congreso para establecer el juicio por jurados en todo el país, en la materia delegada por las provincias a la Nación en el artículo 118, esto es, para los juicios criminales, y al referirse a regular *el establecimiento* del juicio por jurados, le está dando al Congreso competencias legislativas tanto sobre la *forma* del pleito, como sobre la *estructura* del tribunal pertinente,¹⁴ con lo cual puede ingresar en la regulación de todo el sistema de su funcionamiento, lo que incluye casi todo lo relativo a la institución y el procedimiento (cantidad de jurados, mayorías necesarias para la adopción de la decisión, división del juzgamiento entre cuestiones de hecho y de derecho, etcétera).

En definitiva, como lo indica Gelli:

La ley del Congreso debe organizar las reglas de composición y número de los jurados; el funcionamiento de estos, los requisitos necesarios para integrarlos; las mayorías exigidas para obtener la decisión. Pero la aplicación de la ley, la instalación de los jurados, el examen de los requisitos que deben tener los ciudadanos que integren el jurado, son de competencia local y deben funcionar bajo el control de los magistrados locales y con la actuación del ministerio público también local en cada una de las respectivas jurisdicciones, según dónde se hubiere cometido el delito.¹⁵

A tenor de lo expuesto, entonces, estamos en presencia de una excepción al principio general establecido por el mismo inciso 12 del artículo 75, respecto de las materias que no puede normar el Congreso y, en consecuencia, por la delegación que realizan las provincias al respecto en la Nación, aquellas solo conservan competencias legislativas sobre aspectos no legislados por esta, aunque se encuentran habilitadas para dictar regulaciones sobre los aspectos delegados mientras la Nación no regule el instituto.

¹⁴ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

¹⁵ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina...*, o. cit., p. 240.

2.3. *El artículo 118 (original 102)*

Precisa la disposición, en su versión original de 1853-60:

Artículo 118. Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

El texto sigue casi literalmente al esbozo de Gorostiaga, que se nutre a su vez de los lineamientos trazados en el artículo 117 de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811,¹⁶ y de su antecedente inmediato, el artículo III, sección 2, inciso 3, de la Constitución de los Estados Unidos. Fue modificado en cuatro oportunidades: en 1860, cuando se sustituyó el término *Confederación* por el de *República y Nación*, en 1949, que fue suprimido; en 1994, cuando además de reenumerárselo se modificó su redacción —para lo cual la Convención no se hallaba habilitada por la ley 24309—, y en 1995, por vía de una altamente cuestionada ley 24430, que ordena la publicación de un texto oficial de la Constitución nacional, y, como lo indica Zarini: «En el *Boletín Oficial* del 23.8.1994 decía «deriven del despacho», «concedido en la Cámara de Diputados» y «se hubiera cometido». Más allá de que estos errores materiales fueron subsanados por la ley 24430 (*BO*, 10.1.1995),¹⁷ coincidimos con Bidart Campos en que las correcciones que en esta ley se introdujeron al texto oficial originariamente sancionado y publicado en 1994 no son válidas, por no estar el legislador habilitado a modificar el texto de la Constitución.¹⁸

Como consecuencia de esta previsión, el juicio por jurados solo es aplicable, cuando el Congreso lo reglamente, a los procesos penales, con excepción de los que deriven del juicio político, abanico de supuestos que quedó teóricamente ampliado luego de la reforma de 1994 respecto de los magistrados inferiores a la Corte Suprema, que ya no son removidos por este sistema, sino vía jurado de enjuiciamiento. Sin embargo, parte de la doctrina está conteste en que esta supuesta ampliación no es tal, por cuanto los fundamentos que dieron lugar a la exclusión siguen incólumes.¹⁹

¹⁶ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

¹⁷ Helio Juan Zarini: *Constitución argentina...*, o. cit., p. 447.

¹⁸ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, primera reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 13.

¹⁹ En concreto, Gelli, apoyándose en Quiroga Lavié, sostiene que «la exclusión del artículo 118 tiene como fin no politizar el juzgamiento penal de los miembros del poder, removidos de sus cargos por procesos especialmente reglados en la Constitución nacional; mantener la máxima objetividad en la apreciación de la conducta penal de los magistrados y prevenir rigurosamente las presiones politizadas. Puede argumentarse que el fundamento supone cierta desconfianza en la neutralidad del pueblo, juzgando a quienes fueron jueces por delitos comunes. Sin embargo, una remoción de magistrados judiciales puede producirse por motivos político-partidarios —el Consejo de la Magistratura y el Jurado

3. Sentido y alcances de las tres cláusulas constitucionales

De las prescripciones constitucionales revistadas se desprende principalmente:

a) que la Constitución propició tribunales compuestos por jurados, aunque no indicó su grado de actuación o sus modalidades, que pueden variar sensiblemente;

b) que el Poder Legislativo debía dictar una ley con vigencia en todo el país, al estilo, por ejemplo, de la ley de ciudadanía o de concursos, para juzgar por jurados las causas penales. El artículo 75, inciso 12, incluso parece programar una ley federal, con tribunales eventualmente también federales, sobre dichos jurados;

c) que el juzgamiento del caso se debía, en principio, realizar en el territorio provincial donde se hubiese cometido el delito;²⁰

d) con relación a la naturaleza jurídica del instituto, a nuestro entender se trata —atendiendo a la ubicación otorgada por el constituyente originario al artículo 24 y a la interpretación realizada por la Corte norteamericana respecto de aquella—, de una garantía de la libertad que se entronca con la regla del debido proceso;

e) en cuanto a la distribución de competencias entre la federación y las provincias, que la Nación puede establecer en todo el país el juicio por jurados en materia criminal —por tratarse de uno de los poderes delegados al Gobierno federal—, mientras que las provincias pueden ejercer sus facultades legislativas sobre la materia en los aspectos no reglamentados por la Nación mientras esta no asuma tal competencia;

f) que en la regulación se deberán tener en cuenta diversos topes constitucionales que rigen para la implantación de los jurados, provenientes no ya de las tres reglas referidas a ellos, sino a otras que deben ser consideradas a la hora de la reglamentación, que refieren específicamente a los jueces técnicos permanentes (v. gr., los requisitos constitucionales para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia y el procedimiento para su designación, las competencias originarias y exclusivas de esta, etcétera);²¹

de Enjuiciamiento tienen un fuerte componente político en las respectivas integraciones— por lo cual es preferible extremar las precauciones» (María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., p. 834, con cita de Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina. Comentada*, Buenos Aires, Zavallá, 1996, p. 687).

²⁰ Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997, tomo 1, p. 515.

²¹ Apunta al respecto Sagüés: «por un lado se fomenta al juicio por jurados, pero al mismo tiempo la Constitución instituye jueces técnicos permanentes. Con esto debe concluirse que el mecanismo de los jurados, si se instrumentase alguna vez, debe serlo sin perjuicio del Poder Judicial erigido por la Constitución, siendo de advertir que los jueces que la misma Constitución prevé (amparados por la garantía de inmovilidad), tienen que ser propiamente tales, y no meros autómatas de los jurados (Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 911-912, con cita de Jorge A. Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1962, pp. 63-65).

g) que la frase contenida en el artículo 118 y que indica que los juicios criminales ordinarios «se terminarán por jurados», no significa que la Corte Suprema deba dar intervención a un jurado cuando resuelve un recurso extraordinario, por las razones expresadas en el ítem anterior, y

h) que no puede achacarse una supuesta falta de idoneidad respecto de los jurados con base en el artículo 16 de la Constitución nacional, por cuanto es la propia Constitución de 1853 la que en su artículo 24 ordena al Congreso promover el juicio por jurados, y

de lo contrario habría que llegar a conclusiones ciertamente inadmisibles. Si por la idoneidad de que habla el precepto constitucional se hubiere de entender capacidad técnica, ¿quienes podrían ser presidente de la Nación?, ¿y quiénes concejales, diputados, senadores? La idoneidad para todas esas funciones públicas no es la que deriva de tales o cuales títulos académicos, sino la que otorga la ciudadanía, unida a los requisitos de edad, capacidad civil o política, alfabetismo, conducta, etcétera. Ni siquiera sirve el argumento de que la función judicial es eminentemente técnica por estar basada en la aplicación del derecho que constituye la competencia de los juristas, porque otro tanto pudiera decirse respecto a la función legislativa, ya que parece evidente que solo se pueden dictar leyes conociendo la legislación del país y los principios del derecho universal. Con ello se habría destruido el sistema democrático o se habría creado la República de los abogados.²²

3.1. *Acerca del carácter de su programaticidad (¿discrecional o imperativa?)*

Sagüés indica que la primera duda que suscitan los tres artículos constitucionales referidos al juicio por jurados es «respecto del *mensaje* que en ellos depositó el constituyente; esto es, si transportan una *decisión imperativa* o una simple *guía (invitación)*, para el legislador ordinario»²³.

Diversos autores que se ocuparon de esta temática, se han inclinado por la tesis de la decisión imperativa.

Entre ellos, Bidart Campos ha sostenido que la fórmula que usa el artículo 118 contiene un deber para el legislador,²⁴ De Vedia la calificó como *preceptiva e imperativa* a la norma del artículo 24 y como *terminante* a la regla del artículo 118, pues la palabra *luego* implica la necesidad de instrumentar a los jurados sin dilaciones, porque «el espíritu se resiste a admitir que esa garantía, a que se refiere la Constitución en tres partes, sea sólo una promesa vana e ilusoria, en vez de traducir una convicción seria y profunda de los constituyentes argentinos»;²⁵ Vázquez entiende

²² Guillermo G. Erbetta: «Constitución nacional. Juicio por jurados. Necesaria vigencia», en *LL*, 1993-E, pp. 909-910.

²³ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

²⁴ Germán J. Bidart Campos: *Tratado de derecho constitucional argentino*, tomo 1, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 638.

²⁵ Agustín de Vedia: *Constitución argentina*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1907, pp. 115 y 553, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

que el constituyente ha implementado un deber que ha quedado librado al Congreso sólo en su reglamentación, pero es menester cumplir con su obligación de implantar el juicio por jurados.²⁶

Participan además de esta tesis Arturo Bas, Tomás Jofré,²⁷ Joaquín V. González —para quien los constituyentes «expresan un anhelo y una necesidad para el porvenir»—²⁸ y Juan A. González Calderón, quien detecta un *verdadero afán* de los congresales para que se adoptara el instituto cuando explica que:

Ya hemos visto como la Constitución crea jurisdicción especial del jurado, para las causas criminales del derecho común. Es uno de los propósitos más decididos el establecimiento de esta forma de juicio, que correspondía a los nuevos principios de gobierno adoptados, pues reconocía que, así como el sufragio era el medio por el cual el pueblo participaba en la formación de la ley, el jurado era la única en la cual podía tener parte también en su aplicación.²⁹

Otros autores se han inclinado por la tesis que afirma que las disposiciones constitucionales significan una simple invitación al legislador para la reglamentación del juicio por jurados.

Entre tales juristas, Bielsa ha sostenido:

La simple lectura de estas disposiciones —artículos 24 y 118— revela que los constituyentes de 1853 no estaban muy convencidos de la necesidad de establecer realmente esa forma de juicio; se limitan a disponer que el Congreso promoverá, en lo que respecta al artículo 102; todo es en él condicional, y la experiencia le ha dado la razón.³⁰

También Quiroga Lavié se enrola en esta tesitura sosteniendo, al respecto, que el establecimiento del juicio por jurados es una norma programática discrecional para el órgano legisferante.³¹

²⁶ Adolfo Roberto Vázquez: «El juicio por jurados. Imagen pública de la justicia», en *LL*, 1997-A, pp. 751-752.

²⁷ Tomás Jofré: *Manual de procedimiento civil y penal*, tomo I, 2.ª ed., Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1919, p. 96, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

²⁸ Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, o. cit., p. 203, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss, y por Alfredo E. Mooney: «El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino», en *LL*, 1986-C, p. 862.

²⁹ Juan A. González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, 4.ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1963, p. 440, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

³⁰ Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, p. 755, citado por Alfredo E. Mooney: «El juicio por jurados...», o. cit., 1986-C, p. 862.

³¹ Humberto Quiroga Lavié: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 687, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

Evaluando estas posiciones, Sagiés entiende que, al no haberse tratado el tema en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853 ni en los debates registrados, considerando que el artículo 24 fue aprobado por unanimidad en la sesión del 25.4.1853, y que el juicio por jurados es tratado tres veces en el documento constitucional, resulta harto evidente que hubo un énfasis notorio en afirmar la futura vigencia del juicio por jurados. Tal reiteración —concluye— importa una suerte de decidido mandato del legislador constituyente al legislador ordinario, para que implemente el instituto. De todos modos, corresponde subrayar que ese mandato es *programático*, no *autoaplicativo*; de suerte que, para que se establezca el juicio por jurados, resulta indispensable que el Congreso dicte la norma procesal pertinente, pero no pensamos que aquel mandato sea una norma programática de *ejecución discrecional*, sino ineludible; el Parlamento, de no cumplir prontamente tal tarea —omisión que históricamente ocurrió— incurre en una *inacción inconstitucional*.³²

Por su parte, Lemon y Mooney opinan que:

Mal puede pensar la doctrina que los tres artículos no sean imperativos y no sean producto de una profunda convicción por parte del constituyente, cuando este es uno de los pocos temas en los cuales la Convención se aparta abiertamente del proyecto de Alberdi —más mesurado y dubitante del grado de cultura cívica institucional de la población de entonces—, agregando normas que este no preveía, y estar de acuerdo sobre el tema en forma unánime, sin polémica, sin contradicción, sin debate.

Por otro lado, es contradictorio —como se ha insistido en exceso— afirmar que la Constitución era «copia» de la de los Estados Unidos, haciéndose una mala filiación de la misma, y que en este tema —verdaderamente tributaria de aquella— se pretenda minimizar nada menos que tres textos tatuados en su «corpus». [...] el enorme sentido prospectivo de nuestros constituyentes hizo que legislaran con una norma «marco» por lo que algunas disposiciones se pondrían en marcha inmediatamente después de dictarse la Constitución (verbigracia, la organización de los poderes, leyes electorales, impositivas, etcétera), pero en otras, el constituyente, mostrando la vieja virtud de la prudencia política dejó librado el momento de su implantación al cumplimiento de una condición sociológica a saber: el grado de desarrollo «humano» de la comunidad, que permitiera en un determinado «lugar» y «tiempo» la implantación del juicio por jurados. Lo cual revela lo que apuntaba Herman Heller: «La Constitución es un marco por donde pasa la vida».³³

3.2. *Quid de la pérdida de eficacia de las normas en juego (¿un caso de desuetudo?)*

Pese a la insistencia del constituyente originario de 1853-60 y al escaso tiempo en que dichas normas fueron borradas del texto constitucional argentino (1949-56), las disposiciones constitucionales nunca llegaron a implementarse, y por cierto que

³² Néstor P. Sagiés, «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

³³ Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., pp. 88-89.

el número de proyectos sobre la materia ha sido ciertamente escaso, como veremos *infra*.

La prolongada inacción del Legislativo —calificada de inconstitucional por la doctrina más destacada— ha suscitado controversia respecto de la actual vigencia de esos textos.

Vázquez, por ejemplo, indica que el hecho de que el legislador ordinario no haya cumplimentado su obligación imperativa de establecer el juicio por jurados no significa que la norma haya quedado derogada por vía de desuetudo y, mucho menos, cuando ha quedado confirmada por el hecho de no haber resultado derogadas las normas por la Convención reformadora de 1994.³⁴ En similar línea se ubica Nazareno.³⁵

Lemon y Mooney, por su parte, refiriéndose a las intenciones del constituyente originario, entienden que:

Lo que ha hecho el legislador, con su estilo ático, reflexivo y prospectivo que lo caracteriza, ha sido dictar una norma en medio de este país que era un desierto, al decir de Alberdi, y donde las montoneras bravas y unitarias ideologizadas y violentas ocupaban el espacio político y social, en una suerte de «aspiración» o de «llamado al porvenir», plasmando cláusulas que permanecieran en reposo —ni vigentes ni derogadas—, hasta que el contexto social, institucional y cultural permitiera cumplir el designio del constituyente.³⁶

En opinión contraria, Sabsay y Onaindia indicaron:

Nunca cumplió el Congreso con el mandato establecido en esta norma sobre el establecimiento del juicio por jurados, institución típica del ordenamiento judicial anglosajón y extraña a las raíces de nuestras instituciones. [...] Por las circunstancias antes referidas, hubiera sido deseable la supresión de este artículo (en la reforma de 1994), ya que no se justifica su mantenimiento en el texto vigente.³⁷

Por su parte, Sagüés entiende que:

La falta de reglamentación legislativa —desde 1853 hasta la fecha— del juicio por jurados, y la consecuente tramitación de las causas penales, durante todo ese largo lapso, por jueces técnicos, promueve decididamente la tesis de la *derogación por vía consuetudinaria (desuetudo)* de las cláusulas constitucionales relativas al instituto³⁸ [...]

³⁴ Adolfo Roberto Vázquez: «El juicio por jurados...», o. cit., p. 752.

³⁵ Julio S. Nazareno: «El proceso penal abreviado y el juicio por jurados», en *LL*, 1997-E, pp. 1431 y 1435.

³⁶ Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., p. 85.

³⁷ Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia: *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 77.

³⁸ Apunta el autor que: «Para enfocar la cuestión, debe recordarse “que las Constituciones rígidas no pueden evitar que se desenvuelva *junto* a ellas y *contra* ellas un derecho constitucional no escrito” (Georg Jellinek); que “el uso constitucional puede anular a una disposición jurídica constitucional expresa” (Karl Loewenstein) y que esa *derogación sociológica* del artículo constitucional afectado “no se le puede oponer a la norma escrita” (Germán J. Bidart Campos). Con esto quiere expresarse que

Algunos autores han constatado esa derogación —desuetudo mediante— de las prescripciones constitucionales atinentes al juicio por jurados, derogación sociológica que se explica por la renuencia del órgano legislativo en instrumentar al instituto, durante mucho más de un siglo. Aftalión, García Olano y Vilanova, con tesis que comparte Lino Palacio, enseñan que frente a las normas constitucionales expresas, relativas al jurado, «se formó una norma constitucional consuetudinaria (costumbre extrajudicial) derogatoria de ese texto sancionado en 1853». Por nuestra parte, también sostuvimos la misma idea en un trabajo anterior al presente, donde comprobamos que ha habido un *abandono* comunitario, prolongado y ya firme, de los artículos constitucionales tocantes al juicio por jurados.

Ahora bien: tratándose de cláusulas constitucionales de tipo *programático*, conviene alertar que parte de la doctrina niega que pueda operarse, en cuanto a ese tipo de prescripciones, la derogación por vía consuetudinaria. Si una norma constitucional —se dice— tiene suspendida su *eficacia* (al ser programática y nada más) hasta tanto el legislador la regule e implemente, quiere decir que dicha norma no entra todavía en «acción» y por tanto, mal podría plantearse una «inacción» o «ataque» consuetudinario, que la derogase sociológicamente. Humberto Quiroga Lavié, y con especial referencia al problema del juicio por jurados, escribe al respecto: «Lo que aquí se afirma es que la *ineficacia* de las normas programáticas no afecta su *eficacia*, pues dichas normas no pueden ser ineficaces mientras no se haya cumplido la condición constitucional» (de puesta en práctica).

No obstante esa valiosa opinión, hemos reputado por nuestra parte que si el legislador no instrumenta la cláusula programática durante un lapso considerable, que exceda notoriamente lo razonable según la materia que se enfoque, hay un desuso legislativo de no aceptar la concreción de la norma constitucional programática. En otros términos, la consuetudinaria praxis legislativa (por desobediente omisión o inacción), afecta la eficacia de la directriz constitucional que manda al legislador hacer algo, y cae entonces a la norma programática.³⁹

3.2.1. *Quid de las consecuencias derivadas de su eventual desuetudo*

Si aceptásemos la tesis de la pérdida de eficacia por desuetudo de las normas constitucionales referidas al juicio por jurados, se desprenderían las siguientes consecuencias:

a) la desaparición de la *obligación* del legislador de establecer el juicio por jurados (artículo 24), del *deber* del Congreso de dictar las leyes tendientes a implementarlo en toda la Nación (artículo 75, inciso 12) y de las disposiciones que ordenan que *todos los juicios criminales ordinarios* tengan que diligenciarse por jurados (artículo 118);⁴⁰

aunque el texto constitucional intentara autodefenderse, prohibiendo tajantemente y por anticipado su vulneración por el derecho consuetudinario, este disolvería incluso —al restarle eficacia, por medio de costumbre derogatoria— a la cláusula constitucional prohibitiva de la desuetudo» y remite a su trabajo «El concepto de legitimidad de la «interpretación constitucional mutativa», publicado en *ED*, 88, p. 869.

³⁹ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 912-913.

⁴⁰ *Ibidem*.

b) tal derogación consuetudinaria no impide que el Congreso implante, en el ámbito de las atribuciones establecidas por el artículo 75, incisos 12, 30 y 32, el juicio por jurados, sea en lo penal o en otras materias en el ámbito federal, y que las provincias lo hagan también en sus ámbitos;⁴¹

c) si una ley del Congreso nacional implantara el juicio por jurados en materia criminal para toda la República y en los órdenes nacional y provincial, podría ser constitucional o inconstitucional, según la posición que predomine. Al respecto, Bidart Campos da pie a sostener que, si los órganos del poder pueden reaccionar contra el derecho consuetudinario derogatorio de una norma constitucional, esa ley regulatoria del jurado sería constitucional.⁴² Por el contrario, Sagüés opina que ya no sería constitucional dictar una norma como la indicada, pues violentaría las normas constitucionales en vigor y eficaces, no derogadas, concernientes a la normal división de reglas de fondo (para la Nación) y reglas de procedimiento y organización de tribunales (para las provincias, y para la Nación solo en su ámbito *federal y nacional*): artículo 75, inciso 12, *in limine*.⁴³

4. El juicio por jurados en la jurisprudencia de la Corte nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre el alcance de las previsiones constitucionales sobre juicio por jurados en tres oportunidades, en casos en que ciertos procesados iban a ser juzgados por la justicia ordinaria y a través de jueces técnicos y argumentaron la falta de jurisdicción de tales magistrados.

Relatando tales casos, comenta Nazareno:

Ante una defensa de falta de acción opuesta por un procesado con apoyo en que la Constitución le asegura que sólo podía ser acusado ante el jurado, la Corte Suprema resolvió el 7 de octubre de 1911 que la carta magna no impuso al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que no impuso término perentorio para la reforma de la legislación. El Alto Tribunal agregó otra reflexión de mayor significación, puntualizando que del artículo 102 no se desprende que la creación del jurado sea obligatoria en la Capital Federal y que, en todo caso, la ley regulatoria de los procedimientos penales (ley 483 —ADLA, 1852-1880: 936—) ha aceptado implícitamente las organizaciones judiciales preexistentes (*Fallos*, 115: 92).

Dos décadas después, el 22 de marzo de 1932, la Corte reiteró su doctrina ante un planteo similar, pero no en toda su extensión sino solo con referencia a que no pesaba el deber del Congreso de proceder de inmediato a establecer el juicio por jurados, abandonando el argumento fundado en la no obligatoriedad de la prescripción constitucional (*Fallos*, 165: 258). En 1947, la Corte continuó manteniendo su doctrina

⁴¹ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit. pp. 912-913.

⁴² Germán J. Bidart Campos: *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 143-144.

⁴³ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., p. 913.

de la no inmediatez del mandato constitucional dado al legislador (*Fallos*, 208: 21 y 225; *LL*, 47-3 y 48-159).⁴⁴

Comentando tales fallos, indica Sagüés: en *Vicente Loveira c. Eduardo T. Mulhall s/injurias y calumnias*, resuelto por la Corte Suprema el 7.12.1911, se indicó que las normas constitucionales referidas al establecimiento del juicio por jurados «no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación» (*Fallos*, 115: 92) Inclusive, el alto tribunal consideró que de los propios términos del artículo 118 se desprende que la creación del jurado no es obligatoria en la Capital Federal.

Este criterio fue reiterado en *Valentín Santa María c. Eduardo T. Mulhall s. injurias y calumnias* (*Fallos*, 115: 92); *Ministerio Fiscal c. Director del Diario La Fronda s. desacato* (*Fallos*, 165: 258) y décadas después en los casos *Tribuna Democrática* (*Fallos*, 208: 21) y *Tieffemberg* (*Fallos*, 208: 225).

De estos pronunciamientos, para cierta doctrina se desprende que la propia Corte valoró que «la labor del legislador no estaba sometida a la vigencia de términos constitucionales perentorios» (Pina), mientras que para otra los pronunciamientos trasmutaron el anhelo ferviente y terminante de la Constitución en una simple aspiración o promesa (De Vedia), en una verdadera interpretación constitucional mutativa, promotora o reconociente de una mutación constitucional.⁴⁵

5. El Congreso ante el juicio por jurados

Como se expresó *supra*, han sido realmente escasos los proyectos tratados por el Congreso en los ya más de ciento cincuenta años de vigencia de nuestra carta magna

⁴⁴ Apunta además el autor que: «si bien la Corte ulteriormente no reiteró el argumento de la no obligatoriedad de las normas constitucionales, parece claro que no fue suficientemente ahondada la extensión de la regla reconocida de la “no inmediatez” y que, por el contrario, fue repetida dogmáticamente en los fallos posteriores, pues si bien podría aceptarse —reitero que afirmo “podría”— dicha proposición en 1911, el Tribunal debería haber fundado la razón por la cual consideró 35 años después que aquella regla hermenéutica debía ser mantenida. De no ser así y si se reiterara periódicamente la primera conclusión, la no inmediatez terminaría convirtiéndose, aun sin reconocerlo lingüísticamente, en la no obligatoriedad que el propio Tribunal descartó en sus pronunciamientos posteriores a 1911. Sólo como una pauta indicativa sobre la menor importancia que el Tribunal parece haberle asignado a la cuestión, cabe resaltar que en 1947 se remitió derechamente a los precedentes sin agregar ninguna otra consideración como si se tratara de una de las denominadas cuestiones constitucionales “insubstanciales” y que en la publicación oficial de *Fallos* realizada entonces por los Secretarios del Tribunal, la doctrina aparece en un mero sumario sin constar el texto completo de la sentencia como habitualmente se realiza, por lo menos, con las decisiones de regular trascendencia» (Julio S. Nazareno, «El proceso penal abreviado y el juicio por jurados», en *LL*, 1997-E, p. 1431).

⁴⁵ Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., p. 913.

respecto de la implantación del juicio por jurados en el país, conforme surge de la propia información oficial brindada por el Congreso.⁴⁶ Incluso, ese vacío se observa también en las iniciativas presentadas en los ámbitos provinciales.⁴⁷

⁴⁶ El listado que surge de la página web de la Cámara de Diputados de la Nación, si bien parecería abundante, no lo es tanto si se considera el tiempo transcurrido desde la aprobación de las tres cláusulas constitucionales involucradas. En síntesis, los proyectos registrados son los siguientes:

— 1870 (Expte. 00009-S-1870). Establecimiento del juicio por jurados en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal.

— 1873 (Expte. 00005-PE-1873). El Poder Ejecutivo nacional presenta un proyecto de ley por el que solicita se lo autorice a hacer imprimir los proyectos de ley sobre organización de los jurados y de enjuiciamiento en las causas criminales de jurisdicción nacional.

— 1884 (Expte. 0050-PE-1884). Mensaje y proyecto de ley estableciendo la vigencia del juicio por jurados.

— 1884 (Expte. 00040-D-1884), Posse. Solicita permiso para continuar en la comisión de estudio del Código de Procedimientos y el enjuiciamiento por jurados.

— 1884 (Expte. 00050-D-1884), Ortiza y Cárcano. Proyecto autorizando al Poder Ejecutivo para abonar de rentas generales \$ 12.000 m/n a la comisión revisora de los proyectos de Códigos de «Procedimientos en Materia Penal» y de «Enjuiciamiento por Jurados».

— 1987 (Expte. 2936-D-87), Corzo y Romero. Proponen designar una comisión para redactar un anteproyecto de ley que establezca el juicio por jurados en los procesos penales que tramiten ante la justicia nacional y un anteproyecto de reforma del código de procedimientos en lo criminal. Integración: tres abogados y tres legisladores; plazo para dictaminar: 180 días; expresión de las bases del sistema en fundamentos.

— 1989 (Expte. 0272-S-89), Rivas. Declaración de interés nacional de la «Jornada sobre el nuevo procedimiento penal. Oralidad». Juicio por jurados, 14.9.1989.

— 1992 (Expte. 4202-D-92), Hernández. Régimen de juicio por jurados. Creación, requisitos, inhabilidades, excusación, integración para causas criminales y correccionales, padrón general, sorteo, recusación, citación, sanciones, instrucciones, incorporación, debate, censura del debate, veredicto, reserva de opinión, acta de la sesión, debate posterior, influencia, resarcimiento, sanciones, sentencia, casación, revisión.

— 1993 (Expte. 2721-D-93), Berhongaray. Juicio por jurados para las causas tipificadas como delitos de administración pública que se tramiten por el fuero federal o común de la Capital Federal. Enumeración de delitos; competencia y régimen del juicio; miembros del jurado: requisitos, personas excluidas, inhabilidades, excusación; integración y constitución del jurado; juicio; recurso de revisión; presión sobre el jurado.

— 1994 (Expte. 1964-D-94), Hernández. Régimen de juicio por jurados (reproducción del expediente 4202-D-92).

— 1995 (Expte. 1766-D-95), Balestrini. Régimen regulatorio del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. Reglamentación de los artículos 114 y 115 de la Constitución nacional; composición y conformación; atribuciones del Consejo; organización y funcionamiento; consejeros; Jurado de Enjuiciamiento: composición y conformación, procedimiento y sentencia, disposiciones transitorias.

— 1995 (Expte. 0606-S-95), Romero Feris. Enjuiciamiento por jurado de las causas criminales con pena superior a diez años de prisión o reclusión; integración del jurado: doce ciudadanos, sorteo de los jurados, selección, interrogatorio, carga pública, instrucción a los jurados, prueba, deliberación, veredicto.

— 1995 (Expte. 0649-S-95), Alasino. Delitos contra el honor: régimen de juicio por jurados en toda causa que en el ámbito de la Capital Federal verse sobre dichos delitos previstos en el título II, libro

segundo del Código Penal. Requisitos para ser jurado, excusaciones, recusaciones, audiencias, alegato, deliberación, votación, veredicto, absolucón, condena, aplicaci3n supletoria de las disposiciones del C3digo Procesal Penal de la Naci3n.

— 1996 (Expte. 1976-S-96), Meneghini, L3pez, Usandizaga. Proponen declarar de inter3s nacional la conferencia internacional «Juicio por jurados», a realizarse en la ciudad de Buenos Aires entre el 27.10 y el 1.11.1996.

— 1997 (Expte. 0085-S-97), Romero Feris. Instituye el juicio por jurados (reglamentaci3n del art3culo 24 de la Constituci3n nacional). (Reproducci3n del expediente 0606-S-95.)

— 1997 (Expte. 0927-S-97), Solana. Establece el juicio por jurados en las causas criminales en las cuales se le impute al acusado un delito al que corresponda una sanción cuyo máximo sea superior a diez años de prisi3n y causas en las cuales se le impute a un funcionario o empleado publico cometer un delito en el desempeñ de su cargo al que corresponda una sanción cuyo máximo sea superior a cinco años de prisi3n; atribuciones; composiciones; juramento; jurados: derecho, deber, requisitos, personas excluidas, exenciones, retribuci3n, inmunidad, incumplimiento de deberes, jurados suplentes; lista general de jurados: notificaciones, publicaci3n; selecci3n del jurado: listas, recusaciones, citaci3n, audiencia de selecci3n; procedimiento: juramento e indicaciones al comienzo de la audiencia, determinaci3n de las instrucciones, preguntas y veredicto, indicaci3n de instrucciones y preguntas, deliberaci3n, aclaraci3n sobre las instrucciones, votaci3n, registro de las audiencias, audiencia y resoluci3n posterior.

— 1997 (Expte. 1849-S-97), Alasino. Propone el juicio por jurados para causas que en el ámbito de la Capital Federal versen sobre delitos contra el honor. Casos en que entiende, cuestiones que juzga, capacidad para ser jurado, excusaciones, recusaciones, fijaci3n de audiencia de debate, lista para la selecci3n del jurado, audiencia de selecci3n, indicaciones al comienzo de la audiencia, alegato de presentaci3n, instrucciones, deliberaci3n, aclaraci3n sobre las instrucciones, votaci3n, veredicto, registro de las audiencias, absolución, condena.

— 1997 (Expte. 0934-D-97), Carri3, Fayad, Carca. Régimen para el juicio por jurados en procesos penales. Jurados: requisitos, inhabilidades, excusaci3n; integraci3n del tribunal; padr3n general; sorteo; recusaci3n; citaci3n; sanciones; instrucciones; incorporaci3n; debate; censura del debate; veredicto; deliberaci3n; pronunciamiento del veredicto; reserva de opini3n; acta de la sesi3n; debate posterior; sentenci3; casaci3n; revisi3n.

— 1997 (Expte.3423-D-97), Maqueda. Proyecto de ley de ética publica. Objeto; sujetos comprendidos: Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo; deberes y obligaciones; incompatibilidades; sanciones; declaraci3n jurada; regalos; creaci3n de la Comisi3n Nacional de Ética Pública: integraci3n, funciones; juicio por jurados para delitos cometidos en el ejercicio de la funci3n publica.

— 1997 (Expte. 4916-D-97), Carrara. Régimen del juicio por jurados. Enumeraci3n de delitos a ser juzgados por tribunales de jurados; capacidad y condiciones para ser jurados; integraci3n, convocatoria, plazos; jurado de acusaci3n; juicio y jurado de enjuiciamiento; debate y pruebas; apelaciones; informaci3n; difusi3n y financiamiento del juicio por jurados.

— 1997 (Expte. 5219-D-97), Carri3, Carca, Garr3. Régimen de juicio por jurado (reglamentaci3n del art3culo 24 y del inciso 13 del art3culo 75 de la Constituci3n nacional) para los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusaci3n concedido a la C3mara de Diputados y al Consejo de la Magistratura ser3n juzgados por un tribunal de jurados; requisitos para ser jurado, inhabilidades, excusaci3n, integraci3n del jurado, padr3n, sanciones, debate, veredicto, deliberaci3n, reserva de opini3n, sentenci3, casaci3n, revisi3n.

— 1997 (Expte. 6457-D-97), Maqueda. Régimen legal del juicio por jurados. Creaci3n del régimen legal de juicio por jurados para el juzgamiento de los delitos contenidos en el C3digo Penal en los títulos II «Delitos contra el honor», III «Delitos contra la honestidad», V «Delitos contra la libertad»,

VII «Delitos contra la seguridad pública», VIII «Delitos contra el orden público», IX «Delitos contra la seguridad de la Nación», X «Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional», XI «Delitos contra la Administración pública» y XII «Delitos contra la fe pública»; competencia, requisitos para ser jurado, inhabilitados, incompatibilidades, excusaciones, integración, padrón, sorteo, recusaciones, sanciones, instrucciones, retribución, incorporación, juramento, debate, producción de la prueba, veredicto, deliberación, votación, pronunciamiento del veredicto, reserva de opinión, acta, determinación de las sanciones.

— 1998 (Expte. 2838-D-98), Pichetto. Régimen de juicio por jurados (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). Competencia, función, requisitos, incompatibilidades, inhabilidades, padrón de jurados, viáticos, inhibición y recusación, debate, veredicto, recurso de casación.

— 1999 (Expte. 0202-S-1999), Romero Feris. Institución del juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 0085-S-97.)

— 1999 (Expte. 1159-D-1999), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 5219-D-97.)

— 2001 (Expte. 1234-D-2001), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 1159-D-99.)

— 2001 (Expte. 0394-S-2001), Romero Feris. Institución del juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 0202-S-99).

— 2003 (Expte. 1546-D-2003), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 1234-D-01.)

— 2003 (Expte. 2314-S-2003), Yoma. Régimen de juicio por jurados, conforme lo dispuesto en los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional.

— 2003 (Expte. 3375-S-2003), Capitanich. Código penal sobre delitos no convencionales.

— 2004 (Expte. 1052-D-2004), Zamora, Brasi. Juicio por jurados a los crímenes de lesa humanidad de la triple A y de la dictadura, anulación y derogación de los decretos de indulto, apertura inmediata de oficio de todas las causas.

— 2004 (Expte. 1893-D-2004), Vanossi. Establecimiento del juicio por jurados para delitos contra el honor: ámbito de aplicación; elección, funciones, obligaciones y excusación de los miembros del jurado.

— 2004 (Expte. 2079-D-2004), Camaño. Régimen de juicio por jurados (reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional).

— 2004 (Expte. 2187-D-2004), Romero, Irrazábal, Daza, Córdoba, Mongelo, Esteban, Godoy, Llambí. Régimen de juicio por jurados, cumplimiento de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional.

— 2004 (Expte. 2418-D-2004), Ritondo. Régimen de juicio por jurados (reglamentación artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional).

— 2004 (Expte. 2901-D-2004), Damiani. Proceso penal.

— 2004 (Expte. 3399-D-2004), Ruckauf. Régimen de juicio por jurados (artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional).

— 2004 (Expte. Senado 0214-PE-2004, mensaje 0743/04), Kirchner, Fernández, Béliz. Régimen de juicio por jurados.

— 2004 (Expte. 3898-S-2004), Castillo. Juicio por jurados (reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional).

La cuestión es doblemente grave si se considera que hasta la reforma de 1994 la obligación de regular recaía sobre el Congreso tanto para el ámbito nacional como para el de la Ciudad de Buenos Aires.⁴⁸

Al evaluar los antecedentes más relevantes —incluyendo los presentados formalmente al Congreso y otros publicados que no tuvieron tratamiento legislativo—, Bianchi, Falcón, Lemon, Mooney, Gerome, Cavallero y Hendler⁴⁹ destacan a los siguientes.

— 2004 (Expte. 7507-D-2004), Polino, Bösch de Sartori, Walsh, González, Rivas, Di Pollina, Maffei, De Brasi, Monteagudo, Basteiro, Barbagelata, García, De Nuccio. Consulta popular sobre la implementación del sistema del juicio por jurados.

— 2005 (Expte. 0251-D-2005), Garré, Filomeno, Ferrigno. Régimen de juicios por jurados: establecimiento en todas las jurisdicciones penales del país. (Reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional.)

— 2005 (Expte. 5123-D-2005), Richter. Proyecto de declaración para expresar beneplácito por la realización del primer juicio por jurados, iniciado en la localidad de San Francisco, provincia de Córdoba.

— 2006 (Expte. 0407-D-2006), Romero. Régimen de juicio por jurados, cumplimiento de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional. (Reproducción del expediente 2187-D-04.)

— 2006 (Expte. 1150-D-2006), Vanossi. Establecimiento del juicio por jurados para delitos contra el honor: ámbito de aplicación; elección, funciones, obligaciones y excusación de los miembros del jurado. (Reproducción del expediente 1893-D-04.)

— 2006 (Expte. 1228-D-2006), Camaño. Régimen de juicio por jurados; reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional (reproducción del expediente 2079-D-04).

— 2006 (Expte. 1403-D-2006), Ritondo. Régimen de juicio por jurados (reglamentación de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 2418-D-04.)

— 2006 (Expte. 4907-D-2006), Ruckauf. Régimen de juicio por jurados. (Reglamentación de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional.)

⁴⁷ Entre ellos, merece destacarse el proyecto del procesalista Dr. Tomás Jofré, de 1919, presentado por él ante la legislatura de la provincia de Buenos Aires cuando fue legislador, y por el cual se establecía el juicio por jurados en materia criminal en tal provincia, el que no fue tratado por el cuerpo (*JA*, tomo III, sección Legislativa, p. 55), y el proyecto del Dr. Jorge Albarracín Godoy, de 1937, realizado con la colaboración de Eduardo Augusto García —propulsor importante de esta idea en el país— presentado ante la Cámara de Diputados de Mendoza, que refería a un proyecto de ley sobre el juicio por jurados en materia criminal. Actualmente se están realizando juicios por jurados en materia penal en la provincia de Córdoba.

⁴⁸ A este respecto puede mencionarse la presentación del proyecto del Dr. Juan Amadeo Oyuela, en 1930, a través del cual se proponía el juicio por jurados en lo criminal para la justicia ordinaria de la Capital Federal.

⁴⁹ Alberto B. Bianchi: *El juicio por jurados...*, o. cit., pp. 21-37; Enrique M. Falcón; «*El juicio por jurados*», en *Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, Medidas cautelares, 1998, pp. 513-523; Alfredo E. Mooney: «El juicio por jurados...», o. cit., pp. 864-865; Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., p. 44 ss.; Ricardo J. Cavallero y Raimundo S. Hendler: *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988, p. 62; Eduardo Gerome: «La conveniencia del juicio por jurados», en *LL*, 1996-B, 1211.

5.1. *Proyecto Florentino González-Victorino de la Plaza (1873)*

Este proyecto se gestó como consecuencia del aprobado por ambas Cámaras el 30 de setiembre de 1871,⁵⁰ que en su artículo 10 estableció:

El Poder Ejecutivo nombrará una comisión de dos personas idóneas que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal, debiendo someterla a la consideración del Congreso en las primeras sesiones del próximo período legislativo.

El Poder Ejecutivo lo promulgó (ley 483), y en consecuencia designó a los doctores Victorino de la Plaza y Florentino González, quienes en 1873 comunicaron al ministro de Justicia la confección de dos proyectos con una importante exposición de motivos y basado en los antecedentes ingleses y norteamericanos: uno sobre organización y funcionamiento de jurados (de 47 artículos) y otro sobre procedimiento penal (de 786 artículos). Sin embargo, el Congreso de la Nación no los trató, debido a que se desató una intensa campaña periodística en su contra.

5.2. *Proyecto del Dr. José Domínguez (1883)*

Este proyecto, que constaba de 125 artículos, estaba previsto para ser aplicado en la Capital Federal, pero no tuvo tratamiento legislativo.

5.3. *Proyecto de los Dres. Carlos Rodríguez Larreta, Rafael Herrera Vegas, Federico Ibarguren y Carlos Octavio Bunge (1894)*

Al igual que el anterior, el proyecto se refería a la Capital Federal y era solo aplicable a los delitos de calumnia e injuria.⁵¹

5.4. *Proyecto del Dr. Julián L. Aguirre (1910)*

El penalista autor del proyecto lo publicó para que fuera tenido en cuenta, buscando la implantación del juicio por jurados en todo el país, pero no tuvo tratamiento legislativo.

5.5. *Proyecto del Dr. Enrique Del Valle Iberlucea (1920-1932)*

Este senador nacional presentó un proyecto de ley —que no fue tratado— que constaba de 86 artículos, por el cual se pretendía establecer el juicio por jurados para todo el país —aplicable tanto en el fuero federal como en el fuero común— y para las causas criminales y correccionales.

⁵⁰ *Diario de Sesiones del Senado*, 1871, p. 280.

⁵¹ Se encuentra publicado en la *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, 1895, p. 397.

En 1932, la bancada socialista de la Cámara de Diputados de la Nación presentó nuevamente el proyecto de Del Valle Iberlucea, con una nueva exposición de motivos.

5.6. Proyecto de Natalicio Carvajal Palacios (1953)

Si bien la Constitución de 1949 había borrado el juicio por jurados, el ministro de Justicia Carvajal Palacios igualmente preparó un proyecto que no tuvo tratamiento parlamentario.

5.7. Proyecto de los diputados nacionales Julio César Corzo y Carlos Alberto Romero (1988)

En marzo de 1988 fue presentado a la Cámara de Diputados de la Nación este proyecto, que propiciaba la creación de una comisión de tres abogados y tres legisladores (dos diputados y un senador) para la redacción de un anteproyecto de reforma al Código de Procedimientos en lo Criminal que contemplara el juicio por jurados partiendo del modelo anglosajón.

5.8. Proyecto Maier-Binder (1988)

En mayo de 1988, el Poder Ejecutivo ingresó un proyecto en la Cámara de Diputados, elaborado por los doctores Julio Maier y Alberto Binder por encargo de la Secretaría de Justicia y el Consejo para la Consolidación de la Democracia,⁵² por el cual se reformaba el Código Procesal Penal de la Nación, introduciendo el sistema de enjuiciamiento oral y público, y modificando la organización de la justicia penal y el Ministerio Público.

La exposición de motivos que acompaña al proyecto hace hincapié en el carácter integral de la reforma y en el demorado cumplimiento de las cláusulas constitucionales referidas al jurado;⁵³ apunta a la transparencia y a la democratización; opta

⁵² Este texto puede encontrarse en la *Revista de Doctrina Penal*, año 11, 1988, n.º 42, pp. 340-383.

⁵³ «[...] Se pretende pasar de un procedimiento y de una organización judicial, que hunde sus raíces en una concepción política autoritaria —el derecho penal colonial era fruto de la Inquisición española— a un sistema de enjuiciamiento propio de una república democrática y a la organización judicial correspondiente».

«[...] El estado actual de las estructuras judiciales en materia penal, caracterizado por su apego a las formas burocráticas de proceder, propias de la Inquisición, no responde, ni política ni prácticamente, a los principios que gobiernan la administración de justicia penal de una república democrática. La simbiosis que existe entre procedimiento y organización judicial torna ilusorio pretender la conversión a un procedimiento penal republicano de estructuras pensadas y formadas para llevar a cabo un procedimiento autoritario e inquisitivo. La experiencia demuestra que cuando varió el sistema procesal, sin

por el modelo escabinado inspirado en el sistema alemán, con tribunales de cinco o tres miembros según se trate de causas criminales o correccionales distinguidas según la mayor o menor gravedad de los delitos a entender, integrándose con dos legos (ciudadanos entre 20 y 75 años en pleno ejercicio de sus derechos políticos, sorteados del padrón electoral) en el tribunal criminal y uno en el de competencia correccional, según tengan cinco o tres integrantes cada uno respectivamente, y con conjueces (abogados de la matrícula sorteados del padrón del Colegio de Abogados). Así, cuando el jurado es de cinco miembros, se integra con dos jueces profesionales, un conjuer letrado y dos jurados; y cuando es de tres, con un juez profesional, un conjuer letrado y un jurado. Se contempla la posibilidad de impartir *instrucciones de carácter general* a los integrantes del jurado por un «*secretario del Tribunal*, en el momento de tomarse el juramento, y se prevén cursos de capacitación para ir *perfeccionando el funcionamiento* del instituto en el futuro.

5.9. Proyecto del diputado Vanossi (1986)

El proyecto modificaba el Código Procesal Penal de la Nación, introduciendo el juicio por jurados para los delitos contra el honor, el cual procedería luego de resueltas ciertas cuestiones preliminares. El número de jurados era de 14 titulares y 4 suplentes, obtenidos de listados elaborados por la Corte Suprema de entre personas de 30 y 65 años, quienes debían reunir ciertos requisitos mínimos y para quienes la designación constituía una carga. Los jurados resolvían sobre los hechos y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. El juez podía interrogar a los jurados sobre agravantes o atenuantes. El veredicto debía ser adoptado por unanimidad y si había varios cargos, el voto debía ser separado por cada uno de ellos, siendo la resolución inapelable.

5.10. Proyecto del diputado Antonio M. Hernández (1992-1994)

El proyecto se organizó con base en el Código Procesal Penal de la Nación, estableciendo el juicio por jurados para todos los delitos. Los jurados, nueve para las causas criminales y seis para las correccionales, eran ciudadanos de entre 21 y 70 años sorteados del padrón electoral, resarcidos por el Estado por su labor. Se admitía su recusación, pero la excusación solo podía atenderse por motivos legítimos. Toda la prueba se produciría en una audiencia, sin que pudiera hacerse valer la de la instrucción salvo imposibilidad de hecho para su reproducción; para determinar la

un cambio equivalente en la organización judicial, las viejas prácticas, enquistadas en la rutina de las estructuras burocráticas, terminaron por decolorar el cambio pretendido, impidiendo el desarrollo total de los principios que lo inspiraron. Este cambio cualitativo no se puede expresar con unos pocos principios, sino a través de la reforma intentada [...]». (Cf. Exposición de motivos, pp. 340-341.)

culpabilidad se requerían dos tercios de los votos, y para la inocencia, simple mayoría sobre la totalidad de los miembros. La resolución era inapelable y, si se determinara culpabilidad, se preveía un debate posterior donde se discutía la pena, las medidas de seguridad, etcétera.

5.11. Proyecto Hendler (1994)

Se trataba de un proyecto sustancialmente similar al del senador Alasino, pero la opción del jurado era voluntaria para el procesado, y habiendo varios en desacuerdo, debían hacerse dos procesos, y se aplicaba para los delitos que tuvieran un máximo previsto de más de diez años. Por otro lado, difería en que existía una posibilidad más amplia de recusación. El veredicto se debía dictar por unanimidad si la condena fuese mayor de quince años y por mayoría de dos tercios si fuera menor. Si no se lograban las mayorías necesarias, se anulaba el proceso y debía realizarse otro.

5.12. Proyecto del senador Alasino (1995-1997)

El proyecto era similar al anterior, pero actualizado luego de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación. Difería principalmente en el número de jurados, que eran doce, seleccionados en una audiencia especial con participación de las partes —que podían recusarlos— de entre los veinte sorteados. Al jurado se le expedían instrucciones preliminares, que podían ser distintas si había diferentes cargos. Se daban otras instrucciones una vez terminada la audiencia, y al veredicto sobre los hechos y la culpabilidad se arribaba por mayoría simple, en votación por sí o por no.

5.13. Proyecto del diputado Maqueda (1997)

El proyecto se incorporaba en un proyecto de ley de ética pública, e instauraba los jurados para delitos cometidos por funcionarios públicos en su cargo. Los jurados tenían entre 30 y 65 años, eran recusables y era admisible la excusación fundada, pues era una carga pública. Los jurados eran doce, el veredicto se daba sobre los hechos, con lo cual se decidía sobre culpabilidad o inocencia, incluyendo agravantes y atenuantes. El veredicto requería de dos tercios para determinar la culpabilidad, y para la inocencia bastaba con la simple mayoría sobre la totalidad de los miembros. Los jurados podían pedir la reapertura del debate y en caso de empate se aplicaba la regla *in dubio pro reo*.

5.14. Proyecto Levene (1998)

A comienzos de 1998, el Ministerio de Justicia envió al Poder Ejecutivo un proyecto de ley sobre juicio por jurados que estaba previsto solo para ciertos delitos (los

reprimidos por los artículos 79; 80; 124; 142 *bis* último párrafo; 144 tercero, inciso 2.º; 144 cuarto; 165; 186, inciso 5.º; 190, tercer párrafo, si se ocasionare la muerte; 191, inciso 4.º; 200, último párrafo; 214; 215; 216; 218; 226: 227 227 *bis* y 227 *ter*) y con carácter opcional para el acusado. Además establecía que los miembros del jurado se escogerían por sorteo del padrón electoral, con posibilidad de recusación; el debate era dirigido por un juez permanente y letrado; toda la prueba se produciría en una audiencia, sin que pudiera hacerse valer la de la instrucción salvo imposibilidad de hecho para su reproducción; la deliberación de los jurados, sobre los interrogantes que debían responder (si los hechos configuraban delitos y si el acusado era culpable o inocente) se hacía en sesión secreta; para determinar la culpabilidad eran necesarios dos tercios de los votos, y para la inocencia, simple mayoría sobre la totalidad de los miembros; se establecía el deber de secreto sobre los miembros del jurado sobre la opinión y votación, y se preveían sanciones para los supuestos de influencia, presión o inducción sobre los jurados; se admitía división del debate en veredicto sobre culpabilidad y eventualmente sobre la determinación de la pena, y se preveía el recurso de casación contra la sentencia del jurado en tres supuestos concretos.

5.15. *Proyectos posteriores (1998-2006)*

Conforme surge de la información volcada *supra*,⁵⁴ después de 1998 han sido presentados alrededor de treinta proyectos. Por cuestiones de espacio editorial omitimos analizarlos, sin que afecte el sentido de este trabajo, pues en ellos básicamente se reprodujeron, con algunas diferencias no sustanciales, los criterios volcados en los aquí evaluados.

6. Conclusiones

El juicio por jurados es una institución con raigambre constitucional de antigua data, respecto de la cual puede predicarse muchos argumentos a favor y que sin duda alguna tiene el alto valor de permitir al pueblo participar activamente en las decisiones judiciales, especialmente en aquellas de índole penal, donde se encuentran en juego bienes tan preciados como la libertad y la integridad (física y moral) de las personas sometidas a proceso penal.

La recepción constitucional del instituto en la Argentina ha sido abundante —tanto en el plano federal como en los locales—, pero su efectivización hasta el momento ha quedado limitada a unos pocos estados federados.

⁵⁴ Véase el listado en nota 46, del cual surge la presentación de casi una treintena de proyectos al respecto.

Nuestra Constitución nacional establece un deber de instaurarlos en materia penal, y para toda la República, pero el largo tiempo transcurrido desde 1853 hasta la fecha sin que ello ocurriera permite a cierta parte de la doctrina sostener que tal obligación ha caducado. Y aun cuando esto fuera así —afirmación que no compartimos—, ello no implica que ahora sea inconstitucional su implantación. En todo caso podría sostenerse que quedó suprimida la obligación para el Congreso de incorporar a los jurados a la legislación procesal penal, pero no su facultad de hacerlo. Y de hecho, el —aunque escaso y espasmódico— ejercicio de las iniciativas legislativas de senadores, diputados, y hasta del Poder Ejecutivo, demuestra que es una materia pendiente. Tal vez de la mano de la oralidad —que gradualmente se va implementando en el plano federal y en el de los estados federados— llegará el día que los jurados tengan plena vigencia en toda la República.

En la democracia del cacerolazo y de los piquetes, el juicio por jurados se presenta, además, como una opción más que interesante para introducir cambios en la justicia mucho más que estéticos y promover mecanismos que, si bien ya existían en la más pura democracia representativa, aparecen como una alternativa mucho más que válida en el nuevo paradigma de la democracia participativa de la que es tributaria nuestra Constitución desde su última reforma.

Eduardo R. Graña*

El diseño del Poder Judicial

1. En 1853, la Nación Argentina decidió afrontar por tercera vez un desafío de singular trascendencia, luego de los frustrados intentos de 1819 y de 1826: sancionar una Constitución.

Aquel momento histórico significó la reinscripción de la Argentina en el proceso constitucional, al que Sagüés caracteriza como el proyecto político-jurídico cuya meta es la de establecer en cada Estado un documento normativo —la Constitución— con determinadas características formales (un texto preferentemente escrito, orgánico, con supremacía sobre las demás reglas del derecho) y de contenido (en cuanto organiza la estructura fundamental del Estado, define sus fines y enuncia los derechos de sus habitantes).¹

Aunque el momento inicial de este movimiento se identifica tradicionalmente con las revoluciones norteamericana de 1776 y francesa de 1789, Bidart Campos señala que en la República Argentina no se registró un simple *epifenómeno* de aquellos acontecimientos, sino solamente que, cuando se produjo la organización

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Director académico de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor titular de la Maestría en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Teoría del Estado, y de Derecho Constitucional (Universidad de Belgrano), y de Historia de las Instituciones Políticas (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales).

¹ Néstor P. Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 1.

constitucional de 1853, esta organización se moldeó en la tipología del constitucionalismo contemporáneo.

Quiere decir que, encarrilado el proceso político por el cauce propio de nuestro medio, y supuesto el ingreso de muchísimos contenidos a través de las fuentes que, en sentido lato, hemos de llamar históricas, la Constitución toma el perfil del constitucionalismo clásico. Nada de esto implica desconocer que la Constitución de 1853 participa parcialmente de la tipología tradicional-historicista, anidándola en una codificación que envuelve a la Constitución en la apariencia del tipo racional-normativo.²

La reinscripción de nuestro país en el proceso del constitucionalismo no se dio, entonces, en el marco de una ciega confianza en el poder de la razón humana para someter la realidad a los principios, que impulsó sus primeros pasos a fines del siglo anterior en Estados Unidos y Francia, sino en el contexto del prudente respeto por un determinado diseño en la organización del poder que los pactos celebrados en aquellos años revueltos había demostrado inmodificables. De todos modos, debería esperar hasta 1860 para alcanzar plenamente sus objetivos.

Así, por ejemplo, la forma de Estado sería inequívocamente federal y su modelo, el único disponible: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.³

2. El constitucionalismo —como régimen opuesto de la autocracia— se basa en la distribución del poder que existe cuando varios órganos independientes participan de la formación de la voluntad estatal. Ello implica que las funciones que les han sido asignadas a cada uno de ellos están sometidas al control de los restantes: el ejercicio del poder, como está distribuido, está necesariamente controlado.

Para Löwenstein, el único tipo de gobierno del constitucionalismo es la democracia constitucional, cuyas variantes actuales más comunes son el parlamentarismo y el presidencialismo.

Ambos tipos difieren —dicho esto muy sucintamente— en que el sistema presidencialista supone una división de poderes rígida porque, al ser sus titulares independientes, permanecen separados aunque están obligados por la Constitución a cooperar en la formación de la voluntad estatal. Esta conformación política implica, además, un papel de liderazgo para el Ejecutivo, que da sentido a su denominación común.⁴

Los sistemas parlamentarios, por el contrario, deben su nombre a un principio fundador distinto, es decir, al concepto de que —de alguna manera— en el Parlamento *se encarna* la soberanía; y, por lo tanto, no permiten tal separación del

² Germán J. Bidart Campos: *Historia política y constitucional argentina*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1976, p. 283.

³ Entre 1776 y 1883, por lo demás, se desarrolló un período de intensa creación constitucional en ese país en cuyo marco la mayoría de las antiguas colonias sancionó nuevas Constituciones (Delaware, Georgia, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, Nueva Jersey, Nueva York, Carolina del Norte, Pennsylvania, Carolina del Sur y Virginia), excepto dos: Rhode Island conservó su antigua carta de 1663 hasta 1842, y Connecticut la de 1662 hasta 1818.

⁴ Las restantes son la democracia directa, el gobierno de asamblea, el gobierno de gabinete y el gobierno directorial. Karl Löwenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 91 ss.

poder entre el Gobierno y el Parlamento. Su característica primordial es, entonces, que el Poder Ejecutivo-Legislativo se comparte.⁵

Nuestros convencionales de 1853 adoptaron el modelo del presidencialismo estadounidense y mantuvieron inalteradas ciertas características de su —por entonces— novedoso diseño institucional⁶ sobre las que se centrarán las siguientes reflexiones.

3. En primer lugar, como ha señalado García Pelayo, hay una clara división entre el poder constituyente y los poderes constituidos.⁷

En este aspecto, los estadounidenses se apartaron de su tradición inglesa y de su estructura constitucional flexible⁸ y, como lógica consecuencia, la Constitución elaborada debería ser rígida y establecer mecanismos destinados a garantizar su supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Como dice Quiroga Lavié, si no hay control de constitucionalidad de las disposiciones legales de jerarquía inferior,

la supremacía es un simple enunciado y la Constitución dejaría de ser rígida, pues podría ser modificada por los poderes ordinarios del Estado al dictar normas o actos que se opusieran a lo prescrito por el vértice del ordenamiento jurídico. De esta forma, el control hace a la noción misma de Constitución rígida y suprema.⁹

El *corolario* del principio de supremacía derivó, en el diseño estadounidense de fines del siglo XVIII, en la necesidad de establecer una institución adicional indispensable para el funcionamiento del sistema: la decisión se inclinó por el emplazamiento de los tribunales como un verdadero poder del Estado.

4. Sin embargo, esta elección no estuvo exenta de cuestionamientos; en primer lugar, porque esa no era su tradición. Muchos preferían mantener ese control en cabeza de los propios parlamentarios o de un sector especial de ellos, como ocurría en Inglaterra.¹⁰ Pero también se argumentaba —en contra de la propuesta— que el derecho de los tribunales a declarar inaplicables actos del Congreso, aunque solo

⁵ Giovanni Sartori: *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 116.

⁶ Aunque no lo hicieran *a libro cerrado*. En este sentido, son conocidas las diecisiete diferencias de origen entre ambas Constituciones que señala Carlos Sánchez Viamonte, en *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1956, p. 80.

⁷ Manuel García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1951, p. 308.

⁸ Señala Vanossi, sin embargo, que la prudencia demostrada por los operadores británicos se concreta en una serie de recaudos que tradicionalmente se adoptan en cada oportunidad en la que se pretenden introducir reformas y, aunque no hay rigidez jurídica, sí la hay política. Jorge R. A. Vanossi: «Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad», en *La Ley*, tomo 1980-A, Buenos Aires, p. 974.

⁹ Humberto Quiroga Lavié, Miguel A. Benedetti y María N. Cenicacelaya: *Derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 551.

¹⁰ Recién en nuestros días el Reino Unido ha previsto la futura existencia de una Suprema Corte de Justicia en reemplazo de los *Lord Justices* de su Cámara alta.

cuando contrariaran la Constitución, implicaba conceder una suerte de superioridad jerárquica al Poder Judicial sobre el Legislativo.

Hamilton respondía que la superioridad jerárquica se daba, en realidad, entre el poder constituyente y los poderes constituidos y que al Poder Judicial sólo se le asignaba una función meramente interpretativa.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser esta la presunción natural en los casos en que no se desprenda de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad.

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.¹¹

En este sentido, la opción por una magistratura independiente implicaba para sus propulsores la necesidad de que el Poder Judicial sirviera de protección permanente de la Constitución y de los derechos individuales

contra los efectos que determinados malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo y que, aunque pronto ceden el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen tendencia —entretanto— a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad.¹²

¹¹ Alexander Hamilton, en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 332.

¹² *Ibidem*, p. 333.

5. La Argentina adoptó la alternativa norteamericana de la revisión judicial, es decir, el control de constitucionalidad por un Poder Judicial independiente, y, al igual que su modelo, lo hizo en forma implícita.¹³ Así, en su segunda parte, nuestra Constitución establece expresamente como autoridades de la Nación tres poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.¹⁴

Las actas de la Convención Constituyente de 1853 no son demasiado elocuentes sobre los fundamentos de ambas elecciones. Tampoco nos ilustran sobre las razones por las que no se incluyó una prescripción expresa sobre el control de constitucionalidad consecuente con el principio de supremacía, a la luz de la construcción jurisprudencial elaborada por la Suprema Corte de Justicia norteamericana a partir del fallo *Marbury vs. Madison*, de cincuenta años antes. Muestran, por el contrario, que el capítulo del Poder Judicial de la Nación (antiguos artículos 91 a 100) fue aprobado rápidamente en la sesión del 30 de abril de 1853 y algo similar ocurrió con los artículos 30 y 31, en la del anterior día 24.¹⁵

Por ello, en lo que se refiere a las atribuciones del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia sostuvo —ya en sus comienzos— que la justicia federal argentina no tiene precedentes en la legislación española, sino que es una imitación de la de los Estados Unidos.¹⁶

En reafirmación de su función en el diseño institucional, ha dicho también que los tribunales son los órganos del Estado a los que les corresponde la función de velar por el mantenimiento del doble principio de separación de poderes, preservando la distribución constitucional de atribuciones entre la Nación y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, por una parte; y, dentro de cada una de ellas, entre sus respectivos Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Esta interpretación es concordante, en este sentido, con que la esencia del sistema de gobierno en la Argentina es la limitación de los poderes de los distintos órganos. Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que aquellas que le han sido acordadas por la Constitución; y así, la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe ha sido consagrada solo

¹³ Solo a partir de 1994, la instauración del mecanismo de control de constitucionalidad se volvió explícita con la inclusión del nuevo artículo 43.

¹⁴ Su reforma en 1994 incorporó otros órganos característicos por sus competencias específicas, que funcionan en la órbita de aquellos tres poderes: la Auditoría General de la Nación (artículo 85) y el Defensor del Pueblo (artículo 86), en la del Poder Legislativo; el Jefe de Gabinete de Ministros (artículo 100), en la del Poder Ejecutivo; y el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115), en la del Poder Judicial. Reguló, asimismo, en una sección independiente al Ministerio Público (artículo 120).

¹⁵ Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: *La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Buenos Aires, 1943, pp. 207-209.

¹⁶ *Fallos*, 2: 36, entre otros.

en beneficio de los particulares y no de los poderes públicos, quienes —para actuar legítimamente— requieren de una norma de habilitación.¹⁷

La eficacia y uniformidad de tal control requiere también de la existencia de un tribunal encargado de revisar finalmente las decisiones que se dictan al respecto; que, en el régimen político argentino, es la Corte Suprema de Justicia.¹⁸ Esta ha decidido que, planteada una causa, no hay poder por encima de ella para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones entre estos entre sí, y con las provincias.¹⁹

En el ejercicio de sus facultades, ha afirmado —finalmente— que el Poder Judicial argentino es tan independiente como el Congreso y el Poder Ejecutivo en el desempeño de las que les son propias.²⁰

6. Sin embargo, los constituyentes estadounidenses no introdujeron innovaciones de entidad semejante en las facultades del Congreso, que diagramaron esencialmente sobre la base de los aportes del parlamentarismo inglés. Concordantemente, las críticas que recibía el apartamiento de la tradición consuetudinaria británica en materia judicial fueron replicadas señalando que tales innovaciones no tendrían la trascendencia que se les atribuía.

Señalaba, en tal sentido, Hamilton que:

Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.²¹

Como se ha dicho, el texto aprobado por los estadounidenses instrumentó —y no solo en esta materia— una solución de compromiso.²²

La adopción de tal modelo por la República Argentina en 1853 importó, en consecuencia, que el Poder Judicial se encuentre condicionado en el ejercicio de sus

¹⁷ *Fallos*, 318: 1967, entre otros.

¹⁸ *Fallos*, 311: 2478, entre otros.

¹⁹ *Fallos*, 318: 1967, entre otros.

²⁰ *Fallos*, 313: 863, entre otros.

²¹ Alexander Hamilton, en *El federalista*, o. cit., pp. 330-331.

²² Aunque este compromiso —que, como señala García Pelayo, era coyuntural— dio origen, sin embargo, a la Constitución más antigua que se encuentra vigente en la actualidad. Manuel García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, o. cit., p. 311.

atribuciones constitucionales por decisiones previas de los dos restantes en cuestiones tan centrales como su estructura y sus recursos.

En efecto, la facultad de adoptar tales decisiones está atribuida por la Constitución, sustancialmente, al Poder Legislativo (artículos 53; 59; 75, incisos 12 y 32; 108; 114 y 115); aunque no debe obviarse la función iniciativa y colegisladora del Ejecutivo (artículos 77 y 78), ni la circunstancia de que, para las designaciones de magistrados, el impulso corresponde al presidente de la República, con acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 4.º).

7. La Constitución menciona únicamente tres órganos del Poder Judicial. En lo que respecta a la función jurisdiccional, dispone solo que es ejercida por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que el Congreso establece en el territorio de la República (artículo 108). Crea en su órbita, asimismo, otras dos instituciones con funciones específicas de otra naturaleza, el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115).

Sin embargo, aunque fija sus respectivas atribuciones (artículos 114 a 117), no contempla la composición de ninguno de los tres órganos, por lo que la existencia misma del Poder Judicial queda diferida a acciones legislativas complementarias.

Esta técnica constitucional —que, a propósito de las dos últimas instituciones introducidas por la reforma de 1994, ha sido definida como de *textura abierta* y merecido distintas críticas—²³ se remonta, en realidad, al texto constitucional de 1860.

En efecto, el artículo 91 de 1853 disponía, por el contrario, que la Corte Suprema de Justicia estaría compuesta por nueve jueces y dos fiscales. Probablemente, el número de integrantes entonces fijado era, como se ha escrito, una exageración para los tiempos que corrían, a la luz de las dificultades sufridas para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Confederación, y se imponía una solución más prudente y modesta, que permitiera una posterior adecuación a las circunstancias, sin necesidad de producir una nueva reforma constitucional.²⁴

²³ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 215. En este sentido, se ha sugerido que la subsistencia de la redacción original del artículo 30 de la Constitución resultaría incompatible con esta facultad atribuida al órgano legislativo ordinario (Daniel A. Sabsay y José M. Onaindía: *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 113) o, en todo caso, que existirían dos mecanismos para su reforma: al del artículo citado se añadiría el que debe seguir el Congreso para *cerrar* las normas constitucionales abiertas, mediante leyes cuya sanción necesita un quórum agravado (Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., loc. cit.).

²⁴ Julio C. Oyhanarte: «Historia del Poder Judicial de la Nación», en *Todo es Historia*, n.º 61, Buenos Aires, 1972, p. 5. A partir de 1854, el presidente Justo J. de Urquiza había dictado múltiples decretos para cubrir los cargos que fijaba la norma constitucional original, pero la mayoría de los designados nunca llegó a hacerse cargo de sus funciones por diversas causas. El tribunal nunca se constituyó y fue formalmente disuelto por un decreto de 1860 del presidente Santiago Derqui.

La reforma de 1860 reemplazó aquella norma por la que rige actualmente (antiguo artículo 94), eliminando toda referencia a su integración, como ocurría en el modelo estadounidense (artículo III, sección 1); y, a partir de entonces, el número de sus miembros fue fijado por ley del Congreso, pese a que esta no fuera la tradición argentina en la materia.²⁵ Como consecuencia de esta reforma se dictó dos años después una ley que decidió que la compondrían solo cinco ministros y un fiscal.²⁶

En consecuencia, el Poder Judicial fue la última de las autoridades de la Nación en constituirse, cuando el 15 de enero de 1863 cuatro de los designados como jueces de la Corte Suprema de Justicia y el procurador general prestaron juramento ante el presidente Bartolomé Mitre.²⁷

Con relación al diferimiento a una posterior decisión legislativa de la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, se sostuvo análogamente en 1994 que —por tratarse de instituciones nuevas para la tradición argentina— establecerla en la Constitución podría haberla congelado *in æternum*, y era preferible dejar que la cuestión tuviera una suerte de *ajuste* por la propia experiencia de su funcionamiento institucional.²⁸

El proceso que inicialmente condujo a concluir el diseño de la nueva institución se dilató por un lapso mucho mayor que el que, en su momento, aparecía como suficiente para ese objeto.²⁹ La ley especial dictada por el Congreso a fines de 1997 sufrió, por lo demás, una profunda reforma nueve años después.³⁰

²⁵ Las efímeras Constituciones de 1819 y 1826 establecían en siete (artículo XCII) y nueve (artículo 111), respectivamente, el número de jueces de lo que denominaban Alta Corte de Justicia, en ambos casos, con dos fiscales.

²⁶ Artículo 6, ley 27. El número establecido en 1862 no fue alterado por las sucesivas leyes de organización de la justicia nacional hasta 1960, cuando se lo elevó a siete (ley 15271), para luego volver a cinco en 1966 (ley 16895). Finalmente, en 1990, fue fijado en su cantidad actual de nueve (ley 23774). Reformó, además, el texto anterior del decreto ley 1285/58, indicando que el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales actúan ante la Corte Suprema de Justicia y no la componen.

²⁷ *Centenario del Poder Judicial de la Nación*, Buenos Aires, Kraft, 1963, p. 3.

²⁸ Intervención del convencional Sr. Ortiz Pellegrini. Convención Nacional Constituyente, Comisión de Coincidencias Básicas, sesión del 11 de julio de 1994, versión taquigráfica, p. 14.

²⁹ En este sentido, como pauta indicativa que la Convención dispuso, por ejemplo, la caducidad del antiguo mecanismo constitucional de designación de los jueces de instancia anterior a la Corte Suprema de Justicia para una vez transcurridos trescientos sesenta días de entrar en vigencia la reforma (disposición transitoria 13.^a).

³⁰ La ley 24937 (modificada por la 24939) dispuso que el Consejo de la Magistratura estuviera integrado por veinte miembros titulares: a) el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación, de todas las instancias; c) ocho legisladores, cuatro senadores y cuatro diputados; d) cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal; e) un representante del Poder Ejecutivo; y f) dos representantes del ámbito científico y académico: un profesor titular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales, y una persona de reconocida trayectoria y prestigio, que haya sido acreedora de menciones especiales en dichos campos. La ley 26080, por su parte, estableció que, a partir del 16 de noviembre de 2006 esté compuesto por trece miembros: a) tres jueces del Poder Judicial de la Nación; b) seis legisladores, tres senadores y tres diputados; c)

8. Es también atribución del Congreso el establecimiento de tribunales de instancia anterior a la Corte Suprema de Justicia en todo el territorio de la República.

El primer antecedente en la materia se remonta a la época en que la provincia de Buenos Aires mantenía una existencia apartada de las que, por entonces, integraban la Confederación Argentina. Por la ley 182 de 1858, esta intentó organizarlo creando cinco distritos o circunscripciones judiciales; cada uno con una corte o tribunal federal de distrito, compuesta por tres jueces y un fiscal,³¹ y juzgados federales de sección en el territorio federalizado³² y demás que se establecieran en las provincias, en las que habría uno o más juzgados.

Sin embargo, las bases de la estructura actual del Poder Judicial de la Nación corresponden a una etapa posterior. El Congreso dictó en 1862, ya unificada la República en sus límites actuales, una nueva Ley de Organización de la Justicia Nacional, integrándola con una Corte Suprema de Justicia y juzgados inferiores de sección (los juzgados de primera instancia), uno o más por cada provincia, según fuere necesario a juicio del Poder Ejecutivo (la ya citada ley 27). Por sendas normas de 1863, estableció también la competencia y el procedimiento ante los tribunales nacionales (las leyes 48 y 50).³³

A partir de este diseño inicial, la estructura del Poder Judicial no ha evolucionado siguiendo una planificación cuyo direccionamiento pueda identificarse.

dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula; d) un representante del Poder Ejecutivo; y e) un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio. El Jurado de Enjuiciamiento, de acuerdo con la ley 24937, quedó integrado por: a) tres jueces, un ministro de la Corte Suprema de Justicia y dos vocales de Cámara; b) tres legisladores, dos senadores y un diputado; y c) tres abogados de la matrícula federal. La ley 26080, a su vez, previó que sus miembros, a partir del 1.º de marzo de 2007, serán: a) dos jueces, uno vocal de Cámara; b) cuatro legisladores, dos senadores y dos diputados; y c) un abogado de la matrícula federal.

31 Eran: Este (Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe, sede en Paraná), Centro (Córdoba, La Rioja, Catamarca y Santiago del Estero, sede en Córdoba), Oeste (Mendoza, San Luis y San Juan, sede en Mendoza), Norte (Tucumán, Salta y Jujuy, sede en Salta), y Sur (Buenos Aires, sede en Buenos Aires).

32 Por una ley de la Confederación, del 13 de diciembre de 1853, se designaba como capital provisoria a la ciudad donde fijara su residencia el gobierno federal. Por un decreto del Poder Ejecutivo, del 24 de marzo de 1854, se federalizó todo el territorio de la provincia de Entre Ríos.

33 Los tribunales de segunda instancia no se establecieron en el Poder Judicial hasta 1886, cuando se crearon dos cámaras de apelaciones en la Capital Federal (ley 1893), y hasta 1902 en el interior del país, al disponerse la constitución de cuatro cámaras federales de apelaciones con asiento en Buenos Aires, La Plata, Paraná y Córdoba, respectivamente (ley 4055). Los restantes tipos de órganos judiciales en hacer su aparición son la Cámara Nacional Electoral (ley 19108, de 1971), la Cámara Federal de la Seguridad Social (ley 23473, de 1986), y la Cámara Nacional de Casación Penal y los Tribunales Orales en lo Criminal (ley 24050, de 1991). No existen en la actualidad en el Poder Judicial de la Nación tribunales de grado inferior al de juzgado de primera instancia, aunque sí están presentes en múltiples organizaciones provinciales de justicia.

En efecto, a través del tiempo se han ido sancionando múltiples normas que crean tribunales de diversos grados, competencias y composiciones. Estas normas han asumido características diferentes. Algunas, como las antes recordadas, han asumido un carácter orgánico, de naturaleza programática, aprobando un plan general de la estructura judicial para el futuro inmediato. Otras han sido integradoras, incluyendo en un ordenamiento único a los distintos órganos que se habían ido estableciendo por las sucesivas leyes hasta el momento de su sanción. Las normas de ambas clases se originan, en general, en proyectos del Poder Ejecutivo. Una última categoría está compuesta, finalmente, por un sinnúmero de otras leyes aisladas que crean tribunales específicos y que, habitualmente, son sancionadas a propuesta de legisladores.

En cualquier caso, no existe en la actualidad ninguna ley de organización de la justicia nacional que contenga todas las normas que a ella se refieren. El decreto ley 1285/58, confirmado por la ley 16640, que es conocido con ese nombre, por ejemplo, menciona únicamente los distintos fueros y tipos de órganos que tienen su asiento en la Ciudad de Buenos Aires, y sus respectivos ámbitos y relaciones de competencia, pero no su número; y aporta solo una referencia genérica con relación a las características de los que se encuentran radicados fuera de la Capital Federal. Por ello, el conocimiento real de la estructura del Poder Judicial requiere que sus disposiciones sean complementadas con una cantidad sustancial de otras leyes, en particular, las que crean concretamente a la totalidad de los tribunales que lo integran.

La organización del Poder Judicial sugiere la presencia, originalmente, de dos criterios diferentes según que los tribunales que lo integran tengan su asiento en la Capital Federal o en las provincias. En Buenos Aires, la distribución de competencias entre los distintos órganos está planteada, en principio, en razón de la materia sobre un territorio común, el ámbito de la ciudad,³⁴ por lo que cuentan con un mayor grado de especialización. En el interior del país, por el contrario, los tribunales federales conocían tradicionalmente en todo tipo de asuntos de tal naturaleza, y lo común resultaba ser entonces la materia; asignándose la competencia en razón del territorio sobre el que cada órgano judicial estaba autorizado para ejercer su jurisdicción, mediante una distribución que, en general, era solamente geográfica.

En épocas más recientes, se han creado ciertos tribunales de primera instancia con sede en las provincias que cuentan con competencia diferenciada —al deslindar, al menos, la criminal y correccional de las restantes—,³⁵ aunque la tendencia no ha sido seguida uniformemente ya que otros nuevos entenderán en cuestiones de toda índole;³⁶ pero las cámaras federales han mantenido, sin excepción, una competencia múltiple, con excepción de ciertas materias atribuidas a la Cámara Nacional

³⁴ La Justicia Nacional en lo Penal Económico lo excede.

³⁵ Por ejemplo, los juzgados n.º 2 de Azul (ley 26065), de Paraná y de Concepción del Uruguay (ley 26068).

³⁶ Los juzgados de Victoria (ley 25862), de Villa María (ley 25970), de San Francisco (ley 25971) y de Rafaela (ley 26131).

Electoral, a la Cámara Federal de la Seguridad Social y a la Cámara Nacional de Casación Penal, todas con sede en la Ciudad de Buenos Aires.

Asociarla con la división política argentina, como en sus orígenes, no conduce a ningún resultado práctico, si se exceptúa del razonamiento el hecho de que existe, como mínimo, un juzgado de primera instancia y un tribunal oral en lo criminal federales en cada provincia. En algunos casos no ha prevalecido esa concepción, sino que se ha privilegiado un criterio geográfico y de facilidad en las comunicaciones; y así la competencia de los juzgados de primera instancia con sede en una provincia incluye partes del territorio de otras.³⁷

En este sentido, por existir solo quince cámaras federales de apelaciones,³⁸ algunas tienen asignada competencia de revisión de las resoluciones de juzgados de primera instancia ubicados en más de una provincia. Pero, sin embargo, no siempre son los tribunales de alzada de todos los tribunales de anterior instancia de su misma provincia.³⁹

9. Los procedimientos que aplican los tribunales también los fija el Congreso. De acuerdo con la Constitución, corresponde también al Poder Legislativo no solo dictar la legislación de fondo que regirá en toda la República (artículo 75, inciso 12), sino también las normas de procedimiento que aplicarán los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación (artículo 75, inciso 32).

Los distintos pasos que deben seguirse en la tramitación de los diversos tipos de juicios están establecidos, pues, por leyes del Congreso, y la justicia federal no puede variarlos en ningún caso, ya que la Constitución garantiza a todos los habitantes su derecho al debido proceso; expresión que significa, precisamente, el derecho a ser juzgados de acuerdo con los procedimientos establecidos por las normas vigentes y la garantía del juez natural, que implica la protección contra el juzgamiento por comisiones especiales o por jueces distintos a los designados por ley antes del hecho que da origen a la causa (artículo 18).

Cualquier modificación que un tribunal determinado hiciera en la aplicación de dichas normas en el curso de un litigio judicial originaría, en principio, que todo el trámite pudiese ser declarado nulo a partir del apartamiento de la regla si lo cuestionara

³⁷ El juzgado federal de Comodoro Rivadavia (en la provincia de Chubut), por ejemplo, extiende su competencia hasta una zona del norte de la de Santa Cruz no delimitada política sino geográficamente; y el de San Carlos de Bariloche (en la provincia de Río Negro), abarca algunos departamentos cordilleranos de la vecina Chubut.

³⁸ Con sedes en Bahía Blanca, Comodoro Rivadavia, Córdoba, Corrientes, General Roca, La Plata, Mar del Plata, Mendoza, Paraná, Posadas, Resistencia, Rosario, Salta, San Martín y Tucumán.

³⁹ En la provincia de Buenos Aires existen, como surge de la nota anterior, cuatro cámaras federales. Sin embargo, el tribunal de alzada de los juzgados de primera instancia de San Nicolás es la Cámara Federal de Rosario (provincia de Santa Fe). En este distrito ocurre algo similar, ya que las resoluciones del juzgado de primera instancia de Reconquista, ubicado dentro de su territorio, son revisados por la Cámara Federal de Resistencia (provincia del Chaco).

un afectado que considerare vulnerado algún derecho que la Constitución le concede, y sea cual fuere la razón por la que la alteración hubiera sido dispuesta.

También en este caso, las facultades de los órganos del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Magistratura) son de índole estrictamente reglamentaria; aunque, en el caso de este último, la reforma de 1994 incorporó una finalidad expresa de las normas que dicte: asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia (artículo 114, inciso 6).

10. En la Constitución argentina, por otra parte, existen solo dos procedimientos para la determinación de qué personas ocuparán los cargos previstos en los poderes del Estado: la elección y la designación.

El primer mecanismo, por el sufragio directo de los ciudadanos, está reservado para la decisión de quienes integrarán los órganos generalmente caracterizados como más típicamente políticos: el presidente y el vicepresidente de la República (artículo 94), y los senadores y los diputados que componen el Congreso nacional (artículos 45 y 54). Los representantes directos de la ciudadanía son los que designan a las restantes autoridades constituidas por la Constitución, obedeciendo a distintas reglas.⁴⁰

La designación de los magistrados, por su parte, es un acto administrativo complejo en el que, en el caso de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, intervienen el Poder Ejecutivo y el Senado; y, en el de los demás jueces, se añade el paso previo de una selección que, como importante innovación, es el único que ha sido confiado a un órgano del Poder Judicial de la Nación, el Consejo de la Magistratura (artículo 99, inciso 4.º).

Sin embargo, el sistema argentino prevé garantías especiales para quienes desempeñan la magistratura. Su independencia, por lo demás, está expresamente establecida como un valor constitucional (artículo 114, inciso 6.º). James Madison expresa claramente el sentido de tales garantías.

Después de diferenciar en teoría las distintas clases de poderes, según que sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial, la próxima tarea, y la más difícil, consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de otros. ¿En qué debe consistir esa defensa? He ahí el gran problema al que es necesario darle solución.

¿Será suficiente con señalar precisamente los límites de estos departamentos en la constitución del gobierno y con encomendar a estas barreras de pergamino la protección contra el espíritu usurpador del poder? Esta es la garantía en que parecen haber

⁴⁰ El presidente de la Auditoría General de la Nación es nombrado, entonces, a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (artículo 85); el Defensor del Pueblo, por el Poder Legislativo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras (artículo 86); el jefe y los ministros del gabinete, por el presidente de la República (artículo 99, inciso 7.º); y el procurador general y el defensor general de la Nación, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes (artículo 5.º, ley 24946).

confiado la mayoría de las Constituciones americanas. Pero la experiencia nos enseña que se ha concedido a la eficacia de esta providencia un valor que no tiene; y que es indispensablemente necesaria una defensa más adecuada para los miembros más débiles del gobierno y en contra de los más poderosos.⁴¹

Para responder a esta disyuntiva se contemplan las garantías de los jueces, incorporadas por nuestra Constitución histórica en su artículo 93 (luego 96, y hoy 110); en primer lugar, su inamovilidad mientras dure su buena conducta y, en segundo término, la intangibilidad de la compensación que perciben por el desempeño de su función, que no puede ser disminuida de manera alguna.

Estas garantías les son concedidas en común al órgano-institución y al órgano-individuo, no para beneficio personal de los magistrados, sino porque los constituyentes han querido liberar al Poder Judicial de la Nación en su conjunto de toda presión de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia en el ejercicio de su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, que beneficia tanto a los jueces como a la misma sociedad.⁴²

Hasta la reforma de 1994, también era facultad del Congreso la destitución de todos los magistrados nacionales, por las causales de mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes; correspondía a la Cámara de Diputados la función de acusar al imputado y a la de Senadores, la de juzgarlo. En la actualidad, dicho procedimiento ha quedado reservado para la remoción de los ministros de la Corte Suprema de Justicia (artículos 53 y 59); en tanto, tales funciones han sido transferidas al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento (artículos 114, inciso 5.º, y 115), respectivamente, con respecto a los restantes jueces de la Nación.

11. De acuerdo con la Constitución nacional, es facultad del Congreso fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación (artículo 75, inciso 8.º), y del Jefe del Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo recaudar sus rentas, bajo la supervisión del presidente de la República (artículos 99, inciso 10; y 100, inciso 7.º).

A partir de 1990, la ley 23853 otorgó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de preparar el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial, para luego remitirlo al Poder Ejecutivo con el objeto de su incorporación al proyecto de presupuesto general de la Administración nacional que debe presentar al Congreso.⁴³

⁴¹ James Madison: *El federalista*, o. cit., p. 210.

⁴² *Fallos*, 313: 1371.

⁴³ La ley 24937 regula actualmente los primeros pasos del procedimiento que debe seguirse para su elaboración. El trámite comienza en la Oficina de Administración y Financiera del Consejo de la Magistratura, a cargo del Administrador General del Poder Judicial, que es la dependencia que tiene la función de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 23853 y 24156, para luego elevarlo a la consideración del presidente del Consejo. Este lo presenta al plenario, que toma conocimiento y realiza las observaciones que estima pertinentes para su consideración por la Corte Suprema de Justicia. Corresponde tomar la decisión final al tribunal superior, que es

Pero aunque la expresión utilizada pareciera sugerir otra cosa, su aplicación práctica demuestra que, en realidad, los montos incluidos por el Poder Ejecutivo han sido siempre inferiores a los previstos por el Poder Judicial para atender a su funcionamiento y la Corte Suprema de Justicia ha señalado los padecimientos que ocasiona la insuficiencia de los recursos necesarios para revertir sus graves carencias, y ha destacado que los medios requeridos eran los indispensables para cumplir con normalidad la función.⁴⁴

Como consecuencia de la llamada Ley de Autarquía, antes aludida, se concedió a la Corte Suprema de Justicia amplias facultades para disponer del patrimonio del Poder Judicial y para determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos, como asimismo la posibilidad de disponer las reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias dentro de la suma total asignada. Luego de su reforma en 1994, el artículo 114, inciso 3.º, de la Constitución ha asignado la atribución de administrar los recursos y ejecutar el presupuesto del Poder Judicial al Consejo de la Magistratura.

Aquella ley afecta determinados recursos para la financiación del Poder Judicial: la parte sustancial proviene de un determinado porcentaje de las rentas generales de la Nación y el remanente de otros ingresos que se le asignan como específicos.⁴⁵ El flujo oportuno de esa parte sustancial de los fondos asignados, depende también del Poder Ejecutivo, que —como se ha señalado— es el recaudador de las rentas generales de la Nación.

12. El examen particular de tal o cual disposición de la Constitución difícilmente nos permita encontrar su propósito si se lo interpreta aislado del contexto

el órgano que —en definitiva— aprueba el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para su remisión al Poder Ejecutivo.

⁴⁴ *Fallos*, 310: 1662, entre otros.

⁴⁵ Los recursos con cargo a rentas generales de la Nación se conforman con el equivalente al 3,5% de los ingresos tributarios y no tributarios de la Administración central, más un aporte adicional que anualmente puede incluirse con destino a construcciones, de acuerdo con la propuesta de la Corte Suprema de Justicia. Los recursos calificados como específicos del Poder Judicial de la Nación son de distinta naturaleza. Proviene, en primer lugar, de la recaudación en concepto de las tasas de actuación judicial que los litigantes deben oblar de acuerdo con las normas vigentes. En segundo término, del producto de las ventas o locaciones de los bienes muebles o inmuebles afectados a este poder del Estado, o de los efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños o hayan sido decomisados, y de las cosas perdidas. En tercer lugar, son también recursos específicos del Poder Judicial de la Nación los importes que le reconocen las instituciones financieras sobre las inversiones y depósitos de sumas de dinero o compraventa de títulos dispuestos por los tribunales nacionales sobre fondos de las partes o de terceros en los juicios que tramitan ante ellos. En cuarto término, provienen de la recaudación por determinadas sanciones pecuniarias que pueden aplicarse en el curso de los procesos como multas, o por fianzas cumplidas o prescriptas, y, en general, todos los fondos provenientes de otros ingresos que, no teniendo un destino preestablecido, se originan en causas judiciales. Finalmente, este tipo de recursos se completa con las donaciones que el poder reciba y con las rentas que pueda obtener a través de inversiones de cualquier naturaleza de sus ingresos.

sistemático en el que se inscribe, es decir, del conjunto completo de las instituciones y cómo han sido articuladas; cuestión que se relaciona con el fundamento del poder y sus limitaciones, con su estructura y con la elección de los gobernantes. Así, para Duverger, los regímenes políticos son constelaciones, en las que sus instituciones son las *estrellas*.⁴⁶

La organización de un Estado moderno no solo distribuye funciones respondiendo a principios políticos; también privilegia la especialización, encomendando distintas atribuciones a poderes diferentes;⁴⁷ y cada uno de ellos ejerce, en principio, las competencias exclusivas que tiene asignadas (a las que se denominan sus funciones propias) con completa independencia de los demás.⁴⁸

Pero el buen funcionamiento de un Estado que está estructurado respetando el principio de la división de poderes requiere —como hemos dicho— no solo que las competencias estén asignadas a distintos titulares, sino también que —al mismo tiempo— estos operen coordinadamente en su ejercicio, haciendo un uso intenso de la prudencia política.

La Constitución no otorga iniciativa al Poder Judicial de la Nación en la proposición de las leyes, ya que la formulación de proyectos es atribución, en principio, solo de los integrantes de las Cámaras del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo (artículos 77 y 99, inciso 3.º), como tampoco el derecho a emitir opinión sobre los que se presenten o el de intervenir en el trámite que lleva a su sanción.

Sin perjuicio de ello, y aunque existen ejemplos de consultas esporádicas pero no sistematizadas institucionalmente, existe una tarea pendiente de coordinación entre los tres poderes del Estado para lograr el objetivo constitucional de afianzar la justicia que, desde luego, no significará menoscabo alguno para sus respectivas facultades sino, simplemente, una contribución a un ejercicio más eficaz para los intereses generales de la República.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Cada uno de los poderes tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y se complementan entre sí: son coordinados. Los tres representan la soberanía de la Nación para sus objetos principales; sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio de la ley; y ambas han establecido poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos, y estrictamente judiciales; pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta a los que les son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente demarcada.⁴⁹

⁴⁶ Maurice Duverger: *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 243.

⁴⁷ Juan F. Segovia: «La independencia del Poder Judicial», en *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 153.

⁴⁸ *Fallos*, 313: 863, ya citado.

⁴⁹ Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1983, p. 311.

Por ello, el principio de división de poderes, en razón de que la soberanía del Estado es única, es interpretado contemporáneamente como de separación —o distribución— de funciones: la toma de la decisión política, su ejecución y el control sobre ella.⁵⁰

La terminología empleada no solo cumple con un purismo semántico abstracto. Pone también el acento en que el cumplimiento de los fines del Estado parece requerir de la vigencia del principio del diálogo y la colaboración, más que de una actitud de aislamiento: como se ha dicho, *ni el uno contra el otro, ni el uno sin los demás*.⁵¹

⁵⁰ Karl Löwenstein: *Teoría de la Constitución*, o. cit., p. 62.

⁵¹ Charles Eisenmann: «L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs», en R. Carré de Malberg: *Mélanges*, París, Sirey, 1933, p. 187.

Capítulo 7

FORMACIÓN Y SANCIÓN DE LAS LEYES

Sergio Díaz Ricci*

La ley en la Constitución

1. Introducción

Una cuestión central en el estudio del ordenamiento normativo es el valor de la ley en la Constitución, especialmente, después de la reforma de 1994. En otras palabras, resulta indispensable conocer el lugar que ocupa la ley dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho.

La *ley* ocupa una posición eminente dentro del ordenamiento jurídico y una función central en el sistema sociopolítico. De allí la importancia de determinar su posición en nuestro ordenamiento normativo, así como el papel que cumple como instrumento de ordenación social y política.

La ley ha seguido la suerte histórica de cada sistema político, es decir la significación jurídico-política de la ley ha ido cambiando junto a cada contexto histórico. La función de la ley en los albores del constitucionalismo liberal no fue la misma que en el Estado social o en la actualidad. Si bien esto muestra el carácter dinámico de la función de la ley a lo largo de la historia por su relación cambiante con los distintos modelos sociopolíticos, hay un núcleo de ella que permanece en el tiempo.

* Doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Tucumán. Fue legislador y Defensor del Pueblo en la provincia de Tucumán.

2. Etimología

El término *ley* proviene del latín *lex*. Originariamente aludía a un acuerdo celebrado entre un humano con la divinidad. De allí pasó a mencionar a lo convenido entre dos personas. Con relación a la raíz etimológica existen dos posiciones. Una sostiene que proviene del verbo *legare* que conlleva la noción de ‘confianza’ (de allí *legatus*, en castellano ‘legado’, ‘legar’); y otra que está vinculado al verbo *legere* que alude a la idea de ‘elección’, ‘elegir’ (Cicerón, *De legibus*, I, 6). De esta raíz surgen vocablos como *privilegium* (*privus* + *lex*, ‘ley para uno solo’), *collega* (*con* + *lex* ‘unido’, ‘asociado por medio de ley’), *collegium* (‘reunión de asociados por ley’), *legislator* (*lex* + *lator*, p. p. *latus* del verbo *ferre*, ‘llevar’, o sea, ‘el que presenta o propone una ley’). Como es habitual, el análisis semántico del término no nos aporta demasiada claridad, salvo para advertir que en Roma el término *ley* no tenía la carga semántica que adquirió en la modernidad.

3. Concepto

Si bien la ley estuvo históricamente vinculada a la institución del Parlamento,¹ pues sufrió sus vicisitudes, el concepto de *ley*, tal cual la concebimos actualmente, es moderno. Es hija del iluminismo racionalista del siglo XVIII. Nacida de la revolución francesa, proyecta su influencia hasta la actualidad, aunque fueron variando algunas de sus notas originarias.

Como una primera aproximación podríamos definir a la ley *como aquella norma superior dictada según un procedimiento fijado por la Constitución*. Con esto queremos destacar dos elementos esenciales: su valor preeminente respecto de otras normas del ordenamiento jurídico² y un origen emanado de un órgano dotado de representación política en un Estado democrático.

La *cualidad* de ley surge, entonces, de una combinación de elementos predominantemente formales: por una parte, un componente procedimental (procedimiento de elaboración determinado por la Constitución) y, por la otra, una cuestión de valoración jurídica (su superior valor dentro del ordenamiento normativo).

La presencia del Parlamento no será determinante, sobre todo en aquellos sistemas dualistas que atribuyen función legislativa al Poder Ejecutivo, así como tampoco el contenido material determina el valor de ley por cuanto, si bien existen materias

¹ Aquí empleamos el término *Parlamento* en sentido genérico, para denominar al cuerpo representativo, de origen y constitución democráticos, encargado de dictar las leyes en un Estado constitucional.

² Señala con acierto José Tudela Aranda: «la trascendencia social y política de la ley se adquiere desde su especial posición en un ordenamiento jurídico que vertebran la realidad social y política» en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 52, 1.º trimestre, 2001, Madrid, Congreso de los Diputados, 2001, p. 143.

netamente legislativas, también se atribuye forma de ley a contenidos que nada tienen que ver con aquellas materias específicamente legislativas.³

Recordemos que desde siempre hubo una cierta noción ley incluso con anterioridad al propio Parlamento. En efecto, el Parlamento, originado en el *Concilium regis* medieval, recién adquirió potestad legislativa (en Inglaterra en el siglo XVII, en Francia en el siglo XVIII) cuando se invistió naturaleza representativa y logró imponerse a la voluntad del monarca.⁴

Podemos, también, encontrar algunos ingredientes materiales; por un lado, un órgano político de representación popular (generalmente el Parlamento) y, por el otro, ciertos asuntos que *ratione materiae* son de sustancia propiamente legislativa. Aunque estos, como veremos más adelante, no son elementos identificatorios determinantes.

Todos estos componentes confluyen en afianzar un principio de autoridad que determina la posición de superioridad que goza la ley dentro del sistema de fuentes del derecho.

Dentro de un sistema federal, como existe en nuestro país, la dilucidación del sistema normativo tiene vital importancia por estar integrado por dos órdenes de fuentes producción legislativa, el Estado federal y las 24 entidades locales (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con capacidad de producción legislativa.

4. Teoría de la ley

Sin pretender hacer aquí un desarrollo completo de teoría de ley, podemos distinguir cuatro claras etapas en el desarrollo del concepto moderno de ley: los pensadores políticos de la Ilustración (Locke, Montesquieu y Rousseau), la Revolución Francesa y la expansión napoleónica, la Restauración y la Constitucionalización.

a. El concepto moderno se construye sobre las ideas de tres pensadores, que coinciden en el valor instrumental asignado a la ley: Locke, Montesquieu y, sobre todo, Rousseau.⁵

³ Por generar más confusión que claridad no recurrimos a la distinción, elaborada por el derecho público alemán, entre ley en sentido formal y ley en sentido material, porque desnaturaliza el concepto de ley y, en definitiva, sirvió para justificar el dictado de leyes por quien no tiene legitimidad democrática para hacerlo.

⁴ En los países monárquicos incluso hoy conservan antiguas fórmulas que remiten a la voluntad del monarca la sanción legislativa, como resabio de aquella prerrogativa real, v. g., en Gran Bretaña: «*Le Roi le veult*» o «*Le Roi remercie ses bons sujets accepte leur b n volence et ainsi le veult*»; o en España (encabezando el texto): «Don Juan Carlos, Rey de España a todos los que la presente vieren y entendieren, Sabe: que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo a sancionar la siguiente Ley. [al final del texto] Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar la presente ley».

⁵ Reflexiones sobre la calidad de ley se encuentran en Santo Tomás de Aquino (como ordenación de la razón dirigida al bien común de carácter general), Suárez (que además de un acto de razón es

Locke interesa porque parte de la idea de libertad e igualdad preexistentes (autonomía personal) del hombre que sólo puede ser sometido legítimamente por un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad (*Dos tratados sobre el gobierno civil*, n.º 143). Por eso se lo considera el padre del liberalismo político. Por su parte, Montesquieu agrega que el Poder Legislativo facultado para hacer leyes corresponde al pueblo a través de sus representantes (*El espíritu de las leyes*, cap. VI).

Finalmente, es Rousseau quien formula el concepto moderno de ley. La ley como expresión de la voluntad colectiva permite legitimar la obediencia a ella porque emana de la voluntad general; el pueblo no hace más que obedecerse a sí mismo, pues de este modo justifica el sometimiento. «Una decisión del pueblo sobre el pueblo» (*Contrato social*, cap. VI «De la ley»). De esta concepción salen las notas centrales de la ley: a) sujeto: el pueblo; b) fundamento: amplio espacio de libertad personal (*le régime de la liberté*); c) objeto: articular la coexistencia de esa libertad entre los individuos; d) fin: limitar esa libertad desde fuera con carácter general, para todos en un pie de igualdad. La ley constituye el único instrumento aceptable de limitación de la libertad personal. En consecuencia, la ley goza de la capacidad de regular la convivencia libre, con carácter exclusivo y excluyente. Solo la ley, y por ley, puede establecer limitaciones al ejercicio de la libertad individual.

b. Este pensamiento adquiere realidad con la Revolución Francesa, que lo plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. «La libertad —expresa el artículo 4— consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; asimismo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre solo tiene como límites aquellos que aseguran el goce de los mismos derechos a los demás miembros de la sociedad. Esos límites solo pueden ser determinados por ley». A continuación, el artículo 5 aclara el fin de la ley: «Solo la ley tiene derecho a prohibir las acciones dañosas para la sociedad. Nadie puede ser impedido de hacer lo que no esté prohibido por la ley ni obligado a hacer lo que ella no ordena». Finalmente, se formula el axioma central del concepto moderno de ley: «*La loi est l'expression de la volonté générale*» (artículo 6) para aclarar, a reglón seguido, quiénes integran esa voluntad general: «todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación [de las leyes]. Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue». En suma, se parte del principio de la plena libertad personal que puede ser limitada solamente por una norma que emane de la voluntad general. La ley no solo es general por su objeto (mandatos generales) sino también por su origen (voluntad colectiva de la que emana). El fin de la ley es el

un acto de voluntad) y Hobbes (voluntad del soberano legítimo sobre una comunidad política originada en el pacto entre los hombres). Véase Christian Starck: *El concepto de ley en Alemania* (trad. Luis Legaz y Lacambra), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, en esp. cap. IV, pp. 159-201.

reino de la libertad, pues su contenido consiste en articular la coexistencia de derechos y libertades.

Se atribuye a la ley de una bondad intrínseca. La ley será siempre *infallible* (Diderot: «las voluntades particulares son sospechosas») y necesariamente *justa* (Rousseau: «la ley no puede ser injusta puesto nadie es injusto consigo mismo»). Las leyes son leyes de libertad porque al obedecerse a sí mismo se permanece en libertad. Rousseau formula esta fundamentación —que él mismo considera su hallazgo más importante—: la obediencia a la ley es fuente de libertad porque todos participan en la formación de la voluntad general que se expresa en el mandato legal.

Estas ideas convierten a la ley en el instrumento que va operar la revolución y la transformación hacia una nueva sociedad. En resumen, la ley constituyó de aquí en más la herramienta de demolición del Antiguo Régimen, caracterizado por una multitud de órdenes normativos, fueros, privilegios. La ley servirá para hacer desaparecer el orden normativo poliárquico del *Ancien Régime*. Un solo centro de producción de normas de ley con carácter supremo en un único sistema jurídico.

La Revolución Francesa pivotea sobre la noción de ley que llega a desplazar a la idea misma de Constitución. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, es una clara prueba de ello, pues cinco de sus diecisiete artículos están dedicados a la ley (artículos 4, 5, 6, 7, 8) y solo un artículo que se refiere a la Constitución (artículo 16). En caso de contradicción entre ley y Constitución, prevalece la primera.

La creencia optimista en la bondad de la ley se manifiesta en la confianza puesta en ella como instrumento para instaurar el reino de la libertad y la igualdad. El reino de la ley (*règne de la loi*)⁶ se convierte en expresión simbólica; de allí el axioma de «postrarse ante la ley, no ante la voluntad de los hombres». La ley simboliza el ideario revolucionario de igualdad y de cambio social.⁷

Pero no será la Revolución la que logre hacer realidad estas ideas, sino que, en verdad, buena parte de ellas fue concretada por Napoleón. El principio de igualdad llevaba a afirmar la existencia de una ley, la misma e igual para todos. Todos son

⁶ Si bien guardan cierto parentesco la idea de *règne de la loi* es diferente a la noción más amplia de *Rule of Law* anglosajón (aquí *Law* no es sinónimo de ley sino de derecho) y de *Rechtsstaat* alemán. Estos conceptos se aproximan a la idea de *imperio de la ley* que introduce la Constitución de España en su preámbulo («Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular») y que, en nuestro país, solo es recogido por la Constitución de Santiago del Estero al mencionar que los magistrados del Poder Judicial están «sometidos al imperio de la ley» (artículo 177, tomado del artículo 117 de la Constitución española).

⁷ Lo expresó categóricamente la Constitución francesa de 1791: «*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*» (cap. II, sección 1.ª, artículo 3). Más adelante otorga el nombre de *ley* a los decretos sancionados por el rey con el cuerpo legislativo (cap. III, sección 3.ª, artículo 6: «[...] *ont force de loi, et portent le nom et l'intitulé de lois*»).

iguales ante la ley. Todos son ciudadanos que deben obedecer una única ley, igual para todos.

La fuerza taumatúrgica de la ley alcanzó su máxima expresión en el movimiento codificador. La ley (codificada) será el instrumento para establecer el nuevo orden social. La sanción de estos Códigos hace desaparecer todo el orden jurídico anterior. Una sola ley, emanada de un único órgano representativo de la voluntad popular, general e igual para todos los ciudadanos. Ya no se admite otra fuente de derecho que no sea la ley. El antiguo orden desaparece, quedan derogadas todas las normas preexistentes y, junto con ellas, toda jurisdicción o fuero especial (eclesiástico, universitario, gremial, etcétera).

Al Código Civil se le encarga regular de forma completa y sistemática la totalidad de la vida social de la persona desde su nacimiento, pasando por su desarrollo, su casamiento, sus relaciones civiles, su patrimonio hasta más allá de su muerte. Toda otra regulación normativa sobre estas materias queda abrogada. Lo mismo con el Código Penal, el Código de Comercio y los Códigos de Procedimiento Civil y Criminal.

En este marco histórico-ideológico se produce la asimilación del derecho por la ley. En otras palabras, todo el derecho queda reducido a la ley. El derecho, según estas ideas, solo puede expresarse a través de la ley. Quizás este sea el cambio más radical del mundo jurídico introducido por la Revolución Francesa, tributaria del racionalismo iluminista burgués. Bástenos aquí señalar esta realidad, pues no podemos entrar a desarrollar en extenso esta cuestión.⁸

Incluso la ley llega a tener preeminencia sobre la propia Constitución, pues una ley que confronte con alguna disposición constitucional no queda invalidada. De hecho, la Constitución era vista solo como un pacto entre las fuerzas políticas que sirve para organizar el poder estatal.⁹ En Europa predominó durante casi todo el siglo XIX este principio de la omnipotencia del legislador.

c. Otro momento importante en la evolución del concepto de ley fue la Restauración. En efecto, la caída del régimen napoleónico trajo aparejado el restablecimiento de las monarquías amenazadas aunque estas tuvieron que admitir que no era posible volver atrás, nunca más, a un régimen de monarquía absoluta. Los códigos llegaron para quedarse. A partir de entonces, el sometimiento a la ley quedó incorporado como valor social permanente. Constant, teórico de la reacción, lo

⁸ Puede profundizarse este tema en Eduardo García de Enterría: *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997; Francisco Rubio Llorente: *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 283-297.

⁹ Distinta será la perspectiva de la relación Constitución-ley que tendrá el proceso revolucionario norteamericano (véase Madison, Jay y Hamilton: *El federalista*, n.º LXXX, México, 1982, 1.ª ed., 3.ª reimpr.), la que a la larga terminará prevaleciendo en los Estados constitucionales. Hacemos hincapié en el proceso histórico europeo porque tuvo decisiva influencia en nuestra Revolución de Mayo, como veremos más adelante.

expresará claramente en su célebre conferencia de 1819 sobre la libertad de los modernos comparada con la libertad de los antiguos. Aquella es «el derecho de no estar sometido más que a leyes», en cambio esta se reducía al ejercicio directo y colectivo de funciones de gobierno de la ciudad sobre el supuesto de la esclavitud de otros.

A partir de entonces, la monarquía debe admitir esta libertad esencial que permite el dinamismo económico y social, y que para regular la vida social debe hacerlo a través de leyes escritas, claras y concisas, que garanticen ese espacio de libertad individual conquistado por la burguesía, que asegure la predictibilidad de conductas lícitas y la medida de la actuación del Estado; o sea, solo puede actuar dentro de ese espacio de libertad sobre el que se fundamenta el liberalismo moderno.

En suma, el monarca recupera su rol central dentro del Estado, retoma en sus manos el instrumento de la ley pero ahora con ese nuevo sentido dado por la Revolución Francesa de instrumento regulador de la libertad en una sociedad individualista y libre. Este cambio en la potestad legislativa, producto de la convivencia de los principios monárquico y democrático, será el origen del sistema dualista que analizaremos más adelante.

d. Sin embargo, la sanción de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico significará una completa reestructuración del sistema de fuentes del derecho. La Constitución no solo se coloca como norma suprema sino que además establece la estructura jerárquica del sistema jurídico y los procedimientos de elaboración de normas inferiores (la *Norma Normarum*, de Kelsen).

Instituida la Constitución como norma superior, la ley pasa a ocupar el escalón inmediatamente inferior, así como los reglamentos el subsiguiente. La Constitución determina la forma de elaboración de las leyes así como el contenido reservado a este procedimiento. La Constitución como norma suprema con vigor jurídico, vinculante a los poderes constituidos, entre ellos principalmente al Poder Legislativo, instituye el principio jurídico de *norma superior derogat inferiori*, por tanto, introduce una cadena jerárquica de validez jurídica. De ello se deriva que ninguna norma inferior puede contradecir la norma superior so pena de ser inválida.

Este razonamiento que hoy nos parece tan natural y obvio, no lo fue tanto en la Europa del siglo XIX, donde la omnipotencia del legislador se imponía a sus anchas. Recién bien entrado el siglo XX, la idea de Constitución como norma jurídica operante y vinculante adquirirá valor en Europa, sobre todo con la instauración de los tribunales constitucionales como garantes de la legalidad constitucional, la teoría de la ley se ordenará dentro de la Constitución con eficacia vinculante.

Este proceso, que tardó casi siglo y medio en consolidarse en Europa, en los países americanos de nuevo cuño fue resuelto sin trauma desde el mismo dictado de sus Constituciones: Estados Unidos, no sin cierta dificultad, en 1787, y Argentina, con más naturalidad, en 1853.

Aquella idea de ley como fuente exclusiva del derecho encontrará, a partir del dictado de la Constitución, con dos grandes límites que servirán para ubicarla dentro del sistema de fuentes:

1. La Constitución como *higher Law*, es decir como *Lex Leguum*, coloca a la ley en una posición de inferioridad respecto de las normas constitucionales a las que no puede contradecir y a las que debe adecuar su contenido. Por cierto, el encumbramiento constitucional de los derechos fundamentales constituirá, de allí en más, también un límite a la libertad del legislador quien, por otra parte, por su naturaleza de poder constituido no puede afectar la fuente de su origen y existencia, el poder constituyente, que le fija su cometido y a quien debe someterse por ser la fuente originaria del poder político (Sieyès).

2. Asimismo, la aparición de un control de constitucionalidad actuará como mecanismo subsanador de las extralimitaciones constitucionales en que pudiera incurrir el legislador. A tal efecto, la incorporación de principios y valores constitucionales que sirven de inspiración y de ordenación de la tarea legislativa será una herramienta eficaz para el intérprete, a fin de limitar y controlar la validez de la actuación cumplida por el legislador.

5. Modelos de formación de la ley

Como resultado de los procesos históricos vividos se pueden clasificar las fuentes de formación de la ley —según se hallan recogidas por las diversas Constituciones— en dos modelos: monista y dualista.¹⁰

5.1. Monista

Corresponde a aquel sistema asentado sobre el principio de supremacía parlamentaria, es decir, solo el Parlamento es fuente exclusiva de legitimidad. Encuentra su expresión allí donde el Parlamento adquiere centralidad en el sistema político, tal el caso del Parlamento inglés y del *Corps législatif* del jacobinismo revolucionario, donde el órgano legislativo constituía la fuente de legitimidad que se expresaba a través de la ley. Esta, originada en la voluntad parlamentaria con exclusividad, gozaba de superioridad absoluta dentro del ordenamiento normativo. Solo la ley formal es fuente de derechos y obligaciones. La supremacía política del Parlamento se traduce en la superioridad jurídica de la ley. Por tanto, toda la vida social podría ser materia de ley; nada queda excluido de la voluntad legislativa. En consecuencia, no hay asunto que justifique hacer una reserva de ley a favor del Parlamento, porque la ley

¹⁰ Puede consultarse esta clasificación en Ignacio De Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1987, en esp. caps. V a VIII, pp. 69-181; Ángel Garrorena: *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 1980.

no encuentra materias exentas a su regulación. La Constitución no establece zonas de reserva de ley porque el Parlamento puede ocuparse de toda materia regulable.

Sin embargo, el principio de legalidad se manifiesta de manera diversa según se refiera a un individuo o a los poderes públicos. Si se trata de un particular, rige el presupuesto de libertad y la ley solo actúa como limitación o prohibición (principio de vinculación negativa). En cambio, respecto de los poderes públicos la ley se convierte en el presupuesto de toda actuación del poder público, es decir, toda acción de las autoridades debe encontrar una ley previa que lo autorice, o sea, están impedidas de actuar a menos que una ley así lo permita (principio de vinculación positiva). En suma, solo puede dictar decretos reglamentarios de leyes precedentes que lo autoricen.

Con relación al gobierno, esto significa que el Poder Ejecutivo no puede dictar reglamentos autónomos pues carece de ámbitos de actuación autónoma, salvo los permitidos por la ley.

La Constitución norteamericana de 1787 es un claro ejemplo de monismo legislativo. Asimismo, la ley fundamental de Bonn expresamente recoge este principio: «El poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial a la ley y al derecho» (artículo 20.3 BGG).

5.2. *Dualista*

El dualismo se corresponde con aquel sistema donde existe un principio de legitimación *dual* pues se encuentra repartido en dos polos: el Gobierno (monarca o presidente), por un lado, y Parlamento, por el otro.

Tiene su origen en aquel modelo originado con la Restauración, donde el monarca, por una parte, se conservaba como una fuente de legitimidad propia y anterior a todo lo demás, compartiendo la potestad legislativa con el Parlamento; por otra, cuya legitimidad representativa tenía carácter posterior y actuaba como limitador del primero.

La ley es obra conjunta del Gobierno y del Parlamento, por tanto solo se ocupa de ciertas materias. No tiene a su disposición la totalidad de la vida social. La ley solo puede regular determinadas materias establecidas por la Constitución. Aquí adquiere pleno sentido la *reserva de ley*, es decir, aquellos ámbitos reservados en exclusividad a la regulación por ley. Solo tienen trascendencia de ley aquellas materias relacionadas con la libertad y la propiedad (conocida como la cláusula *Freiheit und Eigentum*), es decir, solo se admite la intervención legal en el ámbito *libertad-propiedad* a través de la garantía que representa la intervención parlamentaria. La materia criminal y la regulación del patrimonio (civil, comercial, fiscal) constituyen los contenidos típicos de ley reservada al Parlamento por su carácter representativo.

Si en relación con los individuos, al igual que el monismo, rige el principio de la libertad (principio de vinculación negativo), en cambio, respecto de los poderes

públicos —en particular, del gobierno—, rige un principio opuesto al monista, puesto que este aquí goza de amplia libertad para obrar, salvo que una ley se lo impida (principio de legalidad negativo). Esto significa que el Poder Ejecutivo puede dictar reglamentos autónomos con la única limitación de que no contradiga lo dispuesto por alguna ley. Goza de espacios propios de autonomía solo limitados por la ley; en consecuencia, puede dictar reglamentos con independencia de la ley, llenando los vacíos normativos (*praeter legem*), sin necesidad de contar con una habilitación previa de la ley, siempre y cuando no se sancione una ley en contrario con posterioridad.

6. Modelo argentino

Sobre estas premisas debemos describir el modelo establecido en nuestro país que desde el dictado de la Constitución en 1853 hasta la reforma de 1994 se transformó desde un monismo clásico a un dualismo acentuado.

Sin embargo, conviene echar un vistazo a la evolución de la idea de *ley* a lo largo de nuestra historia. Pueden distinguirse claramente seis períodos en la conformación de nuestro sistema de fuentes.

1. *Revolución de Mayo (1810-1820)*. Nuestro país no fue ajeno a las ideas de la Revolución Francesa. Si bien la Revolución de Mayo recogió buena parte de estas ideas, en un primer momento la cuestión de la ley producto de una asamblea representativa estuvo desdibujada, pues la Junta Superior Gubernativa cumplió un doble papel de gobierno y de legislador, ocupando el mismo lugar ambivalente que le correspondía al virrey en el Antiguo Régimen. Si bien el valor de la ley en el ideario liberal no estaba ausente, tardó en plasmarse en la realidad.

En 1811, por obra de la Junta Conservadora —compuesta por los diputados de algunas provincias— se dictó el Reglamento de División de Poderes, donde se estableció un poder legislativo (provisoriamente a cargo de la dicha Junta hasta la constitución de un Congreso una vez integrados los diputados de todas las provincias), un poder ejecutivo (en manos del triunvirato existente) y un poder judicial.

Sin embargo, fue la Asamblea del Año XIII, que al echar las bases del principio de igualdad (abolición de títulos de nobleza, prohibición de fueros privilegiados y, consecuentemente, de jurisdicciones especiales; libertad de vientres, etcétera), hizo posible la instauración de la idea de ley general y abstracta, igual para todos, en su nueva condición de ciudadanos.¹¹

No hay duda de que la idea revolucionaria de *ley* estuvo presente, tal como queda reflejado en el Estatuto Provisional de 1815 cuando, luego de enumerar los derechos de los habitantes (vida, honra, libertad, igualdad, propiedad y seguridad), considera a la libertad como «la facultad de obrar cada uno a su arbitrio siempre

¹¹ La imprecisión conceptual se manifiesta cuando la Asamblea califica como *decretos* a sus decisiones generales y trascendentes.

que no viole las leyes» y entre los deberes, con claro sabor rousseauiano, prescribe que: «Todo hombre en el Estado debe primero sumisión completa a la ley haciendo el bien que ella prescribe y huyendo del mal que prohíbe». Estas mismas fórmulas fueron repetidas por el Estatuto de 1816.

La Constitución de 1819 expresaba con claridad que «El Poder Legislativo se expedirá por un Congreso nacional»¹² (artículo 3) y «Al Congreso corresponde privativamente formar las leyes» (artículo 31), pues «La Nación, en quien reside originariamente la soberanía, delega su ejercicio en el poder legislativo, ejecutivo y judicial» (artículo 56), por tanto, «Ninguna autoridad del país es superior a la ley. Ella manda, juzga y gobierna por la ley» (artículo 57), así como «nadie puede ser privado de algunos derechos sino conforme a las leyes» (artículo 59).

El lugar cimero asignado a la ley por estos documentos constitucionales nos remite a la visión dominante en la Revolución Francesa.

2. *Caudillismo (1820-1853)*. Con la disgregación del poder político en las catorce provincias en que se dividió el territorio nacional, la cuestión del valor de la ley pasó a un segundo plano. A pesar de los esfuerzos de organizar la vida provincial por medio de una Constitución local (Santa Fe, 1919; Tucumán, 1920; Córdoba, 1920; etcétera), estos intentos no prosperaron pues el poder residía en la voluntad del caudillo de cada provincia. Sin embargo, estos procuraban guardar las formas haciéndose elegir por el Cabildo y, luego de su disolución, por la Sala de Representantes. Este órgano débilmente representativo servía de fuente de legitimación política y normativa. La idea de ley como instrumento de transformación de la realidad estaba presente en la vida de los estados provinciales a través de las leyes que fueron sancionando las Salas o Juntas de Representantes de cada provincia durante esos casi treinta años de desarticulación nacional. La ley fue el instrumento que se empleó para dictar estatutos políticos y hasta Constituciones, para organizar los poderes del Estado, para regular las elecciones, para aprobar tratados con otras provincias, para declarar la guerra o aceptar la paz.

3. *Constitucionalización (1853-1930)*. Con el dictado de una Constitución en Santa Fe, en 1853, el orden normativo adquiere una nueva fisonomía que se proyecta tanto sobre el orden nacional como provincial. No solo porque la presencia de una Constitución coloca a la ley en el peldaño inferior (y esta no puede contradecir lo establecido por la ley suprema) sino que la propia Constitución, además, establece el mecanismo de sanción de la ley conforme a un régimen republicano entendido este como división de poderes con un Parlamento de naturaleza representativa encargado del dictado de la ley.

Asimismo encontramos un reconocimiento de la fuerza demiúrgica de la ley en el mandato transformador dado por la Constitución, cuando dispone que: «El

¹² Esta fórmula es reproducida por el artículo 9 de la Constitución de 1826, que no reproduce las demás expresiones de la Constitución de 1819 referidas a la ley.

Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos [...]»; que debe «dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social [...]» (artículo 67, inciso 11.º) y «proveer lo conducente a la prosperidad [...] por leyes protectoras a estos fines» (artículo 67, inciso 16.º).

La Constitución federal establece la gradación jerárquica de las fuentes del derecho, determinando la posición que ocupan la ley y los reglamentos del Ejecutivo. Por el artículo 28 le fija el lugar de la ley con relación a la Constitución («Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio»). Ubica en el grado inferior a los decretos del Poder Ejecutivo: «El presidente de la Nación [...] expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias» (artículo 86, inciso 2.º).

Este es el orden jerárquico normativo fijado por la Constitución, según lo consagra el artículo 31: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación».¹³ Adviértase cómo se asigna a la ley un valor superlativo dentro del ordenamiento jurídico, sometido a la condición que esté conforme a la Constitución: solo así gozará de esta posición superior no solo respecto a las restantes normas del orden jurídico federal sino también de los ordenamientos normativos provinciales. De este modo ha quedado establecido un principio jerárquico dentro del ordenamiento normativo, es decir, se fijó la jerarquía de las fuentes del derecho.

El modelo adoptado por la Constitución de 1853 era de un monismo atenuado:¹⁴ solo al Parlamento se le reconocía la capacidad de dictar leyes. Incluso se establece claramente las materias reservadas a las leyes, para lo cual recurre al empleo de diversas fórmulas: a) unas veces de forma enfática alude a «leyes del Congreso» (artículos 3, 4, 7, 21, 31, 41, 102, 103); b) otras veces, sin mencionar al Congreso, indica de manera explícita la necesidad del dictado de una ley (artículos 15; 17; 18; 20; 44; 52; 66; 67, incisos 11, 16-28; 86, incisos 2.º-4.º, 7.º-9.º, 13.º; 87; 93; 96; 100; 108; 109); c) otras veces acude a una fórmula elíptica indicándola como una atribución asignada al Congreso la que necesariamente necesita ser concretada con el dictado de una ley (artículos 4; 9; 13; 17; 24; 30; 37; 67, inciso 24.º; 75; 86, incisos 18.º-21.º; 94; 101; 107; 108).¹⁵ También es cierto que existen algunos artículos que

¹³ No abordamos aquí la cuestión del lugar de los tratados dentro del ordenamiento normativo, sobre todo después de la reforma de 1994, por no ser el tema específico de este trabajo.

¹⁴ Decimos *atenuado* porque, a diferencia de los Estados Unidos, se admitió que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos reglamentarios y reglamentos autónomos (artículo 86, incisos 1.º y 2.º).

¹⁵ Dentro de este grupo debemos incluir al artículo 5 en su versión original de 1853, dictado por Congreso General Constituyente de Santa Fe: «Las Constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación». Estas revisiones se hicieron efectivas a través del dictado de una ley para cada provincia.

cuando hablan de *ley*, en realidad aluden a un contenido más amplio o ley en sentido material: los artículos 14, 14 *bis*, 16 y 28).¹⁶

4. *Desconstitucionalización (1930-1983)*. Sin poder detenernos aquí en este período de eclipse del Estado constitucional, solo señalaremos que a partir de fines de la década de los cincuenta hasta la reconstitucionalización en 1983, el Estado constitucional de derecho fue sustituido por el Estado administrativo de derecho. Las leyes de contenido administrativo ocuparon el lugar de la Constitución. Fueron los años del gran desarrollo del derecho administrativo en Argentina. Sin embargo, este Estado autoritario recurrió a la noción de ley dictada por el jefe de Estado (obviamente no sancionada por el Congreso, pues prácticamente no había funcionado) como instrumento de regulación de la normativa administrativista. Este fue un intento, ciertamente perverso, de juridizar, de manera imperfecta e insuficiente, la actividad de un Estado que carecía de Constitución, como con tanto dolor se comprenderá más tarde. Estas «leyes», siempre que se conformaran a los postulados del régimen militar imperante, podían contradecir abiertamente la Constitución sin que nadie pudiera invalidarlas, pues se había establecido una administración de justicia condescendiente con el régimen.

5. *Democratización (1983-1994)*. Con la democratización iniciada en 1983 se restableció la vigencia de la Constitución de 1853 y con esta, inexorablemente, se rehizo la cadena de la jerarquía normativa, con la Constitución a la cabeza y un Poder Judicial controlador de la constitucionalidad de las leyes y restantes normas.

Sin embargo, durante este período el Poder Ejecutivo comenzó a hacer uso de dos instrumentos con valor de ley que desnaturalizaron en la práctica el sistema fijado por la Constitución: a) el creciente dictado de decretos de necesidad y urgencia (DNU) por el presidente,¹⁷ y b) el excesivo empleo de la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo.¹⁸ Esto, en definitiva, significó el uso habitual de atribuciones legislativas por el Poder Ejecutivo, lo que finalmente fue recogido por la reforma constitucional de 1994.

¹⁶ Cf. María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 66.

¹⁷ Desde 1853 a 1983, los 23 presidentes constitucionales, en 130 años, solo recurrieron 18 veces un DNU. El gobierno de Alfonsín (1983-1989) dictó diez DNU. El presidente Menem (1989-1999) se llevó el campeonato con 308 DNU. Luego los presidentes De La Rúa (1999-2001) con 44 DNU, Duhalde (2001-2003) con 147 DNU y Kirchner (2001-2006) con 136 DNU.

¹⁸ Como un resabio de un Estado administrativo, en 1989 se llevó a cabo una gran transformación del sector público estatal a través de dos leyes que conducían a una notable delegación legislativa, las sedicentes leyes de «Reforma del Estado» (ley 23696) y de «Emergencia económica» (ley 23697). Un intento de reforma estatal desde el derecho administrativo con prescindencia de la Constitución, lo que en definitiva allanará el camino para la reforma constitucional de 1994. A este listado de desprendimiento de facultades del Congreso puede sumarse la ley 25453 «Déficit cero», la ley 24153 de «Equilibrio fiscal» (modificatoria del artículo 34 de la Ley de Administración Financiera).

Las graves crisis económicas de mediados de 1988 y de principios de 1989 marcaron el inicio de un cambio de modelo en el sistema de fuentes de la ley en nuestro país.

6. *Reforma constitucional de 1994 (dualismo atenuado)*. La reforma de 1994 materializó una práctica ya frecuente en nuestro sistema, caracterizada por la activa participación del Poder Ejecutivo en el dictado de normas con fuerza de ley. Así quedaron consagrados, expresamente, la delegación legislativa (artículo 76) y los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º) a favor del Poder Ejecutivo, y de este modo se produjo un corrimiento hacia un modelo dualista como sistema de fuentes de la ley.

Quizás pueda interpretarse este cambio a partir de la conformación de un sistema de legitimación dual por nuestra Constitución, el Congreso y el presidente; de allí que estos centros que gozan de legitimidad democrática compartan la facultad legislativa.¹⁹

Veamos cómo se estructura este dualismo atenuado²⁰ como modelo de producción legislativa la reforma constitucional de 1994.

a. *Congreso*. El centro de formación de las leyes sigue siendo el Congreso. Ello se recoge en las siguientes notas.

a.1. El Congreso conserva su potestad legislativa originaria. Esto surge del artículo 44 cuando inviste del Poder Legislativo a «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», ratificado por dos principios enfáticos establecidos en los artículos 76 («Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo [...]») y, especialmente, 99, inciso 3.º («El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente [...]»).

a.2. Origen democrático de la ley. El principio liminar de que la ley es la expresión de la voluntad popular expresada en el Congreso se funda en los artículos 1.º («La Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, *republicana* federal, según lo establece la presente Constitución»), 33 («Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, porque nacen del *principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*»), 37 («Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al *principio de soberanía popular* y de las leyes que se dicten en consecuencia») y 38 («Los partidos políticos son instituciones fundamentales del *sistema democrático*»). El principio republicano

¹⁹ Por ello algunos autores han definido a nuestro sistema como de preponderancia presidencial (Lambert, 1973) o *democracia delegativa* (O'Donnell, 1992).

²⁰ En igual sentido véase Mario Midon: *Manual de derecho constitucional argentino*, 2.ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 743.

es entendido como división de poderes, con un Poder Legislativo encargado del dictado de las leyes y con origen democrático y popular.

a.3. Fuente representativa. Asimismo, el principio representativo encarnado en el Parlamento se hace presente en el artículo 1.º ya citado y en el artículo 22 («El pueblo no *delibera* ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución»).

a.4. Principio de la libertad. El presupuesto de la libertad de los particulares (principio de vinculación negativa), solo restringida por la ley, está consagrado por el artículo 19 («Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será *obligado a hacer lo que no manda LA LEY ni privado de lo que ella no prohíbe*») integrado con el artículo 28 («Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*»).

a.5. La superioridad de la ley del Congreso respecto de las restantes normas inferiores del ordenamiento jurídico está fijada por el artículo 31 («[...] las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso [...] *son la ley suprema de la Nación*»).

a.6. La fuerza transformadora de la ley aparece claramente expresada en artículos tales como el 24 («El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación»), el artículo 75, incisos 12.º («Dictar los códigos [...]»), 18.º («Proveer lo conducente a la prosperidad del país [...] por leyes protectoras a estos fines [...]»), 19.º («Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social [...]. Sancionar leyes de organización y de base de la educación [...].»), 23.º («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 [...]»), 32.º («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»).

a.7. Finalmente, el carácter dualista del sistema se patentiza por el uso abundante de la modalidad de *reserva de ley*, es decir, asuntos o materias reservadas en exclusivo para el Congreso, o sea que no puede ser motivo del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo.

Así, la Constitución reserva con exclusividad al Congreso el dictado de las siguientes *leyes especiales*: 1. sobre la Capital Federal (artículo 3); 2. sobre contribuciones fiscales (artículo 4); 3. sobre actos y procedimientos judiciales interjurisdiccionales (artículo 7); 4. tarifas aduaneras uniformes (artículos 9 y 75, inciso 1.º); 5. creación de nuevas provincias (artículo 13); 6. indemnización por liberación de esclavos (artículo 15); 7. expropiación y calificación de utilidad pública (artículo 17); 8. propiedad intelectual (artículo 17); 9. procedimiento de allanamiento de domicilio y apertura de correspondencia (artículo 18); 10. sobre servicio militar (artículo 21);

11. reforma constitucional (artículo 30); 12. sobre ética pública (artículo 36); 13. reglamentación de la iniciativa legislativa popular (artículo 39); 14. reglamentación de la consulta popular (artículo 40); 15. presupuestos mínimos de protección ambiental (artículo 41); 16. procedimiento de prevención y solución de conflictos relacionados con el consumo (artículo 42); 17. registro de asociaciones de consumidores y de derechos de incidencia colectiva; 18. número de habitantes por diputado nacional (artículo 45); 19. elección de diputados (artículo 49); 20. fijación de las dietas de legisladores (artículo 74); 21. régimen de coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2.º); 22. transferencia de competencias a las provincias (artículo 75, inciso 2.º); 23. organismo fiscal federal (artículo 75 inciso 2.º); 24. asignaciones específicas de recursos coparticipables (artículo 75, inciso 3.º); 25. presupuesto anual de recursos y gastos (artículo 75, inciso 8.º); 26. Códigos Civil, Penal, de Comercio, de Minería y de Seguridad Social (artículo 75, inciso 12.º); 27. sobre bancarrotas (artículo 75, inciso 12.º); 28. de naturalización y nacionalidad (artículo 75, inciso 12.º); de juicio por jurados (artículo 75, inciso 12.º); 29. gobierno de los territorios nacionales (artículo 75, inciso 15.º); 30. protección de la prosperidad y el progreso (artículo 75, inciso 18.º); 31. organización y bases de la educación (artículo 75, inciso 19.º); 32. protección cultural y artística (artículo 75, inciso 19.º); 33. aprobación de tratados (artículo 75, inciso 22.º); 34. promoción de igualdad real y protección de niños y embarazadas (artículo 75, inciso 23.º); 35. aprobación de tratados de integración (artículo 75, inciso 24.º); 36. cuestiones relativas a la capital y establecimientos de utilidad nacional (artículo 75, inciso 30.º); 37. sobre Auditoría General de la Nación (artículo 85); 38. sobre el Defensor del Pueblo (artículo 86); 39. acefalía del Poder Ejecutivo (artículo 88); 40. regulación de los DNU (artículo 99, inciso 2.º); 41. de ministerios (artículo 100); 42. sueldos de los ministros (artículo 107); 43. organización de la justicia nacional (artículo 108); 44. remuneración de los jueces (artículo 110); 45. Consejo de la Magistratura (artículo 114); 46. jurado de enjuiciamiento de magistrados judiciales (artículo 115); 47. juicios criminales contra el derecho de gentes (artículo 118); 48. delito de traición (artículo 119); 49. organización del Ministerio Público (artículo 120); 50. intereses nacionales en la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129).

De este modo, la Constitución efectúa una clara reserva de ley a favor del Congreso en cincuenta asuntos que no pueden ser objeto de regulación por el Poder Ejecutivo, ya que se hallan asignados con exclusividad al Congreso. De hecho, esto ha sido respetado, ya que todas estas materias fueron objeto de leyes del Congreso.

b. Poder Ejecutivo. En el sistema diseñado por la Constitución, el presidente no tiene una potestad legislativa amplia, originaria, *per se*, como es propia del modelo dualista, heredero de la monarquía. Por eso podemos calificarlo como dualismo *atenuado*.

b.1. Al Poder Ejecutivo solo se reconoce capacidad de dictar normas con valor de ley: a) cuando los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes

resultasen imposibles, b) no se trate de materia penal, tributaria, electoral o sobre partidos políticos (artículo 99, inciso 3.º).

La cuestión reside en definir si toda y cualquier otra materia, no relacionada con las cuatro prohibidas, puede ser motivo de un DNU del Poder Ejecutivo. Si se partiese del principio de vinculación negativo (monismo), esta facultad le estaría vedada. Pero partiendo del hecho de que la reforma de 1994 ha consagrado un sistema dualista (principio de vinculación positiva), el Poder Ejecutivo no puede abordar materias que han sido objeto de expresa reserva de ley del Congreso pues, precisamente, por eso la Constitución se ha ocupado de establecerlas explícitamente.

b.2. El Poder Ejecutivo, dentro del sistema constitucional, participa en la formación de las leyes a través de la iniciativa (artículo 77) y del veto (artículos 78, 80 y 83). En consecuencia, el Ejecutivo tiene la posibilidad de presentar proyectos de ley sobre asuntos que solo pueden ser objeto de regulación por ley del Congreso. Asimismo, la Constitución le reconoce la facultad exclusiva al Poder Ejecutivo, a través del jefe de Gabinete, para presentar el proyecto de ley de ministerio y el presupuesto anual (artículo 100, inciso 6.º).

También puede vetar algún proyecto de ley que pertenezca a las materias reservadas al Congreso. Incluso puede llegar a vetarlo parcialmente y, además, promulgarlo parcialmente. Esta facultad, introducida por la reforma de 1994, amplía notablemente la capacidad de conformación y disposición del Ejecutivo (artículo 80). Pero aun así no puede por sí dictar DNU sobre las materias reservadas a la ley.

b.3. Asimismo se admite que el Ejecutivo tiene la facultad de dictar decretos reglamentarios «para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando en no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias» (artículo 99, inciso 2.º). Esto supone la preexistencia de una ley que requiera o establezca la necesidad de su reglamentación por el Poder Ejecutivo. Esto ya había sido admitido, sin controversia, por la Constitución con anterioridad a la reforma de 1994.

b.4. La potestad legisferante del Ejecutivo resulta más evidente en materia de reglamentos autónomos permitida expresamente por los artículos 99, inciso 1.º, y 100, incisos 1.º y 2.º, con relación al jefe de Gabinete. Esta atribución nos marca la presencia de un campo de producción normativa autónoma por el Poder Ejecutivo. Por tanto, no requiere de una ley previa habilitante respecto de aquellas materias que se conocen como reserva de la administración. Esta atribución constituye un clara nota de dualismo dentro de nuestro sistema de fuentes que ya viene receptado desde la Constitución de 1853.

b.5. Aunque la Constitución comienza con una enfática prohibición de delegar facultades legislativas (artículo 76: «Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo [...]») termina por aceptarlas bajo ciertas circunstancias. Claro que en la delegación legislativa el Congreso no está ausente, ya que esta solo es posible por decisión del propio Poder Legislativo a través de una ley, siempre y cuando se trate de «materias determinadas de administración o de emergencia pública». Cuestión

aparte es si el Congreso puede delegar en el Ejecutivo materias propias fijadas como reserva de ley por la Constitución. En principio esto no es posible. Pero si se trata de determinadas materias de administración, aunque sean asuntos reservados a la ley, podrían ser objeto de una delegación legislativa del Congreso para su reglamentación por decreto delegado (en los términos y bases de la delegación) por el Ejecutivo.

b.6. Existe un ámbito vinculado a *situaciones de emergencia*, dentro del cual el Ejecutivo puede ejercitar funciones legislativas *per se*. Tales son los DNU (que ya nos hemos ocupado con cuatro materias excluidas), la intervención federal y el estado de sitio. Estas dos últimas medidas, desde la reforma de 1994, requieren ley del Congreso y solo por excepción el Poder Ejecutivo puede adoptar esta decisión.

La intervención federal en caso de receso del Congreso puede ser dispuesta por el presidente, quien deberá convocar simultáneamente al Congreso para su ratificación (artículo 99, inciso 20.º), pues si el Congreso se encuentra en actividad le corresponde a este por ley (artículo 75, inciso 31.º). De modo análogo, el Estado de sitio solo puede ser declarado por el Poder Ejecutivo si estuviese en receso el Congreso y se trata de un caso de conmoción interior (artículo 99, inciso 16.º *in fine*), pues si fuese por ataque exterior debe recabar el acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 16.º, primera parte).

En resumen, a partir de la reforma de 1994 el sistema de producción legislativa reconoce dos fuentes: en primer término, el Congreso, al que se reserva con carácter exclusivo la regulación por ley de ciertas y determinadas materias (reserva de ley) y, en segundo lugar, el Poder Ejecutivo, al que se reconoce la facultad de dictar normas con fuerza de ley en ciertas circunstancias.²¹ En consecuencia, tan legítima y válida resulta la elaboración de materia legislativa del Congreso como, en el marco de su habilitación constitucional, del Poder Ejecutivo. Sin embargo, para este último caso se advierte una clara preocupación de la Constitución por dar intervención al Congreso cuando el Poder Ejecutivo ejercita facultades legislativas.

a) en el caso de legislación delegada hay una intervención previa y posterior al dictado del reglamento delegado. Con carácter previo, al dictarse la ley que formula la delegación el Congreso no solo debe encuadrarse en los supuestos habilitantes («materias determinadas de administración²² o de emergencia pública») sino que además debe fijar las bases y el plazo de caducidad (artículo 76) y, con posterioridad, cuando interviene a través de la comisión bicameral permanente, examina el decreto delegado (procedencia formal, adecuación a la materia y bases, y al plazo de

²¹ Para ampliar sobre estas fórmulas véase Francisco Rubio Llorente: «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (sobre el problema del concepto de ley en la Constitución)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983, pp. 417-432. También *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 283-297.

²² El Congreso se preocupó por definir lo que debe entenderse por *materias determinadas de administración* al sancionar la primera ley de prórroga del plazo de caducidad (25148/99), en cuyo artículo 2 enumera seis supuestos, que los reprodujo en las tres leyes de prórroga sucesivas.

ejercicio) y seguidamente es aceptado o rechazado por el plenario de cada Cámara (artículo 100, inciso 12.º, y artículos 11, 12 y 13 de la ley 26122) por medio del dictado de una ley. Incluso, recordemos, la disposición transitoria octava dispuso la caducidad en agosto de 1999 de la legislación delegada preexistente que no tuviera plazo establecido, lo que requirió que se dictara una ley ratificando la vigencia de aquella desde entonces, lo que se viene haciendo periódicamente desde 1999 (leyes 25148/99, 25645/02, 25918/04 y 26135/06 que la prorrogó por tres años hasta el 24 de agosto de 2009). Incluso más, a fin de subrayar su posición preeminente, todas estas leyes comienzan afirmando en su artículo 1.º: «Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo [...]».

b) En el caso de DNU, por expresas disposiciones constitucionales —artículos 99, inciso 3.º, y 100, inciso 13.º— el control del Congreso, si bien es posterior, se ejecuta a través de la comisión bicameral permanente que deberá controlar la adecuación del DNU a los requisitos formales y sustanciales (artículo 99, inciso 3.º) y, además, debe ser luego aprobado por el plenario de cada Cámara, a través de una ley.

En suma, el Congreso, por disposición de la Constitución, ratificada por la ley 26122, a través de decisiones adoptadas por cada una de las Cámaras, tiene la facultad de aceptar o rechazar el texto presentado por el Poder Ejecutivo por mayoría absoluta de miembros presentes (artículo 23); en este último caso, el rechazo equivale a su derogación (artículo 24).²³ En conclusión, a pesar de haberse legalizado el empleo de DNU y de legislación delegada, como atribuciones de naturaleza propiamente legislativa por el Poder Ejecutivo, la Constitución reservó al Congreso la facultad de controlar el cumplimiento de los recaudos constitucionales y de revocar tales normas legales. Por esta razón, el dualismo de fuentes legislativas (Congreso-Poder Ejecutivo) dispuesto por nuestra Constitución es de carácter atenuado con preeminencia final del Congreso.

Por otra parte, no debemos olvidar que nuestro sistema federal establece una limitación a la potestad legisferante del gobierno, e incluso del Parlamento, ya que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución a la federación (artículo 121); por lo tanto, ni el Congreso ni el presidente están investidos de una competencia general y amplia, sino solo aquella que encuentre su fundamento en atribuciones expresamente reconocidas por la Constitución (artículos 75, inciso 32.º, y 99).²⁴

En el ámbito provincial las Constituciones pueden organizar su sistema de fuentes del derecho de manera autónoma. Así tenemos un monismo puro en Córdoba (artículo 77: «El Poder Legislativo de la provincia es ejercido por una Legislatura de

²³ El Congreso ha puesto igual celo en el control de las promulgaciones parciales hechas por el Ejecutivo (artículos 80 y 100, inciso 13.º) a las cuales se aplica el mismo procedimiento previsto para los DNU y legislación delegada.

²⁴ Cf. Jorge H. Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, pp. 135 ss.

una sola Cámara [...]»; artículo 110: «Corresponde a la Legislatura provincial: inciso 1.º Dictar *todas las leyes* que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu») que no reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de dictar DNU o legislación delegada, solo admite el veto o promulgación parcial por el Poder Ejecutivo (artículo 109, *in fine*, conc. artículo 144, inciso 5.º). En el otro extremo, denotando un acentuado dualismo, la provincia de Salta: «Corresponde al Poder Legislativo: inciso 28.º Sancionar las otras leyes previstas en la Constitución y las que se relacionen con todo interés público general de la provincia que, por su naturaleza y objeto no correspondan a la Nación o que no fueren atribuciones propias de los otros poderes del Estado provincial» (artículo 127). Por su parte, al referirse a las atribuciones y deberes del gobernador, dispone que: «El gobernador, o su reemplazante legal, tiene las siguientes atribuciones y deberes: [...] inc. 18.º Adopta las medidas necesarias para conservar la paz y el orden público por todos los medios que no estén expresamente prohibidos por la Constitución y leyes vigentes», para concluir en una amplia atribución de facultades para dictar DNU al gobernador: «En caso de estado de necesidad y urgencia, o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Poder Ejecutivo, en acuerdo general de ministros, y previa consulta oficial al fiscal de Estado y a los presidentes de ambas Cámaras legislativas, *puede dictar decretos sobre materias de competencia legislativa*». Como se advierte, resultan sumamente amplias no solo las circunstancias que habilitan el dictado de DNU («caso de estado de necesidad y urgencia, o que esté amenazado de una manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales») sino también las materias que pueden ser objeto de un DNU (cualesquiera «materias de competencia legislativa»).

Conclusión

A partir de la reforma de 1994 ha quedado establecido en nuestra Constitución un sistema dualista atenuado de fuentes legislativas a cargo del Congreso, con materias reservadas a la ley, y del Poder Ejecutivo, en circunstancias especiales.

Sin embargo, es tan numerosa la cantidad de leyes y disposiciones con fuerza de ley actualmente vigentes que la sociedad moderna se enfrenta a un verdadero *mare magnum* normativo,²⁵ que demanda un replanteo y ordenación de las fuentes del derecho que nos permita alcanzar mayor certeza y seguridad jurídicas.

La ordenación y sistematización de las normas legales se ha vuelto una necesidad en las sociedades modernas. Se ha vuelto a hablar de la *recodificación*. Dentro de esta corriente debemos situar la ley 24967, que dispuso la elaboración del

²⁵ Véase Eduardo García de Entrerría: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

«Digesto jurídico argentino» a cargo de una comisión de juristas.²⁶ Todo este esfuerzo revela la importancia y valor superior de la ley. Se busca contar con unas pocas leyes, sistematizadas y ordenadas; que permita a la ley cumplir con el cometido ordenador dentro de la sociedad. Parecería que ha empezado a tomarse conciencia del valor agregado que aporta la ley porque todo el esfuerzo es para reducir el galimatías normativo en que se encuentran inmersas las sociedades modernas a unas pocas leyes simples y conocidas.

Asimismo, dado que la Constitución por su rigidez y laconicidad solo puede fijar pautas generales para la transformación social, la ley desde su posición superior constituye el instrumento más idóneo para los cambios políticos, sociales y económicos que demanda cada tiempo. La ley aporta no solo la autoridad política de su origen representativo-democrático sino la fuerza normativa superior que brinda su superioridad jurídica, que obliga a los restantes grados de producción normativa a acomodarse a sus mandatos, so pena de invalidez, bajo la sola condición de que la ley respete aquellas pautas establecidas por la Constitución.

Da la impresión de que ha comenzado a reconocerse, en definitiva, el importancia de la intervención del Poder Legislativo para la consolidación, consistencia y perdurabilidad de las leyes en un Estado democrático. Casi nos animaríamos a decir que esta mayor solidez normativa con que está dotada la ley proviene de dos vertientes: a) la dificultad propia de edificar el consenso por un cuerpo múltiple que así como resulta trabajoso construir la mayoría necesaria para adoptar una decisión es altamente previsible que en el mediano plazo se tenga la misma dificultad para conformar una mayoría opuesta que revoque y modifique aquella decisión tomada. La *sage lenteur* del legislador que nos recordaba Haurriou adquiere hoy vital significación. Pero además, b) la ley del Parlamento aporta un ingrediente central en una democracia deliberativa: la discusión pública, la deliberación como método de aproximación a la verdad, como manifestación de una racionalidad verificable y compartida, de respeto de las minorías en un clima de libertad de expresión y de debate garantizadas por disposiciones constitucionales y los reglamentos parlamentarios, cumplen una función legitimadora, esencial en nuestra democracia. Un paso importante en este sentido fue la prohibición de leyes secretas (casi un contrasentido) y la pérdida de tal condición de aquellas sancionadas como secretas (ley 26134 del 25.8.2006).

²⁶ La comisión de juristas se integró el 25.8.2004 y disponía de un año para su trabajo pero por decreto 1023/2005 se prorrogó por un año adicional. La misma problemática se presentó en diversos países. Estados Unidos desde 1926 se publica el United State Code (USC), que es una recopilación de todas las leyes federales a cargo de un *Revisor of Statutes* nombrado por el Congreso y que se actualiza cada seis años. Francia creó en 1958 la Comisión Superior de Codificación, que ha dictado varios Códigos (de propiedad intelectual, de consumo, de jurisdicción financiera, de corporaciones locales, etcétera). España creó en 1997 la Comisión General de Codificación.

La *dignidad de la ley* proviene no solo de su contenido material y de la legitimidad derivada del órgano de representación popular del cual emana, sino, también, sobre todo, por la perdurabilidad temporal de su mandato, lo que equivale a seguridad y certezas jurídicas; en definitiva, el antiguo y siempre presente reclamo desde el nacimiento de las sociedades democráticas fundadas en la libertad y la igualdad. A tal efecto, la ley se convierte en el instrumento insustituible para la construcción de una sociedad libre y justa.

Alberto Ricardo Dalla Via*

El imperio de la ley como fundamento de la seguridad jurídica e institucional

1. El imperio de la ley y el Estado de derecho

Los conceptos de *imperio de la ley* y de *Estado de derecho* (*rule of law*, *État de Droit*, *Rechtsstaat*) no solamente no son sinónimos sino que además cada uno de estos términos se encuentra sujeto a disputas sobre su definición normativa. Puede sin embargo afirmarse que la mayoría de las definiciones tiene un núcleo o denominador común, cual es que el sistema legal es un sistema jerárquico ordenado a partir de una Constitución que aspira a su completitud como sistema a través de la existencia de principios lógico-formales que se ordenan conforme a la lógica de los antecedentes y que contiene normas de clausura del mismo sistema.¹

De tal manera resulta que las relaciones entre reglas legales se rigen entre ellas mismas, conforme a preceptos jurídicos y que no cabe lugar para el arbitrio o el capricho con que un actor en particular pudiera justificadamente cancelar o suspender las reglas que gobiernan su desempeño. De modo que puede afirmarse que en un Estado de derecho no queda lugar para el accionar discrecional y que ni siquiera los funcionarios más encumbrados de un gobierno o sistema político pueden actuar

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Belgrano. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director de la Maestría en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires.

¹ H. L. Hart: *El concepto de derecho*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

de legibus solutus. Como bien afirma Joseph Raz, «el gobierno habrá de regirse por la ley y estar sujeto a ella», incluyendo «la creación de derecho que está en sí mismo legalmente regulado».²

También debe señalarse que el sistema legal o el estado legal es un aspecto del orden social global que, cuando funciona correctamente, confiere definición, especificidad, claridad y, por lo tanto, predictibilidad a las relaciones humanas. Este aspecto se relaciona directamente con la seguridad jurídica, concepto que a su vez se relaciona con la idea de certeza o de previsibilidad por la que tanto abogaron autores como Hans Kelsen desde la filosofía del derecho, o Max Weber desde la sociología.

La seguridad es un valor fundamental, constituye una condición indispensable para vivir en una sociedad medianamente organizada; sin ella no pueden existir otros valores básicos, no habría derecho estable ni sería posible la justicia distributiva. Para que el derecho sea realidad necesita contar con el elemento seguridad que le permita aplicarlo. Él dará nacimiento a la norma que se impone coactivamente; esta no se puede detener ante la voluntad del sujeto, sino que obliga a respetarla. Cuando no se cuenta con la seguridad para obtener el cumplimiento de una obligación normativa o lo que se convenga legalmente con base en ella, se atenta contra la estabilidad. Decía Recanses Siches:

[...] no hay derecho donde no hay orden cierto y seguridad. Es verdad que no basta con crear un orden cierto y seguro, pues este debe ser, además, justo. Pero no puede haber justicia donde no hay seguridad. Por lo tanto, podríamos decir que cabe que haya un derecho —orden de certeza y con seguridad impuesta inexorablemente— que no sea justo. Pero no cabe que en la sociedad haya justicia sin seguridad.³

Puede resumirse que la existencia del valor seguridad es indispensable y que este consiste en fijar un mínimo de certidumbre para aquellos que concluyen un acuerdo, lo que excluye el azar o cualquier factor que origine discusiones o debates, como sería confiar su observancia a la voluntad de cualquiera de las partes o del juzgador. La inseguridad nace en el mismo momento en que se introducen en las leyes conceptos imprecisos que hagan depender el ejercicio de un derecho del arbitrio subjetivo de una persona, así sea un juez.

Retornando a los dichos del autor antes citado:

El Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para calmar una ineludible urgencia de seguridad y de certeza en la vida social. Sin seguridad no hay derecho, ni bueno ni malo, ni de ninguna clase.⁴

Para obtener resultados en términos de seguridad jurídica, Joseph Raz ha señalado que es condición necesaria que las leyes tengan ciertas características que

² Joseph Raz: *La autoridad del derecho*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

³ Luis Recanses Siches: *Tratado general de filosofía del derecho*, 10.^a edición, México, 1991.

⁴ *Ibíd.*

el propio autor ha sistematizado: 1. todas las leyes deben ser prospectivas, públicas y claras; 2. las leyes deben ser relativamente estables; 3. la confección de leyes particulares debe estar guiada por reglas generales públicas, estables y claras; 4. la independencia del Poder Judicial debe estar garantizada; 5. deben observarse los principios de la justicia natural (audiencias abiertas y equitativas y ausencia de sesgos); 6. los tribunales deben tener poder de revisión para asegurar la conformidad con el imperio de la ley; 7. los tribunales deben ser fácilmente accesibles; y 8. no debe permitirse que la discrecionalidad de las instituciones de prevención del delito pervierta la ley.

En un interesante trabajo, señala Guillermo O'Donnell que, desde una perspectiva de la teoría de la democracia, el imperio de la ley o el Estado de derecho debería ser visto no solo como una característica genérica del sistema legal y del desempeño de los tribunales sino también como el gobierno de un Estado democrático con base legal. Esto implica la existencia de un sistema legal que sea en sí mismo democrático en tres sentidos: primero, que haga respetar las libertades y las garantías políticas de la *poliarquía*; segundo, que haga respetar los derechos civiles de toda la población; tercero, que establezca redes de responsabilidad y *accountability* que impliquen que todos los agentes, públicos y privados, incluidos los funcionarios en los puestos más altos del régimen, estén sujetos a controles adecuados y establecidos por ley de la legalidad de sus actos. Si satisface estas tres condiciones, el Estado no es tan solo un Estado regido por la ley; es un Estado democrático de derecho.⁵

Deben vincularse también los conceptos de *buen gobierno* y de *calidad de la democracia*, toda vez que la consolidación de las reformas económicas y la puesta en marcha de un contexto de alta competencia requiere de una dosis de alta transparencia y *accountability*. La idea de *buen gobierno* remite a una noción actualizada de la idea tradicional de *gobierno*. Contribuyen a la nueva configuración semántica tanto la convergencia de nuevos valores, como nuevas elaboraciones conceptuales, nacidas de una reconstrucción racional de la vasta experiencia histórica del Estado democrático contemporáneo en sus tres variantes fundamentales: la democracia liberal, la democracia republicana y la democracia deliberativa propia de los modernos debates sobre la justificación racional de la democracia.⁶

2. Anomia y seguridad jurídica

Si bien importantes autores han expresado distintos conceptos de seguridad jurídica, sería muy extenso referirse a ellos. Tampoco deseamos encerrarnos en una

⁵ Guillermo O'Donnell: «Las poliarquías y la (in)efectividad de la ley en América Latina», en J. E. Méndez, G. O'Donnell y P. S. Pinheiro (eds.): *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002.

⁶ Enrique Zuleta Puceiro: *Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

definición en particular. Preferimos optar por una descripción conceptual que nos libere de dogmatismos al tiempo que nos permita expresar la idea con precisión y claridad.

La noción de seguridad jurídica aparece enunciada por primera vez por un gran jurista de la escuela de los posglosadores, Baldo de Ubaldis, quien ya en los albores del Renacimiento defendió ardorosamente como fines del Estado no solamente la tranquilidad y la paz sociales, proclamadas por Santo Tomás de Aquino, sino también la inviolabilidad de los derechos individuales derivados del estatus de cada persona, considerada libre de querer, de obrar y de disponer de sí y de sus bienes, acentuando ampliamente el valor de las relaciones jurídicas y exigiendo la plena tutela de los derechos adquiridos.⁷

Pero serán los filósofos iluministas quienes difundan esta idea. En *El espíritu de las leyes* decía Montesquieu: «La libertad política consiste en la seguridad». Esos valores se garantizaban a través de la aplicación del principio de la legalidad y de la división de los poderes del Estado como protección de los ciudadanos contra el arbitrio de sus gobernantes.⁸

La inviolabilidad de la propiedad aparece también en esta filosofía del constitucionalismo liberal, directamente relacionada con los principios de libertad y seguridad como derechos naturales del hombre y por consistir en uno de los objetivos económicos de la ascendente burguesía revolucionaria.⁹

El doctor Segundo V. Linares Quintana destaca que el concepto está expresado en numerosos antecedentes constitucionales, como el Decreto de Seguridad Individual del 26 de noviembre de 1811, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisorio del Congreso Constituyente del 3 de diciembre de 1817, la Constitución de 1819 y la Constitución de 1826.¹⁰

Si bien nuestra Constitución nacional no menciona a la seguridad jurídica de manera expresa en la parte dogmática, el principio forma parte de la norma constitucional de manera implícita, a través del artículo 33 y directamente relacionada con las disposiciones de los artículos 14, 17 y 18.

Como señalara el doctor Julio C. Cueto Rúa:

[...] En momentos de confusión, de intolerable fractura de la continuidad del sistema institucional, económico o social, los argentinos hemos experimentado, casi al rojo vivo el incanjeable beneficio que representa convivir con la seguridad jurídica. La destrucción material y moral que importó durante décadas la inflación, la ausencia

⁷ Así lo explica Luis Legaz y Lacambra en su *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1943, cap. V.

⁸ Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, libro XII, cap. II, p. 234.

⁹ Legaz y Lacambra: *Introducción...*, o. cit.

¹⁰ Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. VI, 8.ª edición.

de representatividad de la moneda y la inestabilidad de los negocios han sido ejemplar evidencia de lo que afirmamos.¹¹

Si bien existe una idea de seguridad jurídica, esto no impide que existan diferentes puntos de vista o *enfoques* sobre aquella, que parten desde el observador. A continuación nos referimos a algunos de ellos, sin pretender agotar la materia.

a. Desde una perspectiva sociológica de carácter amplio, la seguridad jurídica puede identificarse con el grado de acatamiento al ordenamiento jurídico que tenga una determinada sociedad. En un trabajo reciente, el doctor Carlos S. Nino sostiene que la tendencia a la *anomia*, o el elevado grado de incumplimiento de las normas, sean estas jurídicas o convencionales, es una de las características de la sociedad argentina que explican nuestro subdesarrollo como nación. Según Nino, tales conductas además de ser violatorias de normas en el sentido formal, resultan disfuncionales en términos de beneficio social.¹²

La *anomia* en el terreno económico se ha expresado en la existencia de una *economía informal* que en la Argentina alcanzó niveles muy altos, según lo indica un libro de Adrián Guisarri.¹³

b. Desde el punto de vista de la filosofía política, la seguridad jurídica ha sido expresada en términos de doctrina para fundamentar la obligación política, vinculándose su origen con la pretensión de imponer un orden incontrovertible e invulnerable. Así fue expresado por Bodin en cuanto a la aplicación de la idea de *soberanía* hacia el interior de la comunidad, y en sentido parecido se expresa la tesis de Hobbes en *Leviatán*, en tanto el poder del monarca dura mientras sea capaz de dar seguridad a los súbditos.¹⁴

La tesis contractualista, si bien es más idílica, expresa fundamentos parecidos. La salida del estado de naturaleza significa un abandono de la situación de inseguridad de los más y su sustitución por un estado de certeza en el que cada cual sabe a qué atenerse.¹⁵

En nuestros días, Robert Nozick justifica como moralmente válida la existencia de un *Estado mínimo* destinado a preservar la seguridad de los miembros del cuerpo social; recurre como ejemplo al de una *agencia de seguridad*.¹⁶

c. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la seguridad jurídica reviste naturaleza óntica y ontológica. El derecho es el ordenamiento del orden

¹¹ Julio C. Cueto Rúa: «La crisis de nuestros días», en *JA*, 1991-I, p. 870.

¹² Juan Carlos Nino: *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

¹³ Adrián Guisarri: *La Argentina informal. Realidad de la vida económica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Contemporáneos, 1989.

¹⁴ Bodin: *Los VI libros de La República*, Madrid, Tecnos, 1985; T. Hobbes: *Leviatán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1979. Véase J. J. Chevallier: *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar, 1965.

¹⁵ J. J. Rousseau: *El contrato social*, 1762.

¹⁶ Robert Nozick: *Anarquía, Estado y utopía*, México, FCE, 1980.

social, por lo que el resultado de la seguridad jurídica es el *orden*, que es un concepto primario a todo valor superior.

La atención se fija, en un elemento formal, en la posibilidad de un marco de conducta invulnerable dentro del cual pueda desplegarse seguramente la vida política, social y económica de la sociedad. El último gran teórico de esta posición fue Gustav Radbruch, quien partiendo del relativismo axiológico de los principios elevó la seguridad jurídica a roles supremos del derecho, incluyéndolo como uno de sus valores.¹⁷

No obstante que este enfoque satisface las exigencias de certeza y previsibilidad que el mercado requiere, resulta insuficiente desde el punto de vista del progreso económico; si la seguridad jurídica solamente se conformara con el orden, no cabría realizar ninguna consideración cualitativa acerca de qué tipo de orden es al cual se aspira: si a la democracia de Locke y Rousseau, o a la autocracia de Hobbes.¹⁸ Cuando Mussolini invitaba a *vivir peligrosamente* estaba en realidad enunciando que el orden del Estado fascista descansaba en la inseguridad de los derechos individuales.¹⁹

Por otra parte, el mercado requiere algo más que certeza y previsibilidad; requiere de la libre concurrencia de las voluntades, libre de presiones, libertad de contratar; garantías a la propiedad y a los derechos emanados de ella. De lo contrario, tampoco sería posible la realización de los valores de ese cuerpo social.

d. Para el derecho constitucional, el concepto de seguridad jurídica se identifica con un concepto de seguridad individual que trasciende la seguridad meramente personal o física para extenderse también a los aspectos patrimoniales.

Recordando a Sarmiento: «La Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho también para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad».²⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo largo de su historia jurisprudencial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, reconociendo la importancia del principio de la *estabilidad* de las sentencias y decisiones judiciales finales (*Fallos*, 235: 501; 252: 265; 250: 750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual le ha reconocido *jerarquía constitucional* (*Fallos*, 242: 501; 252: 265; 250: 750), así como de la propia seguridad jurídica, a la cual le ha reconocido *jerarquía constitucional* (*Fallos*, 242: 501; 252: 134), habiéndose declarado que esa seguridad

¹⁷ G. Radbruch: *Filosofía del derecho*, México, FCE, 1951, p. 347. Véase Jaime Malamud: separata de la obra de Federico Pinedo (y ensayos en su honor) *La Argentina, su posición y rango en el mundo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1971.

¹⁸ G. Radbruch, *Filosofía...*, o. cit.

¹⁹ Legaz y Lacambra, *Introducción...*, o. cit.

²⁰ Domingo F. Sarmiento, *Obras completas*, t. 20, p. 104, citado por Linares Quintana en su *Tratado de la ciencia*, o. cit.

jurídica es «una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento y cuya tutela innegable compete a los jueces» (*Fallos*, 242: 501).²¹

e. Desde el punto de vista del derecho en su aplicación práctica, es decir, desde la jurisprudencia de los tribunales, la seguridad jurídica es una consecuencia de la aplicación de la Constitución y de los principios generales del derecho. En esa dirección, la inviolabilidad de la cosa juzgada y la irretroactividad de las leyes en materia penal y en materia tributaria, así como los principios de legalidad y de no confiscatoriedad, el respeto a la propiedad y a los derechos adquiridos aparecen como algunas de las manifestaciones más firmes de ese principio.²²

La *cosa juzgada* aparece como el área más convocante de la invocación de la seguridad jurídica desde un perfil de estabilidad e inmutabilidad (CS, *F.H.J.A.*, 13 de agosto de 1985, *DJ*, 1986-1-289) (CN Civ. Sala E, *Avico Lauría, Beatriz G. C/ Umerez Gómez de Lauría, Carmen y otros*, 15 de marzo de 1984, *DJ*, 1985-1-556).

También se ha dicho que: «[...] admitir una vez que el Estado pueda confiscar derechos adquiridos, puede ser el comienzo de un camino que concluya con todos los derechos».²³ Esta posición guarda coherencia con el concepto de *propiedad* acuñado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que alcanza a «todos los bienes apreciables que una persona posea fuera de su vida o su libertad».²⁴

f. Finalmente, existe una visión teleológica de la seguridad jurídica, y que se define como *seguridad en lo justo*.²⁵ *El derecho es seguridad, pero ¿seguridad en qué?: seguridad en aquello que se considera justo y que a la sociedad de una época le importa fundamentalmente garantizar, estimarlo ineludible para sus fines.*

Como afirma Recanses Siches:

[...] Desde el punto de vista estimativo, debe afirmarse terminantemente que la justicia y los demás valores inherentes a esta deben suministrar la orientación del derecho; y que, por lo tanto, lo que el derecho debe proporcionar es precisamente seguridad en lo justo. Ahora bien: certeza y seguridad son valores funcionales que todo derecho realiza por su mera existencia, sea cual fuere su cometido.²⁶

²¹ Causa *Pensa S.R.L.*, del 19 de diciembre de 1958.

²² Acerca de la importancia de la seguridad jurídica en el derecho tributario, puede verse el libro del Dr. Horacio García Belsunce: *Garantías constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1984, así como los trabajos del mismo autor en las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas y en distintas publicaciones. También puede verse el libro de Rodolfo Spisso: *Derecho constitucional tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

²³ Véase el tratamiento del tema en el libro del Dr. Horacio Tomás Liendo (h): *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios para la Nueva Mayoría, colección Estudios, 1990.

²⁴ CSN, *Fallos*, 156: 48.

²⁵ Recanses Siches: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

²⁶ *Ibidem*.

Esta idea se encuentra recogida en nuestro ordenamiento a través de la recepción del *principio de razonabilidad* que fuera definido por el fallecido maestro Juan Francisco Linares como la adecuación proporcional entre los hechos y las normas, y entre estas y la Constitución.²⁷

A nuestro juicio, esta idea valorativa de la seguridad jurídica es la que mejor se relaciona con el concepto, también valorativo, de progreso económico.

Si bien nos hemos preocupado por dar un concepto de seguridad jurídica, debe atenderse a que toda visión que tome a esta como objeto, solo sirve a los efectos teóricos. En su ejercicio, y por propia definición, la seguridad jurídica es instrumental, aun cuando sea pasible de apreciaciones axiológicas, según hemos visto.

El respeto por las normas y por los procedimientos es lo que diferencia a las naciones desarrolladas de las subdesarrolladas.

En épocas de transformación, cuando la realidad cambia vertiginosamente, el derecho debe ir adaptándose. Es una tarea difícil que depende en gran medida de la calidad de la legislación y de la prudencia y sapiencia de los jueces. Como señalara el doctor Marco A. Risolía: «El derecho es un orden pero nada más difícil que ordenar la realidad cuando todo se mueve».²⁸

Muchas veces han sido los hechos los que obligaron a un cambio en la interpretación de la norma o en la legislación, como ocurrió con el paso del nominalismo a la indexación, en el primer caso, y con el divorcio vincular, en el segundo. A veces hay razones de justicia que se imponen a la seguridad.

Pero no por ello debe pensarse que el derecho deba ir cambiando al ritmo de la realidad. Debe acomodarse y servir a esta, pero sin dejar de lado los principios y los procedimientos. El derecho representa el *anclaje* de la realidad a los principios. Como destacara Ihering, la permanencia de las tradiciones en el derecho es un sabio equilibrio entre la inmutable realidad y los valores permanentes que identifican a una cultura.²⁹

De allí también que, teniendo la seguridad jurídica carácter instrumental, su realización como valor se dé con el cumplimiento del derecho y no con su vulneración en aras de otros fines. Para Maquiavelo, el fin justifica los medios; para Kant, en cambio, el cumplimiento del derecho supone un imperativo ético ya que su fin es valioso para la sociedad. La seguridad jurídica se relaciona con la seguridad de estas ideas.³⁰

²⁷ Juan Francisco Linares: La razonabilidad de las leyes y el debido proceso sustantivo, Buenos Aires, Astrea, 1970.

²⁸ Marco Aurelio Risolía: «La determinación de precios y valores y el reajuste de las obligaciones de dar sumas de dinero. Un firme avance en las atribuciones de los jueces», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 25, p. 389.

²⁹ Rudolph von Ihering: *La lucha por el derecho*, Madrid, Doncel, 1976.

³⁰ Nicolás Maquiavelo: *El príncipe*, Barcelona, Bruguera, 1984; Emmanuel Kant: *Principios de filosofía*. Véase Felipe González Vicén: *Filosofía del derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979.

3. El *law-making process*

En el proceso histórico de formación del constitucionalismo ha sido principalmente el tema vinculado con la legitimidad para hacer la ley. En rigor, el quid del proceso constituyente y del debate posterior en los Estados Unidos ha sido el procedimiento legislativo (*law-making process*); en otros términos, ¿cuál es el procedimiento de sanción de las leyes que la Constitución legitima? Puesto el acento en esa cuestión sustancial, el cambio del *law-making process* impone —en definitiva— el cambio de la Constitución. En la autorizada opinión de Pizzorusso, el *law-making process* implica un complejo sistema de decisión jurídico y político.³¹

Como lo han demostrado importantes autores, en la Constitución originaria prevaleció la voluntad de los estados en todo acuerdo convencional para aplicar normas de alcance general. Tal es el criterio que prevaleció en la Convención de Filadelfia en derredor del artículo V, referido a la reforma de la Constitución. La representación de los estados de manera igualitaria se resguardó en el Senado como en el sistema del colegio electoral para elegir al presidente.

Con el correr de los años, el principio de la soberanía del pueblo avanzó en detrimento del procedimiento convencional entre los estados para la toma de decisiones generales. Esa tendencia se confirmó con las enmiendas posteriores a la Guerra de Secesión y —aún más— con la política del *New deal* en los años treinta, que implicaron importantes reformas en las prácticas constitucionales y afirmaron el liderazgo presidencial.³²

La afirmación de un criterio sustentado en la soberanía del pueblo como fundamento del Estado de derecho constitucional, ha avanzado con tal énfasis que autores como Robert Dahl cuestionan el carácter democrático de la Constitución estadounidense por contener resabios *madisonianos* de protección de minorías que benefician a los estados más pequeños y menos poblados; opone esto al ejemplo de las democracias europeas fundadas en sistemas parlamentarios de amplio debate.³³

Las connotaciones del debate norteamericano son trasladables también a nuestro caso, por haber adoptado nuestra Constitución histórica aquel modelo constitucional presidencialista y federalista, aunque potenciado en nuestro caso por la pérdida de valor relativo del federalismo frente al predominio de los grandes partidos nacionales representados en el Congreso, circunstancia a la que debe sumarse el liderazgo presidencial.

En cuanto al tema específico que nos ocupa, en la reforma de 1994 estuvo ausente un debate general que atendiera específicamente al problema del *law-making*

³¹ Alesandro Pizzorusso: *Law in the Making. A comparative survey*, Nueva York, European Science Foundation. Research on the legislative process, Springle-Verlag, 1988.

³² Bruce Ackerman: *We the People*, vol. 2, New Haven, Yale University Press, 1992.

³³ Robert Dahl: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

process. En rigor, la reforma de 1994 no tuvo debate en general porque las primeras semanas se ocuparon en la discusión sobre el reglamento y el alcance del llamado *núcleo de coincidencias básicas*. Entre los argumentos que se sostuvieron en esa oportunidad se dijo que el referido *núcleo* conformaba un *sistema*, justificando así la votación en conjunto de un *paquete* de normas que eran inescindibles, conforme lo había establecido el artículo 2.º de la ley 24309 declarativa de la necesidad de la reforma.

Entre las observaciones realizables en un balance a diez años vista se encuentra que en ese *sistema* o *paquete* se trataron temas de distinta naturaleza jurídica y, si bien había conexiones, en general estas tenían naturaleza política, que era resultado de los acuerdos celebrados para llevar adelante la reforma, a partir del Pacto de Olivos, que permitió alcanzar la exigente barrera del artículo 30 de la Constitución en ambas Cámaras.

Pero en rigor, tanto la incorporación —aún incompleta— de los reglamentos de necesidad y urgencia, como de la delegación legislativa y de la promulgación parcial de las leyes, se originaron en la pretensión de regularizar una práctica que para la mayoría de la doctrina constitucional conformaban verdaderos desvíos o incumplimientos de la Constitución formal. Desde esa perspectiva hemos señalado en su oportunidad que, en algunos temas, la reforma realizó verdaderos *blanqueos* que implicaron una práctica de sociologismo constitucional.³⁴

4. La función legislativa en los sistemas presidencialista y parlamentario

Las diferencias en los mecanismos para hacer las leyes en ambos sistemas se encuentran estrechamente vinculadas a las diferencias que existen en materia de relaciones entre los poderes Legislativo y Ejecutivo: De ese modo, ya Karl Loewenstein puso oportunamente el acento en la mayor flexibilidad o relaciones de *coordinación* que existen entre los poderes en un sistema parlamentario por oposición a la división más rígida que existe en la tríada presidencialista.³⁵ En efecto, en el parlamentarismo el gobierno está dentro del Parlamento, de manera que este puede muy fácilmente delegar funciones legislativas en aquel, como si se tratara de una comisión. La ruptura o separación de esa coordinación funcional solo se da cuando se plantee una moción de censura.

En cambio, en el presidencialismo los poderes se encuentran separados y la función de legislar es propia del Poder Legislativo. En el modelo estadounidense no existe la delegación de poderes del Ejecutivo al Legislativo, excepto cuando tal

³⁴ Alberto Ricardo Dalla Via: *Constitución de la Nación argentina. Texto según la reforma constitucional de 1994 (comentada)*, 2.ª edición, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 1996, p. 5 «Balance de la reforma».

³⁵ Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964.

delegación responde a un estándar inteligible, a un propósito concreto y con límites precisos, en cuyo caso se trata más bien de legislación subordinada que de legislación delegada. La Constitución estadounidense no le concede facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo. El antecedente de nuestro artículo 99, inciso 2.º, en cuanto a los llamados *reglamentos de ejecución* es, en realidad, la Constitución de Cádiz de 1812, que concedía al monarca la potestad de poner en ejecución las leyes, cuidando no alterar su espíritu con disposiciones reglamentarias.

En general puede afirmarse que las democracias constitucionales de Europa occidental que han adoptado sistemas parlamentarios y semiparlamentarios han ido paulatinamente abandonando la exclusividad legislativa de los Parlamentos para ir delegando funciones legislativas en los poderes Ejecutivos.

La Constitución Española de 1978, que ha tenido mucha influencia en nuestra reforma constitucional y en los países latinoamericanos en general, califica a los decretos leyes como disposiciones legislativas provisionales y exige que exista un caso de extraordinaria y urgente necesidad; solo tienen eficacia durante treinta días hábiles, dentro de los cuales deben ser ratificados por el Congreso de los Diputados. Se trata de un plazo de caducidad, por lo cual si no se convalida pierde sus efectos con retroactividad al momento de la publicación.³⁶

Por su parte, las Cortes Generales pueden delegar en el gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas (leyes de bases).

La Constitución italiana de 1947 admite la delegación legislativa así como la emisión de reglamentos generales por el gobierno, por razones de necesidad y urgencia, siempre que estos sean convertidos en ley dentro de los sesenta días a partir de su publicación, en cuyo defecto perderán toda su eficacia.

La Constitución francesa de la IV República (1946) disponía en su artículo 13 que solo la Asamblea Nacional podía votar la ley y que no podía delegar ese derecho. A pesar de ello comenzó a desarrollarse la expansión del poder reglamentario y el procedimiento de las *leyes marco*; en realidad, ya a partir de la Primera Guerra Mundial comenzaron a proliferar los llamados decretos leyes. La tarea legislativa se fue tornando tan compleja y técnica que al sancionarse en 1958 la Constitución de la V República, se invirtió la regla y pasó el Poder Ejecutivo a tener al carácter de legislador en todas las materias que la Constitución no considera de dominio legal del Poder Legislativo y que son la organización de la vida privada y las relaciones entre ciudadanos y el gobierno.

También en Alemania existe una zona de reserva legal referida a prohibir intromisiones en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, el Bundestag

³⁶ Jorge Rodríguez Zapata: *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, citado por Eugenio Palazzo en su tesis doctoral «Las fuentes del derecho constitucional, en el cambio de milenio, en la República Argentina, presidencialista y federal», Universidad Católica Argentina.

puede habilitar al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos a través de una ley que determine la materia como los límites correspondientes.

5. El poder de legislar

Siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, nuestra Constitución nacional trata del Poder Legislativo en primer lugar entre los poderes del Estado, aunque aquella en realidad comienza desde su artículo 1.º con este tema porque la declaración de derechos, que fue posterior en el tiempo, se agregó al final como *enmiendas*, que fueron diez al comienzo y se fueron sucediendo después las restantes.

Pero hay otra razón que también justifica la ubicación del Legislativo en primer lugar, y este es el carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, el espejo que refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la *voluntad general* que se expresa en la ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de derecho. Rousseau decía «dentro de la ley todo, fuera de la ley nada», y el principio de reparto de nuestro sistema jurídico, que es el artículo 19 de la Constitución, enfatiza ese criterio cuando fija, en el llamado *principio de legalidad*, el límite entre lo prohibido y lo permitido.

La república representativa se funda en el respeto a la ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la ley —excepto la Constitución— y cuando la ley contrarie la Constitución podrá ser declarada inconstitucional.

La consideración de la ley como norma general y abstracta aplicable con fuerza obligatoria para todos los habitantes de la Nación ha ido sin embargo perdiendo la fuerza que las corrientes positivistas del derecho en algún momento le otorgaron, bajo la pretensión de una ordenación abstracta del todo social que, en definitiva, no ha constituido sino un pretencioso anhelo del racionalismo.

Las necesidades de la especialización y de la técnica en sociedades cada vez más complejas han ido trasladando la elaboración de las normas a los distintos departamentos o dependencias del Poder Ejecutivo, dado que la excesiva generalidad de los órganos legislativos atentan precisamente contra lo específico de cada función. Por ello, y a pesar de que, en la práctica, por razones de oportunidad y urgencia muchas veces se ha trasladado hacia el Poder Ejecutivo la elaboración de normas generales, lo cierto es que la presunción de legitimidad así como la iniciativa legislativa como principio descansan en cabeza del Poder Legislativo, a quien corresponde en el Estado de derecho la función de hacer la ley. Ello sin perjuicio de otras funciones muy importantes como, por ejemplo, la función de control.

Se puede afirmar que los primeros antecedentes históricos de un cuerpo legislativo aparecen en Inglaterra, como consecuencia de la carta magna que los barones

consiguieron suscribir con el rey Juan Plantegenet, conocido como *Juan sin tierra*, en Runnime, en el año 1215, y en la que se formula por primera vez el concepto de *not taxation without representation*, y el derecho de petición *de los hombres libres del reino*, que modernamente se conoce como el principio de legalidad en materia fiscal y derecho de petionar, cuya fundamentación fue enunciada ya por John Locke.

En esas cláusulas se establecía que el rey se abstendría de imponer gravámenes sin el acuerdo del Consejo del reino, salvo para rescatar al rey o su familia en caso de cautiverio, para armar caballero al mayor de sus hijos y para casar a la mayor de sus hijas, que eran las excepciones aceptadas por las costumbres del reino, estableciéndose además que el Consejo del reino estaría compuesto por los pares temporales (obispos, nobles y terratenientes).

Pero el primer Parlamento extraordinario en la historia de Inglaterra fue convocado por Simón de Montfort, conde de Leicester, que sancionó los denominados *estatutos* de Oxford, convocando otro Parlamento en 1265 que limitó los poderes del monarca. En este Parlamento se llamó por primera vez a los *comunes*, es decir a los representantes de los burgos, ciudades, villas y condados. A partir de entonces comenzaría verdaderamente a utilizarse la expresión *Parlamento*, que sería incorporada al *common law*. En 1297, con la sanción del estatuto *De tallagio non concedendo*, se reafirmó la ilegalidad de los tributos impuestos sin el acuerdo parlamentario.³⁷

A partir del siglo XV, la Cámara de los Comunes comenzó a dirigir peticiones al rey, demandando reclamaciones de interés general, a cambio de votar los impuestos, siempre mayores, requeridos por el monarca. Estas peticiones, denominadas *Bills*, eran llevadas al rey por el presidente de la Cámara o *speaker*.

En 1611, el rey Jacobo I solicitó al Parlamento la aprobación de un impuesto de 200 000 libras, que le fue denegada. Ante ello, el monarca disolvió el Parlamento. Esos hechos se repitieron diez años más tarde cuando, ante el pedido de un nuevo impuesto, el Parlamento solicitó a cambio competencias políticas y legislativas; el rey no solamente volvió a cerrar el Parlamento sino que además arrestó a siete diputados acusados de traición. El sucesor, Carlos I, convocó a un nuevo Parlamento y, en 1628, aceptó la *Petición of rights* que restringió las prerrogativas reales. Poco después, el Parlamento se atribuyó el poder exclusivo de la creación de impuestos y contribuciones, provocando la ira del rey, quien arrestó a varios diputados y disolvió el Parlamento por un largo período.³⁸

La guerra civil que se desató posteriormente terminó con la ejecución de Carlos I Estuardo y la toma del poder por el *Lord Protector* Oliverio Cromwell, quien

³⁷ Manuel Jiménez de Parga: *Sistemas políticos contemporáneos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 277.

³⁸ Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 140.

reorganizó el Parlamento conforme al *Instrument of Government* de 1653; pero con la restauración de la monarquía volvió a provocarse otra revuelta que terminó con un cambio de dinastía y el nuevo monarca Guillermo de Orange juró el *Bill of rights* que otorgó al Parlamento el poder exclusivo para legislar, transformándolo en un órgano independiente.

La Cámara de los Lores fue perdiendo poder a favor de la Cámara de los Comunes, de cuyo partido mayoritario surgió el gobierno (gabinete). Esa tendencia se profundizó con Jorge III de Hannover, monarca que no sabía hablar inglés, por lo que delegó sus prerrogativas en un primer ministro o *primus inter pares*.

En Francia, por su parte, la evolución del Parlamento fue distinta de la inglesa. Los Estados Generales eran asambleas que raramente se convocaban para aconsejar al rey y sesionaban separadamente por estamentos: la nobleza, el clero y el tercer estado o estado llano. Cuando fueron convocados por Luis XVI, en 1789, marcaron el comienzo de la sucesión de actos que culminarían con la Revolución Francesa. Los Estados Llanos se convirtieron en Convención Constituyente, sancionaron la Constitución de 1793 elaborada por el abate Sieyés, en la cual se creaba, como Poder Legislativo, a la Asamblea Nacional, la que —con muchos altibajos— subsistió hasta la actualidad.³⁹

En el siglo XIX, el movimiento constitucionalista que comienza con la Constitución de Filadelfia de 1787, se afirma en la mayoría de los países de Europa y América sobre la base de la libertad política y civil y de la igualdad ante la ley, el Poder Legislativo se integra por representantes elegidos directamente por los ciudadanos, que sustituyen al pueblo soberano en su función de creación de normas jurídicas obligatorias para el mismo pueblo.

En el siglo XX, por su parte, el dato a destacar es la declinación del Poder Legislativo al tiempo en que se produce una hipertrofia del Poder Ejecutivo. Vanossi se ha referido a este tema sosteniendo que las causas de la crisis del Congreso exceden el nivel de la clase política porque responden a un fenómeno de toda la sociedad, y destaca entre otros aspectos el achicamiento del rol de la clase política, el vaciamiento de las estructuras partidarias, la invasión de los contrapoderes, la falta de información y de asesoramiento eficaz del Congreso, etcétera.⁴⁰

³⁹ Alberto R. Zarza Mensaque: *El Congreso en la Argentina finisecular*, Córdoba, edición del autor, 1986, pp. 26 ss, citado por Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., p. 143.

⁴⁰ Jorge Reinaldo Vanossi: «¿Modernización parlamentaria?», en *El Derecho*, 20.9.1993.

6. La formación y sanción de las leyes en la Constitución de la nación argentina

Este es un tema de especial importancia dentro del texto constitucional, toda vez que trata de la formación de la voluntad colectiva para dar nacimiento al acto de gobierno por naturaleza en un sistema político democrático: la ley como manifestación y expresión de la *voluntad general*; en tal sentido, para la configuración de esa voluntad hacen falta presupuestos sustanciales y formales. De allí que el proceso de formación y sanción de las leyes sea en verdad un proceso constitucional, no contenido en normas adjetivas, sino dentro del propio texto constitucional y que se complementa con las prácticas propias del derecho parlamentario.

Sin embargo, debe señalarse que en la práctica constitucional argentina este es un tema que, a la par de su importancia, presenta también llamativos déficits en cuanto a los límites de las competencias del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo para sancionar actos de contenido legislativo. La cuestión estaba más clara en el sistema presidencialista establecido en 1853 en que, si bien el Poder Ejecutivo actuaba como colegislador, la función legislativa propiamente dicha pertenecía con exclusividad al Congreso.

En los sistemas parlamentarios y semiparlamentarios, las relaciones entre el Parlamento y el gobierno se hacen más flexibles y, por lo tanto, al ser de coordinación entre ellas, son también de una más estrecha cooperación funcional. La reforma constitucional de 1994, al buscar una mayor aproximación con aquellos modelos de raíz europea, generó también problemas aún no resueltos en materia de límites de competencia legislativa entre Parlamento y gobierno.

Con la habilitación otorgada al Poder Ejecutivo —en situaciones excepcionales o de emergencia— para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º), para actuar mediante delegación legislativa (artículo 76) y aun para el trámite de promulgación parcial de leyes (artículo 80) se ha generado una zona de penumbra que encima muchas veces la competencia de los distintos poderes del Estado. En efecto, la condición *sine qua non* que el constituyente reformador impuso, más allá de la existencia de una real situación de emergencia, fue que se cumplieran ciertos pasos procedimentales que hasta la fecha no fueron cumplidos (v. g., intervención de comisiones bicamerales permanentes para ambas categorías de decretos así como trámites especiales de aprobación parlamentaria.)

En nuestra opinión, este es uno de los temas institucionales más importantes al que debe darse respuesta, ya sea dando cumplimiento a los pasos institucionales marcados, o bien considerando la oportunidad de una reforma constitucional futura. Está en juego el acto de gobierno fundamental: la ley, el respeto a la ley, con todas las consecuencias sobre seguridad jurídica que de ella derivan.

La regla general es que los proyectos pueden tener principio en cualquiera de las dos Cámaras, aunque se trata de una regla que reconoce varias excepciones, de

manera que la Cámara de Diputados tiene la iniciativa exclusiva: a) en materia impositiva y de reclutamiento de tropas (artículo 52 CN), así como b) en los proyectos de ley por iniciativa popular (artículo 39 CN), y c) en los referéndums (artículo 40 CN); en tanto que al Senado corresponde la iniciativa exclusiva: a) en leyes sobre coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2.º), y b) en las leyes sobre desarrollo humano (artículo 75, inciso 19).

Los proyectos de ley pueden ser presentados por uno o varios integrantes de cada Cámara, que en el caso de la Cámara de Diputados pueden ser hasta 15 (cf. artículo 101 del reglamento de la Cámara). El Poder Ejecutivo también tiene iniciativa legislativa, siendo en los hechos el que da impulso a la mayor cantidad de iniciativas que se transforman en leyes. La Cámara que inicia y aprueba un proyecto en primer término es la Cámara iniciadora o *Cámara de origen*, en tanto que la que actúa en segundo lugar se llama *Cámara revisora*.

La segunda parte del artículo 77 de la Constitución nacional establece una mayoría agravada para la modificación del régimen electoral y de partidos políticos, conformando una zona de reserva del legislador que se complementa con el artículo 99, inciso 3.º, cuando prohíbe la práctica del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en esas materias, por tratarse de decisiones políticas que requieren de un amplio debate al fundamentar las reglas de juego básicas del sistema democrático. También es razonable que tales decisiones respondan a una mayoría agravada y no a mayorías ocasionales.

El caso más simple de aprobación de un proyecto de ley se produce cuando la Cámara revisora aprueba sin modificaciones el proyecto de la Cámara de origen; en tal caso, el proyecto sancionado pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación: siendo la ley un acto complejo, el Ejecutivo actúa como colegislador.

Después de aprobar un proyecto de ley en general, cada Cámara puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto. Se trata de una práctica que tiene antecedentes en el derecho comparado europeo, donde los Parlamentos tienen una actividad muy dinámica. La reforma constitucional de 1994 tomó ese antecedente, ya considerado en la reforma transitoria de 1972, aunque limitando la delegación al tratamiento en particular; en la búsqueda de alcanzar agilidad en la tarea legislativa y atendiendo a que es por lo general en las comisiones donde se realiza la tarea técnica de elaboración de las leyes.

La reforma constitucional de 1994 ha establecido límites a la práctica del *veto parcial*, muy utilizada en los últimos tiempos; señala que la regla es el veto total, es decir que si una ley es vetada por el presidente de la Nación, esta cae en su totalidad —quedando a salvo la instancia del Congreso— y admite únicamente el veto parcial cuando la parte no vetada tenga *autonomía normativa*; es decir, cuando conserve una unidad sistemática a pesar de la parte observada. Asimismo, la reforma constitucional ha pormenorizado en el artículo 81 el procedimiento parlamentario de sanción de las leyes, previendo puntualmente los casos de correcciones y rechazos.

El artículo 82 de la Constitución complementa el caso anteriormente mencionado al señalar que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, quedando excluida la posibilidad de una sanción tácita o ficta. Para aprobar una ley, el Congreso debe expresar su voluntad sancionándola. El tema tiene especial importancia en cuanto a la facultad excepcional que tiene el Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º CN). La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el fallo *Peralta Luis c/ Estado nacional (Ministerio de Economía s/ amparo)*, había establecido que los decretos se convertían en ley si el Congreso no se pronunciaba. Del artículo 82 se desprende la necesidad de una expresión concreta de voluntad.

La reforma de 1994 modificó la redacción que tenía el anterior artículo 71; suprimió la segunda insistencia de la Cámara revisora en el trámite de los proyectos de ley, que permitía llegar hasta cinco votaciones en ambas Cámaras. En la actualidad, si hubiere discrepancias entre la Cámara iniciadora y la Cámara revisora respecto a un proyecto de ley, el máximo de votaciones posibles entre ambas puede llegar hasta tres, y ya en la primera revisión se podrá saber cuál es el criterio que prevalecerá según las respectivas mayorías con que se haya votado en cada Cámara del Congreso.

Antes de la reforma, los artículos 71 y 72 establecían un mecanismo de insistencias para el caso de que la Cámara revisora discrepara con la sanción de la Cámara iniciadora, que era mucho más complicado que el actual, toda vez que se encontraba prevista una segunda lectura de ambas Cámaras. De todos modos, se mantiene el principio general conforme al cual, a igualdad de mayorías, prevalece la Cámara de origen.

La Constitución no contempla un procedimiento específico para la derogación de las leyes por el Congreso, pero la simple aplicación de los principios generales del derecho, entre los que se encuentra el denominado principio del *paralelismo de las formas y de los actos jurídicos*, indica que el mismo órgano que tiene competencia para establecer una norma tiene también la facultad de derogarla, ya sea de manera expresa, es decir dictando una norma específica para derogar una ley determinada, o bien por aplicación de determinados principios clásicos como ley anterior deroga ley posterior, o ley especial deroga ley general, etcétera.

En los últimos tiempos se ha planteado la novedosa cuestión acerca de la posibilidad de *anular* normas sancionadas por el Congreso. Tal es lo ocurrido con la sanción de una norma por el Congreso declarando nulas las llamadas leyes *de obediencia debida y de punto final*. Se ha discutido sobre la facultad del Congreso en ese sentido, o si —en realidad— tal *declaración* de nulidad representaría, en realidad, una declaración política acerca de la que oportunamente debería opinar la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre una causa concreta.

Los actos del derecho público tienen particularidades que los diferencian de los actos jurídicos en el campo del derecho privado, y entre ellos se encuentra el que las competencias de los órganos del poder público deban ser siempre expresas

(cf. artículo 19, conc. 121 CN). Pero aun si hiciéramos una aplicación general de los principios generales del derecho que provienen del derecho civil, tenemos que para declarar la nulidad de un acto jurídico, este debe adolecer de un vicio del consentimiento en su origen, es decir que haya vicio de error, dolo o violencia. De ello fácilmente se advierte el absurdo de suponer que todo un cuerpo legislativo haya actuado por error o que se haya ejercitado violencia sobre una mayoría. Mal puede entenderse en ese caso que la violencia consista en *presiones* de carácter político, porque es de la esencia misma de la política el actuar dinámico en el que no faltan presiones de todo tipo y clase, de las que la Constitución preserva a los representantes del pueblo concediéndoles prerrogativas e inmunidades propias de su cargo.

En definitiva, el problema de la validez de las leyes, una vez sancionadas por el Congreso y promulgadas por el Poder Ejecutivo, es materia que corresponde revisar al Poder Judicial al ejercer el llamado control de constitucionalidad, que se ejerce en casos concretos, llevados a su conocimiento y decisión en el marco de la división de poderes que la Constitución ha establecido en su artículo 1.º

7. La iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo

En sus *Lecciones de derecho constitucional*, el Dr. Manuel Augusto Montes de Oca definió a la iniciativa legislativa como «la invitación hecha al legislador para adoptar una norma jurídica». ⁴¹ Por su parte, el profesor catalán Jorge Xifra Heras señalaba que la iniciativa legislativa constituía un acto vinculante material y formal que, por un lado, limita la materia de la actividad legislativa y por otro fuerza a determinados órganos a que actúen. ⁴² La iniciativa conforma la primera etapa en el proceso de formación y sanción de las leyes; es la etapa de creación de la norma, en la que se elabora el proyecto y se presenta ante las Cámaras del Congreso.

Si bien la función legislativa es competencia primaria del Poder Legislativo, la doctrina le ha reconocido al Poder Ejecutivo el carácter de *colegislador*, ya que participa de la labor legislativa mediante la iniciativa, el debate, la promulgación, la publicación y el veto. La fase de iniciativa legislativa reviste gran importancia, ya que en ella la norma se estructura y adquiere su forma inicial, siendo frecuente que esa norma pase a ser la norma definitiva, dado que el Parlamento o el órgano legislativo competente suele limitarse a solo colocar un sello formal de aprobación.

En el plano institucional, en todos los Estados existen oficios o divisiones técnicas destinadas a la preparación de los proyectos de ley. Son dependencias del Poder Ejecutivo que se ocupan de la redacción de los proyectos de ley de iniciativa

⁴¹ Manuel Augusto Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Buenos Aires, 1917, p. 264.

⁴² Jorge Xifra Heras: *Curso de derecho constitucional*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1992, p. 241.

gubernamental y de las demás normas cuya emisión es de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. Las reglas escritas que le conciernen (cuando existen) generalmente se refieren a atribuciones de competencia y a procedimientos que hay que observar en la preparación de un proyecto de ley o de reglamentación; raramente hasta ahora han tocado aspectos de técnica legislativa.⁴³

Algunas modificaciones en materia de iniciativa legislativa fueron dispuestas en la reforma constitucional de 1994. El artículo 99 en su inciso 3.º (ex 86, inciso 4.º) establece que el presidente de la Nación «participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución. Las promulga y hace publicar». El requisito de la publicación fue incluido por la reforma.

Por su parte, el artículo 77 de la Constitución nacional dispone: «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». De ese modo, se han generalizado las excepciones en cuanto a la Cámara de origen, que anteriormente se limitaba a la Cámara de Diputados para materia concerniente a contribuciones y reclutamiento de tropas, en tanto que actualmente las excepciones se han ampliado a los casos de los artículos 39, 40, 52, y 75 incisos 2.º y 19.

En un trabajo realizado por Molinelli se indica que en el período 1862-1985 el Poder Ejecutivo era el iniciador del 40 a 50% de las leyes (eje a través de todo el período, con algunas variaciones de año en año). Este porcentaje se eleva hasta 52 a 62% si no se toman en cuenta las leyes de menor importancia.⁴⁴

En el período 1983-1999, el Poder Ejecutivo fue iniciador del 47% de las leyes sancionadas. Si se excluyen las leyes menos importantes (monumentos, donaciones, transferencia de inmuebles, declaraciones) el porcentaje de las iniciativas presidenciales restantes sobre las leyes sancionadas aumenta al 55%. Pero si se excluyen también las leyes que aprueban tratados internacionales, se verá que solo 33% de las leyes sancionadas fueron iniciadas por el Poder Ejecutivo.

De allí resulta que Molinelli afirme que se puede interpretar que el Congreso mantiene una influencia relevante en cuanto a legislación; por el contrario, Sagüés afirma que, desde el punto de vista de su importancia económica o institucional, las normas más relevantes han tenido por lo común origen presidencial.⁴⁵

⁴³ María Celia Castorina de Tarquini: «Sistematización de las funciones del Ejecutivo en orden a sus atribuciones», en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos: *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 223.

⁴⁴ Guillermo Molinelli: «Relaciones presidente-Congreso en Argentina 1883-95», II Congreso Nacional de Ciencia Política, Mendoza, noviembre de 1995.

⁴⁵ Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 421.

8. La iniciativa popular

Antes de la reforma de 1994, la mayoría de la doctrina consideraba inviables en nuestro sistema las llamadas *formas de democracia semidirecta* por entender que estas se contraponían con el artículo 22, que afirma que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes o autoridades creadas por la Constitución. Esa limitación ha cedido con la sanción constitucional de los artículos 39 y 40 que, sin embargo, deben armonizarse con el artículo 22 por el principio de unidad interpretativa.

En ese sentido, pensamos que si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo por la fuerza declarativa de los artículos 1.º y 22. Nótese que si bien la iniciativa popular es un muy importante avance, no limita el monopolio legislativo del Congreso porque será solamente ese órgano el que sancione o no la ley que un número determinado de ciudadanos someta a su consideración cumpliendo con las condiciones del artículo 39. La fuerza del nuevo instituto está en la fuerza popular y el consenso que significa la iniciativa en sí misma.

De esa manera se ha incorporado a la Constitución un derecho de iniciativa que viene a ensanchar la base de ejercicio de la soberanía popular, a partir de la introducción de este importante instrumento de la democracia participativa. Las Constituciones provinciales reformadas desde 1983 a la fecha han venido recogiendo este nuevo derecho, con escasa práctica aún, pero de indudable fuerza en materia de representatividad popular.

La norma excluye expresamente la posibilidad de iniciativas en materia de reformas constitucionales, tratados internacionales, presupuesto y materia penal, y estableció que la ley reglamentaria no podría exigir más del 3% del padrón electoral para que las presentaciones fuesen aceptadas. La ley reglamentaria n.º 24747 fue sancionada el 27 de noviembre de 1996 y promulgada el 19 de diciembre del mismo año y exige un piso mínimo del 1,5% del padrón electoral utilizado en la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis distritos electorales con el fin de mantener un equilibrio federal, excepto que la iniciativa se refiera a una cuestión de alcance regional, en cuyo caso bastará que se encuentren representados los distritos de esa región.

Previo a la iniciación en la Cámara de Diputados, la justicia nacional electoral verificará por muestreo la autenticidad de las firmas en un plazo no mayor de veinte días, prorrogables por resolución fundada del tribunal. El tamaño de la muestra no podrá ser inferior al medio por ciento (0,5%) de las firmas presentadas. En caso de impugnación de firma, acreditada la falsedad, aquella se desestimará del cómputo de firmas para el proyecto de iniciativa popular, sin perjuicio de las demás acciones penales a que hubiere lugar. La planilla de adhesiones es un documento público. En caso de verificarse que el cinco por ciento (5%) o más de las firmas presentadas sean falsas, se desestimará el proyecto de iniciativa popular (artículo 7, ley 24747).

Las presentaciones deben efectuarse en la mesa de entradas de la Cámara de Diputados y una vez cumplido su ingreso con todos los requisitos, el Congreso está obligado a darle tratamiento dentro del plazo de doce meses. A los fines de facilitar a la ciudadanía el cumplimiento de los requisitos que establece la ley 24747 en cuanto al número de adhesiones por distrito, una acordada de la Cámara Nacional Electoral ha admitido que las presentaciones de las listas de adhesiones con las firmas puedan hacerse directamente ante dicha Cámara, la que remitirá los listados a cada secretaría electoral para realizar las certificaciones correspondientes.

9. El referéndum y el plebiscito

En igual sentido que la iniciativa, la figura de la consulta popular amplía los márgenes de la participación ciudadana en la toma de decisiones del gobierno, sin alterar los límites del artículo 22. La consulta puede ser sometida, por decisión del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados (que incorpora una facultad exclusiva a las ya enumeradas en el artículo 52), consulta que en ese caso será vinculante. Puede tratarse de una consulta no vinculante cuando es convocada por el presidente de la Nación.

Los dos institutos de democracia semidirecta incorporados en el artículo 40 son los que en la doctrina se denominan respectivamente *referéndum* y *plebiscito*. El referéndum es un proceso de consulta a los ciudadanos, a los efectos de que estos se expresen sobre actos de gobierno de carácter legislativo. Puede ser facultativo u obligatorio, según que la Constitución deje librado al criterio del Poder Legislativo convocar a un referéndum o, al contrario, lo exija como condición *sine qua non* para la sanción de determinadas normas. El referéndum consultivo es el que se realiza para conocer la opinión del pueblo sobre un proyecto de ley que aún no ha sido sancionado o se halla a estudio. Sus efectos pueden ser vinculantes o no vinculantes para el Poder Legislativo. En el segundo caso se trata de un verdadero referéndum y es el caso del primer párrafo de nuestro artículo 40.

El plebiscito se diferencia del referéndum en que el primero es esencialmente consultivo y el objeto de la consulta no consiste en la aprobación o desaprobación de una norma jurídica, sino que ella versa sobre un acto o una decisión de carácter político. La doctrina constitucional francesa, basada en la experiencia de los plebiscitos napoleónicos, entiende que el plebiscito es una especie de *referéndum imperfecto*, por cuanto ofrece otra alternativa al cuerpo electoral, más que aceptar o rechazar un acto elaborado previamente. En nuestro país, cabe citar el antecedente del plebiscito convocado por el decreto 2272/84, para aprobar o rechazar el proyecto de tratado con Chile resolviendo la cuestión fronteriza del canal de Beagle, que casi lleva a la guerra entre los dos países.

La ley reglamentaria es la n.º 25432, sancionada el 23 de mayo de 2001 y promulgada tácitamente el 21 de junio de 2001, que trata sobre la consulta popular vinculante y no vinculante. La norma ha sido criticada por la doctrina toda vez que establece requisitos de procedencia y mayorías calificadas que aumentan las restricciones a su ejercicio con respecto a lo establecido en la Constitución.

Así, por ejemplo, para la consulta popular vinculante (referéndum) se exige que la convocatoria del Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, sea en sesión especial y aprobada por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (artículos 1 y 2, ley 25432), y será válida la consulta cuando haya votado al menos el 35% de los empadronados (artículo 4, ley 25432).

Con respecto a la consulta no vinculante (plebiscito), la convocatoria del Poder Ejecutivo debe ser mediante decreto firmado por todos los ministros, o el Congreso por mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara (artículo 7, ley 25432). La consulta deberá realizarse en un plazo no inferior a los 60 días y no superior a los 120 días desde la fecha de publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial* (artículo 12), no se computarán los votos en blanco (artículo 13) y no podrá coincidir con otro acto electoral (artículo 14).

10. El veto del Poder Ejecutivo

Nuestra Constitución nacional se refiere, en los artículos 80 y 83, a los proyectos *desechados* por el Poder Ejecutivo y a las *observaciones* que el presidente efectúa, admitiendo de ese modo el veto o rechazo parcial que no contempla el derecho constitucional norteamericano. El poder de vetar las leyes consiste en una atribución que tiene el presidente de la Nación para rechazar una ley sancionada por el Congreso. Es propio de los sistemas presidencialistas donde la separación de poderes es clara y definida, desdibujándose en los sistemas parlamentarios en los que existe el llamado voto de censura o la disolución de las Cámaras.

El artículo 80 de la Constitución nacional establece la promulgación ficta o tácita de las leyes por el Poder Ejecutivo al cumplirse diez días hábiles sin que haya rechazo o devolución del proyecto. El precedente de la Constitución norteamericana admite una modalidad de veto denominada *pocket*, por la cual debe cumplirse todo ese plazo aun ante el fin de las sesiones ordinarias; en nuestro caso —en cambio— el fin del período de sesiones del Poder Legislativo no interrumpe el plazo que tiene el Poder Ejecutivo para vetar las leyes.

A diferencia de la promulgación parcial, que se encuentra sujeta a requisitos específicos en materia de habilitación y control, el veto no implica el ejercicio de atribuciones de emergencia. Se trata de una competencia de naturaleza política del presidente para examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley, así como su oportunidad, mérito o conveniencia. De allí que el veto, sea total o parcial, no pueda declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo legal establecido.

El artículo 83 contempla los casos que se presentan cuando el Ejecutivo veta un proceso de ley y este vuelve al Congreso: a) el presidente de la Nación puede desechaarlo en todo o en parte. En el caso de observaciones parciales puede promulgar parcialmente la parte no vetada y devolver la parte vetada (artículo 80 CN), regresando con las correspondientes objeciones a la Cámara de origen, la que la discute nuevamente y, de obtener una mayoría de dos tercios de los votos de los presentes, pasa a la Cámara revisora. Si esta también insiste con igual mayoría (dos tercios de miembros presentes), el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo, que está obligado a promulgarlo, no pudiendo vetarlo nuevamente; b) si las Cámaras —en cambio— difieren sobre las objeciones, el proyecto no puede volver a tratarse dentro del año.

Cada Cámara aprueba entonces por sí el proyecto de ley, siguiendo el procedimiento que señala la Constitución en sus artículos 77 a 83. Una vez aprobados por ambas Cámaras, se sancionan las leyes de acuerdo con la fórmula establecida en el artículo 84 de la Constitución, que es la siguiente: «El senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso [...] decretan o sancionan con fuerza de ley».

11. La delegación legislativa

La reforma constitucional de 1994 introdujo dos nuevos institutos de emergencia, que son los reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º) y la delegación legislativa (artículo 76 CN). Ambos se fundan en razones de excepcionalidad, aunque la delegación legislativa también procede en materias de *administración*. Se trata de instituciones que tienen su fuente en el derecho comparado europeo, sobre todo en sistemas parlamentaristas o semiparlamentaristas donde es frecuente tanto la práctica de los decretos leyes como la técnica de la delegación. No se da en tales sistemas la nítida separación de poderes de los sistemas presidencialistas, toda vez que aparecen allí relaciones de colaboración más flexibles entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo, y se asegura asimismo el control a través de los votos de censura.

La inclusión de los reglamentos de necesidad y urgencia y de la legislación delegada, en el texto de la Constitución nacional, expresó entre sus fundamentos el propósito de limitar y acotar esa práctica a las situaciones en que su uso excepcional fuese imprescindible. Sin embargo, aún están pendientes de creación de las comisiones bicamerales permanentes que deberían actuar en uno y otro caso. De manera que aun cuando el ejercicio de las instituciones de emergencia requiere de límites procesales precisos a ser cumplidos, en el caso, las normas de excepción han seguido multiplicándose cada vez más.

La prohibición de la delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994 fue una respuesta a una desmesurada práctica que llegó a su extremo con el caso *Cocchia*, de 1993, convalidando una amplia facultad reglamentaria en la medida en

que encuadrara en un *bloque de legalidad* identificado con el programa económico del gobierno nacional.

Esa prohibición solo cede por razones de emergencia declarada, en el marco de la doctrina de la emergencia que venimos exponiendo, toda vez que las llamadas materias *de administración* forman parte de la competencia que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como potestad autónoma de la administración dentro de la zona de reserva que emana del artículo 99, inciso 1.º, de la Constitución nacional.

La doctrina administrativista, siguiendo las enseñanzas del derecho francés, que entre nosotros difundiera el maestro Rafael Bielsa, reconocía cuatro categorías de reglamentos administrativos: a) reglamentos autónomos (artículo 99, inciso 1.º) dentro de la zona de reserva de la administración; b) reglamentos de ejecución (artículo 99, inciso 2.º), los únicos expresamente contenidos en la Constitución nacional; c) reglamentos delegados; y d) reglamentos de necesidad y urgencia. Las dos últimas categorías recibían el rechazo de la mayoría de los constitucionalistas, a pesar de lo cual eran de práctica frecuente, especialmente en el ámbito de la denominada *reforma del Estado*.

El nuevo artículo 76 establece:

Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no impondrá revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa. (El énfasis es nuestro.)

La *disposición transitoria octava* estableció:

La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta excepción, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley.

La materia en estudio debe necesariamente relacionarse con el artículo 99, inciso 3.º, referido a los reglamentos de necesidad y urgencia, y con el artículo 100, referido al Jefe de Gabinete de Ministros, en su inciso 12.

El artículo 99, inciso 3.º, en la parte pertinente, dice: «[...] El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo». El artículo 100, por su parte, en su inciso 12 manda al Jefe de Gabinete de Ministros «[...] refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la comisión bicameral permanente».

Las *materias determinadas de administración* se refieren a la ya mencionada potestad autonómica, en tanto que la delegación legislativa, como instituto de emergencia constitucional, conforma, junto con los reglamentos de necesidad y urgencia, potestades excepcionales y de interpretación restringida. Ambas son dos caras de una misma moneda y deben interpretarse como un sistema, de manera que las

prohibiciones expresas para los decretos de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria, de régimen electoral y partidos políticos son prohibiciones también a la delegación legislativa, cuya sanción es la nulidad absoluta e insanable, conforme surge de la propia Constitución.

Tales materias conforman una área específica que en la doctrina italiana autores como Pizzorusso y Zagrebelsky denominan zona de reserva de ley *absoluta*, en tanto existen otras zonas de reserva de ley *relativas*. En nuestra doctrina se han considerado también incluidas en la zona de reserva de ley absoluta las materias codificadas o de derecho común y las leyes para cuya sanción la Constitución fija mayorías o procedimientos especiales.⁴⁶ Algunas Constituciones optan por enumerar de manera limitada la llamada reserva de ley, ampliando el campo de acción discrecional para la zona de ley relativa que puede ser materia de delegación por razones técnicas.⁴⁷

La delegación legislativa, tanto en cuanto a las materias determinadas de administración como a las razones de emergencia pública que la habiliten, debe ejercerse dentro de las *bases de la legislación* que la Constitución manda al Congreso disponer y que, en rigor, representa un concepto más estrecho que el *bloque de legalidad* aplicado en el caso *Cocchia* (1993) pero más amplio que los principios de *política legislativa* del caso *Prattico c. Basso* (1960).

Varias de las condiciones establecidas por el convencional constituyente tanto en cuanto al funcionamiento de la comisión bicameral permanente como en cuanto al mecanismo a seguir, no están aún fijadas en la ley y, empero, la práctica de la delegación ha sido continua, no tanto, es cierto, en el número de leyes que habilitaron tal práctica cuanto en la importancia y la cantidad de materias comprendidas.

El acatamiento estricto de los límites procedimentales es una condición necesaria e imprescindible para el ejercicio de la delegación legislativa en la emergencia. Solo de ese modo se cumple con los principios del Estado de derecho. De lo contrario, solo se cumple con una ficción de legalidad que los habilita a la facultad de legislar sobre lo excepcional y que no es más que mero decisionismo.

12. Los reglamentos de necesidad y urgencia

Uno de los aspectos en que más se ha manifestado el incremento de los poderes presidenciales en desmedro de los otros poderes del Estado es la asunción de facultades legislativas, como es el caso de la *delegación legislativa* y la práctica de los *decretos de necesidad y urgencia*. La delegación legislativa se incrementó con el proceso de transformación económica, siendo frecuente en materia aduanera y en

⁴⁶ Jaime Luis Anaya: «Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/01)», en *El Derecho*, 24.1.2002.

⁴⁷ Alessandro Pizzorusso: *Derecho constitucional*, 2 vols., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

materias propias relacionadas con las privatizaciones de servicios públicos. La reforma la ha prohibido *expresamente* en el artículo 76 de la Constitución, aunque ha dejado subsistentes dos casos de excepción: que se trate de «determinadas materias de administración o emergencia pública». En los hechos, las delegaciones se han seguido produciendo.

Un caso paradigmático es el de los decretos de necesidad y urgencia que la mayoría de la doctrina constitucional considera inválidos mientras que la doctrina de los administrativistas entendía procedente en casos limitados siempre que hubiera una ratificación legislativa inmediata, en cuyo caso contrario se considerarían inválidos. Hasta el gobierno de Alfonsín se habían dictado solo quince decretos de este tipo en toda la historia constitucional argentina. Los decretos de necesidad y urgencia dictados durante este período encontraron su fundamento en situaciones de dos tipos: políticas (para controlar o contener situaciones graves y casos de conmoción interna) y económicas (para paliar situaciones económicas o financieras de gravedad, sobre todo durante las crisis de finales de siglo pasado y del treinta).

El gobierno de Alfonsín (diciembre de 1983 - julio de 1989) emitió diez decretos de necesidad y urgencia. En todos los casos se adujeron razones vinculadas con la emergencia económica, crisis financiera y reforma del Estado. Entre los decretos de necesidad y urgencia dictados en este período pueden mencionarse: el decreto 1096/85, conocido como Plan Austral, que dispuso la reforma y el cambio del signo monetario; el decreto 2192/86, por el cual se derogaron las llamadas normas de enganches salariales en el seno de la Administración pública nacional; el decreto 2196/86 que declaró el estado de emergencia del sistema previsional; el decreto 632/87, que declaró el estado de emergencia agropecuaria; y el decreto 1411/87, por el que se suspendió la intervención del Tribunal de Cuentas en la ejecución de los actos administrativos, a raíz de una huelga de su personal.⁴⁸

Entre julio de 1989 y diciembre de 1993, el presidente Menem dictó 308 decretos de necesidad y urgencia. La cifra adquiere importancia comparada con los no más de 35 que dictaron todos los presidentes constitucionales entre 1853 y 1989. No todos los decretos han sido reconocidos como tales por el Poder Ejecutivo; no obstante, en la actualidad su número supera los seiscientos. La gama de cuestiones reguladas por los decretos de necesidad y urgencia es muy amplia y abarca desde temas impositivos hasta la trasmisión de eventos deportivos por televisión. No obstante los reparos doctrinarios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la legitimidad de los decretos de necesidad y urgencia en la sentencia recaída en el fallo *Peralta c/ Gobierno nacional (Ministerio de Economía)*, de enero de 1990. Se trató de la validez del decreto 36/90 por el que se dispuso la incautación de depósitos a plazo fijo de los ahorristas y su conversión en bonos de deuda externa (Bonex)

⁴⁸ Delia Ferreira Rubio y Matteo Goretti: «Gobernar la emergencia. Uso y abuso de los decretos de necesidad y urgencia (1989-1993)», en *Ágora*, n.º 3, invierno de 1995.

pagaderos a diez años con un interés mínimo a fin de paliar un grave déficit en una situación de hiperinflación que se produjo a fines de 1989. La Corte convalidó la práctica siempre que se dieran las siguientes circunstancias:

a) «que en definitiva el Congreso nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados», y

b) que medie «una situación de grave riesgo social frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas [...] cuya eficacia no parece concebible por medios distintos de los arbitrados».

En este fallo, la Corte dispuso que en la medida que el Congreso no dicte normas expresas que contradigan las disposiciones de un decreto de necesidad y urgencia, debe presumirse que existe el consentimiento de la legislatura.

Esta doctrina de la inversión de la iniciativa legislativa en favor del presidente y en desmedro del Congreso fue subsanada en la reforma de 1994, cuyo artículo 99, inciso 3.º, legitima expresamente esa práctica, aun cuando le establece límites. El artículo comienza prohibiendo enfáticamente el ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo y solo las permite en casos excepcionales; y las prohíbe expresamente en materia impositiva, penal, de partidos políticos y sistema electoral. Fija además un complicado procedimiento por el que el decreto de necesidad y urgencia debe ser decidido y firmado en acuerdo general de ministros y debe ser el jefe de Gabinete quien lo lleve a la comisión bicameral permanente del Congreso para su ratificación dentro de los diez días de dictado. La Constitución establece que no puede haber ratificación tácita, por lo que se requiere el ejercicio de una voluntad expresa por el Legislativo. Este procedimiento debería regularse expresamente por una ley que aún no ha sido dictada. No obstante, el Ejecutivo ha persistido y ha aumentado tal práctica aún en las materias prohibidas —como la impositiva— basándose en la interpretación de que, aunque falte la reglamentación legal, cuya mora imputa al Congreso, su consagración constitucional les otorga legitimidad por sí mismos.

Cabe plantearse si la fijación de límites constitucionales ha significado un acotamiento de la práctica de los decretos de necesidad y urgencia. Estamos entre los que piensan que, por el contrario, su incorporación en la Constitución los ha favorecido operándose una suerte de *blanqueo* consistente en introducir en el texto algunas prácticas que conformaban verdaderos *desvíos*.⁴⁹ El desmesurado incremento de esta práctica cuasi legislativa sumada a los vetos y promulgaciones parciales y a la delegación legislativa constituye, sin lugar a dudas, uno de los factores reales de mayor crecimiento del poder presidencial, mas allá de las anunciadas intenciones de *atenuarlo*. El Jefe de Gabinete, lejos de conformar un Ejecutivo bicéfalo que comparte el poder en alguna medida, resulta ser un auxiliar más de la actividad presidencial.

⁴⁹ Alberto Ricardo Dalla Via: *Constitución de la nación argentina...*, o. cit.

13. Consideraciones finales

Desde el punto de vista sustancial, el *law-making process* bien hubiera justificado un profundo debate *sistémico* en lugar de limitarse a incorporaciones aisladas de carácter coyuntural que en la práctica contribuyeron a profundizar un tratamiento ilimitado de las emergencias constitucionales, cuando era menester encuadrar las prácticas políticas en el marco de la Constitución, tanto más cuanto esa práctica es nada más ni nada menos que la formación de la voluntad general al hacer la ley.

Existían muchos debates previos que hubieran servido de base a esa discusión. Entre otros cabe enumerar a los *dictámenes* del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que propusieron pasar desde un presidencialismo hegemónico a formas semiparlamentarias que favorecieran el debate en la formación y sanción de las leyes.

El problema no está tanto en el sistema, sino en la fijación de límites en las competencias, toda vez que esa es, precisamente, la esencia de un texto constitucional. En la actualidad, y por distintas razones en práctica constitucional a partir de la propia reforma, que llevaron al Poder Ejecutivo a sentirse legitimado para avanzar en el dictado de normas de alcance general, aun cuando no fueron implementados los mecanismos de fiscalización y control previstos en la Constitución, han aumentado las zonas de penumbra.

En la política puede haber grises, y también hay grises en materia de interpretación, pero cuando se trata de definir quién tiene la competencia para hacer la ley, las Constituciones deben ser muy claras: es blanco o es negro. Cualquiera sea el modelo que se adopte. Algunos países han optado, con crudo realismo, por sincerar las cosas y limitar taxativamente la zona de reserva legal del Poder Legislativo, dejando una amplia competencia general del Poder Ejecutivo para dictar decretos leyes de alcance general. No propugno esa solución, pero sí afirmo que este es el tema que más justificaría reabrir un debate constitucional para definir —con claridad— quién hace las leyes en la nación argentina.

Alberto A. Natale*

La técnica de la decisión legislativa

1. El texto constitucional de 1853

El procedimiento original de la Constitución asignaba a los miembros de ambas Cámaras del Congreso y al Poder Ejecutivo la iniciativa en materia de sanción de las leyes, con la exclusividad del artículo 44 reservada a la Cámara de Diputados en materia de contribuciones y reclutamiento de tropas.

Aprobado un proyecto por una Cámara pasaba a la otra y después de ser sancionado por esta se remitía al Poder Ejecutivo para su promulgación. Si mediaban adiciones o correcciones por la Cámara revisora, volvía a la de origen. Si en esta se aprobaban las modificaciones por mayoría absoluta, pasaba al Poder Ejecutivo. Si eran desechadas pasaba a la Cámara revisora por segunda vez y si aquí se insistía con el voto de dos tercios del total de sus miembros, volvía a la Cámara de origen que para insistir en su postura debía reunir dos tercios de votos de los miembros presentes. En síntesis, la posibilidad de *cinco* pasos, con predominio final de la Cámara de origen (voto favorable de dos tercios de presentes, contra voto favorable de dos tercios del total de miembros exigidos para la Cámara revisora).

Luego la posibilidad del veto parcial o total del Poder Ejecutivo, susceptible de ser rechazado por el voto de dos tercios de miembros presentes de cada una de ambas Cámaras.

* Ex profesor titular de Derecho Político (UNR). Diputado nacional. Convencional constituyente.

2. Las reformas de 1994

Fueron varias, que analizaré separadamente.

2.1. *Reducción de pasos*

Ahora son tres, no cinco. Si el proyecto es modificado por la Cámara revisora se debe consignar el resultado de la votación para establecer si fueron hechas por mayoría absoluta o dos tercios, en ambos casos de los miembros presentes. Vuelto a la Cámara de origen, esta puede por mayoría absoluta de los presentes aprobar las reformas. Si la Cámara revisora aprobó las modificaciones por dos tercios de sus miembros presentes, la Cámara de origen puede insistir en su sanción original pero para ello requiere el voto favorable de dos tercios de sus miembros presentes. En resumen, habiendo discrepancia entre ambas Cámaras: a) si las dos aprobaron con mayoría absoluta de los presentes, predomina la sanción de la Cámara de origen; b) si una Cámara sancionó con mayoría absoluta y la otra con dos tercios, predomina la Cámara que obtuvo dos tercios; c) si ambas Cámaras sancionan con dos tercios, predomina la de origen.

El objeto de la reforma fue acelerar el trámite parlamentario. Su resultado no fue satisfactorio, por dos razones. Primero, fue más teórico que práctico: desde 1983 hasta 1994 solamente una ley tuvo que afrontar los cinco pasos y diez requirieron cuatro pasos, las demás sancionadas en más de una década solo requirieron dos o tres pasos. La experiencia indica que el tiempo que insume la sanción de una ley no depende de los pasos constitucionales, sino de la voluntad política del Poder Ejecutivo y de la mayoría del Congreso para alcanzar su aprobación. Leyes muy importantes fueron sancionadas en pocos días (con el régimen anterior), mientras que otras promovidas inclusive por el Poder Ejecutivo durmieron eternamente el sueño de los justos porque no había voluntad política de aprobarlas. La segunda razón que motiva la crítica es que el nuevo sistema ata de manos a la Cámara revisora, que queda muy sometida a la voluntad de la Cámara de origen. Por eso, ante la posibilidad de tener que aceptar lisa y llanamente la voluntad de una Cámara, la otra muchas veces prefiere dejar de considerar el proyecto y hacer que pase al archivo. La reforma no mejoró la vida parlamentaria; al contrario, creó el déficit que se apunta.

2.2. *Delegación en comisiones*

El principio tiene algunos defectos. La composición numérica de las comisiones no es exactamente proporcional a la de las Cámaras, por lo que pueden surgir desigualdades. Es posible sustraer del debate particular la opinión de algunos legisladores que por sus condiciones intelectuales suelen hacer aportes de interés. En la práctica, el debate particular puede insumir algunas horas pero no afecta la

aprobación de las leyes. En los hechos, esta reforma no fue nunca aplicada. Desde 1994 hasta el presente, ninguna de las dos Cámaras hizo esta delegación, con lo que se demuestra que no era necesaria.

2.3. *Prohibición de la sanción ficta*

El artículo 82 CN dispone: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta». La norma tiene un origen muy particular, ya que en principio dice una obviedad. La historia es simple. Después del Pacto de Olivos, cuando los representantes de sus actores discutieron lo que dio en llamarse el *núcleo de coincidencias básicas*, plasmado después en la convocatoria de la ley 24309, no faltó quien pensara en introducir una disposición similar a la de la V República Francesa, que admite que si un determinado proyecto del Poder Ejecutivo no es rechazado en un lapso perentorio por la Asamblea, queda automáticamente transformado en ley. Esto levantó críticas y, para aventarlas, se escribió el texto del que después resultaría el artículo 82.

Así quedó en la Constitución. Pero si está, para algo está. No podemos sostener la tesis de la virtualidad jurídica de una perogrullada. El tema motivó debate en la Convención Constituyente. Me tocó preguntarle al miembro informante de la mayoría cuál era el sentido de su exclusión y su respuesta fue contundente. Con este principio se descartaba la posibilidad de que los decretos de necesidad y urgencia, que se incorporarían a la Constitución, tuvieran efectos si no mediaba un pronunciamiento favorable expreso del Congreso. Así está escrito y se puede leer en el *Diario de Sesiones*.

Claro que entre nosotros la distinción weberiana entre normatividad y normalidad es frecuente. La tardía ley reguladora de los DNU admite en los hechos la sanción ficta, rechazada por el texto expreso del artículo 82 y la correcta interpretación que se le dio en la Convención.

2.4. *Proyectos especiales*

El artículo perdido. Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deben ser sancionados por la mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras, establece el actual artículo 77, segunda parte. La norma persigue evitar que cuestiones políticas tan sensibles como son el régimen electoral y la regulación de los partidos políticos queden en manos de mayorías circunstanciales. La exigencia del voto de la mayoría absoluta de componentes es una garantía más. Fue aprobado por la Convención sin que mereciera reparos.

El nuevo artículo que, siguiendo la numeración anterior, la Convención había sancionado como 68 *bis*, no fue incorporado al texto final. ¿Qué pasó? Para explicarlo se deben recordar los acontecimientos. Las deliberaciones en Santa Fe llegaban a su fin, los últimos artículos de la reforma eran aprobados en extenuantes jornadas.

Se había acordado que la sesión de cierre fuese destinada para que cada bloque parlamentario fijara su posición, antes del juramento en el Palacio San José, en Entre Ríos. Mientras esto ocurría, dos o tres miembros, no más, de la comisión de redacción trabajaban intensamente ordenando en forma correlativa cada uno de los artículos sancionados y, al mismo tiempo, compaginando las 17 disposiciones transitorias. El texto debía ser visto por todos los miembros de la comisión, impreso y entregado a los convencionales antes de la sesión de clausura. Por un error, con seguridad involuntario, se omitió la inclusión del artículo. Así se hizo el juramento.

Al descubrirse el olvido surgieron distintas opiniones. Unos decían que al no haberse jurado quedaba fuera de la Constitución, no recordándose que la Convención ya lo había sancionado y además había aprobado una disposición interna que establecía que todo lo parcialmente aprobado era válido. La pregunta —con su implícita respuesta negativa— era obvia. ¿Acaso el juramento hace a la vigencia de una norma constitucional? Se sostuvo también que debía ser el Poder Judicial quien zanjase el asunto. ¿La Corte o cualquier tribunal? Cualquier juez, se dijo, desde una alta opinión intelectual, aunque fuese poco probable que el tema llegase a ser justiciable. El artículo había sido aprobado por la Convención, el presidente del cuerpo proclamó su incorporación, pero no estaba en el texto ordenado. Para aclarar la cuestión hay que preguntarse sobre la naturaleza jurídica del acto que ordena el texto de una ley o, en este caso, la Constitución. ¿Es un acto legislativo o constituyente, o tiene otra naturaleza? Personalmente no admito que se sostenga que la confección del texto ordenado de una ley sea un acto legislativo, porque este, propiamente dicho, es aquel que crea, modifica o extingue derechos subjetivos. Así lo tiene resuelto desde hace tiempo la doctrina del derecho político. El acto legislativo, producto del ejercicio de la función legislativa, surge cuando la ley se sanciona y promulga. La ordenación del texto legal no es más que un acto administrativo destinado a precisar la secuencia de disposiciones que antes ya habían sido emitidas por el órgano habilitado para hacerlo, en lo que nos interesa, la Convención Constituyente. No se crea derecho ordenando un texto legal. La creación es anterior. La ordenación persigue solo hacer una sucesión lógica de normas que han sido previamente producidas. Alguien podrá preguntar: ¿por qué la Convención aprobó un texto ordenado? Porque, obviamente, alguien debía hacerlo. Pero si no lo hizo la Convención, ¿pierde por eso la norma su carácter constitucional? La disposición, sancionada por la Convención, proclamada por su presidente, además estaba amparada por la decisión del mismo cuerpo que habilitó todas las sanciones parciales que se fueran haciendo. Por eso, el Congreso de la Nación sancionó una ley especial, promulgada por el Poder Ejecutivo, ordenando el texto legal que había aprobado la Convención e incorporó el artículo 68 *bis* renumerándolo como segundo párrafo del artículo 77 de la Constitución.

2.5. *El veto parcial*

La Constitución de 1853 estableció que los proyectos sancionados por el Congreso podían ser observados total o parcialmente por el Poder Ejecutivo. Siempre se entendió que mediando un veto, el proyecto volvía al Congreso para que lo considerase y no era ley hasta completar el trámite constitucional. Excepcionalmente se admitió el veto parcial con promulgación y sanción del resto, en el caso de las leyes de presupuesto. Sin embargo hubo algunos antecedentes, generalizados después de 1983, de leyes vetadas en forma parcial y promulgadas y publicadas por el Poder Ejecutivo en su parte llamemos residual. Para evitar el vicio se lo reglamentó en la reforma de 1994 y, como siempre ocurre, la enmienda terminó siendo peor que el soneto.

El nuevo artículo 80 dispuso que:

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.

¿Quién evalúa si la norma tiene autonomía funcional o si no altera el espíritu o la unidad de la sanción parlamentaria? ¿El Poder Ejecutivo, el Congreso, los jueces? Una nueva puerta abierta a la arbitrariedad del Ejecutivo que de esa manera recorta a su gusto las sanciones del Congreso. Después de arduas discusiones se sanciona una ley y resulta que, más tarde, a su capricho, el Poder Ejecutivo veta lo que no le gusta. Una ley sale del Poder Legislativo con un determinado contenido pero a causa del veto parcial con su consiguiente promulgación también parcial y su publicación, adquiere fuerza dispositiva en aquello que quiso el Poder Ejecutivo y no el Congreso. Esta práctica viciosa, que la reforma de 1994 no hizo más que consolidar, sirve —juntamente con otros institutos que después mencionaré— para que el Poder Ejecutivo absorba cada día más atributos legislativos del Congreso.

3. Cómo se hacen las leyes

Expuestos los aspectos institucionales, veamos cómo funciona en la práctica el mecanismo de formación y sanción de las leyes.

3.1. Cada una de ambas Cámaras comienza a funcionar una vez logrado el quórum, vale decir que estén presentes más de la mitad de los integrantes del cuerpo. El artículo 64 CN dispone que: «Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros». La norma es clara y no admite discusiones; mayoría absoluta equivale a más de la mitad de sus integrantes y no la mitad más uno, como equivocadamente se suele decir. En la Cámara de Diputados años atrás se planteó un problema a causa de la contradicción de su reglamento con la Constitución nacional. Diputados tiene 257

miembros, el reglamento calificaba al quórum con el impreciso concepto de la mitad más uno, por eso su Presidencia entendía que se formaba quórum cuando estaban sentados 130 diputados y no 129 como correctamente indican las matemáticas al aplicar el concepto de más de la mitad. Algún escándalo periodístico se originó en la circunstancia de haber 129 y no los erradamente requeridos 130. Por eso en 1996 se modificó el reglamento estableciéndose en el artículo 15 que: «Para formar quórum legal será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, *entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes*».

3.2. La iniciativa. Los proyectos pueden tener origen en el Poder Ejecutivo o en los legisladores (artículo 77 CN). Para ciertas iniciativas, la Constitución le asigna derecho de origen a la Cámara de Diputados y después de la reforma de 1994 también a la Cámara de Senadores. Esta reforma introdujo también la *iniciativa popular* en su artículo 39 respondiendo a las viejas aspiraciones de democracia semidirecta que estuvieron tan en boga en el constitucionalismo pasado. En nuestro país estas formas de democracia semidirecta, pese a la regulación constitucional, hasta ahora no han alcanzado a tener aplicación práctica.

Los diputados y senadores, por supuesto, gozan del derecho de iniciativa pero ¡qué difícil le resulta a un legislador conseguir la sanción de una ley! Lograr que se trate en las comisiones a las que se gira el proyecto, luego obtener un despacho favorable, más tarde que la Presidencia y la Comisión de Labor Parlamentaria lo ubiquen entre los temas a tratar, por último que efectivamente se considere —porque es corriente que las sesiones terminen antes de que llegue el asunto a ser discutido— y, por último, que la Cámara lo apruebe. Éxito, aplausos, alegría..., pero la historia recién empieza. Porque tras la sanción de la Cámara pasa a la otra y allí el periplo comienza de nuevo, con el agravante de que el autor del proyecto no forma parte de ese cuerpo y allí se debe valer de terceros para impulsarlo. Admitamos que con una buena dosis de suerte la Cámara revisora, después de todos los trámites conocidos, lo apruebe: falta todavía la disposición favorable del Poder Ejecutivo que debe promulgarlo o dejar correr los diez días sin objetarlo. Claro que el presidente de la Nación tiene sus oficinas —habitualmente la Secretaría Legal y Técnica— que le pone una lupa a la sanción del Congreso y dos por tres redacta el veto. No es imposible; muchas leyes tienen su origen estrictamente parlamentario, algunas están bautizadas con el nombre de quien las impulsó, pero convengamos que en los tiempos que corren cada vez le resulta más difícil a un legislador obtener la sanción de una ley. Por eso es risible cuando algunas organizaciones sociales pretenden evaluar el trabajo de los legisladores por la cantidad de proyectos que han presentado. Así y todo, uno insiste y sigue aportando iniciativas parlamentarias.

La gran fuente de legislación es el Poder Ejecutivo. Si hacemos un balance de las leyes sancionadas desde 1983 hasta el presente —aproximándonos al cuarto de siglo— advertiremos que la enorme mayoría de las que son verdaderamente importantes tuvieron su origen en mensajes del Poder Ejecutivo. Pero tampoco este las

tiene todas consigo. En primer término hay que recordar que los distintos presidentes constitucionales que gobernaron en dicho lapso han presentado iniciativas, a veces sólidamente fundadas, que jamás llegaron a tratarse siquiera en la Cámara de origen. Aun teniendo cómodas mayorías parlamentarias. Promovidas por el presidente, con el firme respaldo de sus ministros que concurrían a la Cámara de origen para explicarlas, quedaron en el archivo por aplicación de la Ley Olmedo, que les resta estado parlamentario al cabo de un tiempo. Otras fueron sí efectivamente aprobadas, pero después de deambular meses, y a veces más de un año, por el Congreso. Todo depende de la voluntad política que exista en el Gobierno y en los parlamentarios. Desde luego que aquellas iniciativas que interesan al Poder Ejecutivo porque hacen a sus políticas, cuando tiene respaldo de la mayoría de legisladores, terminan siendo leyes, pero no siempre necesariamente es así.

El verdadero impulso legislativo proviene del Poder Ejecutivo, la agenda de los debates es fijada por quien dispone de la mayoría parlamentaria. Los legisladores que no son del partido de gobierno deben hacer infinitos esfuerzos para lograr que sea ley un proyecto propio; su papel más importante es el de control sobre el Ejecutivo, además de dejar testimonio de pensamientos y opiniones. Pero el rol del Congreso no es solamente legislar; su función de control es también singular. Así se amalgaman en actitudes y papeles el desenvolvimiento de un órgano esencial de la democracia.

3.3. Las comisiones. Los reglamentos de ambas Cámaras contemplan la existencia de comisiones, que son ordinarias —previstas en los reglamentos— y también especiales —creadas por una decisión parlamentaria—, habiendo asimismo bicamerales, algunas de origen reglamentario y otras dispuestas por una norma aprobada al efecto. A lo largo de la historia de nuestro Congreso hubo algunas comisiones investigadoras y otras de control, cuya actuación aún se recuerda después de mucho tiempo.

Las iniciativas parlamentarias (proyectos de ley, resolución, declaración) son giradas directamente a las comisiones, donde comienza su tratamiento. A veces una sola; otras, dos o varias, según el reglamento y la interpretación que de su texto suela hacer la oficina respectiva. Allí se discuten los proyectos hasta que obtienen despacho. En otras épocas, hoy muy lejanas, los diputados y senadores fundaban en el recinto sus proyectos antes de enviarlos a comisión. Esa práctica ya no existe pero se puede verificar leyendo *Diarios de Sesiones* de tiempos remotos.

Muchas veces el debate en comisión supera en profundidad a la discusión en el recinto plenario. El presupuesto, por ejemplo, que normalmente se aprueba en una extensa sesión que insume buena cantidad de horas, antes ha sido analizado minuciosamente en la comisión específica de la Cámara de Diputados durante semanas en las que desfilan funcionarios de las distintas ramas de la Administración, quienes son sometidos a las preguntas y exposiciones de los legisladores. Lo mismo suele ocurrir con otras leyes importantes. Recuerdo el caso de la nueva Ley de Matrimonio Civil,

que originó una discusión con muchos ribetes técnicos durante más de un año en la Comisión de Legislación General. Ejemplos como estos son inagotables. Lo jugoso del debate está en las comisiones, mientras que la discusión en el plenario del recinto sirve más bien para dejar testimonio de las posiciones.

No hay reglas fijas en cuanto al funcionamiento empírico de las comisiones. Desde luego que el reglamento trae disposiciones precisas sobre el quórum, el debate, los despachos. Normas que se cumplen en los asuntos importantes, pero también es usual que los expedientes circulen buscando la cantidad de firmas necesarias sin que medien reuniones formales. Esto acaece con mayor asiduidad en el Senado, aunque se lo practica también en Diputados.

3.4. Cada despacho de comisión es presentado por la Presidencia a la Comisión de Labor Parlamentaria. Este es un cuerpo creado por una reforma reglamentaria de Diputados en 1963. Lo forman los presidentes de los bloques legislativos, quienes buscan consenso sobre los temas que se tratarán en la sesión, acuerdo que naturalmente no siempre se logra, pero que contribuye a ordenar el funcionamiento del plenario de cada una de las Cámaras.

En la sesión plenaria el debate se hace primero en general y, después de aprobado, se lo realiza en particular. Las posiciones, por lo menos de muchos bloques, están tomadas de antemano y los discursos, más que convencer, buscan dejar testimonio. Sin embargo, en algunos casos los bloques dejan en libertad de acción a sus miembros (cuestiones de libertad de conciencia, se dice) y aquí los argumentos pueden pesar en una dirección o en otra. Hecha la aprobación en general (que se vota nominalmente por medios electrónicos, mecánicamente —queda constancia del número pero sin identificar al votante— o a mano levantada, según la importancia del asunto y el pedido debidamente apoyado de los legisladores) viene el debate en particular. Aquí las cosas pueden cambiar, o no. Depende de la actitud de la mayoría, de su disposición para aceptar sugerencias o su necesidad de alcanzar el número suficiente. A veces, la discusión particular habilita la introducción de modificaciones al despacho que había sido aprobado en general; otras veces la mayoría plenamente dominante de la cantidad de votos requeridos se aferra al texto primitivo. No siempre las cosas son iguales y el debate en particular puede ayudar a mejorar la ley.

Aprobado el proyecto por la Cámara de origen, pasa a la revisora siguiendo el procedimiento constitucional. La aprobación que la primera otorga constituye una sanción (no *media sanción* como vulgarmente se dice), que motiva el envío a la otra Cámara. Esta lo considera inmediatamente, si la cuestión es urgente o el gobierno tiene especial interés, o queda sometida al largo trajinar de la revisión que, muchas veces, ni siquiera se hace, frustrándose la iniciativa de la Cámara de origen. Revisando archivos parlamentarios aparecen muchísimas sanciones de una Cámara que jamás llegaron a ser consideradas por la otra.

3.5. En la Cámara de Diputados existe un mecanismo especial destinado a la aprobación de aquellos despachos de comisión que no tengan disidencias ni

observaciones. Lo establece el artículo 152 de su reglamento. Los dictámenes son impresos y puestos a disposición de los diputados durante siete días hábiles (artículo 113). Si no hay disidencias en la comisión y tampoco mereció observación de ningún diputado vencido este plazo, la Presidencia lo pone a consideración del cuerpo el que lo aprueba sin debate de ninguna naturaleza. Esto ocurre con gran frecuencia respecto a declaraciones y resoluciones que no motivan impugnación, también de leyes no objetadas. ¿Qué puede hacer un diputado que no alcanzó a advertir su discrepancia dentro de los siete días hábiles? En especial teniendo en cuenta que no siempre media una relación cronológica entre la fecha impresa en el dictamen y el vencimiento del plazo reglamentario. Aparentemente no puede hacer nada para oponerse. Sin embargo, en estos casos hay un medio. Formular una moción de orden de vuelta a comisión del despacho. Para ello debe fundarla. Si las razones que invoca, en el breve lapso que dispone para hacerlo, convence a sus pares, es posible que el cuerpo acepte la vuelta a la comisión. De cualquier manera, la norma reglamentaria de Diputados contribuye a agilizar las sesiones. Esta disposición no está contemplada en el reglamento de la Cámara de Senadores.

3.6. Una vez sancionado el proyecto por ambas Cámaras pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación, quien puede observarlo total o parcialmente dentro del plazo de diez días útiles, como dice la Constitución. Sobre esto se hará referencia a continuación.

4. El fortalecimiento del Poder Ejecutivo, la consiguiente declinación del Congreso

Conocidos los alcances del acuerdo político que habilitó la reforma constitucional de 1994, critiqué con toda la fuerza posible determinados contenidos de la proyectada modificación. Lo hice en la Cámara de Diputados cuando se discutió, en la Comisión de Asuntos Constitucionales y en el plenario, la ley que declaró la necesidad de la reforma, al mismo tiempo en varios artículos periodísticos y, también, en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe. Califiqué al nuevo sistema que se instrumentaba como *presidencialismo autoritario*. Lamentablemente no estaba equivocado. ¿Por qué esta contundente afirmación? Porque además de impugnar la introducción de la reelección presidencial —lo ocurrido hace poco en Misiones demuestra que otros aires empiezan a circular— existen tres factores que a mi juicio hacen decaer la potestad legislativa del Congreso fortaleciendo los atributos del Poder Ejecutivo. Ellos son la institucionalización de la delegación legislativa, de los decretos de necesidad y urgencia, y del veto parcial con su consiguiente promulgación. Algo se dijo antes, y ahora queda solo una referencia final.

Desde el célebre caso *Delfino*, la CSJN había admitido la delegación legislativa, no prevista en la Constitución nacional. Gradualmente, el hábito fue aumentando.

Al institucionalizarse el vicio, maguer la imperativa prohibición del artículo 76 que los fulmina pero a renglón seguido (literalmente) los acepta, lo que antes era un pecado capital ahora es apenas venial. Lo mismo respecto a los *decretos de necesidad y urgencia*, que antes de la reforma se ejercieron con alguna vergüenza y con el tiempo bastante frecuencia, pero que al quedar institucionalizados por el artículo 99, inciso 3.º, CN habilitaron al presidente para ejercer la función legislativa propia del Congreso cada vez que tuvo ganas de hacerlo. Con mayor razón aún la crítica, después de la sanción de la ley reglamentaria que incorporó la constitucionalmente prohibida sanción ficta. Por último, el veto parcial con la promulgación de lo no observado. Antes un proyecto vetado parcialmente volvía al Congreso y no era ley hasta que este aceptara las observaciones o insistiera con su sanción. Ahora el presidente veta lo que no le gusta, promulga lo que le gusta y ya es ley que manda a publicar. Si revisamos los decretos de vetos parciales habidos después de la reforma de 1994 encontraremos una interminable lista de leyes mutiladas por las observaciones del Poder Ejecutivo, en las que se altera el espíritu y la unidad del proyecto sancionado por el Congreso, a pesar de la terminante disposición del artículo 80 CN.

¿Cómo se hacen las leyes? Están las normas constitucionales y sus aspectos prácticos, algunos de los cuales se reseñan aquí. Pero además del Congreso, titular de la función legislativa, está el Poder Ejecutivo con los atributos que fue sustrayendo, convalidados en la reforma de 1994 y consolidados aún más por recientes decisiones parlamentarias. Esta es la realidad de un sistema republicano, proclamado por el artículo 1.º pero cada vez más alejado de lo querido en 1853. Alguna vez nos conformamos con tener la *república posible* en vez de la *república ideal*. Seguramente ha llegado el momento del volver a pensar y trabajar por el ideal de república que nos constituyó como nación.

Juan Carlos Maqueda*

La formación y sanción de las leyes

En los inicios de la República, los constituyentes de 1853 coincidieron con el pensamiento de Juan Bautista Alberdi al acordar que la división de poderes no es un principio absoluto —pues ello significaría que los poderes se ignoran entre ellos— sino uno relativo, que supone la colaboración y coordinación de sus tareas con miras a lograr la realización del proyecto democrático de la nación.

En este entendimiento, la Constitución histórica y la reforma de 1994 asumieron la delicada tarea de diseñar un proceso de formación y sanción de las leyes que fuera apto para resguardar el difícil equilibrio que debe gobernar la convivencia del presidente y del Congreso, sin que la independencia de los poderes afectara el buen desempeño de sus respectivas funciones.

Tributario de esta concepción, propongo repasar en estas páginas las alternativas del trámite de formación y sanción legislativa, procurando resaltar los aciertos que en este capítulo trasluce el sistema de nuestra Constitución.

* Senador de la Nación (MC). Diputado de la Nación (MC).

1. La iniciativa legislativa

El proyecto de Alberdi y la Constitución unitaria de 1826 previeron la iniciativa legislativa de forma sustancialmente idéntica a la que diseñaría tiempo después el constituyente originario en 1853.¹

Así, el texto del artículo 77 en la parte pertinente dice: «Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo».

Esta regla de atribución perdura tras la reforma de 1994, pero con un agregado trascendente: a los legisladores y al Poder Ejecutivo se ha sumado el derecho de iniciativa de los ciudadanos, mediante un mecanismo específico.

Naturalmente, la norma cita en primer término al legislador, en la medida que la tarea bajo examen es inherente a sus funciones. Sus proyectos deben ser propuestos por escrito («con carácter rigurosamente preceptivo sin contener los motivos determinantes de sus disposiciones» prevé el reglamento de la Cámara de Diputados), firmado por su(s) autor(es) (si son diputados, no pueden ser más de quince) y precedidos de fundamentos.²

En cuanto a la iniciativa presidencial, el constituyente histórico hizo primar las bondades que parte de la doctrina nacional y comparada asignaba al Poder Ejecutivo como iniciador de leyes. Esta elección, que define decisivamente la forma en que el Congreso y el presidente interactúan en el nivel federal, supuso apartarse del modelo de la Constitución de los Estados Unidos, que no le concede semejante facultad al primer mandatario, pues solo prevé que produzca informes al Congreso sobre el «Estado de la Unión» y *recomiende* las medidas que juzgue necesarias y convenientes. De tal forma, en el texto que dictó la asamblea constituyente de Filadelfia el Poder Ejecutivo no presenta directamente el proyecto porque de hacerlo incursionaría en una competencia exclusiva del Congreso.³

En nuestro modelo, explica Juan A. González Calderón, la Convención de 1853 le atribuyó la facultad de iniciar leyes porque valoró que el presidente:

está en constante y estrecho contacto con todos los factores de la vida nacional: dirige la política interna y exterior, maneja las finanzas, ejecuta las leyes, provee los puestos públicos, dispone de las fuerzas militares, mantiene el orden social; en dos palabras, gobierna y administra el país. ¿Quién estará, por consiguiente, mejor capacitado que él para comprender la necesidad o conveniencia de una oportuna medida

¹ Para un análisis de los artículos 59 de la Constitución de 1826, y 71 del proyecto de Juan Bautista Alberdi, véase Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo III, Buenos Aires, Lajouanne, 1931, pp. 10-11.

² Artículos 124 a 138 del reglamento de la Cámara de Senadores; 115 a 125 del reglamento de la Cámara de Diputados.

³ Constitución de los Estados Unidos de América, artículo II, sección 3.ª; véase al respecto Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 112.

legislativa? [para concluir que] es lógico que se le reconozca el derecho de contribuir con sus propios luces y con su criterio práctico a la formación de aquellas.⁴

En el ejercicio de su rol de colegislador, el presidente remite sus proyectos de ley con un *mensaje*: los fundamentos en que explica las motivaciones y conveniencias para la nación del dictado de las normas que impulsa. La reforma de 1994 previó que el mensaje del presidente que promueve la iniciativa legislativa debe ir refrendado por el jefe de Gabinete, lo que se deriva del principio según el cual este, junto al ministro del área, refrendan los actos del Poder Ejecutivo.⁵

En tercer término, el nuevo artículo 39 de la Constitución consagra el derecho de iniciativa popular —entiéndase ciudadana— e introduce en el proceso de formación de la ley a la ciudadanía sin intermediación de sus representantes. Cabe distinguir esta innovación del derecho de peticionar a las autoridades (artículo 14) en ejercicio del cual todos los habitantes pueden proponer leyes, pues en ese caso es imperativo que un legislador haga propio el proyecto para que pueda proseguir el trámite parlamentario.

En uso de este *nuevo* derecho, cualquier ciudadano puede presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados, con excepción de aquellos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. El Congreso debe darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses, lo que constituye una excepción al principio según el cual las Cámaras no están obligadas a tratar todos los proyectos de ley que se presentan. Según su reglamentación legal,⁶ la iniciativa requiere la adhesión de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y debe representar por lo menos a seis distritos electorales.⁷ De ser declarado formalmente admisible por la Comisión de Asuntos Constitucionales, la presidencia de la Cámara de Diputados ordena su inclusión en el orden del día con tratamiento preferente, siguiendo por el resto el trámite ordinario de sanción de leyes.

El artículo 77 comienza disponiendo que los proyectos pueden presentarse en cualquiera de las Cámaras que componen el Congreso de la Nación, *salvo las excepciones que establece la Constitución*, que son las siguientes: le corresponde exclusivamente

⁴ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., p. 12.

⁵ Artículo 100, primer párrafo, inciso 8.º, de la Constitución de la Nación Argentina.

⁶ Los requisitos de la iniciativa popular están especificados en el artículo 5 de la ley 24747:

«La iniciativa popular deberá deducirse por escrito y contendrá: La petición redactada en forma de ley en términos claros; b) Una exposición de motivos fundada; c) Nombre y domicilio del o los promotores de la iniciativa, los que podrán participar de las reuniones de Comisión con voz de acuerdo con la reglamentación que fijen las mismas; d) Descripción de los gastos y origen de los recursos que se ocasionaren durante el período previo a presentar el proyecto de iniciativa popular ante la Cámara de Diputados; e) Los pliegos con las firmas de los peticionantes, con la aclaración del nombre, apellido, número y tipo de documento y domicilio que figure en el padrón electoral».

⁷ Artículo 4 de la misma ley.

a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas (artículo 52); iniciar el proyecto de ley de convocatoria para someter a consulta popular un determinado proyecto legislativo (artículo 40); tratar en primer término los proyectos que emanan del derecho de iniciativa ejercido por los ciudadanos en los términos del artículo 39 y normas reglamentarias; finalmente, y aunque esta facultad no es propiamente dicha una de iniciativa legislativa, también ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al Jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema (artículo 53).

Por conveniencia metodológica traigo en este punto a colación que la reforma introdujo la iniciativa presidencial para la ley de presupuestos y ministerios: «El Jefe de Gabinete de Ministros [...] le corresponde: enviar al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto Nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo».⁸

Se ha planteado en doctrina si el proyecto de presupuesto nacional es atribución excluyente del Poder Ejecutivo nacional; al respecto, advierto que con prescindencia de los atendibles argumentos que pueden sustentar o no la exclusividad ejecutiva de esta potestad, la experiencia indica que es el Poder Ejecutivo el que, sobre la base de los organismos técnicos que responden a sus directivas políticas, se encuentra en mejor posición para atribuir los gastos y recursos del Estado nacional. Si bien es cierto que el poder de disponer de los dineros públicos reside en el Congreso, corresponde al Ejecutivo por la naturaleza de sus funciones hacer efectivas las disposiciones de aquel poder.

Señalado entonces que es el presidente quien presenta la Ley de Presupuesto, corresponde ahora precisar que lo hace en la Cámara de Diputados, y no en el Senado: tal práctica, a más de ser avalada por la costumbre parlamentaria, se apoya en dos argumentos: el primero surge de la interpretación del artículo 52, que dispone que corresponde a la Cámara baja la iniciativa sobre contribuciones, de lo que se deriva que en ella debe iniciarse el trámite de atribución de gastos; el segundo, corolario lógico del primero, es que la *ley de leyes* debe ser analizada en primer término por Diputados, directamente elegida por el pueblo, «que es quien paga las contribuciones».⁹

Esta última afirmación permite plantear un interrogante que ha surgido sobre la interpretación del nuevo artículo 54, en tanto introduce la elección directa de los senadores: si es la forma de elegir los diputados lo que volvía a la Cámara baja más próxima al pueblo, y si esta *proximidad* ha dejado de ser exclusiva a los diputados dado que la reforma instaura igual forma de elección para los senadores, ¿ha desaparecido la causa del privilegio de iniciativa de la Cámara de Diputados para la ley de presupuesto?

⁸ Artículo 100, inciso 6.º, de la Constitución de la Nación Argentina.

⁹ Carlos M. Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, o. cit., p. 112.

En este punto, una adecuada interpretación de nuestra Constitución histórica permite sostener que las Cámaras no se distinguen únicamente por la forma en que son elegidos sus miembros. Antes bien, la Cámara baja mantiene una característica que le es propia: la mayor representatividad de sus miembros, en tanto su número es proporcional a la población de la Nación. Esta característica, que revela que en el seno de la Cámara de Diputados se expresa la voz de los representantes del pueblo —y no de las provincias— fundamenta el privilegio para tratar en primer término el proyecto de ley de presupuesto. En este marco también puede entenderse que cuando la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar en el juicio político, actúa de forma tal que los habitantes de la Nación puedan reconocerse ellos mismos como consecuencia de su actuación. Finalmente, ello también explica su condición de Cámara iniciadora en los supuestos de los artículos 39 y 40, en tanto instrumentan métodos de democracia semidirecta que apuntan a acercar el cuerpo electoral a la tarea de legislar.

En cuanto aquí interesa, el Senado de la Nación es *Cámara de origen* para los proyectos de ley convenio que «sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos», así como para los proyectos que provean:

lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (artículo 75, inciso 19).

El Senado mantiene además la competencia *privativa* que ya le atribuía el artículo 51, actual 59, de «juzgar en juicio político a los acusados por la Cámara de Diputados»; de autorizar al presidente de la Nación para que declare el estado de sitio en uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior (conforme a los artículos 53 [hoy 61] y 86, inciso 19 [hoy 99, inciso 16]) y de prestar acuerdos (artículo 99, incisos 4, 7 y 13 [antes 86, incisos 5, 10 y 16]).

2. La expresión de voluntad del Congreso de la Nación

Surge prístino del texto constitucional que la voluntad del Poder Legislativo se perfecciona con la concordancia de la Cámara de Diputados y del Senado en dar sanción al proyecto con el quórum y las mayorías en cada caso previstas.

En lo que respecta al quórum, la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara es el principio general. El artículo 64 (idéntico al artículo 56 de la Constitución histórica) establece en su parte pertinente que las Cámaras no entrarán «en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros», consigna que fue interpretada en el reglamento

de la Cámara de Senadores de la siguiente manera: «La mayoría absoluta del número constitucional de senadores hace Cámara» y en el de la Cámara de Diputados, que «será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes».¹⁰

En cuanto a la mayoría necesaria para aprobar un proyecto de ley, la regla general previa a la reforma subsiste pues sigue siendo la mayoría absoluta de los presentes. Pero el principio ha sumado excepciones a las existentes, dado que determinados procesos requieren mayorías especiales.

El voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para la declaración de la necesidad de la reforma constitucional (artículo 30) y el otorgamiento de jerarquía constitucional a tratados de derechos humanos (artículo 75, inciso 22). Se exige el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara para sancionar los proyectos de ley reglamentarios de la iniciativa popular y de la consulta popular; ley convenio sobre coparticipación federal de impuestos (artículo 75, inciso 2.º); leyes que modifican ese régimen (artículo 75, inciso 3.º); la aprobación y denuncia de los tratados internacionales (en el caso de la aprobación, si son tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación debe declarar —además y con la misma mayoría agravada— la conveniencia de la aprobación del tratado, artículo 75, inciso 22); leyes que modifican el régimen electoral y de partidos políticos (artículo 77); la ley de creación y funcionamiento de la Auditoría General de la Nación (artículo 85); la que regula la intervención del Congreso en el control de los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3.º); la ley que regula las atribuciones del Consejo de la Magistratura (artículo 114). También se exige esa mayoría para la delegación a comisión prevista en el artículo 79, para la remoción del jefe de Gabinete, y la mayoría absoluta de cualquiera de las Cámaras para interpelarlo (artículo 101).

En cuanto a las mayorías necesarias para ejercer las facultades disciplinarias, el artículo 66 prevé que:

Cada Cámara hará su reglamento y podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación, y hasta excluirle de su seno; pero basta la mayoría de uno sobre la mitad de los presentes para decidir en las renunciaciones que voluntariamente hicieren de sus cargos.

Finalmente, la Constitución prevé el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes en cada Cámara para remover al Defensor del Pueblo (artículo 86); de esa misma mayoría en la Cámara de Diputados para sustanciar y acusar en proceso de juicio político (artículo 53); dos tercios de los presentes en el Senado para dictar el fallo condenatorio de este (artículo 59), y para otorgar el acuerdo a los ministros

¹⁰ Artículos 16 del reglamento de la Cámara de Senadores y 15 del reglamento de la Cámara de Diputados.

de la Corte Suprema (artículo 99, inciso 4.º); igual número de la Cámara respectiva para el desafuero de sus miembros (artículo 70).

En cuanto a la forma de expresar la voluntad del Legislativo, el artículo 82 fue incluido en 1994: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta», lo que descarta el silencio como modo para presumir la voluntad del órgano.

Al referirse a la prohibición de la aprobación tácita, es útil recordar la ley 13640 (modificada por leyes 23821 y 23992) o Ley Olmedo¹¹ porque en la práctica parlamentaria esta ley es complementaria de los reglamentos de las Cámaras al establecer en su redacción actual un sistema de caducidad para los proyectos de ley, aunque con algunas excepciones en su artículo 2. Según esta norma, un proyecto de ley pierde estado parlamentario por no haber completado su ciclo de tratamiento, que idealmente finaliza con la sanción, en el tiempo previsto por la ley. Si el iniciador

¹¹ La ley vigente —modificada— es de 1949, aunque el primer tratamiento legislativo de esta temática data de 1890. El texto completo de la norma es el siguiente:

«Artículo 1. Todo proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso que no obtenga sanción en una de sus Cámaras durante el año parlamentario en que tuvo entrada en el cuerpo o en el siguiente, se tendrá por caducado. Si obtuvo sanción en alguna de ellas en el término indicado, este se prorrogará por un año más. Todo proyecto de ley aprobado con modificaciones por la Cámara revisora que no termine el trámite establecido en el artículo 71 [según texto de la ley 23992] de la Constitución nacional en el año parlamentario en que obtuvo la referida aprobación o en el siguiente, se tendrá por caducado.

Artículo 2. Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo anterior, los proyectos de códigos, tratados con las naciones extranjeras, los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo sobre provisión de fondos para pagar los créditos contra la Nación y los reclamos de particulares con igual carácter.

Artículo 3. Los proyectos de ley o parte de ellos que el Poder Ejecutivo devuelva observados en uso de la facultad que le acuerda el artículo 72 [según texto de la ley 23992] de la Constitución nacional, que el Congreso no confirme en el año parlamentario en que fueran devueltos o en el siguiente, se tendrán por caducados.

Artículo 4. Los presidentes de las comisiones de ambas Cámaras presentarán al principio de cada período de sesiones ordinarias, una nómina de los asuntos que existan en sus carteras y que estén comprendidos en los artículos 1 y 3 de esta ley, los que sin más trámite serán mandados al archivo con la anotación correspondiente puesta por Secretaría, devolviéndose a los interesados los documentos que les pertenezcan y soliciten, previo recibo que deberán otorgar en el mismo expediente. Esta nómina se incluirá en el Diario de Sesiones.

Artículo 5. Los asuntos pendientes en órdenes del día que caducaran en virtud de la presente ley, se girarán a las respectivas comisiones, a los efectos del artículo anterior.

Artículo 5 bis. Cada Cámara establecerá los planos de vigencia y reglamentará los procedimientos para la caducidad y archivo de las iniciativas parlamentarias que no sean proyecto de ley que se hubieran sometido a su consideración.

Artículo 6. Esta ley se aplicará a los asuntos pendientes.

Artículo 7. Deróganse las leyes números 2714/1890 y 3721/1898.

Artículo 8. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Quijano, Cámpora, Reales, Zavalla Carbó».

del proyecto pretende que este conserve el estado parlamentario, puede reproducirlo —incluso textualmente— como nuevo proyecto.

La expresión de voluntad del Congreso se perfecciona cuando ambas Cámaras han expresado su voluntad en la forma precisada en cada caso. Es evidente que el respeto irrestricto de esta premisa es esencial al diseño político que marca la Constitución nacional, en tanto el bicameralismo le inspira vida al federalismo cuando refleja por un lado la igualdad histórica y jurídica de las provincias como sujetos autónomos de derecho en el Senado y, por el otro, al pueblo representado en la Cámara de Diputados. Juntos, en palabras de Juan González Calderón, constituyen «la expresión exacta de la soberanía nacional».

A la luz de estas consideraciones, el caso del rechazo total por la Cámara revisora recibe una solución previsible: «Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año».¹² De no ser así, la esencia misma del sistema bicameral desaparecería «si cualquiera de las ramas en que se divide el Congreso pudiese hacer primar su voluntad sobre la voluntad del todo negativa de la otra». De esta forma, la solución del constituyente argentino conforma la finalidad del sistema de doble Cámara, en la medida que impide que prevalezca en algún caso la decisión de una sobre el desacuerdo total de la otra.

Explica Germán Bidart Campos:

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.¹³

Tampoco permite el artículo que una vez iniciado el trámite por una Cámara, esta «se arrepienta» y deseche su proyecto modificado: «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».

El rechazo total de un proyecto es entonces una facultad reservada para la primera intervención de cada Cámara, lo que se explica de la siguiente manera: una vez

¹² Cabe observar que esta norma reproduce en sustancia el artículo 74 del proyecto de Alberdi, que se apartó de la Constitución chilena de 1833, inspiración del autor para el procedimiento general de formación y sanción de leyes. La norma que dejó de lado preveía lo siguiente: «El proyecto de ley que aprobado por una Cámara fuera desechado en su totalidad por la otra, volverá a la de su origen, donde se tomará nuevamente en consideración, y si fuere en ella aprobado por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, pasará segunda vez a la Cámara que lo desechó, y no se entenderá que esta lo reprueba si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes» (artículo 50). La Constitución chilena solo consideraba en el artículo 71 que no podría proponerse hasta el año siguiente el proyecto desechado en la Cámara de origen. Véase al respecto Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., pp. 17-18.

¹³ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo II-B, Buenos Aires, Ediar, 2000/2001, p. 219.

modificado por la revisora, ambas Cámaras —aun con distinto alcance si el proyecto fue modificado— han asumido la responsabilidad institucional del proyecto, por lo que admitir que pueda ser desechado por la de origen quebraría el principio de igualdad que gobierna la labor bicameral.

Prosigue el artículo bajo análisis:

Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al 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.

El procedimiento reseñado varía el existente en la Constitución histórica: en el anterior se preveía que, si la Cámara de origen desechaba las enmiendas propuestas, el proyecto volvía a la revisora «por segunda vez»:

Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Pero si sólo fuese adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen; y si en esta se aprobasen las adiciones o correcciones por mayoría absoluta, pasará al Poder Ejecutivo de la Nación. Si las adiciones o correcciones fuesen desechadas, volverá por segunda vez el proyecto a la Cámara revisora, y si aquí fueren nuevamente sancionadas por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, pasará el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que esta reprueba dichas adiciones o correcciones, si no ocurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.¹⁴

De la lectura del artículo original y del reformado surge que la reforma de 1994 no modificó el juego de las mayorías de la Constitución histórica, sino que abrevió el trámite: esto equivale a decir que la capacidad de introducir reformas y la posibilidad de insistir con ellas se ha mantenido; lo que ha cambiado es la cantidad de reenvíos posibles. Al referirse a esta innovación, el constituyente informante del despacho mayoritario de la Comisión del Núcleo de Coincidencia Básicas en el plenario de la convención de 1994 sostuvo que este cambio obedecía a la necesidad de un medio para acelerar el trámite parlamentario.¹⁵

El examen de la norma reformada admite dos consideraciones. Por un lado, si «el proyecto es objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora», se vuelve imprescindible para avanzar en la sanción del proyecto que el desacuerdo sea superado por las vías previstas en el mismo artículo. De no seguirse esa vía, se violentaría el principio de igualdad de las Cámaras. Para lograr el consenso, el

¹⁴ Artículo 71 de la Constitución, texto 1853-60.

¹⁵ Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994, tomo V, p. 4887.

constituyente limitó la sucesión de pronunciamientos: Cámara de origen, revisora y vuelta a la Cámara de origen. En ambos casos, la mayoría requerida para mantener la decisión aumenta a dos tercios.

Por otro lado, hay que reparar que en última instancia prevalece la voluntad de la Cámara de origen, que ostenta el privilegio de que «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». La ventaja de la Cámara iniciadora se revela también al explicitar el mecanismo de reenvío en los términos siguientes: dado que la mayoría absoluta de la Cámara de origen bastará en tanto no reúna los dos tercios la Cámara revisora, se puede concluir que la mayoría absoluta de la Cámara de origen prevalece sobre los dos tercios «menos uno» de la Cámara revisora.

Sin duda, este privilegio debe ser considerado al momento de elegir la Cámara en que el Ejecutivo o un grupo parlamentario representado en ambas Cámaras inicia un proyecto, pues no es ocioso considerar que de la táctica parlamentaria elegida dependerá —en parte— el éxito de la sanción del proyecto.

Concluye el artículo 81 de esta forma: «La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora». Una vez evaluado por la revisora, no puede la de origen introducir nuevos elementos a los términos del proyecto. Esta dinámica, mientras garantiza a cada Cámara una participación amplia en el debate, circunscribe el contenido del diálogo parlamentario al proyecto y sus correcciones, para no prolongar indefinidamente los reenvíos entre Cámaras. En este entendimiento, el convencional informante Alberto García Lema precisó en el plenario de la Convención que, de no adoptarse este criterio, no se concretaría la reducción de las intervenciones de las Cámaras, prevista en la reforma.¹⁶

También se puede suponer que esta veda no comprende la corrección de errores formales o de técnica legislativa que pueden ser corregidos por la Cámara de origen al conocer el proyecto por segunda vez, en la medida que esas correcciones solo pretenden evitar dificultades en la aplicación ulterior de la norma. Sin embargo, el acta del 26 de octubre de 1995, dictada por los presidentes de ambas Cámaras,¹⁷ interpretativa del artículo 81 de la Constitución nacional, especifica derechamente que

¹⁶ *Ibíd.*, tomo IV, p. 3212.

¹⁷ El texto completo del acta es el siguiente: «En dependencias del Congreso de la Nación, el día 26 de octubre de 1995 se reúnen las autoridades de ambas Cámaras que firman al pie, a efectos de compatibilizar la interpretación del procedimiento previsto en el artículo 81 de la Constitución nacional, y al respecto se acuerda:

1. Cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora, podrá aquella aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora.

2. Las comunicaciones de las sanciones de la revisora cuando el proyecto de ley vuelve a la de origen, deberán indicar el resultado de la votación que correspondió en particular a cada artículo,

la Cámara de origen no podrá «en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora». En última instancia, entonces, de advertirse la necesidad de una corrección, se pueden dictar leyes correctivas posteriores.

En cuanto a las enmiendas y modificaciones introducidas por la Cámara revisora, estas pueden ser votadas separadamente, esto es, algunas pueden ser aprobadas y otras rechazadas, tal como acordaron los presidentes de las Cámaras en la parte pertinente del punto primero del acta referida.

3. El trámite del proyecto de ley en cada Cámara

El trámite parlamentario ordinario prosigue según lo dispone el artículo 78: «aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley».

La reforma de 1994 dejó redactado de la siguiente manera el artículo 79:

Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. La Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión, se seguirá el trámite ordinario.

Me referiré en esta parte a la tarea en comisión, al debate en general y a las alternativas que se presentan para el tratamiento en particular de los proyectos, aunque solo en síntesis, pues un tratamiento completo de esta cuestión supera la pretensión de estas páginas, que es circunscribirse al proceso de formación y sanción de leyes (y accesoriamente a la promulgación y publicación de estas), no así el funcionamiento general del Congreso.

En este contexto diré que cumplidos los requisitos de presentación —ya reseñados— que exigen los reglamentos de las Cámaras, se anuncian en la sesión los proyectos de los legisladores y pasan a la comisión respectiva, mientras que los proyectos presentados por el presidente y los devueltos por la otra Cámara son anunciados por la secretaría de la Cámara en cuestión, antes de pasar a la comisión que conocerá.¹⁸ Mediante este anuncio los proyectos adquieren *estado parlamentario*.

a fin de establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.

Se eleva la presente a los respectivos Plenarios de Labor Parlamentaria, a efectos de darle el tratamiento legislativo que se estime corresponder». (Publicado en *Práctica Parlamentaria*, editado por el Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1999, p. 275.)

¹⁸ Artículos 113 y 138 del reglamento de la Cámara de Senadores; 122 y 123 del reglamento de la Cámara de Diputados.

Agrego que una vez presentados los proyectos originados en los propios legisladores no pueden ser retirados sin el consentimiento del plenario, práctica que se ha extendido a los presentados por el Poder Ejecutivo. Los proyectos son dados a la prensa y publicados en el *Diario de Sesiones*.¹⁹

Los proyectos pueden ser asignados a más de una comisión; y si existe duda sobre la comisión a la que compete un determinado proyecto, el dilema será resuelto por la Cámara. Cada comisión puede pedir a la Cámara, cuando la gravedad del asunto o algún otro motivo especial lo demande, el aumento de sus miembros o bien que se le reúna alguna otra comisión.²⁰

En la tarea de confección de la ley vale subrayar que el rigor técnico se complementa con la convicción de las posturas que traducirán la decisión política de sancionarla. Esta última es propia del debate en plenario, mas la naturaleza técnica y el trabajo minucioso y sostenido es propio de las comisiones, claves en consecuencia para lograr calidad en los debates parlamentarios, y en el producto de aquellos, las leyes que se sancionan.

Para funcionar, cada comisión necesita de la presencia de la mayoría de sus miembros. Después de considerar un asunto y convenir en los puntos de su dictamen, se designa al miembro a cargo de la redacción del informe y fundamentos del despacho acordado; será el que lo sostendrá en el recinto. Si no hay unanimidad de los integrantes de la comisión, la minoría podrá exponer su dictamen en el recinto. En caso de empate, el dictamen de la mayoría es el que lleva la firma del presidente de la comisión.²¹

La elaboración del orden del día es tarea de la Comisión o Plenario de Labor Parlamentaria. Reunido el quórum establecido en la Constitución, el presidente de la Cámara declara abierta la sesión. La primera discusión o discusión en general del proyecto «tiene por objeto la idea fundamental del asunto considerado en conjunto».²²

Esta etapa es esencial en el trámite de sanción para lograr un amplio debate sobre el proyecto, pero puede ser omitida cuando el asunto fue considerado previamente por la Cámara en comisión,²³ en cuyo caso, luego de constituida en sesión, se limitará a votar si se aprueba o no el proyecto en general; también puede omitirse

¹⁹ Artículos 136 y 138 del reglamento de la Cámara de Senadores; 124 y 148, inciso *d*, del reglamento de la Cámara de Diputados.

²⁰ Artículos 89 y 90 del reglamento de la Cámara de Senadores; 102 y 103 del reglamento de la Cámara de Diputados.

²¹ Artículos 100 y 105 del reglamento de la Cámara de Senadores; 108, 111 y 112 del reglamento de la Cámara de Diputados.

²² Artículos 145 y 146 del reglamento de la Cámara de Senadores; 162 del reglamento de la Cámara de Diputados.

²³ El procedimiento de discusión en comisión del Senado está diseñado en los artículos 154 a 160, y 170, del reglamento de la Cámara de Senadores; 141 a 143, y 156, del reglamento de la Cámara de Diputados.

cuando se consideren despachos de comisión sin disidencias generales y sin observaciones, extremo en el cual el presidente lo anuncia; prescindiéndose de todo debate, se vota el proyecto.

Si resulta desechado el proyecto en general, concluye toda discusión a su respecto; mas si resulta aprobado pasa a su discusión en particular, o sea el debate y votación en detalle «por artículo, período o parte» recayendo sucesivamente votación sobre cada uno, la cual puede llevarse a cabo conforme el procedimiento ordinario o del artículo 79.²⁴

El trámite ordinario —tratamiento en el plenario— sigue predominando ampliamente en la práctica del Congreso.²⁵ En la discusión en particular debe guardarse la *unidad del debate*, pues las consideraciones ajenas al punto en discusión desvían la atención detallada que se le brinda a este.

Se admiten mociones de reconsideración y se pueden presentar proyectos de artículos que modifiquen o sustituyan los que se discuten, de acuerdo con determinadas formalidades dispuestas por las respectivas Cámaras. Si *la mayoría de la comisión* acepta el cambio, este se considera parte del despacho.

Como adelanté, la segunda opción para el debate y la aprobación en particular de cada uno de los artículos es la delegación en comisión,²⁶ que constituye un procedimiento especial optativo —diferente al ordinario— introducido por la reforma de 1994.

Germán Bidart Campos prefiere hablar de una *imputación de funciones* a la comisión, pues no constituiría una delegación propiamente dicha. Vale agregar que el novedoso trámite reseñado destaca uno de los roles fundamentales que el Congreso argentino cumple por mandato constitucional: ser el responsable primario de *hacer la ley*, ya sea que el proyecto sea iniciativa del legislador o del presidente.

En otro orden de ideas, corresponde acentuar que el trámite delegado debe realizarse de manera de no impedir la aplicación del artículo 81, en tanto este prevé mayorías agravadas de los presentes para las Cámaras revisora y de origen en su segunda intervención para hacer prevalecer el proyecto. Como lo apunta Alberto García Lema, la cuestión queda sujeta a reglamentación de las respectivas Cámaras, pues es preciso —para cumplir con el mandato constitucional— indicar si la votación mediante la cual la Cámara delega en comisión la aprobación en particular de un proyecto (que requiere la mayoría absoluta de los miembros totales de las Cámaras según el artículo 79) alcanzó a cumplimentar la mayoría de los dos tercios de los legisladores presentes. También debe prever si bastan las mayorías que se obtengan

²⁴ Artículos 169 y 171 del reglamento de la Cámara de Senadores; 144 a 146, y 154, del reglamento de Diputados.

²⁵ Artículos 171 a 178 del reglamento de la Cámara de Senadores; 157 a 162 del reglamento de la Cámara de Diputados.

²⁶ Artículos 178 a 185 del reglamento de la Cámara de Senadores; el reglamento de Diputados nada dice al respecto.

en el plenario cuando se lleva a cabo la delegación, o si corresponde indicar en comisión que se computen los dos tercios de los miembros presentes.²⁷

En cualquier caso, como la voluntad del constituyente fue agilizar el trámite legislativo y, sin perder de vista que la delegación es una potestad y nunca una obligación para las Cámaras —de lo que se infiere que la atribución no se efectúa sino tras una valoración cuidadosa de su conveniencia por el plenario—, una interpretación integradora de la Constitución reformada permite considerar que, más allá de la terminología utilizada por el artículo 79, resta por ver si es necesario a los efectos del artículo 81 la aprobación en comisión de las *adiciones o modificaciones* por los dos tercios de sus miembros. Germán Bidart Campos observa que el quórum de la mayoría absoluta del total de los miembros de la comisión es para proyectos que no requieren de una mayoría agravada, pero cuando se trata de una ley que requiere un quórum mayor por mandato constitucional, tal requisito se aplica lógicamente al tratamiento en comisión.²⁸

Advierto, para concluir este punto, que se ha sostenido que la delegación del artículo 79 puede perjudicar las minorías parlamentarias en tanto la conformación de las comisiones no reproduce la del plenario de la Cámara en cuestión. Esa distorsión numérica puede efectivamente producirse, mas no queda claro en qué medida ello afecta el derecho de las minorías parlamentarias. En efecto, tal afirmación pierde de vista que la delegación solo se produce por voluntad de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara respectiva, circunstancia de la que cabe concluir que cuando un proyecto es delegado a comisión, ello es el resultado de una votación en donde la minoría no pudo hacer primar su voluntad en el pleno del cuerpo, de manera que sus aportes al proyecto de ley —ya sea en el plenario o en comisión— no modificarían en ningún caso la voluntad de la mayoría.

Finalmente, concluido el debate, ya sea por el procedimiento ordinario o por delegación a comisión, ambos reglamentos prevén que con la resolución del último artículo (de no haber moción de reconsideración) queda terminada toda discusión al respecto.

En tales condiciones, si la resolución aprueba totalmente un proyecto remitido por la otra Cámara, se comunica al Poder Ejecutivo y a la Cámara de origen. Si se votan adiciones o correcciones en la revisora, se tendrá en cuenta si fueron hechas por mayoría absoluta o dos tercios de los presentes para que el proyecto de ley vuelva a la Cámara de origen; esta puede aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora. Huelga decir que prevalecerá el proyecto de la Cámara de origen si lo dispone por dos tercios.

²⁷ Alberto M. García Lema: «Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de leyes», en AA. VV.: *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe-Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 410.

²⁸ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., p. 208.

Pero también puede ocurrir que el proyecto, después de sancionado en general, o en general y parcialmente en particular, vuelva a comisión; al considerarlo nuevamente la Cámara respectiva, se someterá al trámite ordinario como si no hubiese recibido sanción alguna.²⁹

4. La consulta popular como forma alternativa de sanción y promulgación de la ley

En la etapa de sanción, el Congreso puede decidir someter a consulta popular un proyecto de ley:

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

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

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Evidentemente, el artículo 40 introdujo un supuesto en el que concurre la sociedad para convertir en ley un proyecto «integrando al acto estatal con una voluntad ajena al aparato gubernativo»,³⁰ excluyendo tanto la sanción por el Congreso como la posibilidad de veto del Poder Ejecutivo, que debe promulgar automáticamente la ley.

A los efectos de evaluar el alcance del artículo 40 como forma de participación de la sociedad en la sanción de leyes, subrayo que las previsiones de esta norma se integran con la iniciativa ciudadana prevista en el artículo que lo precede; los dos preceptos —juntos— consolidan la democracia semidirecta que la convención diseñó en 1994.

La lectura integrada de ambas normas demuestra que, en las condiciones fijadas por el Congreso,³¹ el pueblo puede integrarse en las tres fases de la formación de la ley de la siguiente forma: mientras que la iniciativa popular permite a los ciudadanos presentar proyectos y así intervenir en la etapa de iniciativa de las leyes, la consulta popular de un proyecto, cuando es aprobado, posibilita la participación de la sociedad en la sanción y posterior promulgación automática.

²⁹ Artículo 177 del reglamento de la Cámara de Senadores; 149 y 155 del reglamento de la Cámara de Diputados.

³⁰ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., p. 203.

³¹ El artículo 40 ha sido reglamentado por la ley 25342; el 39, por la ley 24747; cf. notas al pie 6 y 7.

5. El poder presidencial de veto

Vistas las distintas alternativas que pueden producirse en el trámite de sanción, cabe en esta parte precisar que el proceso continúa en el artículo 78: «Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley».

El proyecto se convertirá en ley si es aprobado expresamente por el Poder Ejecutivo, pero también ocurrirá tácitamente si transcurre el plazo de diez días útiles³² que contempla el artículo 80 sin que el Ejecutivo devuelva al Congreso el proyecto sancionado con objeciones: «Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles».³³

Pero si el presidente ejerce su poder de veto, esto es, si el Poder Ejecutivo mediante un decreto y sus fundamentos comunica al Congreso las objeciones que realiza a la sanción de un proyecto de ley, se inicia el procedimiento previsto en los artículos 80 y 83.

«Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante». Se infiere del amplio marco de libertad que deja esta parte del artículo 80 que los fundamentos del veto que el Ejecutivo impone a la sanción de un proyecto de ley no están calificados ni determinados, de tal forma que las objeciones podrán originarse en «la prudencia, el buen juicio y el conocimiento directo que el Ejecutivo puede tener de los negocios públicos».³⁴

Continúa el actual artículo 80:

Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Así, el texto constitucional enuncia el principio general que gobierna la promulgación de leyes, pero incorpora la posibilidad de la promulgación parcial, introduciendo a su vez un importante límite a esta facultad: las partes no observadas deben tener autonomía normativa y su aprobación parcial no debe alterar el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. El procedimiento que prevé la norma remite al del artículo 99, inciso 3.º, del texto reformado.

³² *Días útiles*: días hábiles para la Administración; el plazo se cuenta a partir de la fecha de recepción por el Poder Ejecutivo del proyecto sancionado.

³³ La Constitución argentina no prevé el *veto de bolsillo* que existe en Estados Unidos, según el cual los proyectos sancionados quedan vetados si antes de los diez días hábiles las Cámaras levantan las sesiones y el presidente no los aprueba dentro de ese plazo (artículo 1, sección 7, 2.º, de la Constitución de los Estados Unidos).

³⁴ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., p. 33.

La reforma plasmó una práctica que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado desde antiguo.³⁵ En síntesis, las consideraciones de la jurisprudencia en torno a la constitucionalidad de la promulgación parcial han sido, por un lado, que el veto parcial y la promulgación de la parte no vetada no se excluyen recíprocamente, pues «ambos son independientes y el primero produce por lo menos, el efecto de suspender la promulgación de la ley con relación a la parte vetada»; por el otro, que será posible la promulgación parcial si la separación del proyecto no afecta el conjunto del proyecto.³⁶

En cuanto a las limitaciones del poder de veto, el nuevo artículo 40 de la Constitución nacional prevé que la ley de convocatoria a consulta popular de un proyecto de ley no puede ser vetada, y que de ser aprobado por el pueblo de la Nación será automáticamente promulgado, de manera que se obvia el trámite ordinario de discusión y votación en el Congreso. Debe repararse entonces la doble prohibición del veto presidencial en este artículo: tanto para la ley que convoca a consulta popular, como para la ley sancionada por el pueblo, cuya promulgación automática excluye esa posibilidad.

El artículo 72 de la Constitución histórica ha sido reenumerado 83 tras la reforma; su texto —que fue aprobado por unanimidad en la convención constituyente de 1853— no ha sufrido ninguna modificación. Reglamenta el trámite a seguirse en el caso de veto presidencial:

Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; esta 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.

Al hacer uso de esta facultad, el presidente incita al Congreso a analizar nuevamente el proyecto sancionado antes de que adquiera fuerza de ley. Las ventajas de este reenvío son innegables para el diálogo entre los poderes: al análisis del legislador se suma la opinión del poder administrador, que al devolver el proyecto puede medir la firmeza del Congreso —órgano inmediato de la voluntad popular— para convertir en ley lo que él ha resistido.

Este tránsito es esencial para que el Poder Ejecutivo pueda concretar eficazmente su participación en el proceso de sanción de las leyes. Aunque la Constitución prevé diferentes atribuciones para el poder administrador, existe un mismo objetivo para los dos poderes involucrados: proveer a la solución práctica de los problemas políticos, sociales y económicos de la Nación.

³⁵ *Fallos*, 189: 156, 256; 556, 268: 352.

³⁶ Susana G. Cayuso: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 280.

En este contexto, el poder de veto traduce la cooperación necesaria pero prudente —Juan A. González Calderón define al veto como un instrumento de uso *limitado y condicional*— que debe existir entre estos dos poderes para alcanzar el proyecto democrático de la Constitución.

Repárese que, a diferencia de lo que establece el artículo 81 («ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año»), el veto total por el Ejecutivo de un proyecto sancionado por ambas Cámaras no impide que se repita su presentación en las sesiones del mismo año legislativo. Sin embargo, cuando «las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año» (artículo 83), es decir que si frente a las objeciones del presidente el Congreso no logra una decisión homogénea, el poder de veto aparece como un instrumento eficaz para impedir que el texto sancionado (pero vetado) sea sometido en esas sesiones a un nuevo análisis legislativo. Por lo tanto, aunque el presidente no puede impedir *per se* que el proyecto se repita en el mismo año legislativo, sí puede hacer caer la balanza decisivamente para que el proyecto quede diferido para mejor oportunidad, en la medida que aporte nuevos elementos u objeciones que logren conmovir las mayorías legislativas que oportunamente lo sancionaron.

Cuando las Cámaras ratifican su voluntad, y lo sancionan por la mayoría señalada, la votación es nominal «por sí o por no» y «tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa». La explicación del convencional Zapata en 1853 es inmejorable para entender el objetivo de esta norma: «la publicación es como una garantía dada al país respecto de los motivos y razones que habían pesado en el ánimo de los legisladores; una garantía de haber obrado bien, puesto que cada uno lleva sobre sí la responsabilidad de sus opiniones».³⁷

6. La promulgación de la ley

Finalmente, el artículo 84 prevé que: «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». Este artículo debe analizarse a la luz de lo expresado en torno al artículo 80, que establece las posibilidades de promulgación tácita y parcial, de modo que solo recordaré que la promulgación es un acto esencial que se perfecciona cuando el Ejecutivo presta expresamente su aprobación (en ese caso, el decreto es refrendado por el ministro del ramo y, después de la reforma, también por el jefe de Gabinete); o lo hace implícitamente cuando no veta el proyecto de ley sancionado, dentro del término de diez días hábiles.

³⁷ Citado en Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. VII, Buenos Aires, Alfa, 1963, pp. 328-329.

7. La publicación de la ley

Antes de la reforma, la publicación ya era exigida (aunque no de forma expresa) no solamente por el principio de publicidad de los actos de gobierno, que exige dar noticia pública de la ley, sino también por el hecho de que es imperativa su publicación para que el Poder Ejecutivo la ejecute y la haga cumplir en consonancia con el artículo 19, que determina que nadie «será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

Ello dicho, para la doctrina se suscitaban dudas en torno a la forma de relacionar los conceptos de promulgación y publicación: sin perjuicio de la distinción doctrinal según la cual el primer término define el acto por el cual el Poder Ejecutivo mandaba a cumplir la ley, establecía de un modo cierto su existencia y le daba autenticidad, y el segundo era el que llevaba a conocimiento de la ciudadanía su existencia,³⁸ González Calderón tomaba partido por una fusión de los conceptos al enseñar *que*:

La promulgación de las leyes consiste en la publicación de las mismas no solo está reconocido por nuestros antecedentes legislativos, sino también por la jurisprudencia de nuestros tribunales: la promulgación de las leyes es facultad atribuida al presidente de la Nación, por el inciso 4.º del artículo 86 de la Constitución y este la realiza por la publicación que hace de las mismas.³⁹

A partir de 1994, la publicación constituye una atribución presidencial según lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3.º, que dispone la participación del Poder Ejecutivo en «la formación de las leyes con arreglo a la Constitución», disponiendo que este «las promulga y hace publicar».

En tal entendimiento, pareciera que la promulgación no se identifica con la publicación, aunque esta se encuentra indisolublemente unida a la primera, y viene a completar la etapa de eficacia de la ley, otorgándole obligatoriedad en su cumplimiento conforme lo dispone el artículo dos del Código Civil, que completa el panorama constitucional al determinar que «las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial».

8. Conclusión

Estas líneas pretendieron destacar los recaudos que gobiernan, tras la reforma de 1994, el trámite de formación y sanción de las leyes, los que traslucen por sus contornos claros y definidos el cuidado y la destreza del constituyente en crear el marco propicio para cumplir con el mandato constitucional que le compete al Poder Legislativo.

³⁸ Raymundo M. Salvat: *Tratado de derecho civil argentino*, tomo I, actualizado por Víctor N. Romero de Prado, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, pp. 137-138.

³⁹ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., p. 40.

Tras los primeros cien años de actividad legislativa en el edificio del Congreso nacional son estas las reglas que en él deben aplicarse para garantizar en forma cotidiana el eficiente trámite legislativo y, fundamentalmente, el respeto irrestricto de la forma federal y republicana que adoptó la Argentina.

Horacio Rosatti*

Reflexiones sobre el proceso de formación y sanción de las leyes

1. Introducción

Reúno en este artículo reflexiones sobre tres temas poco trabajados en la doctrina constitucional, hasta donde llega mi lectura.

Se trata de temas supuestamente *menores*, pero que tienen la particularidad de incidir fuertemente sobre el resultado legislativo, sobre la relación *proceso legislativo-ley* y sobre la relación *ley-realidad*.

Conviene indagar en estos recovecos de la *microfísica legislativa*, para comprobar cuántas buenas intenciones pueden frustrarse en el trayecto que se abre entre la gestación del derecho y su aplicación concreta.

1. Las mayorías legislativas requeridas ¿reflejan la importancia de los temas debatidos?

1.1 Sobre la valoración de los procedimientos

Un procedimiento es un instrumento, una herramienta, un camino para llegar a algún lugar. Desde el punto de vista de su *instrumentalidad*, puede decirse que todo procedimiento es neutro, en el sentido de que no tiene objetivos propios, desligados

* Profesor titular por concurso de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional del Litoral. Profesor de posgrado en las Universidades Nacional de Rosario, Austral de Buenos Aires y Católica de Santa Fe. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

de la finalidad para la que es creado; pero desde el punto de vista de su *constitutividad*, un procedimiento no es cualquier instrumento: es un instrumento que se ha escogido por sobre otros posibles, del mismo modo que se escoge un violín y no una cítara para interpretar una melodía.

En materia de procedimientos, la opción por un instrumento y no por otro expresa una valoración, en el sentido en que todo procedimiento constituye una expresión decantada del pensamiento comunitario (piénsese en la opción —en materia penal— por el juicio por jurados en lugar del sistema inquisitorial). De modo que, en el extremo, sería posible descubrir la relevancia de los valores en juego a partir de los procedimientos empleados. Dicho con un aforismo: *dime qué procedimiento de resolución eliges y te diré qué piensas o, más modestamente, qué importancia le das al tema a resolver.*

1.2. *Sobre el procedimiento legislativo*

En tanto no se considere al tema de los valores de una sociedad como un tema solamente teórico, podría decirse que el diseño (como matriz) y el funcionamiento (como práctica) de las instituciones políticas constituyen un buen lugar donde buscarlos. Dicho de otro modo: «Una matriz de instituciones “está en conformidad” con un conjunto de valores cuando alguien que comprende y suscribe esos valores y sabe cómo funcionan las instituciones la aprobaría».¹

En el extremo, podría incluso concluirse que la matriz y el funcionamiento institucionales reflejan los valores socialmente compartidos y que los productos emergentes de las votaciones no son sino la resultante de aplicar tales valoraciones a cuestiones de hecho necesitadas de una adecuada ponderación axiológica.

A título de ejemplo:

- la garantía de libre expresión para todos, asegurada en la reglamentación que regula el debate parlamentario, revela la importancia que la comunidad otorga a la libertad de pensamiento y a la igualdad de oportunidades;²
- la ponderación —y eventual asignación de un rol específico— al pensamiento devenido minoritario, como consecuencia de una votación, permite deducir que la tolerancia forma parte de los valores compartidos por la comunidad.

¹ Joshua Cohen: «El comunitarismo y el punto de vista universalista», en *La política*, revista de estudios sobre el Estado y la sociedad, Barcelona, Paidós, 1996, n° 1, p. 85, trad. Sebastián Abad. Es sumamente interesante el debate que plantea Cohen en el artículo precitado al pensamiento de Michael Walzer, en especial al de su obra *Spheres of Justice*.

² Robert Dahl: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Buenos Aires, Taurus, 1999, trad. Fernando Vallespín, p. 60.

Más específicamente, siempre con referencia al procedimiento legislativo, podríamos afirmar que debería ser posible reconocer la mayor jerarquía de la materia debatida cuando se apela a alguno de los siguientes procedimientos *agravados*, resumidos a título ejemplificativo:

- la exigencia de mayorías especiales para decidir (mayoría sobre la *totalidad de los miembros y no de los presentes*, mayoría de *dos tercios*, etcétera);
- la exigencia de producir *varias votaciones* (y no solo una), *concordantes* en el resultado pero *separadas en el tiempo*;
- la exigencia de la participación del cuerpo electoral para convalidar, mediante *referéndum*, una votación afirmativa del órgano legislativo.

1.3. Sobre la relación entre la importancia de los temas debatidos y el procedimiento legislativo

Si lo anterior *debiera ser así*, lo cierto es que *no es así*. En mi criterio, la relevancia temática no va acompañada en la Argentina con el agravamiento o la especialización del procedimiento legislativo.

Tomemos, entre otros tantos posibles, algunos ejemplos de los casos de agravamiento procedimental previstos por la Constitución nacional para preguntarnos:

- ¿La ley de coparticipación (artículo 75, inciso 2) es más importante que la ley de educación (artículo 75, inciso 19)?
- ¿La aprobación de un tratado de integración con Estados de Latinoamérica o con otros Estados (artículo 75, inciso 24) es más importante que la legislación sobre eutanasia (artículo 75, inciso 12)?
- ¿La regulación del Consejo de la Magistratura (artículo 114) es más importante que la determinación de los presupuestos mínimos en materia de protección del medio ambiente (artículo 41)?

Si las preguntas anteriores, entre tantas otras que podrían formularse, merecen una respuesta negativa, ¿por qué los temas más relevantes no vienen acompañados de mayorías agravadas?

Es inexorable que, en esta materia, el derecho constitucional abandone la superficialidad y recobre un sentido de valiosidad.

2. La ley como proyecto y como reliquia

2.1. La complejidad del proceso legislativo

Desde el punto de vista de su contenido, es normal reconocer en el proceso de gestación de la ley, aquel que se encuadra formalmente desde la instancia de

la iniciativa hasta la de la eficacia, una multiplicidad de intereses que se agregan, compiten, confluyen o se enfrentan, generando estados de avance, parálisis o retroceso.

Desde el punto de vista de la trayectoria técnica de la ley, existen condicionamientos *procesales* (plazos máximos para aprobar proyectos, imposibilidad de nuevos tratamientos, etcétera) y *políticos* (cuestiones de oportunidad y conveniencia) que influyen asimismo en su ritmo, en su concreción o en su fracaso.

Desde el punto de vista de sus protagonistas, los regímenes democráticos agregan a esta trama el entrelazamiento de estructuras partidarias y de corrientes internas, influenciadas —a su vez— por alianzas tácticas o de coyuntura con sus correspondientes concesiones recíprocas. A ello debe agregarse la dispar incidencia de los actores parlamentarios en punto a su idoneidad técnica, capacidad política, influencia carismática o aptitud negociadora.

El entrecruzamiento de los factores antedichos permitiría corroborar la complejidad material del proceso legislativo. Pero hay otro factor de enriquecimiento (y también de complicación) que suele pasar inadvertido al momento de ponderar una norma, de entenderla, de interpretarla y de aplicarla, que se deduce a partir de la brecha que se abre entre el complejo proceso de gestación legislativa, compuesto por insumos heterogéneos (palabras —escritas y no escritas— y gestos) que generan un producto (el texto definitivo de la ley) solamente escrito.

2.2. *La ley como síntesis y como residuo*

¿En qué quedaron los gestos, las actitudes, las aclamaciones, los disensos, los retiros del recinto, los abucheos? ¿Qué se hizo de las alocuciones, los argumentos, los fundamentos, las discusiones, en suma, el debate? ¿Cómo saber, al leerla, si esta ley A o aquella otra ley B responden al voto unánime de los legisladores o si —en cambio— fueron logradas con sonoras disidencias?

En un plano más intimista, ¿cómo saber cuál fue el autor relevante de la norma, si es que hubo uno, ya por ser el impulsor de la iniciativa o por ser quien luego, en alguna de las Cámaras, delimitó con sus opiniones el texto definitivamente aprobado?

Si se atiende al texto escrito de la ley, estas preguntas quedan sin respuesta. Pues si bien desde una perspectiva política la ley puede entenderse como una *síntesis* o una *transacción* de los intereses en pugna, es claro que desde una perspectiva fisiológica su texto no resume toda la riqueza de sus componentes (en especial los no escritos), e incluso en ocasiones ni siquiera los puede contemplar.

Desde este punto de vista, queda claro que la ley formal no *resume* toda la riqueza de sus componentes no escritos. En este último caso, la ley es *lo que queda*, es algo *residual*. Para decirlo etimológicamente: es una *reliquia*.

2.3. *La ley como reliquia: consecuencias*

Deducimos de lo expuesto que la exigencia de la escritura y del estilo preceptivo obligatorio para la formulación de la ley son, desde un ángulo, necesarios y, desde otro, insuficientes.

No se trata de proponer mecanismos no escritos para la explicitación formal de la ley: aun hoy la escritura sigue constituyendo una garantía jurídica. De lo que se trata es de advertir sobre la peligrosidad que se deriva de la falta de reflejo de lo oral y de lo gestual a través de lo escrito y de la necesidad de adoptar caminos accesorios, complementarios, que correlacionen lo debatido (proceso parlamentario) con el producto terminado (ley sancionada).

Es posible que en el caso de los *monumentos históricos* (edificios, estatuas, sepulcros, etcétera), entendidos como *documentos históricos*, lo que pervive al paso de los años, la *reliquia*, sea suficientemente representativa de lo que *se fue*, de lo que quedó en el pasado. Es probable también que la reliquia sea —no solo desde el punto de vista material— lo más noble de todo cuanto existía y, por ello, lo más resistente a la corrosión temporal.

En el caso de las leyes, difícilmente pueda extraerse una conclusión similar a la de los monumentos históricos, porque la mayor parte de su proceso constructivo (el debate) se evapora.

¿Cómo recuperar todo aquello que se pierde, que queda en el camino parlamentario y que nadie llega a conocer? Las posibilidades son múltiples. He aquí algunas ideas:

- la televisación de las sesiones del Congreso;
- la revitalización de la figura del cronista parlamentario;
- la publicación de las leyes por medios complementarios al *Boletín Oficial* (diarios, revistas, folletos), no para sustituirlo como medio oficial que fija fecha cierta y autenticidad de texto, sino como alternativa adicional de divulgación masiva;
- la publicación de los despachos disidentes;
- la asunción de la difusión pedagógica de las leyes como un cometido específico del Estado, con la correspondiente inclusión en la currícula educativa.

3. **La definición de la fecha de entrada en vigencia de las leyes: ¿una cuestión civil o constitucional?**

3.1. *La cláusula del Código Civil*

El artículo 2 del Código Civil estipula que «las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial».

La cláusula establece un principio saludable, consistente en impedir la entrada en vigencia de las normas antes de la publicación, pues si la presunción legal del conocimiento generalizado a partir de la publicación es de por sí una ficción, pretender que la norma se repunte conocida antes de que se publique es poco menos que una utopía.

El artículo tiene sentido en lo atinente a la entrada en vigencia de la ley civil en caso de silencio de la propia norma sobre el tema, pues afirmar que las leyes civiles son obligatorias desde el día que determinen constituye casi una redundancia, en la medida en que —siendo el propio Código una ley civil— toda ley civil posterior estaría en aptitud de fijar el momento de su entrada en vigencia. Aun más, recordando que si bien el Código es —desde una perspectiva contenidista— una ley civil más completa y más compleja que las otras leyes civiles, desde una perspectiva técnico-formal es una ley civil más (ley A); de modo que otra ley civil posterior, de un solo artículo (ley B), que modificara el principio y estableciera la entrada en vigencia después de los nueve o los diez días siguientes a la publicación, podría cambiar el criterio general en materia de silencio y regir el tema sobre las futuras normas civiles (leyes C, D, E, etcétera).

La cláusula no distingue entre leyes civiles y leyes no civiles (v. g. penales, previsionales, etcétera) aunque una interpretación sistémica y armónica del derecho permitiría concluir que es obvio que el Código se refiere a las primeras, pues sobre las otras carece de alcance (o competencia, en sentido técnico). De este modo, una interpretación adecuada del párrafo del artículo sería aquella que lo entendiera iniciado de este modo: las leyes civiles no son obligatorias sino después...

Sin embargo, como se verá, la cláusula no fue interpretada del modo que sugerimos sino que fue extrapolada a otros ámbitos del derecho argentino.

3.2. *La interpretación extensiva de la cláusula*

La interpretación extensiva de la cláusula civil abarca al ámbito *formal* (extendiéndose a otras expresiones jurídicas distintas de la ley), *material* (a otras ramas del derecho distinta de la civil) y *territorial* (incluyendo a las normas de provincia).

Seguidamente citamos algunos ejemplos.

3.2.1. *Aplicación extensiva desde un punto de vista formal (a todo tipo de normas y no solo a las leyes)*

Afirma Salerno:

El Código Civil, en su versión original de 1869, contempló expresamente el tema de que la ley es obligatoria a partir de la fecha de su publicación oficial (artículo 2.º) y, si el legislador no designase el tiempo correspondiente para que entre en vigor, se entenderá que rige en todo el territorio de la Nación después de los ocho días siguientes a dicha impresión (conforme la reforma hecha por la ley 16504). Esta es una

directiva insoslayable —salvo para las leyes consideradas secretas— que alcanza a los decretos (artículo 11, ley 19549) y a las resoluciones, en especial las de la Dirección General Impositiva (artículo 7.º, ley 11683). No se entiende por qué tendrían que hacer excepción los decretos de necesidad y urgencia —hoy consagrados en el artículo 99, inciso 3.º, Constitución nacional—, pues nada obsta a imprimir un número extraordinario del *Boletín Oficial* a ese efecto con la prontitud que el caso demande.

Respecto a los tratados y convenciones internacionales rige un sistema diferente, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 24080 del año 1992, donde se dispone que la publicación habrá de hacerse dentro de los quince días hábiles a la ratificación, al depósito o canje. En lo demás, le alcanza lo previsto por el Código Civil.³

También Rivera entiende la palabra *leyes* —mencionada en el artículo 2 del Código Civil— en sentido amplio, es decir abarcativo de todas las normas de carácter general dictadas por los órganos competentes (leyes en sentido formal + decretos + resoluciones).⁴

3.2.2. *Aplicación extensiva desde el punto de vista material (a otras ramas del derecho)*

a. Al derecho administrativo

La ley 20713, no obstante su naturaleza administrativa, resulta alcanzada por las previsiones del artículo 2.º del Código Civil, y queda convertida en obligatoria después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial, solución que coincide, por lo demás, con la sustentada en forma expresa por el legislador para los reglamentos administrativos (artículos 108 y 109, decreto 1759/72, aprobatorio de la reglamentación de la ley de procedimientos administrativos 19549) (CSJN, *Fallos*, 304: 435 in re *Forestieri, Antonio V. c/ Nación Argentina*).

b. Al derecho procesal

Si bien la resolución que deniega el recurso extraordinario por falta de oportuno planteamiento de la cuestión constitucional no es, en principio, revisable por la Corte, cabe hacer excepción a dicho criterio cuando, como en el caso, el auto respectivo incurre en un exceso de rigor formal al exigir que se invoque la inconstitucionalidad de una ley que al tiempo de responder a los agravios de los ministerios públicos de Cámara —aunque se había publicado— aún no había alcanzado vigencia (artículo 2.º, *in fine*, del Código Civil). (CSJN, *Fallos*, 322: 1349 in re *IEH s/ adopción*,

³ Marcelo Urbano Salerno: «Conocimiento de la norma ante el recaudo de su publicidad», en *La Ley*, tomo 1995-D, p. 448.

⁴ Juan Ignacio Alonso y Leandro Rizicman: «Comentario del artículo 2 del Código Civil Argentino», en Julio César Rivera (dir.): *Código Civil comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, artículos 1 a 158, p. 22.

30.6.1999). Véase también: CámNacContAdmFed, Sala IV, in re *Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Argentina s/ contrato de obra pública*, 13.8.1997.

c. Al derecho tributario

Como no existe una disposición específica para el derecho tributario, las leyes de ese contenido, de conformidad con lo que dispone la regla del artículo 2 del Código Civil, no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Así entonces, si no designan tiempo, por regla solo serán obligatorias después de los ocho días de su publicación oficial. Este principio del derecho privado, como es sabido, rige o es aprovechado por el derecho tributario, en cuanto no exista una norma contraria o incompatible, y por aplicación de lo que dispone el artículo 11, 2.^a parte de la ley 11683 (CámNacContAdmFed, Sala III, in re *Autolatina S. A. c/ DGI s/ repetición*, 29.9.1994).

d. Al derecho industrial

La interpretación mas acertada sobre la fecha de entrada en vigencia del nuevo texto legal —y la consecuente derogación de la ley 111— es la que realizó en fecha reciente la Sala 3 de esta Cámara, en el sentido de que los términos acotados de la observación del Poder Ejecutivo nacional (decreto 548/95, *BO*, 21.4.1995) solo gravitan respecto de la retroactividad, pero no con relación a la inmediata entrada en vigencia, que se debe regir por la regla general del artículo 2 del Código Civil. Se coincide, por lo tanto, en que la ley 111 quedó derogada después de los ocho días de la publicación oficial de la ley 24481 (CámCivComFed n.º 1 in re *Sandoz Ltd. c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegación de patente*, 30.4.1998. En análogo sentido, Sala I, *Henkel Corporation c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente*, fallo del 13.6.2000.

3.2.3. *Aplicación extensiva desde el punto de vista territorial (a las provincias)*⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que, aun cuando la ley 5868 de la provincia de Santiago del Estero dispuso su entrada en vigencia al día siguiente de su promulgación (artículo 67), debe interpretársela de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil, lo que autoriza a considerarla vigente tan solo a partir de su publicación oficial (*Fallos*, 313: 1049 in re *Giménez, Delfor Ariel c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ daños y perjuicios*).

⁵ Para Rivera, la cláusula del artículo 2 del Código Civil respecto de la entrada en vigencia de las leyes se aplica a la legislación provincial. Julio César Rivera: *Instituciones de derecho civil*, tomo 1, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2004, p. 126.

3.3. *El tema de la entrada en vigencia de las leyes como cuestión constitucional*

¿Es propio de la legislación común establecer el criterio general en materia de entrada en vigencia de sus normas o este es un tema constitucional, vinculado con el proceso de construcción legislativa?

Desde mi punto de vista, la etapa de la *eficacia* de la ley, que se ubica temporalmente al final del camino legislativo (luego de las etapas de *iniciativa* o formulación del proyecto y *constitutiva* o de sanción del proyecto), comprende todo aquello que permite poner en práctica o aplicar la norma sancionada: la promulgación, la publicación y la determinación del criterio general de entrada en vigencia de la norma. De modo que las formas de la publicación válida y los criterios generales de entrada en vigencia de las leyes integran el proceso legislativo.

Así como en el ámbito nacional la determinación del *quórum* para sesionar, la delimitación de los sujetos legitimados para presentar proyectos de ley, la fijación de las mayorías necesarias para aprobarlos o la posibilidad de vetar o promulgar parcialmente (para citar algunos ejemplos) son temas no derivados a la legislación común por ramas sino definidos por la Constitución nacional, también la delimitación del principio de la entrada en vigencia de las leyes es una *cuestión materialmente constitucional* aunque formalmente no esté inserta en la carta fundamental, siendo suplida en la práctica por cláusulas como las del artículo 2 del Código Civil.

Y si esto es claro, a mi criterio, para el ámbito nacional, con más razón lo es en los ámbitos provinciales, donde los principios rectores del proceso de formación de las leyes se encuentran regulados en las Constituciones locales, por resultar materia de derecho público local.⁶

⁶ Ejemplos de Constituciones provinciales que regulan la entrada en vigencia de las normas locales:

Constitución de la Provincia del Chubut

Artículo 145: «[...] En su publicación oficial las leyes de la Provincia se numeran por orden correlativo con la fecha de promulgación.

Al día siguiente de su publicación oficial, si no tienen fecha efectiva de entrada en vigencia, son obligatorias [...]».

Constitución de la Provincia de Córdoba

Artículo 111: «Las leyes tienen vigencia a partir del día de su publicación, a menos que las mismas determinen otra fecha [...]».

Constitución de la Provincia de Río Negro

Artículo 148: «Las leyes son obligatorias después de su publicación y desde el día que en ellas se determina. Si no designan tiempo, las leyes son obligatorias ocho días después de su publicación».

Constitución de la Provincia de Santa Fe

Artículo 60: «Las leyes son obligatorias luego de su publicación.

El Poder Ejecutivo debe publicarlas dentro de los ocho días de promulgadas y, en su defecto, dispone la publicación el presidente de la Cámara que hubiere prestado la sanción definitiva.

Las leyes entran en vigor el noveno día siguiente al de su publicación, salvo que las mismas leyes establezcan otras fechas al efecto».

Constitución de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

Bien entendido que no se trata de impedir que las leyes determinen la fecha de su entrada en vigencia, sino de establecer un criterio general (límites, en definitiva) para la fijación de esa fecha. El criterio-límite que en nuestra opinión es materialmente constitucional, nacional o provincial, según sea el ámbito de competencia, debería establecer que las leyes entran en vigencia:

- a) luego de la publicación (P);
- b) nunca antes de los X días de publicada (P+X); y
- c) si nada dice, se entenderá a los X días de publicada (P+X).

En un ámbito infraconstitucional, respetando esos límites, las leyes podrán decir que entran en vigencia en P+X o en P+X+1 días, o en P+X+2 días o en P+X+Y días.

Artículo 112: «Las leyes provinciales no son obligatorias, sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan fecha, serán obligatorias a partir del día siguiente al de su publicación oficial».

Patricio Alejandro Maraniello*

La promulgación parcial de normas y su procedimiento reglado

1. Introducción

Dentro de las atribuciones que ostenta el Poder Ejecutivo existen tres que son consideradas facultades legislativas, en las que actúa supliendo al legislador, por que este no puede, no quiere o no resulta eficaz para hacerlo en debido tiempo y forma.

Estos son: los *decretos de necesidad y urgencia* (artículo 75, inciso 3.º, CN), los *decretos delegados* (artículo 76 CN) y la *promulgación parcial de normas* (artículo 80 CN).

En los últimos citados encontramos como características esenciales su complementariedad necesaria con otro instituto, el veto parcial, ya que sin este la promulgación parcial no podría existir, lo que no ocurre a la inversa.

Una de las obligaciones que los convencionales constituyentes le han dado al poder constituido fue la creación de una ley que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso en los casos en análisis, cuyo cumplimiento fue efectuado después de doce años.

La reciente ley 26122, del 28 de julio de 2006, ha cumplido con la deuda constitucional, por la cual se ha regulado el accionar de la Comisión Bicameral Permanente.

* Profesor de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor del Doctorado de la Universidad del Salvador. Profesor en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura Nacional. Funcionario del Poder Judicial de la Nación.

Ahora bien, de un análisis exegético debemos verificar si esta ley ha cumplido con la manda constitucional o en caso contrario cual sería la modificación que tendría que hacerse.

2. Veto presidencial

Previo a todo debate debemos analizar el veto parcial, porque este es el primer paso para llegar a la promulgación parcial, pues sin veto no hay promulgación, pero sin promulgación puede haber veto.

2.1. Concepto

El *veto* (del latín, ‘prohibir’), es una prerrogativa de alguno de los poderes del Estado (normalmente el Poder Ejecutivo, bien el presidente del gobierno, bien el de la República en los regímenes presidencialistas, pero también las Cámaras altas de algunos Parlamentos).¹

El término *veto* tiene también una acepción referida al derecho internacional, que se manifiesta en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Cada uno de sus cinco miembros permanentes (Francia, Gran Bretaña, China, Rusia y Estados Unidos) tiene poder de veto en todos los asuntos fundamentales.

2.2. Antecedentes históricos

El monarca de Gran Bretaña tiene poder de veto absoluto desde hace mucho tiempo, pero esta prerrogativa no ha sido ejercida desde 1708. El presidente de Estados Unidos puede vetar un proyecto de ley ya aprobado por el Congreso, aunque este veto puede ser anulado si en el Congreso se obtiene una mayoría de dos tercios en la votación. El derecho al veto concedido a Luis XVI de Francia en la Constitución de 1790, redactada durante la Revolución Francesa, le valió a él y a María Antonieta de Austria los apodos de *monsieur Véto* (señor Veto) y *madame Véto* (señora Veto), después de que aquel vetara la legislación de la nueva Asamblea Legislativa.

En España, como queda recogido en el artículo 90 de la Constitución, corresponde al Senado ejercer el derecho de veto, por mayoría absoluta, respecto a los proyectos de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, en un plazo de dos meses, de seguir el procedimiento habitual, o de veinte días, en los proyectos tramitados por vía de urgencia. No obstante, este derecho de veto no es absoluto frente a la ratificación del Congreso, por mayoría absoluta, e incluso por mayoría simple si dicha ratificación se verifica al cabo de dos meses desde la interposición del veto por el Senado.²

¹ Patricio Alejandro Maraniello: «Alcances del veto parcial del Poder Ejecutivo en el tributo de la medicina prepa», en *La Ley*, diario del 26.5.1999.

² Extraído de la *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 98* © 1993-1997 Microsoft Corporation.

2.3. Regulación nacional

En nuestro país la palabra *veto* no es usada por la Constitución nacional, pero sí lo es habitualmente en el lenguaje constitucional. El veto es la herramienta que utiliza el Poder Ejecutivo para aprobar o desechar total o parcialmente un proyecto de ley haciendo funcionar de esta manera la actividad colegislativa que la carta magna le reconoce al Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo nacional puede vetar total o parcialmente las leyes que vienen del Congreso nacional, potestad que puede ser parcial o total; en el primer caso puede vetar parcialmente un proyecto y ordenar su publicación con fuerza de ley de la parte restante, siempre que no se altere su unidad y sentido, según criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *Colella*,³ del año 1967, que fuera receptado por la reforma del año 1994 en el artículo 80 de la Constitución nacional.

Al respecto, es dable destacar las consideraciones efectuadas por el máximo tribunal en el caso *Giulitta* entre el veto parcial y la promulgación fragmentaria de un proyecto de ley, en que destacó que ambas decisiones no se excluyen recíprocamente y son independientes, y el primero produce por lo menos el efecto de suspender la promulgación de la ley con relación a la parte vetada, o sea, impedir que tenga lugar la promulgación tácita.⁴

De ese modo, ambas figuras deben ser analizadas en forma independiente y mientras el veto produce la suspensión de la parte observada, la promulgación de la parte restante produce efecto al momento de entrar en vigencia, siempre que tenga autonomía normativa.

3. Promulgación parcial de la parte no vetada

3.1. Fuentes y regulación

La fuente de esta disposición es, en lo sustantivo, la Constitución de los Estados Unidos pero, a diferencia de esa norma, la Constitución nacional no admite el llamado *veto de bolsillo*.⁵ En consecuencia, la interrupción de las sesiones del Congreso no interrumpe, en la Argentina, el plazo de diez días que la Constitución acuerda al presidente para aprobar u observar —parcial o totalmente— el proyecto de ley.⁶

³ CSJN, in re *Colella Ciriaco c/ Fevre y Basset y/u otro S. A.*, del año 1967, *Fallos*, 268: 352.

⁴ CSJN, in re *Giulitta, Orencio Al y otro v. Nación*, *Fallos*, 189: 156.

⁵ El veto de bolsillo permite al presidente —cuando un proyecto de ley ha sido aprobado a menos de diez días de finalizadas las sesiones del Congreso— guardar el proyecto hasta la reanudación de las sesiones. Sobre este punto, la Constitución de los Estados Unidos dispone: «[...] Si el presidente no devuelve un proyecto dentro de los diez días (exceptuados los domingos) de habersele presentado, el mismo será ley tal como lo hubiera firmado a menos que el Congreso con la suspensión de sus sesiones impida su devolución en cuyo caso no será ley» (Cf. artículo I, sección 7, inciso 2, de la Constitución de los Estados Unidos).

⁶ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

Sobre la viabilidad de la promulgación parcial, antes de su introducción en el año 1994, no existía una uniformidad de criterios en la doctrina constitucional. Algunos autores, tales como González Calderón, Linares Quintana y Bidart Campos,⁷ la han reputado inconstitucional, porque ven en esa incorporación constitucional un acrecentamiento de las facultades presidenciales sin debido control; en cambio, para Bielsa, Romero, Bidegain, Ramella y Vanossi,⁸ entre otros, la Constitución no se opone a la promulgación parcial, siempre que la supresión de la parte vetada no altere la esencia y finalidad del proyecto de ley aprobado por el Congreso, según la apreciación que en cada caso concreto realice el órgano judicial.

El interrogante —dado que la Constitución nacional es ambigua al respecto— apunta hacia cuál es el órgano encargado de decidir si la parte no vetada que se promulga parcialmente tiene o no autonomía normativa y si altera o no el espíritu y la unidad de la ley.

La Constitución nacional le ha conferido esta potestad de promulgación al órgano ejecutivo y este órgano es el encargado, según su criterio, de sancionar parte de una ley que considera necesaria y que el proyecto no constituye un todo irrescindible.

Al ser una función netamente política y ser parte del proceso de formación de las leyes, su conducta no es susceptible de revisión judicial, quedando impedido suplir la manifestación de voluntad que ha efectuado el Poder Ejecutivo con una resolución judicial.

Pero, como es sabido, las garantías del debido proceso adjetivo exigen el cumplimiento de los mecanismos formales dispuestos en la Constitución para la sanción de normas, reglas todas ellas diseñadas para evitar los desbordes del poder y facilitar los controles mutuos. Por su parte, el principio de legalidad impone la existencia de una ley formal y debidamente dictada por el Congreso para reglamentar los derechos constitucionales.⁹

Es decir que para que una ley sea tal, requiere la participación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo más el control de constitucionalidad del Poder Judicial, y no de uno solo, por razones que hacen al sistema de *checks and balances*, o pesos y contrapesos, es decir, como técnica inherente a la aplicación del principio de la separación y distribución equilibrada de los poderes del Estado, como afirmaba

⁷ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional*, t. III, p. 37; Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, p. 322; Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. II, p. 241.

⁸ Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 436; César E. Romero: *Derecho constitucional*, t. II, p. 224; Carlos M. Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional*, t. IV, p. 92; Pablo Ramella: *Derecho constitucional*, p. 681; Jorge R. Vanossi: «Problemas constitucionales del veto», en *Derecho del Trabajo*, 1996, p. 261.

⁹ María Angélica Gelli: «Alcance y extensión del agravio en la promulgación parcial de leyes», en *JA*, 1994-II, p. 180.

Montesquieu: «es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder».

3.2. *Órganos de control*

La potestad del veto es amplia y no está sujeta a otra condición que la de ser ejercida dentro del plazo de diez días útiles. En consecuencia el veto, sea total o parcial, no puede declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo, en cuyo caso sería inexistente y no inconstitucional. Pero ello no impide que el Poder Judicial pudiera efectuar el control sustantivo, por el contenido que resulta de la norma promulgada parcialmente.

La promulgación de las partes no vetadas ostentan un doble control: legislativo y jurisdiccional.

3.2.1. *El control legislativo*

El control legislativo se encuentra establecido en el mismo artículo 80 de la Constitución nacional, que en su parte *in fine* establece que para este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia, es decir, que requiere la aprobación del Congreso de la Nación.

La remisión al artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución nacional es solo procedimental, es decir, no necesariamente debe cumplir con las exigencias de admisibilidad establecidas en el párrafo tercero del citado inciso, ya que esa requisitoria solo se da para los decretos de necesidad y urgencia, y no en la promulgación parcial de la ley. Insisto, no es un decreto de necesidad y urgencia sino es un decreto de promulgación con las mismas condiciones de tiempo y forma que aquel.

El control del Poder Legislativo supedita su intervención a la llamada Comisión Bicameral Permanente, regulada por la ley 26122.

La creación de esta comisión es de gran ayuda en el engranaje de la formación legislativa. La intermediación de la Comisión Bicameral es obligatoria pero su despacho no resulta vinculante para el Congreso; la norma no lo estipula y, de hacerlo, habría convertido la posterior intervención de las Cámaras en puramente decorativa, por lo cual estamos ciertos de que la ley que regule el trámite y alcance de dicha intervención no establece que el Congreso queda obligado por el despacho de la Comisión Bicameral.¹⁰

Sin perjuicio de que ya tengamos una ley regulatoria, la falta de esta no imposibilitó el ejercicio de la promulgación parcial de normas. La Corte Suprema de Justicia se ha expedido al respecto y en el caso *Rodríguez* señaló que:

¹⁰ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 432.

[...] El controlador en sede parlamentaria previsto por el artículo 99 inciso 3.º párrafo cuarto de la Constitución nacional, no se encuentra subordinado en su operatividad a la sanción de la ley especial contemplada en la última parte del precepto, ni a la creación de la Comisión Bicameral Permanente ya que, de lo contrario, la mera omisión legislativa importaría privar sine die al titular del Poder Ejecutivo de una facultad conferida por el constituyente [...].¹¹

3.2.2. Control judicial

Sostener que las promulgaciones parciales de las leyes solo están sujetas al control parlamentario establecido por el artículo 80 *in fine* de la Constitución nacional y sin intervención del Poder Judicial, estaría llegando a un absurdo donde el Poder Judicial invalida leyes, decretos o actos administrativos pero no lo atinente a las leyes parcialmente promulgadas. Por ello, y dado que inveterada jurisprudencia se ha expedido sobre la judiciabilidad de este tipo de procedimiento a lo largo de los años, no se ve ningún motivo para que no siga interviniendo, más aún que los tribunales cumplen una actividad institucional en su carácter de guardián e interprete final de la ley fundamental en orden al adecuado respeto del principio de separación de los poderes del Estado consagrado en aquella, y en orden a asegurar, como titular de unos de ellos, su coordinado accionar.

De esta forma, el control judicial verificará si el veto ha dejado inalterado el objeto central de la ley, ya que las normas observadas han podido escindirse del proyecto total sancionado por el Congreso, sin detrimento de aquel.

4. Jurisprudencia nacional

4.1. Antecedentes

Como ya se ha señalado, el primer antecedente de la promulgación parcial de normas se encuentra en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Colella*,¹² del año 1967, que fuera receptado por la reforma del año 1994 en el artículo 80 de la Constitución nacional.

Pero fue en el caso *Giulitta* donde el máximo tribunal de justicia de la Nación destacó que entre ambas decisiones —veto parcial y promulgación fragmentaria de un proyecto de ley—, no se excluyen recíprocamente y son independientes, y el primero produce, por lo menos, el efecto de suspender la promulgación de la ley con relación a la parte vetada, o sea, impedir que tenga lugar la promulgación tácita.¹³

¹¹ CSJN *in re Rodríguez Jorge c/ Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación s/ plantea cuestión de competencia*, del 17.12.1997. *JA*, 1998-I, p. 147.

¹² CSJN, *in re Colella Ciriaco c/ Fevre y Basset y/u otro S.A.*, del año 1967. *Fallos*, 268: 352.

¹³ CSJN, *in re Giulitta, Orencio Al y otro v. Nación. Fallos*, 189: 156.

4.2. Casos tributarios

En el caso de las *prepagas* se solicitó, por medio de las acciones de amparo, el control de constitucionalidad de las normas respectivas y en dicha tarea se resolvió declarar, como bien lo señala el doctor Marinelli en el considerando 11 del caso *Adecua*,¹⁴ que el decreto 1517/98 efectivamente quebró la unidad de dicho proyecto, alterando el espíritu de la norma creada por el Congreso de la Nación, pues, contrariamente a lo que se pretende, las partes aprobadas no gozaban de autonomía normativa, declarando la invalidez por inconstitucional del artículo 7 del mencionado decreto, mediante el que fue promulgada parcialmente la ley citada. En consecuencia, las medicinas prepagas no están gravadas con el 21% del IVA, como se estableció en ese decreto.

Ello solo en referencia al control judicial, pero nos queda analizar el control legislativo del decreto 1517/98. Respecto a este puede decirse que al guardar silencio el órgano legislativo, es decir que no conformó una nueva ley ni a favor ni en contra del decreto señalado, efectuó una aprobación tácita de dicha promulgación; es decir, se podría aplicar la doctrina de la *ratificación virtual* teniéndose por válida la norma dictada.

Pero el artículo 82 de la Constitución nacional establece al respecto: «[...] la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; excluyéndose en todos los casos, la sanción tácita o ficta». Es decir que el silencio nunca puede ser tomado como una aprobación o negación del Congreso, como nos recuerda Sagüés, que en la hipótesis de que el Poder Legislativo guarde silencio, no cabe extraer otra conclusión que la de que ese órgano del Estado se calla, sin aprobar ni rechazar el decreto, pues ninguna norma constitucional permite inferir de tal omisión conformidad o disconformidad con lo resuelto por el Poder Ejecutivo nacional.¹⁵

De ese modo, no puede tampoco tener vigencia la ley 25063, que en su artículo 1, inciso *m*, grava los servicios de medicina privada con una alícuota del 10,5%, dado que esta se encuentra vetada —suspendida— por el Poder Ejecutivo nacional hasta que se expida el órgano legislativo, teniendo este la posibilidad de insistir con su propuesta por mayoría de dos tercios de votos en ambas Cámaras, atento a lo estipulado por el artículo 83 de la Constitución nacional.

En consecuencia, dado que el decreto 1517/98 es inconstitucional y la ley 25063 se encuentra vetada en lo que aquí respecta, no cabe otra solución que volver a la exención impositiva dada a las entidades de medicina prepaga existente en la ley 23349 artículo 7.º, inciso *H*, punto 7.

¹⁴ Resuelto el día 3 de febrero de 1999, dicho pronunciamiento cautelara a favor de *Adecua* fue ratificado con fecha 26.3.1999 por la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, suspendiendo el pago del tributo hasta tanto se dirima definitivamente la cuestión de fondo.

¹⁵ Néstor P. Sagüés: «Los decretos de necesidad y urgencia, derecho comparado y derecho argentino», en *LL*, 1985-E, p. 798.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia el 29 de agosto de 2000 se expidió en otra causa, el caso *Famyl S. A.* El tribunal concluyó que la promulgación parcial respecto a aquel tributo y a esos obligados por él, no se ajustaba a lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución nacional pues el Congreso aprobó dos normas por las que se fijó el referido régimen impositivo. Aunque, en realidad, se trataba de dos textos legales que formaban una única norma jurídica. A criterio del tribunal resultaba manifiesta la unidad entre ambas normas que fueron escindidas por el veto y la promulgación parcial.¹⁶

Sea como fuere, la unicidad de la normas o de los textos legales se encontraba corroborada, según sostuvo la Corte Suprema, por el trámite parlamentario que puso en evidencia la interrelación de una de aquellas disposiciones con la otra, en la intención del Poder Legislativo de equilibrar el incremento de la recaudación fiscal, por un lado, con la disminución del nivel de imposición en un servicio de interés social, por el otro. En consecuencia de ello, el tribunal declaró inválida la promulgación parcial.

5. Regulación procedimental

5.1. *Etapa inicial*

Si bien no existe en el propio artículo 80 una regulación procesal específica, en su parte final remite sus aspectos formales a lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3.º, CN, pero ello tan solo significa que ostenta las mismas características adjetivas y no sustantivas que el decreto de necesidad y urgencia, es decir, no es un instituto de emergencia.

Una vez que el presidente haya promulgado parcialmente la parte no vetada de una norma, el artículo 99, inciso 3.º, CN establece que decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de Gabinete de Ministros, este último 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.

Como ya se dijo, luego de doce años la ley especial citada es la 26122, sancionada el 28 de julio de 2006; esta norma tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos que dicta el Poder

¹⁶ María Angélica Gelli: «Alcance y extensión del agravio...», o. cit.

Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia, b) por delegación legislativa, c) de promulgación parcial de leyes (artículo 1).

En caso de que el jefe de Gabinete no remita en el plazo establecido a la Comisión Bicameral Permanente los decretos que reglamenta esta ley, dicha comisión se abocará de oficio a su tratamiento. Para ello, el plazo de diez días hábiles para dictaminar se contará a partir del vencimiento del término establecido para la presentación del jefe de Gabinete (artículo 18).

5.2. Actuación de la Comisión Bicameral Permanente

En su segunda etapa, la Comisión Bicameral Permanente prevista en los artículos 99, inciso 3.º, y 100, incisos 12 y 13 de la Constitución nacional se rige por ley 26122 y las disposiciones de su reglamento interno;¹⁷ tiene la competencia para pronunciarse respecto de los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo nacional en los términos de los artículos 99, inciso 3.º; 76; 80; y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional.

Según el artículo 3 de la ley citada, estará integrada por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas.

Sus miembros durarán en el ejercicio de sus funciones hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen y pueden ser reelectos.

La propia comisión elegirá anualmente un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que pueden ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponde un año a cada Cámara. La comisión cumple funciones aun durante el receso del Congreso de la Nación y sesionará cuando cuenta con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros.

Los dictámenes de la Comisión Bicameral Permanente se conforman con la firma de la mayoría absoluta de sus miembros y en caso de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, el dictamen de mayoría es el que lleva la firma del presidente.

En el artículo 14 de la ley 26122 establece como función específica la de expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto de promulgación parcial y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. El dictamen debe pronunciarse expresamente sobre la procedencia formal y sustancial del decreto. En este último caso debe indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen

¹⁷ Ante una falta de previsión en el reglamento interno y en todo aquello que es procedente, son de aplicación supletoria los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del cuerpo que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación subsidiaria.

autonomía normativa y si la aprobación parcial no altera el espíritu o la unidad del proyecto sancionado originalmente por el Congreso.

Como se podrá notar, la actuación de la Comisión no se limita a cuestiones formales sino que es un verdadero órgano de control del elemento sustantivo, porque de otro modo se limitaría a un mero trámite procesal y, de este modo, el Poder Legislativo tiene una verdadera función de frenos y contrapesos del sistema republicano.

Todo ello no es óbice para que el Congreso dentro de sus potestades ordinarias insista respecto de normas legales total o parcialmente vetadas (artículo 15).

La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los capítulos I, II, III del presente título de la ley citada.

La Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la ley 25561 solo mantendrá la competencia prevista por el artículo 4.º de la ley 25790.

5.3. *Etapa plenaria o final*

Si vencido el plazo de diez días sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3.º, y 82 de la Constitución nacional (artículo 20).

Elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento. Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso, conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución nacional.

Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata. Las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 23).

El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2.º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

Las disposiciones de la ley mencionada y el curso de los procedimientos en ella establecidos no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo.

Las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el *Boletín Oficial* (artículo 26).

6. Conclusión

Las facultades legislativas más cuestionadas y más delicadas que ostenta el Poder Ejecutivo son los decretos: a) de necesidad y urgencia; b) de delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes, dictados por el Poder Ejecutivo en los términos de los artículos 99, inciso 3.º (párrafos 3.º y 4.º); 76; 80; 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional.

Y uno de los objetivos de la nueva ley 26122 fue precisamente establecer un mayor control —adjetivo y sustantivo—, con plena vigencia de lo establecido en el artículo 2.º del Código Civil.

Los elementos diferenciadores de todos ellos se encuentran en la dependencia que existe en la promulgación parcial con el veto parcial del Poder Ejecutivo y en falta de emergencia en su elemento sustantivo, atento a que tan solo se asemeja con el decreto de necesidad y urgencia en su aspecto formal o procedimental.

Cabe recordar que la promulgación parcial en materia tributaria no se aparta del principio general donde se establece que el organismo encargado para fijar los tributos es el Poder Legislativo Nacional (artículos 4, 17, 52 y 75 CN) y no otro, respetando los principios de legalidad y reserva de ley, donde no puede haber impuesto sin ley del Congreso (artículos 4 y 75, inciso 2.º, CN), aunque el Poder Ejecutivo participa de la promulgación y publicación de dicha norma, pero no puede llevar a extender un tributo a supuestos distintos, o crear hechos impositivos nuevos o diferentes, pero el legislador puede conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo para regular pormenores de la obligación tributaria, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida en la ley que el presidente por vía de decreto promulga parcialmente.

Finalmente, cabe instituir, la ley 26122 ha llenado un vacío muy importante en el engranaje del procedimiento constitucional y además ha cumplido con el Estado de derecho, evitando pues un poder soberano, es decir, un poder sustraído a toda regla; con sus controles y sus exigencias que son coherentes con el sistema republicano de gobierno.

Habrà que observar si la ley es bien aplicada por los legisladores, para que de este modo podamos encontrar el rumbo que estaba perdido o desconectado por la trilogía de decretos en debate, porque cuando no hay un objetivo y un deseo de mejorar, las leyes que se dicten en consecuencia no cambiarán el rumbo ambiguo e indefinido de un gobierno. Como decía Lucio Anneo Séneca (estoico del siglo I de nuestra era), «para un navegante que no sabe adónde va nunca hay vientos favorables».

Roberto Sukerman*

Inconstitucionalidad por defectos en el procedimiento legislativo. El caso de la ley 25326

1. Introducción

La reforma constitucional de 1994 proyectó diversas modificaciones al capítulo titulado «De la formación y sanción de las leyes». Algunas de ellas, como la incluida en el hoy reenumerado artículo 79, sobre la delegación en comisión de la aprobación en particular de proyectos de ley, nunca fue utilizada, según nuestro conocimiento, por ninguna de las dos Cámaras del Congreso.

En otros casos, como el que aquí analizaremos, la interpretación de las nuevas cláusulas constitucionales generó conflictos de gran magnitud.

En este trabajo estudiaremos un caso en particular, el del procedimiento de sanción de la ley 25326 denominada «Protección de datos personales o hábeas data», y trataremos de elaborar conclusiones generales sobre el tema.

2. Labor constituyente

El artículo 2.º de la ley 24309 «Declaración de la necesidad de la reforma» contenía el cuestionado núcleo de coincidencias básicas.

* Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Identificado con la letra G se preveía modificar la regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y el procedimiento para la agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes.

Individualizado con la letra *c* dentro de la letra G, preveía la reducción a tres intervenciones posibles de las Cámaras en el proceso legislativo. Se buscaba acotar el reenvío de proyectos de ley entre las Cámaras debido a que resultaba lento y engorroso.

El artículo proyectado en la ley 24309 sufrió leves modificaciones en la Convención Constituyente de 1994. Primeramente fue modificado por el dictamen de comisión n.º 21, luego por el dictamen de la Comisión de Redacción —orden del día n.º 6— y finalmente al decidirse su redacción definitiva en el plenario.

Las modificaciones se basaron en cuestiones: a) terminológicas (v. gr. *excepto, a menos, salvo*); b) de mayorías, en cuanto a si debían ser miembros presentes.

En definitiva, el actual artículo 81 quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 81. Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora. Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al 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. *La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.*¹

2.1. Nuestra crítica

El artículo contiene varias normas, aunque lo aconsejable sea la uninormatividad. Es recomendable que: cada oración contenga una idea; cada párrafo, una oración; cada artículo, un párrafo y cada artículo, un tema. Pero teniendo en cuenta que se trata de un texto constitucional, las críticas pueden moderarse dada su especial característica normativa.

Sin embargo, hay errores que no pueden pasar inadvertidos. Este artículo es el más extenso de todo el capítulo V por contener seis oraciones en un solo párrafo.

Por otro lado, primero utiliza la expresión *adicionado o enmendado* para luego cambiarla por *adiciones o correcciones*. Es inexplicable y paradójico el uso de las

¹ El resaltado nos pertenece.

palabras *enmendado* y *correcciones* como sinónimos, pues si sabían su significado —léase: ‘quitar defectos o errores’— no las tenían que haber utilizado.

Otro aspecto defectuoso de la norma es el innecesario uso enfático de los absolutos *ningún*, *ninguna*, ya que de no existir en la norma nada se pierde y se gana en claridad. Recordamos, una vez más, que la norma es preceptiva y no necesita ningún énfasis gramatical para que sea cumplida por sus destinatarios.

Pero qué más se puede decir de un capítulo que regula la formación y sanción de leyes y que contiene en el artículo 77 un segundo párrafo agregado por la ley 24430 —siendo a todas luces, inconstitucional— porque se habían olvidado de jurarlo en la Convención.

A pesar de todas estas críticas, consideramos que el artículo no llega a ser ininteligible y que luego de ser leído detenidamente —en varias oportunidades— no da lugar a problemas de interpretación.

Nuestra interpretación es la siguiente:

- a) El proyecto de ley desechado en su totalidad por una Cámara no puede repetirse en las sesiones de ese año.
- b) La Cámara de origen no puede desechar en su totalidad un proyecto propio, si la Cámara revisora realiza adiciones o correcciones en el proyecto.
- c) Cuando la Cámara revisora realiza adiciones o correcciones se debe indicar si el resultado obtenido para su aprobación es por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.
- d) La Cámara de origen puede aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora o insistir en la redacción originaria.
- e) Si ambas Cámaras aprueban el proyecto de ley con mayoría absoluta de los presentes, prevalece la redacción de la Cámara de origen.
- f) Si ambas Cámaras aprueban el proyecto de ley con dos tercios de los presentes, prevalece la redacción de la Cámara de origen.
- g) Si una Cámara lo aprueba con mayoría absoluta de los presentes y otra lo aprueba con dos tercios de los presentes, prevalece la redacción de la Cámara que obtenga dos tercios de los presentes.
- h) La Cámara de origen no puede introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.

3. Análisis del procedimiento legislativo de la ley 25326

Esta ley tuvo origen en el Senado de la Nación en 1998. El 26 de noviembre de 1998 fue aprobada en dicha Cámara. Recién el 14 de setiembre de 2000 fue aprobada con modificaciones en Diputados como Cámara revisora. Finalmente, el 4 de octubre de 2000 fue sancionada por el Senado.

3.1 *Discusión en Senadores como Cámara revisora*²

Cuando el Senado revisó la aprobación realizada por Diputados, en el debate se planteó un problema al tratar el artículo 29.

El senador Molinari Romero solicitó la incorporación de una frase que tomó del proyecto aprobado por Diputados.

Si me permiten, la leeré directamente para evitar confusiones. La redacción del Senado dice: «El director tendrá dedicación exclusiva en su función, encontrándose alcanzado por las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos y podrá ser removido por el Poder Ejecutivo por mal desempeño de sus funciones». Pero el agregado sería: «[...] funciones, incapacidad sobreviniente o condena por delito doloso».

Y continúa agregando: «El director, así como también el resto del personal, están obligados a guardar secreto de los datos de carácter personal que conozcan en el desarrollo de su función». A su término, el senador Menem expresó:

Pediría al senador por Córdoba que obviara la modificación que acaba de proponer. En esto de la insistencia o de la aceptación hemos hecho una aplicación extensiva relacionada con el tema del veto parcial, en el sentido de que se puede aceptar o insistir parcialmente en cuanto haya una autonomía normativa de las normas. En este caso estamos haciendo una mezcla; estamos modificando e intercalando expresiones. Creo sinceramente que podemos caer en una causa de nulidad. Me parece que en este caso no estamos respetando la normativa constitucional. Una cosa es que se acepten párrafos separados, otra que se modifique un plazo y otra que se mezclen de esta forma las sanciones de una y otra Cámara. Pienso que estamos haciendo una mala interpretación de la cláusula constitucional, que la estamos haciendo extensiva por el tema del veto. Por eso pediría que dejemos el artículo como está, evitando de esa manera eventuales nulidades.

Acto seguido, el senador Molinari Romero insistió en la importancia de incorporar los cambios por él solicitados y pidió al presidente de la comisión —senador Yoma— que dijera cuál es la interpretación de las observaciones postuladas por el senador Menem.

A su turno, el senador Yoma sostuvo:

Lo que podríamos hacer para salvar la previsión que atinadamente plantea el senador Menem es tomar el párrafo final, que sí tiene autonomía normativa —el relativo al director y al resto del personal— y obviar lo de incapacidad sobreviniente o condena por delito doloso. O sea, no aceptaríamos esa modificación de la Cámara de Diputados porque ya estaría contemplada dentro del «mal desempeño de sus funciones», y tomar el último párrafo, que sí tiene autonomía normativa [...].

El senador Menem insistió en su tesitura expresando:

Me parece que deberíamos tener mucho cuidado en hacer este tipo de inserciones porque vamos a sentar un mal precedente para casos futuros. Considero que

² Todas las transcripciones del debate fueron tomadas de la obra «Antecedentes parlamentarios», en *La Ley*, año VIII, n.º 11, diciembre de 2000, pp. 488 y 489, parágrafos 264 a 270.

deberíamos mantener el criterio. Creo que se está cambiando el espíritu de la normativa, sobre la cual lo único que podemos hacer es aceptar o insistir. No es un prejuicio constitucional. En estos casos estamos transitando por un terreno que ha sido muy discutido. Incluso algunos rechazan la posibilidad de que parcialmente se pueda hacer este tipo de aceptaciones o insistencias. No le niego importancia al tema, pero en todo caso creo que debemos tomar conciencia de que estamos limitados en esta segunda revisión a aceptar o rechazar la sanción de la Cámara de Diputados. Por eso le pediría que dejemos de lado esta modificación para salvar la posibilidad de que en el día de mañana se pueda utilizar como precedente para otros casos.

Tan convincente resultó lo expresado por Menem que Molinari Romero retiró su propuesta con el fin de «contribuir a que podamos sancionar esta ley, y que sea la mejor que podamos tener hoy».

Para dar término a esta discusión, Yoma dijo:

[...] disiento cordialmente con mi colega de bancada y de provincia. Si aplicamos el criterio que plantea el senador con este artículo son cuestionables la mayoría de las modificaciones que aceptamos de Diputados, empezando por el artículo 1.º Además, hay un acta firmada por los presidentes de ambas Cámaras, donde se establece taxativamente que la insistencia puede ser por la totalidad de la norma o por período legislativo. Esto fue firmado por los presidentes de ambas Cámaras en 1995. Por eso no creo que sea cuestionable la legalidad o el carácter reglamentario de las modificaciones que estamos aceptando.

Y para concluir agregó:

[...] reitero, no creo que lo planteado por el senador Menem sea aplicable en todo su contexto, porque esto invalidaría la mayor parte de los artículos que estamos tratando. Es importante dejar en claro que de ninguna manera comparto el hecho de que esto no se considera período. Si aceptamos este criterio, abrimos la puerta para que se persiga la nulidad de cláusulas que se han votado en este sentido. Pero nos comprometemos a tratar el tema.

3.2 *El acta*

El acta mencionada por el senador Yoma —que fue una odisea hallar— la transcribimos a continuación. En fecha 26 de octubre de 1995 ambas Cámaras del Congreso firmaron un acta con el fin de compatibilizar la interpretación del procedimiento previsto en el artículo 81 de la Constitución nacional y al respecto acordaron:

- 1) Cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora, podrá aquella aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora.
- 2) Las comunicaciones de las sanciones de la revisora cuando el proyecto de ley vuelve a la de origen, deberán indicar el resultado de la votación que correspondió en particular a cada artículo, a fin de establecer si las adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes.

Se eleva la presente a los respectivos Plenarios de Labor Parlamentaria, a efectos de darle el tratamiento legislativo que se estime corresponder.

3.3 El término período³

En tren de aclarar algunas cosas resulta pertinente definir el término *período*, mencionado por Yoma en la discusión arriba transcripta. Este término desconocido en la doctrina constitucional, es de uso corriente en la jerga parlamentaria. Los reglamentos de las Cámaras del Congreso lo mencionan en varias oportunidades. Veamos:

El reglamento de Diputados, en el capítulo XV «De la discusión en sesión», contiene dos artículos que mencionan este término.

Artículo 146. Discusión en particular. La discusión en particular tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o *períodos* del proyecto pendiente.

Artículo 148. La discusión de un proyecto quedará terminada con la resolución recaída sobre el último artículo o *período*.

En el capítulo XVII «De la discusión en particular» se utiliza este término una sola vez.

Artículo 157. Modo. La discusión en particular en el plenario de la Cámara se hará en detalle, artículo por artículo, capítulo por capítulo, o título por título, debiéndose votar cada uno sucesivamente.

Artículo 160. Reconsideración. Ningún artículo o *período* ya sancionado de cualquier proyecto podrá ser reconsiderado durante la discusión del mismo, sino en la forma establecida por el artículo 135.

Artículo 172. Cuando no hubiere ningún diputado que tome la palabra o después de cerrado el debate, el presidente propondrá la votación en estos términos: «Si se aprueba o no el proyecto, artículo o punto en discusión».

Otra vez, en el capítulo XXI se utiliza esta palabra, en una oportunidad.

Artículo 192. Votación en particular. Toda votación se limitará a un solo y determinado artículo, salvo que la Comisión de Labor Parlamentaria o el cuerpo acordaran hacerlo capítulo por capítulo o título por título.

Artículo 193. Afirmativa o negativa. Toda votación se reducirá a la afirmativa o negativa, precisamente en los términos en que está escrito el artículo, proposición o *período* que se vote.

En tanto, el reglamento de Senadores, en el título XIV «De la discusión en sesión», sección segunda «La segunda discusión o en particular», también contiene el término en cuestión.

Artículo 170. La discusión en particular será en detalle, artículo por artículo o *período por período*, recayendo sucesivamente votación sobre cada uno.

³ En todos los casos, el resaltado del término *período* nos pertenece.

En el título XVIII «De la votación», una vez más, se encuentra el término *período*.

Artículo 206. Votación por artículo. Toda votación por signos se contraerá a un solo y determinado artículo, proposición o *período*; mas cuando sea inevitable que un artículo o período contenga varios miembros, se votará por partes, si así lo pidiese algún senador.

3.4 Nuestra interpretación

Como vemos, a pesar de estar presente varias veces en los reglamentos internos de las Cámaras, su definición precisa resulta dificultosa, dada la ambigüedad de su utilización.

No encontramos bibliografía especializada que defina este término. Los diccionarios de uso común brindan varias acepciones de la palabra. Las que a nosotros incumben son estas: a) ‘Conjunto de frases que en un texto componen un pensamiento unitario’; y b) ‘Conjunto de oraciones que, enlazadas, tienen sentido cabal’.

En la práctica parlamentaria no están definidos sus alcances de manera rígida. Es un término que fluye del tronco del chicozapote (*chicle*), es la arcilla que se modela según las necesidades del caso, es decir, de la práctica parlamentaria.

Por ello, no podemos hacer otra cosa que intentar una definición amplia y vaga, dada la aplicación que los legisladores hacen de este término.

Período para nuestros legisladores es ‘una fracción de la ley’.

Esta fracción puede ser superior o inferior al artículo. Superiores son: libro, parte, título, capítulo, sección. Inferiores son: apartado, párrafo, inciso, oración.

3.5 Las modificaciones

La normativa modificada y aprobada en Senadores como Cámara revisora con relación a su aprobación como Cámara de origen, son las siguientes:

- a) agregaron un tercer párrafo al artículo 1.º
- b) eliminaron el término *los* de la definición *Titular de datos*, en el artículo 2.º
- c) eliminaron el término *de* del párrafo 4 del artículo 4.º
- d) agregaron la frase «o en virtud de una obligación legal» al final del inciso *b* del párrafo 2 del artículo 5.º
- e) eliminaron la frase «número de teléfono» al final del inciso *c* del párrafo 2 del artículo 5.º
- f) modificaron las frases «Los hospitales y demás instituciones sanitarias [...]» y «[...] a la ciencia médica [...]» del artículo 8.º
- g) agregaron el párrafo 4 del artículo 14.

- h) agregaron un párrafo —sin número— a continuación del párrafo 3 del artículo 21.
- i) modificaron el período establecido en el párrafo 2 del artículo 25, que era de *cinco* años.
- j) agregaron una segunda oración al párrafo 4 del artículo 26.
- k) agregaron la frase «mediciones y estadísticas relevadas conforme a la ley 17622» en el párrafo 1 del artículo 28.

Seguramente producto de la secuela de la discusión —que arriba transcribimos— al tratar el artículo 29, que en definitiva no fue modificado, no se produjeron nuevas modificaciones.

4. Algunas conclusiones

Para concluir con este tema, y por todo lo expuesto, debemos preguntarnos: ¿es inconstitucional la ley 25326 por vicios en el procedimiento legislativo de su sanción? Si le preguntáramos al senador Yoma nos diría que no. Si lo hiciéramos al senador Menem diría que sí.

Al no encontrar material sobre el tema, preguntamos en distintas oportunidades a distintos y distinguidos colegas su opinión. Ciertamente las aguas están divididas. Los que están por el no, lo sostienen en la búsqueda de consenso. Cuando no hay mayoría suficiente en la Cámara revisora donde tuvo origen el proyecto (generalmente calificada, dos tercios), con el fin de obtenerlo aceptan cambios propuestos por otras bancadas. Estos cambios provienen del proyecto frustrado en la Cámara revisora.

Los que están por el sí consideran que la inconstitucionalidad por defectos de forma en el trámite legislativo es parcial en este caso y solo deben impugnarse los tramos incorporados o modificados en contra de lo establecido en el procedimiento de formación y sanción de leyes regulado por los artículos 77 a 84 CN y la reglamentación que se dicte en consecuencia.

Esta postura se basa en el respeto a las reglas de juego establecidas. No puede pensarse en el fin —en este caso, el consenso para la sanción de una ley— sin tener presentes los medios para obtener este consenso.

Nosotros mostramos un solo caso y seguramente hay otros. Desde ya, no es una tarea muy sencilla encontrarlos. Igualmente, lo importante era mostrar lo que sucedió, los peligrosos precedentes que se pueden crear si se legisla de manera imprudente, y brindar un margen para que cada uno saque sus propias conclusiones.

Capítulo 8

AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Víctor Enrique Ibáñez Rosaz*

El rol del Congreso de la Nación y la reforma a la ley 24156 de administración financiera y sistemas del control del sector público nacional

1. La reforma introducida

El Poder Ejecutivo elevó al H. Congreso nacional, en mensaje 78, del 29 de junio de 2006, un proyecto para reformar el artículo 37 de la ley n.º 24156 (ADLA, LII-D, 4002), de «Administración financiera y sistemas de control del sector público nacional», el que —aprobado por ambas Cámaras del Congreso— se convirtió en la actual ley n.º 26124 (sancionada el 2.8.2006 y promulgada: el 7.8.2006).¹

El viejo artículo 37 de la ley n.º 24156 rezaba:

La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. *Quedarán reservadas al Congreso nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades.*

* Abogado y doctorando en Derecho (Universidad de Mendoza). Consejero suplente del Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad del Aconcagua. Profesor adjunto de Derecho Constitucional, Facultad de Psicología y Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad del Aconcagua. Profesor de posgrado en Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo-Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Asesor de la Vicegobernación de la Provincia de Mendoza y de la Presidencia Provisional de la H. Cámara de Senadores.

¹ ADLA, 20/2006, p. 1.

La ley modificatoria sustituyó el referido artículo, que quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 37. La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedan reservadas al Congreso nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto. *El Jefe de Gabinete de Ministros puede disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades. A tales fines, exceptúase al Jefe de Gabinete de Ministros de lo establecido en el artículo 15 de la ley n.º 25917. El incremento de las partidas que refieran gastos reservados y de inteligencia sólo podrá disponerse por el Congreso de la Nación.*

Quizás resulte oportuno comenzar el análisis de la reforma con las palabras vertidas por el senador Sanz en la sesión de la Cámara alta,² cuando sostuvo que:

[...] esto no es solamente un debate que involucra la modificación de la Ley de Administración Financiera; en este debate también hay una cuestión de fondo [...]. Y la cuestión de fondo es que estamos discutiendo sobre el esquema de división de poderes; es decir, hay una cuestión constitucional [...] y la cuestión constitucional tiene que ver con que si esta modificación [...] supone una delegación de facultades del Congreso o, por el contrario, supone un reconocimiento legislativo de una facultad que le es propia al Jefe de Gabinete de Ministros. La cuestión no es menor, porque si la respuesta es que esta es una delegación de facultades, rige el artículo 76 de la Constitución nacional. Por lo tanto, hay algunos requisitos que cumplir. [...] Y [...] si la respuesta es que esto es un reconocimiento de una facultad propia del Jefe de Gabinete de Ministros, este proyecto entra en colisión con lo que nosotros entendemos dice la Constitución nacional [...].

Lo cierto es que en diversos ámbitos el proyecto objeto de este trabajo —hoy convertido en ley— fue calificado como de otorgamiento de *superpoderes* permanentes al Jefe de Gabinete, llegándose a sostener incluso que implica la muerte de la República.

2. Algunas reflexiones previas acerca de nuestro régimen político

Para nosotros, el objetivo perseguido por el Poder Ejecutivo nacional —a través del proyecto en análisis— no resulta novedoso.

Sabemos desde hace tiempo que nuestro régimen político responde al modelo presidencialista fuerte trazado por J. B. Alberdi y que forma parte de nuestra tradición constitucional que arranca —a nuestro juicio— aún antes de su consolidación definitiva por la creación del Directorio a manos de la Asamblea del año XIII.

² H. Cámara de Senadores de la Nación: 16.ª reunión – 14.ª sesión ordinaria, 12 y 13 de julio de 2006, aprobada por 37 votos afirmativos, 6 votos negativos y ninguna abstención.

De las principales fuentes que influyeron en el pensamiento de Alberdi —Constituciones argentinas de 1819 y 1826, pactos preexistentes, anteproyecto de Pellegrino Rossi, Constitución de los Estados Unidos, Constitución francesa de 1791 y Constitución chilena de 1833— el tucumano prefirió esta última a la hora de diseñar el órgano ejecutivo, al que le asignó las jefaturas de Estado, gobierno, administración pública, fuerzas armadas y Capital Federal, lo que dio como resultado un verdadero monarca constitucional.³ No por repetida debe olvidarse su consabida cita: «[...] Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución [...]».⁴

Tampoco resulta novedoso que este Poder Ejecutivo fuerte a lo largo del último siglo se ha ido desnaturalizando por diversas causas, a tal punto que puede sostenerse —a nuestro juicio aún hoy, después de la reforma de 1994— que el proceso de hipertrofia del Ejecutivo transformó nuestro régimen presidencialista en un régimen hiperpresidencialista.

Son muchas las razones de este fenómeno de hipertrofia. Se sostiene entre otras cosas que:

[...] el sistema presidencial argentino ha concentrado enormes poderes y facultades en el presidente de la Nación distorsionando el esquema de separación de poderes pensado por los constituyentes de 1853. [...] El equilibrio de poderes que consolidó nuestra práctica constitucional no es ya eficaz para evitar el ejercicio abusivo del poder, la corrupción, el avance del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y el avasallamiento del federalismo.⁵

Este régimen político caracterizado por una fuerte concentración de poderes en la figura presidencial, que deriva del texto constitucional y que la práctica política ha incrementado mediante la reelección presidencial, la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial de leyes, sumado al abandono progresivo del Congreso del ejercicio de su facultad de control, y finalmente, a un Poder Judicial que ha debilitado sus estándares en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y decretos nos ha llevado —en reiteradas oportunidades— a bregar por el urgente restablecimiento del equilibrio natural entre las funciones del poder, mediante el cumplimiento expreso de la letra constitucional, pues de otra manera coincidimos con el maestro Frías, cuando nos dice que:

³ En este sentido puede consultarse la obra de Dardo Pérez Guilhou: *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*, cap. 8, Mendoza, EDIUNC, 2003, pp. 101-118, quizás uno de los autores que más ha analizado el tema del Ejecutivo fuerte argentino.

⁴ Juan Bautista Alberdi: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, tomo I, Buenos Aires, El Ateneo, 1913, p. 139.

⁵ Cf. Inserción solicitada por el señor convencional Raúl R. Alfonsín. *Diario de Sesiones de la H. Convención Constituyente de 1994*, tomo III, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, p. 2715.

El Estado de derecho se desvirtúa por la desnaturalización de las reglas constitucionales [y se pregunta:] ¿Hay separación de poderes? ¿Hay tres poderes? Se duda del Congreso porque [...] no ha dictado en diez años la ley de coparticipación federal, ni ha nombrado la Comisión bicameral que debe seguir los decretos de necesidad y urgencia [...] y porque la emergencia ha justificado superpoderes para el Ejecutivo, hasta el despropósito.⁶

Cierto es que no podemos negar nuestra tradición caudillista y de fuertes liderazgos personales que se suma como dato histórico y sociológico al diagrama constitucional del Poder Ejecutivo, pero, también es cierto que desde hace ya muchos años la doctrina viene sosteniendo y advirtiendo sobre el retraimiento del órgano legislativo y el crecimiento del órgano ejecutivo, aun en los sistemas parlamentarios.

Ricardo Haro señala que:

Del análisis comparado surge que la eficiencia en el gobierno, como hecho técnico políticamente conducido requiere que el acrecentamiento de la función ejecutiva en los presidencialismos sea amortiguada con ciertos órganos y controles emparentados con el parlamentarismo. Así como la colegialidad de los parlamentarismos muestra un fortalecimiento ya sea en las competencias del jefe de Estado [...] o en las propias del jefe de Gobierno, modalidades que los aproximan al sistema presidencialista [...].⁷

Agrega el autor, citando a Jiménez de Parga, que:

En algunos parlamentarismos [...] el régimen [...] funciona en torno al jefe de Gobierno [...] y los poderes del protagonista son tales, que superan a los de los presidentes en los regímenes presidencialistas [...]. El parlamentarismo formal es un presidencialismo en la realidad. [...] A su turno, se buscan afanosamente mecanismos que tiendan a moderar a los Ejecutivos fuertes propios de la forma presidencialista.⁸

No podemos negar que —a más de los elementos criollos que hacen a nuestro régimen político hiperpresidencialista— existen diversas causas que han contribuido a la vigorización del Poder Ejecutivo y, por ende, a la crisis del Parlamento.

Así, los autores⁹ señalan como factores de crecimiento del Poder Ejecutivo, entre otros: la consolidación y desarrollo de los partidos políticos, el intervencionismo estatal activo en las relaciones económico-sociales, la exigencia de rapidez, información y técnicos especializados, la frecuencia de los estados de emergencia,

⁶ Pedro José Frías: «La consistencia del Estado de derecho» en *El Derecho*, suplemento de derecho constitucional, n.º 11149, año XLII, 10.12.2004, p. 1.

⁷ Ricardo Haro: «Tendencias contemporáneas en el derecho constitucional», en *Revista Jurídica del Perú*, año LI, n.º 24, julio de 2001, p. 26.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Por exceder el objeto de análisis remitimos al lector —además de los ya citados— a los siguientes trabajos en los que se desarrolla acabadamente la crisis del Parlamento y el crecimiento del órgano ejecutivo, a saber: Gerardo Ancarola: «La crisis del parlamentarismo», en *Foro Político*, vol. II, 1991, Buenos Aires, UMSA, pp. 42-50; Ítalo A. Luder: *Sociología del Parlamento*, en *LL*, tomo 92, pp. 784-793; y José Luis Martínez Peroni: «Algunas consideraciones acerca de las funciones del poder», en Pérez Guilhou y otros: *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 161-192.

la delegación de funciones legislativas en el Poder Ejecutivo, la conducción de las relaciones exteriores, la crisis del sistema federal, la imposibilidad de discutir en el órgano legislativo la totalidad de los proyectos de ley de envergadura, la necesidad de contar con una tecnoburocracia, etcétera.

Podemos sostener entonces —no sin señalar nuestro profundo desacuerdo— que el Congreso dejó de ser —desde hace ya mucho tiempo— el ámbito de deliberación por excelencia, lo que sumado al crecimiento desmesurado del órgano ejecutivo trae como consecuencia que los miembros de este no concurren al seno de aquel a discutir las políticas de Estado.

3. Los argumentos utilizados para fundar y defender el proyecto de reforma a la ley 24156

Tanto la senadora Fernández de Kirchner —en la sesión aprobatoria del 12 y 13 de julio de 2006—, como el jefe de Gabinete, Alberto Fernández,¹⁰ apelaron —entre otros— al argumento (tomado por cierto del mensaje de remisión) de que:

[...] no es la primera vez que ocurren estas cosas y que los opositores de hoy actúan con hipocresía porque ellos, cuando fueron gobierno, también recurrieron a las facultades extraordinarias. Cada vez que los anteriores gobiernos pidieron facultades extraordinarias lo hicieron para atender emergencias económicas de las que todos tenemos memoria y con un alcance transitorio, hasta que esas emergencias fueran superadas.

García Belsunce al respecto señala que: «Es inaceptable que el mensaje pretenda encontrar fundamento razonable a la modificación que propicia, en que “desde el año 1997, en diversas circunstancias, se ha autorizado al jefe de Gabinete de ministros a disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias, sin sujeción a las limitaciones previstas en el artículo 37 de la ley n.º 24156 [...]”»,¹¹ toda vez que las ilegalidades e inconstitucionalidades en que han incurrido gobiernos anteriores jamás pueden servir de base para modificar en forma permanente una ley que se ajusta estrictamente a los cánones que señala la Constitución nacional en materia presupuestaria.¹²

Y si ese entuerto inconstitucional existió en el pasado, recordemos que no justifica su reiteración en el presente, pues tal como señala Grondona: «[...] Afirmar [...]

¹⁰ En la sesión especial del día 5 de julio de 2006 en la Cámara de Senadores de la Nación, para el debate sobre el proyecto de modificación remitido por el Ejecutivo nacional.

¹¹ Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156, de Administración Financiera: sus vicios políticos y constitucionales», en *La Ley*, suplemento «Actualidad», 18.7.2006.

¹² *Ibidem*.

la legitimidad de un pecado al que ahora se lo quiere renovar sin excusas, sin límites y sin plazos, ya no es un pecado sino una herejía. La herejía antirrepublicana».¹³

Por ello coincidimos con quienes sostienen que la verdadera intención de la reforma es legitimar —a través de una norma legislativa— el objetivo de poner en manos del Poder Ejecutivo —para reforzar su omnipotencia— el instrumento financiero adecuado y necesario a sus propósitos de disponer voluntariamente la asignación de los recursos públicos, al servicio de sus intereses políticos partidarios y personales, que son muy distintos de los verdaderos intereses políticos del país.¹⁴

Por otra parte, según señaló el senador Capitanich —en la sesión de la Cámara alta— al referirse a los objetivos de la reforma, esta persigue tres que se reputan principales:

Primero: reglamentar las atribuciones del Jefe de Gabinete de Ministros. Esta figura institucional se introduce en virtud de la reforma constitucional de 1994, a partir de la cual [...] es absolutamente imprescindible establecer que por el inciso 1.º del artículo 100, el Jefe de Gabinete de Ministros es el jefe de la Administración y por el inciso 7.º es el responsable de la ejecución del presupuesto. Segundo: era y es necesaria esta reforma de carácter permanente en la Ley de Administración Financiera, con el objetivo de dar una coherencia normativa entre una norma preexistente, que es la Ley de Administración Financiera, de 1992, y esta reforma de carácter constitucional. Tercero: porque es absolutamente necesario brindar una herramienta al Poder Ejecutivo nacional para lograr la optimización en la ejecución presupuestaria. En este contexto [...] es importante remarcar en qué consiste precisamente la reforma que se propicia. Esta modificación consiste en la reglamentación de las atribuciones del jefe de Gabinete [...] para la ejecución presupuestaria [...] [Así] el Jefe de Gabinete de Ministros [...] puede reasignar partidas presupuestarias en tres aspectos. El primer aspecto es transferir partidas [...] correspondientes a erogaciones de capital a erogaciones corrientes [...]. La segunda atribución [...] consiste en transferir las partidas presupuestarias respecto de sus finalidades [...]. En tercer lugar [...] se pueden transferir las partidas presupuestarias correspondientes a aplicaciones financieras [...].

En este sentido, cabe tener presente que el senador Morales, haciendo referencia a los citados objetivos manifestó que:

La norma transcrita [en su actual redacción] reserva para el Congreso la definición última en tres grandes aspectos; el primero de ellos es el monto total del presupuesto y el endeudamiento; el segundo son los gastos que impliquen incrementar los gastos corrientes en desmedro de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras; y el tercero son los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades. La modificación que auspicia el Poder Ejecutivo mediante el proyecto de ley que estamos analizando se refiere a estas dos últimas atribuciones, las que a partir de ahora se propone sean ejercitadas en forma discrecional por el poder administrador sin intervención del Congreso.

¹³ Cf. Mariano Grondona: «El terrible artículo 29 de la Constitución», disponible en: <<http://www.lanacion.com.ar/opinion/nota.821875>>.

¹⁴ Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

Lo cierto es que el mensaje que acompañó al proyecto alude a que, por el artículo 100, inciso 7.º, de la Constitución nacional, al Jefe de Gabinete de Ministros le corresponde hacer recaudar las rentas de la Nación y ejecutar la ley de presupuesto nacional y agrega:

Por tal motivo, deviene necesaria la modificación propuesta, en atención a que el referido funcionario resulta responsable político ante el Congreso de la Nación en las materias señaladas precedentemente y a fin de adoptar la normativa vigente al cambio constitucional introducido a partir de 1994, puesto en ejecución durante el ejercicio 1995.

4. La Constitución y las atribuciones en materia presupuestaria

A los fines de un adecuado análisis de los argumentos esgrimidos en defensa de la reforma consideramos fundamental detenernos en algunos conceptos básicos sobre la materia presupuestaria y, siguiendo a Louis Trotabas, podemos decir que: «El presupuesto es el acto legislativo por el cual son previstos y autorizados los gastos y los recursos anuales del Estado».¹⁵

Salvador Oría agrega a lo expresado que: «La aplicación y cumplimiento de las previsiones y autorizaciones contenidas en el presupuesto no pueden aplicarse en la vida normal del Estado, sin autorización del Parlamento».¹⁶

Es decir que, frente a la pregunta de: ¿quién es el verdadero titular de esta facultad, el Congreso o el Jefe de Gabinete?, creemos que no cabe duda que el presupuesto es única y exclusivamente un acto de competencia del Poder Legislativo y, por consiguiente, no puede ser alterado ni modificado en parte alguna por el Poder Ejecutivo, cuya competencia, muy importante pero limitada, debe concretarse a su fiel y correcta ejecución.

En este sentido, sostiene Giuliani Fonrouge que:

La función legislativa, en nuestro país, no se reduce a «aprobar» o «autorizar» lo que propone el Ejecutivo, pues es ejercitada en toda su plenitud. Las Cámaras no reciben un acto concluido o definitivo, sino un proyecto de presupuesto a considerar, como puede ocurrir con cualquier otra materia; el Ejecutivo participando en la acción de gobierno, sugiere o propone una ley, y el Legislativo la hace suya, la rechaza o la modifica, total o parcialmente, sin existir límites constitucionales a su libre albedrío. Se trata, pues, de una ley normal, no de un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo, debiendo rechazarse el concepto de que es ley de «aprobación» o de «autorización».¹⁷

¹⁵ Louis Trotabas: *Précis de science et législation financières*, París, Dalloz, 1953, p. 29, citado por Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

¹⁶ Salvador Oría: *Finanzas*, tomo III, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1948, p. 283, citado por Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

¹⁷ Giuliani Fonrouge: *Derecho financiero*, tomo I, 9.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 143.

A su turno, Adolfo Atchabahian, comentando «las reglas clásicas del presupuesto», señala que:

La regla de la generalidad puede enunciarse diciendo que el presupuesto debe ser único e incluir en él todos los gastos y recursos de la hacienda pública, sin compensación entre ellos y sin afectación particular de los segundos a los primeros. La regla de la universalidad del presupuesto se refiere específicamente a la comprensión que ha de tener el presupuesto como plan preventivo financiero del Estado. Para que el presupuesto cumpla debidamente sus funciones de control preventivo de la actividad de naturaleza económica en la hacienda pública, no debe haber gastos y recursos susceptibles de ejecutarse separadamente de aquel, y que el Poder Ejecutivo pueda disponer sin autorización legislativa, y sin obligación de rendir cuenta de la inversión. [...] Esta regla de la especificación de los egresos se opone a la inclusión de partidas globales en el presupuesto, esto es, de cantidades sin discriminación de conceptos. Si el Poder Legislativo lo hace, en realidad resigna en el Poder Ejecutivo su facultad de fijar los gastos, pues esta fijación no ha de referirse solo al monto máximo de las erogaciones, sino también a los conceptos particulares en que se han de invertir los fondos del tesoro.¹⁸

La anualidad del presupuesto de gastos y cálculo de recursos ofrece la ventaja de ajustar las cifras a la situación económico-financiera (de gran inestabilidad siempre); pero por sobre todas las cosas, persigue evitar transgresiones que se pretendan fundar en razones de urgencia; reafirmando las atribuciones del Congreso como práctica democrática indelegable; y, en virtud del principio de especialidad presupuestaria, la ley de presupuesto ha de ser analítica, debiendo los ingresos y egresos determinarse particularmente, con el objeto de evitar se otorgue una discrecionalidad ilimitada o vaga al administrador, desvirtuando de tal modo el sistema constitucional.

Finalmente, en virtud del principio de unidad, el presupuesto debe reunir todas las autorizaciones, lo que no impide que por leyes especiales se autoricen cambios en lo determinado legalmente, sin que ello altere los principios desde que esas leyes pasan a integrar el presupuesto, manteniendo su unidad y certeza.

Así entonces, tal como señala María Angélica Gelli:

En el sistema constitucional argentino, el presupuesto general de gastos es proyectado por el Poder Ejecutivo —previo tratamiento en acuerdo de gabinete (artículo 100, inciso 6.º, CN)— fijado —aprobado— por el Congreso de la Nación (artículo 75, inciso 8.º, CN) y ejecutado por el Jefe de Gabinete de Ministros, quien ejerce la administración general del país (artículo 100, incisos 7.º y 1.º, CN, respectivamente) aunque el presidente de la Nación resulta el responsable político de esa administración general del país (artículo 99, inciso 1.º, CN).¹⁹

¹⁸ Adolfo Atchabahian: *Régimen jurídico de la gestión y del control en la hacienda pública*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 157 y 195.

¹⁹ María Angélica Gelli: «De la delegación excepcional a la reglamentación delegativa (Acercas de la reforma a la ley de Administración Financiera)», en *La Ley*, suplemento «Constitucional», 22.8.2006, p. 21.

Por ello sostenemos que en esta reforma hay una gran confusión —a nuestro juicio intencional— de dos etapas distintas del proceso presupuestario. Este comprende las siguientes: la formulación o presentación del presupuesto, que corresponde al Poder Ejecutivo nacional; la sanción del presupuesto, reservada exclusivamente al Poder Legislativo en todo su contenido y estructura; la ejecución del presupuesto, que se atribuye al Poder Ejecutivo nacional; el control interno del presupuesto, que es atribución de la Sindicatura General de la Nación, órgano dependiente del Poder Ejecutivo; el control externo del presupuesto, a cargo de la Auditoría General de la Nación, dependiente del Congreso nacional, a través de cuya información y dictámenes el Congreso ejerce el control posterior del presupuesto (artículo 117, ley n.º 24156) y la consideración de la cuenta de inversión, por mandato explícito del artículo 75, inciso 8.º de la Constitución nacional. Queda claro entonces que el proyecto, y ahora la ley, confunden la sanción del presupuesto con su ejecución, que corresponden separadamente al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, respectivamente.

Es cierto, tal como refiere Gelli, que:

[...] como lo prevé el artículo 37 de la ley 24156, puede resultar necesario efectuar modificaciones al presupuesto general durante el período de su ejecución. Sin embargo, esas modificaciones, como también lo dispone el artículo 37 de la citada ley, tienen límites concretos, precisamente para evitar que se diluya y desaparezca la voluntad del Poder Legislativo sobre el punto.²⁰

Así las cosas, cabe sostener que el senador Capitanich se equivoca cuando entiende que con la pretendida reforma se logrará el objetivo de «optimizar el uso de los recursos públicos mediante la eficaz gestión presupuestaria» en manos del Jefe de Gabinete, pues no advierte que la optimización de los recursos es función reservada al Congreso nacional, conforme a los preceptos constitucionales señalados, y, por ende, ajena a la competencia del Poder Ejecutivo, responsable únicamente de la ejecución o aplicación de la ley de presupuesto.

Por ello creemos acertada la postura del senador Giustiniani, cuando señala que:

[...] la modificación de la atribución del Congreso nacional a partir de la sanción de este proyecto de ley, transforma el paso por el Parlamento en un mero trámite intermedio entre lo que es la iniciativa del Poder Ejecutivo nacional y la ejecución que el mismo Poder Ejecutivo nacional haga.

5. La reforma constitucional de 1994

Otro de los argumentos defendidos por el Jefe de Gabinete y por la senadora Fernández de Kirchner es que la ley n.º 24156 ha entrado en contradicción con

²⁰ María Angélica Gelli: «De la delegación excepcional a...», o. cit., p. 21.

la reforma constitucional de 1994 que incorporó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros.

Lo cierto es que lo primero que debemos analizar es qué principios constitucionales respecto al presupuesto se aplicaban en el año 1992, cuando se sancionó la Ley de Administración Financiera.

Regía la Constitución nacional de 1853-60 con sus reformas de 1866, 1898 y 1957. En materia presupuestaria, la carta federal establecía los siguientes principios: el Poder Ejecutivo formulaba el presupuesto —de acuerdo con el artículo 86, incisos 1.º, 4.º y 13—; el Poder Legislativo lo fijaba en virtud del artículo 67, inciso 7.º; el Poder Ejecutivo lo ejecutaba de conformidad con el artículo 86, inciso 13, y, por último, el Poder Legislativo aprobaba la cuenta de inversión (artículo 67, inciso 7.º).

Resulta claro entonces —antes y después de la reforma de 1994— que el presupuesto de gastos y cálculo de recursos es una atribución privativa del poder del Estado que ejerce la función legisferante y ello, como consecuencia de que en los regímenes democráticos y republicanos la soberanía reside en el pueblo y este está representado en la organización constitucional por el Poder Legislativo.²¹

Coincidimos con García Belsunce cuando dice que:

La reforma al artículo 37 de la ley 24156 [...] conduce inexorablemente al «quebrantamiento del principio de legalidad en materia presupuestaria», al delegar inconstitucionalmente en el Poder Ejecutivo la facultad de modificar el destino de los gastos presupuestarios, apartándose discrecionalmente de las asignaciones o aplicaciones dispuestas por la ley de presupuesto, para atender *a piacere* a los designios políticos del Ejecutivo de turno, escamoteando de esa manera la voluntad legislativa que, aunque sea utópicamente, se supone que es la voluntad popular en la que reside la soberanía nacional.²²

La pregunta que lógicamente sigue es la siguiente: ¿modificó ese esquema la reforma constitucional del año 1994? La senadora Fernández de Kirchner sostuvo que no es cierto que el objetivo de la reforma de la Constitución de 1994 fue atenuar nuestro sistema presidencialista para luego contradecirse al sostener que:

¿Cómo se atenuaba el presidencialismo? ¿A través de la Jefatura de Gabinete? Cuando hoy se quiere reglamentar la facultad del jefe de Gabinete se dice que en realidad lo que se quiere hacer es concentrar el poder en su figura. Resulta que el jefe de Gabinete era la gran atenuación semiparlamentaria. [...] ¿En qué consistía básicamente esa atenuación? Precisamente en la incorporación de la figura del jefe de Gabinete, al que ahora se le dice: «No, ¿por qué le van a dar tanto poder al jefe de Gabinete?».

²¹ La anterior Ley de Contabilidad (12961, ADLA, 1947, p. 217) —precedente de la ley 24156— contenía una disposición, en su artículo 26, que explícitamente se refería al tema que nos ocupa y que, lamentablemente, no se repite en la actual ley 24156. Decía: «No podrán comprometerse gastos no autorizados (desde luego que por el Congreso) ni invertirse cantidades votadas para otros fines que los determinados».

²² Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

Lo cierto es que en reiteradas oportunidades en el desarrollo de los debates de la constituyente de 1994 se señala con claridad que el objetivo central de la pretendida reforma fue atenuar el sistema presidencialista y formular un nuevo equilibrio de poderes donde se limiten facultades al Poder Ejecutivo y se fortalezcan el Poder Legislativo y el Poder Judicial. En el marco de este objetivo, la creación del Jefe de Gabinete resultaba —a juicio de muchos— decisiva.²³

Ahora bien, con total independencia de si el objetivo de la atenuación del sistema presidencial se alcanzó o no, la reforma de 1994 en nada modificó las competencias atribuidas por la Constitución histórica en materia presupuestaria, pues el anterior artículo 86 de la carta magna, relativo a las atribuciones del presidente de la Nación, simplemente se desagregó en los artículos 99 y 100, referidos a las atribuciones del presidente y del Jefe de Gabinete, respectivamente.

Por ello coincidimos con el senador Sanz, cuando sostuvo que:

[...] si la Constitución hubiera querido que estas facultades fueran del Jefe de Gabinete, lo hubiera dicho; se hubiera escrito. Sin embargo, quedaron en el ámbito del Congreso de la Nación. Entonces, si hoy pretendemos reconocérselas al Jefe de Gabinete estaríamos frente a una contrarreforma constitucional.

Agregó luego:

Cómo será de contundente e indiscutible esta definición, que el propio Poder Ejecutivo, cuando envió el proyecto [de reforma de la ley n.º 24156], reconoció expresamente quién es el titular de la competencia. [...] Porque el proyecto —en su redacción original— expresaba: «Facúltase al Jefe de Gabinete». Esta expresión es clave [...] porque facultar significa reconocer, por parte de quien envió este proyecto, quién es el dueño de la competencia, dado que nadie puede facultar a otro a ejercer un poder que no le es propio.

El oficialismo introdujo un cambio, en comisiones, y reemplazó el vocablo *facultase* por *puede*, con la decidida intención de señalar un reconocimiento de esa facultad en cabeza del Jefe de Gabinete, pues si se insistía en su originaria redacción debía necesariamente analizarse el artículo 76 de la Constitución nacional que regula la llamada delegación legislativa y que expresamente la prohíbe: «[...] en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca [...]».

Si bien excede el objeto del presente trabajo el análisis pormenorizado de la delegación legislativa cabe decir —siguiendo a Badeni— que: «Hay delegación de

²³ Sobre las distintas posturas acerca de la inclusión de la figura del Jefe de Gabinete puede consultarse Víctor Enrique Ibáñez Rosaz: «El Jefe de Gabinete y la función constitucional de los ministros», en Germán J. Bidart Campos (dir.): *A una década de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 299-318; y Andrés Gil Domínguez: «El Jefe de Gabinete y la función ministerial en la Convención Constituyente de 1994», en *Diez años de la reforma constitucional de 1994*, Córdoba, Soluciones Gráficas SRL, 2004, pp. 580-598.

facultades legislativas cuando el Congreso, que está investido de la potestad legisferante, encomienda el ejercicio de ese poder a otro órgano gubernamental».²⁴

García Belsunce aclara que:

No obstante que esta definición admite que el sujeto beneficiario de la delegación sea «otro órgano gubernamental», dicho artículo 76 limita la delegación legislativa instituida por la reforma de 1994, al Poder Ejecutivo y este, es un órgano unipersonal «desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación Argentina”» (artículo 87, Constitución nacional). Por ello, la delegación parcial por el Congreso nacional de su facultad exclusiva de sancionar la ley de presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, al permitir que residan en la persona del Jefe de Gabinete de Ministros facultades como las enumeradas en la frase final del nuevo texto propuesto para el artículo 37 de la ley 24156, es inconstitucional.²⁵

Ello es así, además, por cuanto estamos convencidos de que el Jefe de Gabinete de ministros, como tal, no es el titular de la función ejecutiva, sino un órgano que junto con los demás ministros secretarios «[...] tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia» (artículo 100 CN).

A la señalada objeción debemos agregar que la Constitución exige que la delegación recaiga sobre materias determinadas, es decir, concretas, específicas y no genéricas y que no admitan una interpretación flexible o extensiva, a la vez que la delegación queda limitada por la Constitución a dos materias: administrativas o de emergencia pública.

El concepto de materias administrativas no es preciso y por ello no resulta fácil determinarlo por vía interpretativa. Va de suyo que las materias administrativas delegables son las de competencia exclusiva del Congreso, pues no podría este delegar una facultad o competencia que constitucionalmente no le corresponde.

Sobre la base de partir de una interpretación sistemática y finalista, Badeni²⁶ señala por vía de exclusión cuáles son las materias administrativas. A tal efecto, excluye las materias de naturaleza política que, por sus contenidos o fines, apuntan a la conformación del gobierno o del Estado. Tales son, entre otras: la declaración del estado de sitio, la intervención federal a las provincias, la amnistía, la fijación de límites internacionales o interprovinciales, la determinación de la ciudad capital de la República, la ley de ministerios, la aprobación o rechazo de tratados internacionales, la declaración de la necesidad de la reforma constitucional, *la ley de presupuesto*; materias todas que la doctrina y la jurisprudencia han considerado no justiciables, es decir, excluidas del control judicial de constitucionalidad.

²⁴ Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1080.

²⁵ Cf. Horacio A. García Belsunce: «La reforma a la ley 24156...», o. cit.

²⁶ Cf. Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., pp. 1085-1089.

También consideramos excluidas las materias de índole penal, tributaria, electoral o referentes al régimen de los partidos políticos, porque si el artículo 99, inciso 3.º, CN, al facultar al Poder Ejecutivo para dictar decretos de necesidad y urgencia, excluye a tales materias de esas medidas excepcionales, debe considerárselas también ajenas a la delegación legislativa, pues entenderlo de otra manera sería aceptar que hay una contradicción entre los artículos 76 y 99, inciso 3.º, antes citados.

En cuanto a las materias de emergencia pública, consideramos que no puede invocarse como fundamento la emergencia económica, declarada por la ley n.º 25561 del año 2002 (*ADLA*, LXII-A, p. 44), después de tres años en los que el crecimiento anual del PBI ha llegado al 9% y estará alrededor del 8% en 2006, y se ha logrado en un trienio superávit fiscal primario.

Por último, pero no menos importante, es que el mencionado artículo 76 exige el cumplimiento de dos requisitos para la procedencia o legitimidad de la delegación legislativa que él regula.

Uno de esos requisitos es que la delegación sea con plazo fijado para su ejercicio, lo que significa que debe ser temporaria y no definitiva; y el otro es que el acto que por delegación realice el Poder Ejecutivo lo sea «dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca». Ello no puede darse en el caso en análisis pues estamos frente a una alteración de la esencia legislativa del presupuesto por escisión de contenidos o finalidades esenciales que, como tales, son inescindibles.

En síntesis, la delegación legislativa que se produce como consecuencia de la reforma al artículo 37 de la ley 24156 es inconstitucional y vulnera el sistema de división de los poderes de gobierno.

No está de más recordar que:

La Constitución nacional adoptó el sistema de gobierno presidencialista [...] [y que] uno de los principios fundamentales de nuestro sistema constitucional, el que sirve de cimiento a todo el edificio institucional, es que los poderes del gobierno son limitados. Esa limitación se plasma en el principio de separación de los poderes y control recíproco entre ellos.²⁷

Ahora bien,

cuando Montesquieu elaboró su doctrina de la separación de poderes no tuvo por finalidad crear tres poderes de distinto grado y naturaleza. Lo que hizo fue atribuir las funciones básicas de gobierno —legislar, ejecutar y juzgar— a tres órganos diferentes cada uno de los cuales ejercería una de esas funciones. Fundamentó su concepción en que el ejercicio del poder era una garantía de la libertad de los individuos. Ella se vería resentida si todas las funciones fueran cumplidas por una misma persona o un mismo cuerpo. De esta manera oponía su doctrina al absolutismo monárquico.²⁸

²⁷ Manuel José García Mansilla: «La metamorfosis del sistema constitucional argentino. Decretos de necesidad y urgencia y separación de los poderes», en *El Derecho*, año XLII, n.º 11130, p. 1.

²⁸ Félix R Loñ: *Constitución y democracia*, Buenos Aires, Lerner, 1987, p. 39, citado por Enrique Alberto Stoller: «¿Adiós a la doctrina de Montesquieu? La separación de los poderes en la República Argentina», en *LLNOA*, 1998, p. 1171.

Y más aún, Althusser enseña que:

[...] el verdadero objeto de Montesquieu es precisamente la combinación, el enlace de tres potencias. [...] Se trata ante todo de un problema político de relación de fuerzas, en vez de un problema jurídico que concierne a la definición de la legalidad y sus esferas. [...] La famosa separación de poderes es solo el reparto ponderado del poder entre potencias determinadas: el rey, la nobleza, el pueblo.²⁹

Así las cosas, escindir de la ley del presupuesto que ha sancionado el Poder Legislativo, las facultades de hacer aplicaciones financieras y distribución de las finalidades o destinos de los créditos o partidas que integran el cálculo de gastos, asignando esta última facultad al Jefe de Gabinete de Ministros, que nada tiene que ver con el Poder Legislativo, es lisa y llanamente apartarse o violar el sistema de la división de los poderes entre el Legislativo y el Ejecutivo.

María Angélica Gelli advierte que:

La disposición reformada es crucial para el sistema institucional argentino y está enderezada a impedir que el presidente de la República se convierta en un soberano, por encima de la ley y la Constitución, que redistribuye o concentra partidas presupuestarias [...] según su personal criterio de decisión.³⁰

En épocas de crisis nos preguntábamos:

[...] si acaso en las situaciones de hecho extraordinarias llamadas «emergencia» esa dinámica del poder propiamente argentina no actúa en forma análoga a las situaciones de normalidad; si el debilitamiento institucional lejos de ser la consecuencia de la emergencia, es la causa de la necesidad reiterada de invocarla para justificar decisiones que afectan —muchas veces en forma irrazonable— los derechos y garantías constitucionales.³¹

Y nos respondíamos:

Ese debilitamiento institucional «normal» que demuestra nuestra dinámica del poder rebasa ampliamente los límites conceptuales de la doctrina de la emergencia, por tanto, estimamos que no debemos trabajar sobre ella, sino sobre el funcionamiento institucional, estableciendo pautas y exigencias que refuercen los controles que la propia Constitución prevé y que, hasta el momento, no han sido ejercidos. La «emergencia de la emergencia» que algunos autores plantean conforma una acabada prueba de ello.³²

Hoy más que nunca confirmamos nuestro aserto. En un país que inicia su cuarto año consecutivo de alto crecimiento económico no cabe hablar de *emergencia económica* y mucho menos entonces de facultades extraordinarias permanentes para las situaciones de *crecimiento económico*.

²⁹ Louis Althusser, *Montesquieu, la Politique et l' Histoire*, trad. de María Ester Benítez, Madrid, Ciencia Nueva, p. 86.

³⁰ María Angélica Gelli: «De la delegación excepcional a...», o. cit., p. 21.

³¹ Cf. Víctor Enrique Ibáñez Rosaz: «La emergencia y la dinámica del poder estatal» en *El Derecho*, suplemento de «Derecho constitucional», año XLIII, 27.7.2005, p. 9.

³² *Ibidem*.

Ya lo anticipaba el Deán Funes cuando decía:

La experiencia de todos los siglos y lugares tiene muy bien acreditado que puesto el poder soberano en manos de un solo hombre, tarde o temprano se transformará en despotismo. Una autoridad sin freno es capaz de corromper al hombre más virtuoso. Nadie que conozca la frágil naturaleza del hombre puede dudar de esta verdad (*La Gaceta*, 20.11.1810).³³

³³ Citado por Dardo Pérez Guilhou: «Presidencialismo, caudillismo y populismo», comunicación del citado académico en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 13 de abril de 2005, p. 3.

Capítulo 9

DEFENSOR DEL PUEBLO

Susana G. Cayuso*

El Defensor del Pueblo de la Nación. Consecuencias de su reconocimiento constitucional

1. Introducción

Esta institución,¹ que nació en Suecia como un organismo auxiliar del Parlamento, fue incorporada al texto constitucional por la reforma de 1994. Con anterioridad a su concreción constitucional la figura fue creada por la ley 24284,² modificada

* Profesora titular de Derecho Constitucional e investigadora permanente del Instituto de Investigación «Ambrosio L. Gioja» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ La reforma constitucional de 1994 incorporó en el capítulo VII de la parte orgánica, artículo 86 de la norma fundamental, la figura del Defensor del Pueblo en los siguientes términos: «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 especial».

² Ley n.º 24284

Título I. Creación. Nombramiento. Cese y condiciones

Capítulo I. Carácter y elección

Artículo 1.º Creación. Se crea en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación la Defensoría del Pueblo, la cual ejerce las funciones que establece la presente ley, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los

por la ley 24379 (25.10.1994)—, dictada por el Congreso de la Nación y promulgada y publicada el 2 de diciembre de 1993.

individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14.

Artículo 2.º Titular. Forma de elección. Es titular de ese organismo un funcionario denominado Defensor del Pueblo quien es elegido por el Congreso de la Nación de acuerdo con el siguiente procedimiento:

a) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo.

b) En un plazo no mayor de treinta (30) días a contar desde la promulgación de la presente ley, la comisión bicameral reunida bajo la Presidencia del presidente del Senado, debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de Defensor del pueblo.

Las decisiones de la comisión bicameral se adoptan por mayoría simple;

c) Dentro de los treinta (30) días siguientes al pronunciamiento de la comisión bicameral, ambas Cámaras eligen por el voto de dos tercios de sus miembros presentes a uno de los candidatos propuestos;

d) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse;

e) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inciso d) las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella.

Artículo 3.º Duración. La duración del mandato del Defensor del Pueblo es de cinco años, pudiendo ser reelegido por una sola vez según el procedimiento establecido en el artículo anterior.

Artículo 4.º Calidades para ser elegido. Puede ser elegido Defensor del Pueblo toda persona que reúna las siguientes calidades:

a) Ser argentino nativo o por opción;

b) Tener 30 años de edad como mínimo.

Artículo 5.º Nombramiento. Forma. El nombramiento del Defensor del Pueblo se instrumenta en resolución conjunta suscrita por los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados, la que debe publicarse en el Boletín Oficial y en el Diario de Sesiones de ambas Cámaras.

El Defensor del Pueblo toma posesión de su cargo ante las autoridades de ambas Cámaras prestando juramento de desempeñar debidamente el cargo.

Artículo 6.º Remuneración. El Defensor del Pueblo percibe la remuneración que establezca el Congreso de la Nación por resolución de los Presidentes de ambas Cámaras. Goza de la exención prevista en el artículo 20, inciso q) de la ley nacional de impuesto a las ganancias y sus modificaciones.

Capítulo II. Incompatibilidades. Cese. Sustitución. Prerrogativas

Artículo 7.º Incompatibilidades. El cargo de Defensor del Pueblo es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública o comercial, docente o profesional, estándole vedada asimismo la actividad política partidaria.

La incompatibilidad para acceder a cargos electivos subsiste durante los dos años posteriores al cese de las funciones.

Son de aplicación al defensor del pueblo, en lo pertinente, las normas en materia de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Artículo 8.º Actividad. La actividad de la Defensoría del Pueblo no se interrumpe en el período de receso del Congreso.

Artículo 9.º Incompatibilidad. Cese. Dentro de los diez (10) días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión del cargo, el Defensor del Pueblo debe cesar en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarlo presumiéndose, en caso contrario, que no acepta el nombramiento.

Varias de las provincias argentinas habían avanzado en el tema, incorporando la figura en sus Constituciones, tal el caso de Salta (artículo 124), San Luis (artículo 235), Córdoba (artículo 124), o Río Negro (artículo 167), entre otras.

Artículo 10.º Cese. Causales. El Defensor del Pueblo cesa en sus funciones por alguna de las siguientes causas:

- a) Por renuncia;
- b) Por vencimiento del plazo de su mandato;
- c) Por incapacidad sobreviniente;
- d) Por haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso;
- e) Por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley.

Artículo 11. Cese y formas. En los supuestos previstos por los incisos a), c) y d) del artículo 10 el cese será dispuesto por los Presidentes de ambas Cámaras.

En los supuestos previstos por los incisos c) y e) del mismo artículo, el cese se decide por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de ambas Cámaras, previo debate y audiencia del interesado. En el caso del inciso c) la incapacidad sobreviniente deberá acreditarse de modo fehaciente.

En caso de muerte del Defensor del Pueblo se procederá a su reemplazo provisorio según las normas establecidas en el artículo 13, promovándose en el más breve plazo la designación del titular en la forma prevista en el artículo 2.

Artículo 12. Inmunidades. El Defensor del Pueblo gozará de las inmunidades establecidas por la Constitución nacional para los miembros del Congreso. No podrá ser arrestado desde el día de su designación hasta el de su cese o suspensión, excepto en el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de un delito doloso, de lo que se debe dar cuenta a los Presidentes de ambas Cámaras con la información sumaria del hecho.

Cuando se dicte auto de procesamiento por la justicia competente contra el Defensor del Pueblo por delito doloso, podrá ser suspendido en sus funciones por ambas Cámaras hasta que se dicte sobreseimiento definitivo a su favor.

Capítulo III. De los adjuntos

Artículo 13. Adjuntos. A propuesta del Defensor del Pueblo la comisión bicameral prevista en el artículo 2, inciso a) debe designar dos adjuntos que auxiliarán a aquel en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la comisión determine al designarlos.

Para ser designado adjunto del Defensor del Pueblo son requisitos, además de los previstos en el artículo 4 de la presente ley:

- a) Ser abogado con ocho años en el ejercicio de la profesión como mínimo o tener una antigüedad computable, como mínimo, en cargos del Poder Judicial, Poder Legislativo, de la administración pública o de la docencia universitaria;
- b) Tener acreditada reconocida versación en derecho público.

A los adjuntos les es de aplicación, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 3, 5, 7, 10, 11 y 12 de la presente ley.

Perciben la remuneración que al efecto establezca el Congreso de la Nación.

Título II. Del procedimiento

Capítulo I. Competencia. Iniciación y contenido de la investigación

Artículo 14. Actuación. Forma y alcance. El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Jorge Maiorano, en oportunidad de referirse a las causas que determinaron en Suecia la institucionalización de esta figura, así como su evolución y difusión

Los legisladores, tanto Provinciales como Nacionales, podrán receptor quejas de los interesados de las cuales darán traslado en forma inmediata al Defensor del Pueblo.

Artículo 15. Comportamientos sistemáticos y generales. El Defensor del Pueblo, sin perjuicio de las facultades previstas por el artículo 14 de la presente ley, debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

Artículo 16. Competencia. Dentro del concepto de administración pública nacional, a los efectos de la presente ley, quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios.

Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad.

Artículo 17. Otros ámbitos de competencias. Quedan comprendidas dentro de la competencia de la Defensoría del Pueblo, las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos. En este caso, y sin perjuicio de las restantes facultades otorgadas por esta ley, el Defensor del Pueblo puede instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las facultades otorgadas por ley.

Artículo 18. Legitimación. Puede dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona física o jurídica que se considere afectada por los actos, hechos u omisiones previstos en el artículo 14. No constituye impedimento para ello la nacionalidad, residencia, internación en centro penitenciario o de reclusión y, en general, cualquier relación de dependencia con el Estado.

Capítulo II. Tramitación de la queja

Artículo 19. Queja. Forma. Toda queja se debe presentar en forma escrita y firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellido y domicilio en el plazo máximo de un año calendario, contado a partir del momento en que ocurriere el acto, hecho u omisión motivo de la misma.

No se requiere al interesado el cumplimiento de otra formalidad para presentar la queja.

Todas las actuaciones ante el Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado, quien no está obligado a actuar con patrocinio letrado.

Artículo 20. Derivación. Facultad. Si la queja se formula contra personas, actos, hechos u omisiones que no están bajo la competencia del Defensor del Pueblo, o si se formula fuera del término previsto por el artículo 19, el Defensor del Pueblo está facultado para derivar la queja a la autoridad competente informando de tal circunstancia al interesado.

Artículo 21. Rechazo. Causales. El Defensor del Pueblo no debe dar curso a las quejas en los siguientes casos:

- a) Cuando advierta mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial;
- b) Cuando, respecto de la cuestión planteada, se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial.

Puede rechazar también aquellas quejas cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

Si iniciada la actuación se interpusiere por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención.

mundial, recurrió para definirla a los términos empleados por Gerald Caiden, según los cuales:

Ninguno de los supuestos previstos por el presente artículo impide la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En todos los casos se comunicará al interesado la resolución adoptada.

Artículo 22. Irrecorribilidad. Interrupción. Las decisiones sobre la admisibilidad de las quejas presentadas son irrecorribles.

La queja no interrumpe los plazos para interponer los recursos administrativos o acciones judiciales previstos por el ordenamiento jurídico.

Artículo 23. Procedimiento. Admitida la queja, el Defensor del Pueblo debe promover la investigación sumaria, en la forma que establezca la reglamentación, para el esclarecimiento de los supuestos de aquella. En todos los casos debe dar cuenta de su contenido al organismo o entidad pertinente, a fin de que por intermedio de autoridad responsable y en el plazo máximo de treinta (30) días, se remita informe escrito.

Tal plazo puede ser ampliado hasta un máximo de 60 días cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo.

Respondida la requisitoria, si las razones alegadas por el informante fueren justificadas a criterio del Defensor del Pueblo, este dará por concluida la actuación comunicando al interesado la circunstancia.

Capítulo III. Obligación de colaboración. Régimen de responsabilidad

Artículo 24. Obligación de colaboración. Todos los organismos públicos, personas físicas o jurídicas públicas o privadas están obligadas a prestar colaboración, con carácter preferente, a la Defensoría del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones.

A esos efectos el Defensor del Pueblo o sus adjuntos están facultados para:

a) Solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estimen útil a los efectos de la fiscalización, dentro del término que se fije. No se puede oponer disposición alguna que establezca el secreto de lo requerido. La negativa solo es justificada cuando ella se fundamenta en la salvaguarda de un interés atinente a la seguridad nacional.

b) Realizar inspecciones, verificaciones y, en general, determinar la producción de toda otra medida probatoria conducente al esclarecimiento de la investigación.

Artículo 25. Obstaculización. Entorpecimiento. Todo aquel que impida la efectivización de una denuncia ante el Defensor del Pueblo u obstaculice las investigaciones a su cargo, mediante la negativa al envío de los informes requeridos o impida el acceso a expedientes o documentación necesaria para el curso de la investigación, incurre en el delito de desobediencia que prevé el artículo 240 del Código Penal. El Defensor del Pueblo debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes.

La persistencia en una actitud entorpecedora de la labor de investigación de la Defensoría del Pueblo, por parte de cualquier organismo o autoridad administrativa, puede ser objeto de un informe especial cuando justificadas razones así lo requieran, además de destacarla en la sección correspondiente del Informe anual previsto en el artículo 31 de la presente ley.

El Defensor del Pueblo puede requerir la intervención de la Justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiere sido negada por cualquier institución pública o privada.

Artículo 26. Hechos delictivos. Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de hechos presumiblemente delictivos de acción pública, los debe comunicar de inmediato al Procurador General de la Nación. Este deberá informar, en cualquier caso y de manera periódica al Defensor del Pueblo, o cuando este lo solicite, el estado en que se hallan las actuaciones promovidas por su intermedio.

El Ombudsman o defensor del pueblo es considerado hoy día como un símbolo de todo Estado democrático, la esencia de lo que el gobierno debería hacer; es decir,

Título III. De las resoluciones

Capítulo único. Alcance de las resoluciones. Comunicaciones. Informes

Artículo 27. Límites de su competencia. El Defensor del Pueblo no es competente para modificar, sustituir o dejar sin efecto las decisiones administrativas. Sin perjuicio de ello, puede proponer la modificación de los criterios utilizados para su producción.

Si como consecuencia de sus investigaciones llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de una norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, puede proponer al Poder Legislativo o a la administración pública la modificación de la misma.

Artículo 28. Advertencia y recomendaciones. Procedimiento. El Defensor del Pueblo puede formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, los responsables estarán obligados a responder por escrito en el término máximo de un mes.

Si formuladas las recomendaciones, dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o esta no informe al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, este puede poner en conocimiento del ministro del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas.

Si tampoco así obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

Artículo 29. Comunicación de la investigación. El Defensor del Pueblo debe comunicar al interesado el resultado de sus investigaciones y gestiones así como la respuesta que hubiese dado al organismo o funcionario implicados, salvo en el caso que esta por su naturaleza sea considerada como de carácter reservado o declarada secreta.

Asimismo, debe poner en conocimiento de la Auditoría General de la Nación, en los casos que corresponda, los resultados de sus investigaciones en los organismos sometidos a su control.

Artículo 30. Relaciones con el Congreso. La comisión bicameral prevista en el inciso a) del artículo 2.º, de la presente ley, es la encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar a las Cámaras en cuantas ocasiones sea necesario.

Artículo 31. Informes. El Defensor del Pueblo da cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presenta antes del 31 de mayo de cada año.

Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe especial.

Copia de los informes mencionados debe ser enviada para su conocimiento al Poder Ejecutivo.

Artículo 32. Contenido del informe. El Defensor del Pueblo en su informe anual da cuenta del número y tipo de quejas presentadas; de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas.

En el informe no deben constar datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento investigador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26.

El informe debe contener un anexo, cuyos destinatarios serán las Cámaras, en el que se debe hacer constar la rendición de cuentas del presupuesto de la institución en el período que corresponda.

En el informe anual, el Defensor del Pueblo puede proponer al Congreso de la Nación las modificaciones a la presente ley que resulten de su aplicación para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Título IV. Recursos humanos y materiales

Capítulo único. Personal. Recursos económicos. Plazos

Artículo 33. Estructura. Funcionarios y empleados. Designación. Dentro de los noventa (90) días de promulgada la presente ley la comisión bicameral prevista en el artículo 2.º debe establecer la estructura orgánica-funcional y administrativa de la Defensoría del Pueblo.

fomentar el bienestar del ciudadano, defender las libertades individuales y velar para que la burocracia administrativa trate con equidad a todos los ciudadanos [...].³

A su vez, tiempo antes, el autor citado había considerado las razones por las cuales era necesario legislar la figura en los países latinoamericanos, poniendo el acento en dos motivos singulares:

1) la recurrente inestabilidad institucional que ha signado la vida política de muchos países de esta parte del continente, y 2) la condición de países subdesarrollados que ellos invisten. No debe dudarse en afirmar que la existencia de un sistema democrático constituye una condición sine qua non para la admisión del Ombudsman. Como sostuvo Joaquín Jiménez —primer Defensor del Pueblo español— en su esencia, el Ombudsman es un signo de identidad democrática en la medida que constituye un baluarte de la paz social y un medio de fortalecimiento de la justicia.⁴

En los inicios del intercambio de opiniones acerca de la conveniencia o inconveniencia de incorporar la figura al sistema argentino, varias fueron las cuestiones en las que —aun en aquellos que defendían su necesidad— se vislumbraron diversas posiciones. En tal sentido, algunas de ellas se referían a la ubicación institucional del defensor, a su designación, a su grado de independencia funcional, a su integración, al ámbito de sus competencias y al alcance de sus funciones, entre otras. Sin duda, todas ellas ligadas en forma directa a posturas más o menos aperturistas respecto a intensificar el control dentro del sistema.

Al reglamentar la creación de la figura, la ley 24284 puso su acento en lo que podríamos denominar el ámbito de la administración por los efectos de su accionar, tanto respecto de las funciones encomendadas como de las posibles afectaciones a los intereses difusos y colectivos (artículo 14).

Se creó en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, pero con la consigna de no recibir «instrucciones de ninguna autoridad» y se dispuso que «el objetivo

Para cubrir todos los cargos de funcionarios y empleados de la Defensoría, el defensor del pueblo debe proponer a los presidentes de ambas Cámaras la nómina del personal que desea se le asigne funciones en dicho organismo. Ese personal debe revistar con anterioridad en la planta permanente de cualquiera de las Cámaras del Congreso nacional.

Artículo 34. Reglamento interno. El reglamento interno de la Defensoría del Pueblo debe ser dictado por su titular y aprobado por la comisión prevista en el inciso a) del artículo 2.º de la presente ley.

Artículo 35. Plazos. Modo del cómputo. Salvo disposición expresa en contrario los plazos previstos en esta ley se deben contar en días hábiles administrativos.

Artículo 36. Presupuesto. Los recursos para atender todos los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley provienen de las partidas que las leyes de presupuesto asignan al Poder Legislativo de la Nación.

Artículo 37. Comuníquese al Poder Ejecutivo. Alberto R. Pierri, Oraldo Britos, Esther Pereyra Arandía de Pérez Pardo, Edgardo PiuZZi.

³ Cf. Jorge L. Maiorano: «El ombudsman y la protección de los derechos del hombre», en *La Ley*, 1992-C, p. 791.

⁴ Cf. Jorge L. Maiorano: «Alternativas para el establecimiento del ombudsman en América Latina», en *La Ley*, 1990-C, p. 1015.

fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública nacional, que se mencionan en el artículo 14».

Un dato relevante a tener en cuenta, para interpretar la cohabitación de la ley con lo dispuesto en los artículos 86 y 43 de la Constitución nacional —incorporación de la figura y acción de amparo, respectivamente—, es el alcance funcional que la norma infraconstitucional le reconocía al Defensor, al disponer que:

[...] quedan comprendidas la administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica, denominación, ley especial que pudiera regirlo, o lugar del país donde preste sus servicios. Quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y los organismos de defensa y seguridad (artículo 16).

El alcance que a este artículo le ha dado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el año 2003 ha significado, en la práctica, la aplicación de un criterio absolutamente restrictivo de la legitimación del Defensor del Pueblo, ello a pesar de lo dispuesto en la norma constitucional a partir de 1994.

2. El Defensor del Pueblo en la Constitución argentina

2.1. Fuente normativa constitucional del Defensor del Pueblo

Tal como expresamos más arriba, la ley que incorporó la figura al sistema argentino fue dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y modificada en aspectos no sustantivos con posterioridad. El constituyente reformador definió la figura y, a los efectos de realizar una correcta hermenéutica de la norma que la consagra, es necesario rastrear el sistema de derecho comparado que le inspiró y la fuente normativa que regula aquel.

Por ello, cabe recordar que el ordenamiento constitucional español fue el modelo seguido preferentemente para perfilar la figura en el sistema argentino, razón por la cual es importante revisar el alcance de la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo en aquel ordenamiento jurídico. El artículo 54 de la Constitución española dispone que:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

A su vez, las normas referidas al Tribunal Constitucional (artículo 162, incisos A y B, título IX) disponen que el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo, entre otros.

En línea con ello, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo española, en su artículo 29, remite a las normas constitucionales indicadas y a la ley que regula al Tribunal Constitucional respecto de la legitimación procesal y los tipos de recursos o acciones (artículos 32.1.b, y 46.1 y 2).

En el tema, el Tribunal Constitucional español sostuvo que:

Los artículos 161.1.a de la CE y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo. Pero incluso si se aceptara la tesis de que el Defensor del Pueblo sólo puede promover recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de los fines de la institución, su legitimación, fundada en la finalidad objetiva de la acción instada, no se ve afectada por la motivación o fundamentación jurídica de la misma, tratándose de un órgano unipersonal, como es el Defensor del Pueblo, resulta evidente que su titular puede actuar en los procesos constitucionales por sí mismo, sin perjuicio de que pueda también optar por el nombramiento de un representante o comisionado al efecto. Tanto el abogado del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid como el abogado del Estado alegan que en el recurso del Defensor del Pueblo concurre parcialmente un defecto de legitimación, puesto que en el primero de los fundamentos jurídicos de su demanda imputa a la Ley recurrida la infracción del principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9.3 de la Constitución, siendo así que el Defensor del Pueblo sólo puede actuar, conforme a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, función que delimita las competencias de la institución. Esta última objeción previa debe ser también rechazada por la sola y simple razón de que los artículos 116.1.a de la Constitución y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo. Pero incluso si se aceptara la tesis de que el Defensor del Pueblo sólo puede promover recurso de inconstitucionalidad en el ámbito de los fines de la institución, es decir, para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución (artículo 54 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril), tampoco carecería de legitimación para actuar en el presente proceso, pues no cabe confundir la finalidad objetiva de la acción instada con la motivación o fundamentación jurídica de la misma. Según se infiere de su escrito de demanda, el Defensor del Pueblo persigue en este caso la defensa del derecho a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad y que no tenga alcance confiscatorio, enunciado en el artículo 31.1 de la Constitución. A este fin obedece también la alegación de infracción del principio de seguridad jurídica, que el Defensor del Pueblo atribuye a la Ley recurrida, pues al ser este un principio general del ordenamiento constitucional su eventual vulneración afectaría a la constitucionalidad de las leyes que regulan el sistema tributario y, aún más, a la justicia de este mismo sistema. Existe, pues, un punto de conexión evidente entre el alegato del Defensor del Pueblo en el presente recurso de inconstitucionalidad y el ámbito material de sus funciones lo que despeja cualquier sombra de duda acerca de su legitimación para recurrir, aun en el caso de que se aceptara una interpretación restrictiva de las normas que la regulan.⁵

⁵ Sentencia 150/1990, 4.10.1990, *BOE*, 19901106 [*BOE* n.º 266]. Sala: Pleno. Excmos. Sres. Tomás, Rubio, García-Mon, de la Vega, Díaz, Rodríguez-Piñero, Leguina, López de los Mozos, Rodríguez, Gimeno y Gabaldón. Ponente: don Jesús Leguina Villa. Número registro: 243/1985 y 257. Recurso tipo: Recursos de inconstitucionalidad.

Años más tarde, el mismo tribunal, en oportunidad de pronunciarse en una impugnación a la posible falta parcial de legitimación activa del Defensor del Pueblo para la interposición del recurso, con fundamento similar ya que se invocó que en ese caso la intervención de aquel aparece desconectada de los derechos comprendidos en el título I de la CE cuya defensa le atribuye el artículo 54 del texto constitucional, precepto este que delimitaría su ámbito de actuación y competencias, incluida la facultad de interponer el recurso de inconstitucionalidad que le atribuye el artículo 162.1.a CE, reiteró que:

Esta misma cuestión ya fue planteada y resuelta en la STC 150/1990, de 4 de octubre, a la que hace referencia el propio Gobierno de Canarias, sin que sus alegaciones en el presente recurso sirvan para desvirtuar lo dicho entonces en el sentido de que «los artículos 116.1.a [quiere decir artículo 162.1.a] de la Constitución y 32.1 LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo» (FJ 1). Ciertamente, en esa ocasión, y a efectos meramente dialécticos, poníamos de manifiesto que el recurso entonces interpuesto perseguía también, como podía inferirse del escrito de interposición, la defensa de uno de los derechos previstos en el Título I de la CE (concretamente, a un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad sin alcance confiscatorio, enunciado en el artículo 31.1 CE). Hay que reiterar no obstante que, con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los artículos 162.1.a C.E. y 32.1 LOTC, pues, como afirmamos en la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos «no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional» [FJ 3; también, recientemente, STC 180/2000, de 19 de junio, FJ 2.a].⁶

2.2. La reforma constitucional de 1994 y el Defensor del Pueblo

Desde la reforma constitucional el accionar del Defensor del Pueblo se ha visto fuertemente condicionado por el alcance que a las normas constitucionales e infraconstitucionales en la materia le han asignado principalmente algunos sectores de la doctrina y del Poder Judicial.

⁶ Sentencia 274/2000, 15.11.2000, *BOE*, 20001214 [*BOE*, n.º 299]. Sala: Pleno. Ponente: don Julio Diego González Campos. Número de registro: 1259/1997. Recurso tipo: Recurso de inconstitucionalidad. Promovido por el Defensor del Pueblo respecto a diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1997. Ley de presupuestos: nulidad de varios preceptos, sobre movilidad de funcionarios de altas instituciones, incumplimiento de la jornada de trabajo, retribuciones a cuenta y otros extremos; y validez de los preceptos que regulan la reasignación de efectivos, una convocatoria laboral y la retribución de funcionarios electos.

El presupuesto para desentrañar la voluntad constituyente no se agota en el texto literal de las normas constitucionales que lo tienen por protagonista o coprotagonista sino que se requiere una interpretación integradora de los principios y valores que justifican la incorporación de la figura del Defensor con jerarquía constitucional.

El artículo 43 de la norma suprema, al regular la acción de amparo, habilita expresamente al Defensor del Pueblo a ejercer tal acción en supuestos particulares al disponer que:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines.

La naturaleza de los derechos de incidencia colectiva y la eventual necesidad de un instrumento rápido para hacer cesar el agravio de ilegalidad y arbitrariedad manifiesta se complementan con el expreso reconocimiento de legitimación procesal del Defensor.

Sin embargo, la norma clave es el artículo 86 de la Constitución nacional, ya que en este ha quedado plasmada la voluntad final del constituyente reformador respecto del rol del Defensor y su decisión de no limitar ni restringir la legitimación procesal. La norma en cuestión es la disposición que efectivamente crea la figura con rango constitucional. Por tal razón, supeditar el alcance del artículo 86 de la Constitución nacional a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución nacional, a los efectos de limitarle la legitimación a las acciones de amparo, conduce a un resultado que se aparta manifiestamente del rol que se le ha asignado y de la misión llamado a ejercer en aras de la efectiva vigencia de los derechos y garantías fundamentales.

Lo cierto es que tal subordinación importa crear una confrontación normativa entre textos de igual jerarquía, con el agravante de producirla entre una disposición de carácter general, que regla la incorporación, la naturaleza y la función de la figura, y otra que reglamenta la intervención de aquella en un supuesto específico de proceso, como es la acción de amparo.

Es ilustrativo recordar el debate llevado a cabo en la Convención Nacional Constituyente de 1994. El miembro informante del texto propuesto para su inclusión en la Constitución nacional, el doctor Masnatta, sostuvo que la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo responde a:

[...] un tema de la moderna ciencia política que precisa integrarse a la tripartición clásica de los poderes del Estado, con lo que se ha dado en llamar, tal vez con exceso, el moderno poder de control. [...] En la búsqueda de una moral pública que Mitre exigía y calificaba como el pudor del pueblo, el ejercicio de los controles institucionales cobra mayor énfasis para acercar salud y credibilidad a los gobiernos y honestidad y eficiencia a la administración del sector público [...] es nada más ni nada menos que el abogado de la sociedad.

Luego de repasar los diversos modos de denominación en el derecho comparado hace referencia al origen de la figura en el sistema sueco y manifiesta que:

El objetivo era contar con un mecanismo que no fuera parte de la administración y que además tuviera la confianza del pueblo para controlarla. [...] Por su parte, al caracterizar la actividad del Defensor del Pueblo, la sintetizó mediante los siguientes términos: informar, inspeccionar, investigar, controlar, discutir públicamente, disentir, recomendar, exhortar, influir, criticar, censurar, accionar judicialmente, encuestar, proyectar y programar.

De la intervención de algunos constituyentes, y en referencia con los propósitos de control que guiaron la definición de la figura del Defensor del Pueblo, se expresa que «oficia como un complemento al control jurisdiccional», y al definir su competencia se ratifica la «novedosísima incorporación en la norma constitucional de la facultad de iniciar acciones, es decir, el reconocimiento de legitimación procesal».

El convencional por la provincia de Santa Cruz, Aguiar Torres, al referirse a la experiencia existente en algunas provincias y en la Ciudad de Buenos Aires respecto a la figura del Defensor del Pueblo, sostuvo que: «Justamente de esa experiencia es que ha nacido la necesidad de darle legitimación procesal. Sin lugar a dudas, va mucho más allá de constituirse en un simple denunciante [...] porque va a tener oportunidad de ejercer acciones». En idéntica línea, el convencional Hitters afirmó que: «al permitírsele al Defensor del Pueblo la posibilidad de tener legitimación activa en los procesos, se da la posibilidad al ser humano, de plantear sus problemas ante el ombudsman y se ensancha la legitimación judicial, porque en ese aspecto, como en España, puede litigar».

El rol institucional del Defensor parece indicar que, precisamente, su intervención está pensada para aquellos que por desconocimiento, carencia de medios u otro tipo de imposibilidades no se encuentran en las mejores condiciones para accionar pero, al mismo tiempo, su intervención parece configurar un reaseguro de la legalidad y legitimidad de la toma de decisión de los poderes netamente políticos como son el Ejecutivo y el Legislativo. En su función de control de la administración, y teniendo mandato constitucional expreso respecto de las protecciones que constituyen una carga para el Estado, parece adecuado entender que tiene obligación de velar por el cumplimiento de aquellos. Sería un contrasentido neutralizar su función.

La comprensión integral de su misión dentro del sistema determina que tenga la facultad para interponer distintos tipos de acciones, en algunas de las cuales de acuerdo con la complejidad de los temas es absolutamente relevante producir un mayor debate y prueba, lo que, tal como históricamente se viene sosteniendo está vedado en el amparo. Temas relativos al ambiente, a la salud, a los consumidores, a los usuarios, a la competencia, a la discriminación, entre otros, son ejemplos en el sentido indicado.

Asimismo se discute el alcance de su intervención de acuerdo con la naturaleza de los derechos y a los efectos de la sentencia judicial cuando es el Defensor el que ha iniciado la acción. La doctrina en general entiende que quedarían excluidos de

su accionar los derechos exclusivamente patrimoniales, ya que se caracterizan por ser individuales y requerir acreditación del daño o perjuicio. Por ello, solo el directamente afectado está en condiciones de reclamar judicialmente. Por contraposición, la legitimación amplia se liga a derechos de incidencia colectiva o en aquellos en los que prevalecen intereses generales o grupales. Si bien es cierto que es posible que también existan en estos casos aspectos patrimoniales, prevalecen aquellos que tienen diversa naturaleza y que pueden estar referidos a grupos que tradicionalmente han sido postergados o débilmente protegidos o a derechos que son trascendentes y que exceden el interés de las partes, afectando principios y valores de la comunidad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41 y 42 de la norma constitucional brindan ejemplos conforme a lo expuesto. Asimismo, el artículo 75, incisos 22 y 23, dan una pauta en cuanto a sujetos que requieren una protección activa del Estado, al punto de que pone a su cargo las denominadas acciones positivas.

En cuanto a la facultad del Defensor del Pueblo para plantear la declaración de inconstitucionalidad de una norma, debe tenerse en cuenta que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el artículo 43 de la norma jurídica de base la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes o normas en las que se funda el acto u omisión lesiva de un derecho fundamental, estando habilitados para su cuestionamiento cualquier persona, disposición lo suficientemente amplia para no excluir al Defensor del Pueblo (primer párrafo de la norma constitucional indicada). A su vez, el segundo párrafo del artículo 43 determina supuestos especiales e individualiza a los sujetos habilitados para interponer la acción de amparo, dentro de los cuales se encuentra el Defensor del Pueblo. En consecuencia, carece de sustento constitucional, y sería contradictorio, reconocer que en la acción de amparo el Defensor del Pueblo está habilitado para solicitar la declaración de inconstitucionalidad y, al mismo tiempo, negarle la facultad cuando se trate de otro tipo de acción que, precisamente, por la diversa naturaleza respecto del amparo permite un examen exhaustivo de los hechos y normas cuestionados y que, probablemente, son la razón de la intervención del Defensor del Pueblo.

3. Normas constitucionales y alcance de la reglamentación infraconstitucional

A la luz de lo dispuesto en los artículos 86 y 43 de la norma fundamental corresponde revisar las disposiciones de la ley reglamentaria vigente (24284), ya que al haber sido dictada con anterioridad a la reforma de 1994, y modificada con posterioridad, su texto, o la interpretación que de él se efectúe, debe ser conforme a la norma fundamental.

Una interpretación armónica con el texto constitucional indica que la ley reglamentaria argentina está regulando la actividad del Defensor del Pueblo en el ámbito puramente administrativo y con el objetivo de ordenar la tramitación de las posibles quejas presentadas ante él. En consecuencia, aquellas disposiciones que refieren a su

competencia deben ser ponderadas en relación con sus facultades de investigación de acuerdo con el alcance dado al concepto de administración pública nacional que a tales efectos determina la primera parte del artículo 14 de la ley. Por tal razón, el último párrafo de la norma indicada, al disponer que «quedan exceptuados del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los organismos de defensa y seguridad», no puede ser sino entendido como restricción de la capacidad de investigación administrativa en tales órganos. Esta restricción no guarda relación alguna con la legitimación procesal para iniciar acciones judiciales.

En tal sentido, y en concordancia con jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de lograr una interpretación constitucional integral en la materia, por aplicación del principio de supremacía constitucional, y en razón del carácter operativo del artículo 86 de la norma fundamental, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo para iniciar acciones judiciales ha sido expresamente reconocida, por lo que debe interpretarse que ella le es otorgada para promover acciones en ejercicio de sus funciones, en todo aquello que hace a su competencia.

3.1. En busca de la legitimación perdida

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta época reciente ha efectuado una interpretación sumamente restringida de la legitimación del Defensor a partir de una interpretación inadecuada de la ley reglamentaria y con un claro apartamiento del texto constitucional.

Recientemente se ha abierto una tendencia que modifica tal doctrina. En tal sentido, y a los efectos de brindar un cuadro de situación de la cuestión, es interesante revisar algunos de los argumentos desarrollados en algunas sentencias para ir verificando la transición en la materia.

Desde la reglamentación infraconstitucional, el accionar del Defensor del Pueblo está centrado en el ámbito de la administración dentro del cual tiene establecidas una serie de pautas, entre las cuales se destacan aquellas que limitan su competencia de investigación prohibiéndole avanzar sobre la estructura del Poder Judicial. Este límite responde al principio de división de poderes y a la protección de la independencia del poder jurisdiccional.

Fuera del ámbito puramente administrativo, el artículo 86 de la norma fundamental es el que le confiere su identidad institucional. La derivación de tal precepto es que se trata de un órgano constituido que integra la trama de controles horizontales y que ha sido dotado de una legitimación especial en la que prevalece el rol que juega en el sistema y los objetivos para los que ha sido creado. Por ello, y descartando la concepción clásica, no integra la relación jurídico-sustancial sino que actúa en nombre y representación de aquellos que sí la conforman y que son los que sufren la

afectación a sus derechos como consecuencia de hechos, actos y normas que eventualmente involucran tanto al Estado como a otros particulares.

Pareciera, entonces, que la naturaleza de los derechos no es determinante al tiempo de definir su legitimación sino que lo trascendente es el modo como tales derechos se relacionan con las normas, principios y valores del Estado constitucional de derecho en el que está convocado a actuar.

Osvaldo Gozañi sostiene que:

Clásicamente la doctrina diferencia entre la legitimación procesal *ad processum* que refiere a la capacidad para estar en juicio; de la legitimación procesal *ad causam* que constituye un elemento sustancial para la debida implementación de la relación que entre las partes se trata. Mientras la primera se vincula con la posibilidad de lograr una sentencia de mérito sobre la pretensión y útil a los denominados «contradictorios necesarios» la segunda, por su parte, refiere a la especial naturaleza que emerge de entre los litigantes, por los que se conoce el grado o tipo de interés que tienen en la órbita de los derechos sustanciales (interés para obrar). En el caso del ombudsman resulta interesante ver cómo funciona el presupuesto de legitimación en la causa, en la medida que la legitimación para el procedimiento está previamente reconocida, por vía de principio, en la norma constitucional (artículo 86) [...] En la Argentina, la legitimación procesal que se otorga al Defensor del Pueblo es representativa. Tiene legitimación procesal, dice la Constitución, de forma que no se analiza ni piensa en el vínculo obligacional que debe portar quien deduce un reclamo ante la justicia, sino, antes que nada, en la importancia de los valores que defiende.⁷

En este contexto veamos la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. En los casos *Frías Molina Nélide N. c. Caja Nac. de Prev. de la Ind. Com. y Act. Civiles (1995)*⁸ y *Frías Molina Nélide N. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos (1996)*,⁹ en los cuales el Defensor del Pueblo exhortó al tribunal sobre causas previsionales en trámite y solicitó ser tenido por parte y un pronto despacho, respectivamente, le fue rechazada la legitimación por considerar:

Que el artículo 16 de la ley 24284, dispone que el Poder Judicial queda exceptuado del ámbito de competencia de la Defensoría del Pueblo y concretamente el artículo 20 del mismo ordenamiento establece que si la queja del afectado se formula contra personas, actos, hechos u omisiones que no están bajo la competencia del Defensor del Pueblo, o si se formula fuera del término previsto legalmente, el Defensor del Pueblo estará facultado para derivar la queja a la autoridad competente [...] Que a la luz de la citada norma el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder.

⁷ Osvaldo Alfredo Gozañi: «Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)», en *La Ley*, 1994-E, p. 1378.

⁸ CSJN, *Fallos*, 318: 384.

⁹ CSJN, *Fallos*, 319: 1828.

Con la peculiar interpretación legal se extiende la prohibición de investigación administrativa al campo del proceso judicial y de la facultad para accionar. Sin perjuicio de una tangencial referencia al artículo 43 de la norma fundamental, a los efectos de desconocer la presencia de derechos de incidencia colectiva habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones, el tribunal soslayó analizar el artículo 86 de la Constitución nacional.

2. En el caso *Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/amparo (1998)*,¹⁰ desestimada en la instancia de grado la acción de amparo, a la que había adherido el Defensor del Pueblo, por entender que no se daban los supuestos del artículo 43 de la Constitución nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría confirmó el pronunciamiento.

Para ello, si bien reconoce que el artículo 43 otorga «[...] legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa», tal ampliación constitucional no importa la automática aptitud para demandar. Y en referencia concreta al Defensor del Pueblo reitera la limitación que entiende surge de la ley reglamentaria de la figura, conforme lo hiciera en los fallos indicados en el punto anterior, agregando que conferirle el privilegio de accionar importaría una función exorbitante y abusiva.

Por su parte, la disidencia —que había integrado la mayoría en los casos citados en el punto 1— hace lugar a la queja deducida por el Defensor del Pueblo, declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada. Para ello, entiende que el a quo omitió el análisis normativo cuya ilegalidad y arbitrariedad manifiesta se había alegado a los efectos de la procedencia de la acción. En el considerando 9.º del voto se manifiesta que: «[...] las razones antedichas son suficientes para admitir los cuestionamientos del señor Defensor del Pueblo de la Nación en su presentación directa».

En consecuencia, el no cuestionamiento de la legitimación parecía importar el comienzo de una tendencia, sin que ello impidiera verificar que el gran ausente continuaba siendo el artículo 86 de la norma de base.

Una observación llama la atención de que en el considerando 1.º del voto mayoritario se consigne que la adhesión del Defensor del Pueblo lo fue «en los términos del artículo 90, inciso 2.º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación». Si ello fue así cabe preguntarse por qué razón el funcionario no invocó el artículo 86 de la Constitución nacional, como fuente directa y autónoma de su competencia y representación.

3. En el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo nacional (2000)*,¹¹ el amparo interpuesto pretendía la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1517/98 que elevó la alícuota del IVA que tributaban las prestadoras de

¹⁰ CSJN, *Fallos*, 321: 1352.

¹¹ CSJN, *Fallos*, 323: 4098.

medicina prepaga. La Corte Suprema rechaza la legitimación procesal del Defensor dejando sin efecto la sentencia de grado. El Defensor para justificar su legitimación sostuvo que no actúa en nombre propio «sino en representación de la persona, grupo o sector cuyos derechos se vieran conculcados; es decir, en protección de los derechos de incidencia colectiva en general y, en particular, en defensa de usuarios». El tribunal, si bien reconoció que el artículo 86 prescribe que: «el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal», ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, «si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica sustancial». A tales efectos reiteró el alcance que le asignaba a la ley reglamentaria en la materia, y agregó que la mayor parte de los servicios prepagos y personas adheridas al sistema habían iniciado acciones judiciales por lo cual no es atendible la invocación de derechos de incidencia colectiva ya que las personas y empresas afectados han iniciado las respectivas acciones judiciales. El juez Petracchi también niega la legitimación pero centra su argumento en la disposición de la ley que dice que si, iniciada la actuación en sede administrativa ante el Defensor del Pueblo, la persona interesada plantea acciones judiciales, aquel deberá suspender su intervención.

4. En el caso *Camuzzi Gas del Sur S. A. s/ solicita intervención en autos: Defensor del Pueblo de la Nación c/ Telecom Argentina Stet France (2002)*,¹² la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial dispuso como medida cautelar, ante una presentación del Defensor del Pueblo de la Nación, prorrogar por única vez, sin recargo y por el término de veinte días corridos, a partir de la fecha del primer vencimiento, el plazo para abonar las facturas por distintos servicios públicos. La solicitud se formuló en el contexto de la crisis de diciembre de 2001, y para tal decisión se tuvo en cuenta la dificultad de pago que a los usuarios se les planteaba frente a las disposiciones de los decretos 1570/01 y 1606/01. La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que los agravios de la empresa eran insuficientes para demostrar que la medida cautelar impugnada «sea susceptible de afectar, obstaculizar, comprometer o perturbar el desenvolvimiento de actividades esenciales de la empresa». Si bien del considerando transcrito parece surgir la aplicación de la regla según la cual el principio general en materia de medidas cautelares no configura sentencia definitiva ni equiparable a ella, no es menos cierto que aspectos ligados a la legitimación determinan la existencia o no de caso o controversia, lo que supone una ponderación previa. Por ello, este caso es uno de los ejemplos de la errática, y por momentos confusa, jurisprudencia del tribunal en el tema de la legitimación del Defensor.

5. En el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ amparo (2003)*,¹³ acción iniciada por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a la que adhirió el Defensor del Pueblo, y por la que se perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24977, en cuanto

¹² CSJN, *Fallos*, 325: 2037.

¹³ CSJN, *Fallos*, 326: 2777.

impedía a los profesionales que no superaran los \$ 36.000 de facturación anual asumir la posición de representantes no inscriptos en el impuesto al valor agregado. La procuradora fiscal examinó en primer término la legitimación procesal del Defensor a los efectos de determinar si hay caso o controversia. En tal sentido, concluyó que no se da dicho supuesto «cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes» pues está ausente «la determinación del derecho entre partes adversas». Tal afirmación se complementa con la ratificación del alcance de la ley reglamentaria del Defensor del Pueblo en cuanto excluye del ámbito de competencia del órgano amparista al Poder Judicial y establece que si «iniciada su actuación se interpusiese por persona interesada recurso administrativo o acción judicial, el Defensor del Pueblo debe suspender su intervención». La mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación remite a tal dictamen.

6. En el caso *Mondino Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación) (2003)*,¹⁴ la presentación tenía por objeto solicitar la suspensión generalizada de las ejecuciones hipotecarias de vivienda única. La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó la presentación y para ello, si bien se hace cargo de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución nacional, relativiza sus consecuencias toda vez que pareciera exigir que en cada caso se deberá comprobar «el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión». En el considerando 6.º remitió al análisis de la ley reglamentaria e insistió en la particular interpretación que venía formulando, en manifiesta contradicción con el texto constitucional.

7. En el caso *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud s/ amparo (2003)*,¹⁵ se hizo lugar a la acción en las instancias inferiores. El Defensor del Pueblo, cuya legitimación fue aceptada, interpuso recurso extraordinario con sustento en los efectos de la sentencia, que consideró debían ser *erga omnes* por cuanto su intervención era en representación del universo de quienes padecían la enfermedad de referencia, en los términos de la norma fundamental. El procurador en su dictamen, en lo que aquí interesa, rechazó la legitimación del Defensor, con invocación de la doctrina de la Corte en la materia. La Corte Suprema remitió a dicho dictamen. El juez Zaffaroni, si bien remite al procurador general, al igual que la mayoría, hace excepción expresa respecto a las consideraciones efectuadas en torno a la legitimación del Defensor, por considerar que no eran necesarias en orden a lo resuelto.

8. En el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c. E. N. - PEN Dtos. 149/97 y 1167/87 s/ proceso de conocimiento (2004)*,¹⁶ la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó la acción promovida

¹⁴ CSJN, *Fallos*, 326 :3639.

¹⁵ CSJN, *Fallos*, 326: 4931.

¹⁶ CSJN, *Fallos*, 327: 1402.

por el Defensor del Pueblo tendiente a lograr la nulidad de los decretos mencionados por entender que violaban la Constitución nacional. El Defensor del Pueblo interpuso recurso extraordinario federal. El procurador consideró inoficioso pronunciarse por entender que al haberse abierto una instancia negociadora del contrato de concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales, mediante los decretos cuestionados, las objeciones del apelante podrían tener adecuada respuesta en tal procedimiento. La Corte Suprema remitió a dicho dictamen. Por el sentido del pronunciamiento cabe sostener que no se cuestionó la legitimación del Defensor ni su habilitación para accionar en el marco de un proceso de conocimiento. Este último dato es relevante si se tiene en cuenta que se venía discutiendo su legitimación solo en el proceso de amparo, con independencia de la restrictiva visión aun en ese tipo de proceso y con planteos ligados a derechos de incidencia colectiva o de intereses semejantes o comunes.

9. En el caso *Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales (2004)*¹⁷ se produce un viraje importante. En efecto, en primer término la explicitación de estar en presencia de una acción por daño ambiental en los términos de la ley 25675 y, por otro lado, la clara diferenciación entre el sector de la Corte Suprema que niega la citación del Defensor y aquellos que consideran oportuna su intervención en la causa. Los fundamentos para negarla solo se refirieron a que los actores no mencionan las razones por las cuales lo solicitaban. Los jueces que hicieron lugar al pedido fundaron tal decisión en el artículo 86 de la Constitución nacional y en el artículo 30 de la Ley de Protección Ambiental, que distingue claramente entre aquellos que inician la acción y aquellos que pueden concurrir en condición de terceros.

A la luz de tal normativa cabe interrogarse, teniendo en cuenta que párrafos más arriba he hablado de la legitimación especial del Defensor a partir del rol institucional que le ha sido asignado, si es constitucionalmente adecuado intentar identificar la intervención del funcionario con aquella que le corresponde a los terceros conforme lo dispuesto en las normas del Código Procesal Civil y Comercial. Es un debate que debe instalarse y tal vez es el propio Defensor quien en sus respectivas presentaciones deberá argumentar al respecto, a los efectos de fortalecer el reconocimiento de su intervención procesal, para lo cual la aplicación literal del código del rito puede ser insuficiente.

Todo lo relativo al derecho ambiental requiere reformular la visión del proceso. Una de las cuestiones es sin duda la intervención del Defensor.

10. Finalmente, en el caso *Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo nacional (2005)*¹⁸ se continúa acentuando el viraje y el cambio de doctrina en los

¹⁷ CSJN, Fallos, 327: 2967.

¹⁸ *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E. N. – PEN – ME - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento*. D. 90. XXXVIII. S. 11. XXXVIII. 24.5.2005. En la misma fecha, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en *Defensor del Pueblo de la Nación - incidente med. c/ EN – PEN*

votos de algunos de los ministros del máximo tribunal de la República. El Defensor del Pueblo inició una acción ordinaria para plantear la inconstitucionalidad de las normas que disponían el reajuste de las tarifas del gas. Los demandantes opusieron la falta de legitimación activa y el no agotamiento de las vías administrativas. El procurador general, si bien analiza el artículo 86 de la norma base, lo que parece conducir, por fin, al reconocimiento pleno de la legitimación procesal, termina subordinándolo al artículo 43 de la Constitución, con lo cual se produce el resultado paradójico de sostener que tiene legitimación solo a los efectos de iniciar acciones de amparo y en defensa de derechos de incidencia colectiva. En conclusión, el Defensor no puede iniciar cualquier tipo de acción. Completa tal regla con las limitaciones que surgen de la ley reglamentaria y con la afirmación según la cual en dicho marco normativo la existencia de otras causas judiciales iniciada por interesados directos importa en forma automática la suspensión de la actividad del Defensor.

La mayoría de la Corte Suprema rechazó el recurso por no dirigirse contra una sentencia definitiva, con lo cual no adopta posición expresa respecto a los cuestionamientos y alcances de la legitimación del Defensor.

Por el contrario, los jueces Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda, por sus propios votos, comienzan a desarrollar argumentos definitivos para recuperar la legitimación perdida, para lo cual deciden pronunciarse sobre el tema aun reconociendo que las impugnaciones no se refieren a una sentencia definitiva. Para ello, y con independencia de aspectos que diferencian el sentido del voto de los tres primeros con el emitido por el juez Maqueda, es posible sostener que, en el marco del artículo 86 de la Constitución nacional, el Defensor del Pueblo está habilitado para iniciar cualquier tipo de acción judicial.

En efecto, los jueces Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti destacan que no puede prosperar el reconocimiento del accionar del Defensor en representación de los derechos de usuarios y, al mismo tiempo, intentar justificar que solo puede ejercer aquella en el contexto de una acción de amparo. Tal conclusión se sustenta no solo en la interpretación armónica de los artículos constitucionales sino en los debates llevados a cabo en la Convención Constituyente reformadora de 1994. Asimismo rechazan la pretensión de vedar al Defensor cuestionar o fiscalizar la actividad formal o material del Congreso de la Nación, toda vez que la nulidad de las normas reglamentarias que se persigue se funda en la violación expresa de la Ley de Convertibilidad.

A su vez, el juez Maqueda sostiene que ha sido voluntad final del constituyente reformador no limitar ni restringir la legitimación procesal del Defensor del Pueblo. Por tal razón, y por aplicación del principio de supremacía constitucional, el funcionario tiene facultad para promover todo tipo de acciones judiciales «en todo

- ME - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento, D. 89. XXXVIII. D. 10. XXXVIII, respecto a la medida cautelar solicitada en la misma causa rechazando los recursos extraordinarios interpuestos contra esta por no estar dirigidos contra una sentencia definitiva.

aquello que hace a su competencia, tanto en el ámbito nacional como ante órganos o tribunales internacionales».

Y con respecto al alcance de tal competencia sostiene que: «se centra en la defensa del orden público, social y en la vigencia de los derechos fundamentales, y encontrará su límite en la defensa del interés colectivo y general». Descarta la confrontación normativa entre el artículo 43 y 86 de la norma de base; precisa el alcance correcto de la ley reglamentaria infraconstitucional y avala la facultad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de normas en las que se funde el acto, hecho u omisión lesiva del derecho fundamental.

4. Algunas consideraciones finales

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia cabe señalar:

a. El juego armónico de los artículos 43 y 86 de la Constitución nacional conduce a reconocer una amplia legitimación procesal al Defensor del Pueblo para interponer distintos tipos de acciones judiciales, cuya elección dependerá de la mayor o menor idoneidad de cada una de estas para lograr el resultado más eficaz y eficiente en relación con el objeto de las pretensiones.

b. El alcance de la legitimación constitucional reconocida al Defensor del Pueblo aparece sustancialmente ligada a derechos de incidencia colectiva o a aquellos que impactan en los derechos de grupos o sectores que en su conjunto se ven afectados por actos, hechos u omisiones que si bien pueden irrogar violaciones de naturaleza individual configuran un colectivo que dentro del sistema requiere protección institucional por padecer un agravio común.

c. En principio no se extendería la legitimación reconocida a derechos de contenido exclusivamente patrimonial. En este punto creo que vale efectuar una reflexión. La facultad del Defensor del Pueblo para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma encuentra su razón de ser no en la naturaleza de los derechos que se ven afectados sino en que por encima de ellos se produciría una confrontación con el plexo de reglas, valores y principios de la Constitución nacional, situación esta que excede con creces los ámbitos individuales. En tales casos, lo que prevalece es el rol del Defensor en resguardo de la legalidad y legitimidad de la toma de decisión del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo. En tales supuestos, y con independencia de estar involucrados los que podemos denominar derechos patrimoniales de carácter individual —los que conforme con abundante doctrina en la materia siempre se encuentran ligados a numerosos derechos fundamentales no económicos—, una visión restrictiva de la legitimación del Defensor no parece conforme al texto constitucional. Nada obsta a diferenciar el objeto de la pretensión —la declaración de inconstitucionalidad de normas por violación de derechos y garantías constitucionales— de los efectos de la resolución judicial, la que no tendría carácter *erga omnes* sino que exigiría la acreditación del efectivo perjuicio por aplicación de la normativa

en crisis. La plena vigencia de los mandatos constitucionales, tales como los que imponen los artículos 14, 16, 18, 19, 28, 75, incisos 22 y 23, de la norma fundamental, vinculan también el accionar del Defensor del Pueblo en el contexto de un Estado constitucional de derecho.

Federico Justiniano Robledo*

El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal

Los derechos humanos se desarrollan siempre en una cultura política. Para comprenderla han de examinar su sustento jurídico y desde luego su conciencia moral.

*Pedro J. Frías*¹

1. Planteo preliminar

La Segunda Guerra Mundial, con su testimonio desgarrador de sesenta millones de muertos, otro tanto de desaparecidos y mutilados, niños huérfanos, medio ambiente contaminado por las bombas, ciudades devastadas moral y materialmente, generó como respuesta esperanzadora la creación de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Los sufrientes países comprometidos en este infortunio fueron sus principales signatarios.

El holocausto arrasó con todos los límites que la dignidad del hombre puede poner para impedir su avasallamiento. Nada quedó como antes. Lo ético también estaba en su reconstrucción.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Académico de número de la Academia del Plata, sección Córdoba, Argentina. Docente de Derecho Público Provincial y Derecho Municipal y miembro de la Comisión Directiva del Área de Estudios de América Latina de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ Pedro José Frías: «Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica», en *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección Perú) - Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 79.

Esta realidad constituyó el comienzo del camino para trabajar por lograr el restablecimiento del orden, el afianzamiento de la paz y la defensa de la dignidad de la persona humana. En ese marco situacional, el hombre advirtió que, para salvaguardar su integridad, había iniciado lo que se llamó la internacionalización de los derechos humanos. Gozaíni sostiene que:

La internacionalización de los derechos importa el tránsito de lo universal hacia lo interno de cada sistema jurídico. Por consiguiente, en particular el Estado y la Nación reconocen la necesaria tutela de esos valores, los cuales importan los derechos del hombre, por su condición de tal, que resultan de existencia anterior a la creación del propio Estado y a su ordenamiento positivo.²

Es una realidad que —a partir de los comienzos del siglo XX— en distintos países, el Estado, valiéndose de injustificados e ilegítimos fundamentos, desarrolló políticas intervencionistas y estatistas a través de un poder arrollador contra los derechos fundamentales del hombre, acogidos y reconocidos estos con rango constitucional.

Estas circunstancias sucedieron, por cuanto los medios clásicos de control, parlamentario y judicial, por sí solos devinieron insuficientes para llevar a cabo una razonable, eficiente y oportuna acción defensiva de los distintos derechos, intereses y garantías del hombre común.

Las limitaciones de los aludidos controles tradicionales generaron la necesidad de que se expandiera por numerosos países y regiones en el mundo el Defensor del Pueblo y que lo hiciera con una mayor comprensión de sus competencias.

Diversos factores favorables para su institucionalización han coadyuvado a que el hombre de la calle cuente con un órgano especial y adecuado, que vigile el efectivo cumplimiento de las funciones del Estado, protegiéndolo frente a él y los particulares en sus derechos esenciales.

Las nuevas necesidades facilitaron que su función, en sentido amplio, importara la defensa de los derechos del hombre, abarcativos de los denominados derechos de primera, segunda y tercera generación.

Así las cosas, el Defensor del Pueblo nació como un órgano de control de la democracia, con la doble atención en la defensa de los derechos del pueblo de carácter individual y colectivo, ante la administración del Estado y también ante la estructura judicial, debiendo en este supuesto contar con legitimación procesal.

2. El Defensor del Pueblo: la influencia del modelo español

Para la región en general, y para Argentina en particular, resultó imposible separar los regímenes constitucionales de España y de América Latina, en mérito de los denominadores comunes e influencias recíprocas, producidos entre ambas

² Osvaldo A. Gozaíni: «El Ombudsman en la realidad, ¿utopía o realidad?», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 3/91, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 365.

culturas jurídicas. El Defensor del Pueblo latinoamericano y criollo tomó bastante del modelo español.

Resulta necesario destacar que España incorporó el instituto del Defensor del Pueblo en una línea de atribuciones o competencias de mayor amplitud que las que sustentaban las continuadoras del modelo sueco de 1809.

En Suecia, como consecuencia de choques ocasionales entre el monarca y su Parlamento, se decidió constitucionalizar la figura del Ombudsman con la específica función de ejercer un control de la administración, de sus funcionarios y muy particularmente de sus jueces desde dicho Parlamento.

Por el contrario, España asumió un rol con identidad distinta, vinculado a la protección de los derechos fundamentales del hombre, y sustituyó la denominación de Ombudsman por la de Defensor del Pueblo.

Y desde la madre patria se extendió, principalmente a Latinoamérica, a partir de la década de 1980, iniciando su incorporación en Guatemala en 1985 con el nombre de Procurador de los Derechos Humanos; en México hacia 1990, con la de Comisión Nacional de los Derechos Humanos; en El Salvador, al concluir sus penosos años de guerra civil, con el de Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos; Colombia en su ley fundamental, como Defensor del Pueblo; posteriormente en Bolivia, Perú, Paraguay, Nicaragua y Costa Rica, como Defensor de los Habitantes; Honduras como Comisionado Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos y en Argentina como Defensor del Pueblo.

Resulta llamativo y original que los pueblos indígenas y los pobladores de las zonas paupérrimas lo denominaron «El Señor de las angustias».

Pero cabe puntualizar que su aplicación en las nuevas y actuales democracias no conlleva un alejamiento o confrontación con el modelo sueco, sino solo vigencia de un modelo ajustado a sus tiempos, cambios, nuevas necesidades y evolución inexorable de una sociedad ajustada a los adelantos de la técnica y la ciencia.

La Constitución española,³ en su artículo 54, consagra la institucionalización del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado para la defensa de los derechos fundamentales y con facultades expresas para supervisar la actividad de la Administración, de lo que debe dar cuenta a las Cortes Generales. Es decir, constituye una institución de vinculación parlamentaria, que por medio del estado e investigación de sus quejas o por propia iniciativa puede controlar el funcionamiento de todas las administraciones del Estado. Le otorga legitimación procesal (artículos 53 y 162 CE) para interponer recurso de amparo, de inconstitucionalidad y hábeas corpus (artículos 162.1.a; 162.1.b y 17.4 CE)

El otorgamiento de su legitimación procesal implica un decidido impulso a la efectividad y operatividad de su labor institucional, en particular en materia de

³ Editada en Madrid, Biblioteca de Legislación-Ed. Dilex, 1999.

protección de los derechos humanos. Asimismo se encuentra fortalecido con la atribución de poderes de investigación e iniciativa legislativa.

Ello reviste una importante fuente para su posterior desarrollo, como este tiene en América Latina. Jorge Luis Maiorano sostiene que «en la región, el Defensor del Pueblo, desde su génesis tuvo y tiene como finalidad la tutela integral de los derechos fundamentales». Remarca que «esta situación fue determinante para el desarrollo en nuestras tierras de esta institución».⁴

3. Los derechos humanos: una opinión sugerente

El presidente del Consejo General de Abogados de España, D. Carlos Carmicer Diez, refirió que: «En una sociedad organizada democráticamente, todos los agentes que de una u otra forma desarrollan cometidos relacionados con los derechos humanos, deben ser comprometidos a su eficaz protección».⁵

Completó su idea con la recomendación inserta en las palabras de Eleanor Roosevelt, cuando esta presentaba la relación de la Declaración de los Derechos Humanos —en que se preguntaba—:

¿Dónde residen los derechos humanos? [Se contestaba:] En pequeños lugares, cercanos al hogar, tan cercanos y tan pequeños que no se les ve en mapa alguno del mundo. Y sin embargo, son el mundo de cada ser humano: la vecindad en la que vive; la escuela o el centro de estudio al que asiste, la fábrica, la granja o la oficina en la que trabaja. Tales son los lugares donde cada hombre, cada mujer, cada niño busca igual justicia, igual oportunidad, igual dignidad sin discriminación. Si los derechos humanos no tienen sentido en estos lugares, no lo tendrán en sitio alguno.

Concluía: «Todos los responsables de la formación de la persona humana, de la organización de sus trabajos, de su convivencia o de sus acciones sociales deben estar comprometidos con el más escrupuloso respecto de los derechos humanos».⁶

4. El Defensor del Pueblo en la Constitución argentina

El nuevo artículo 86 incorporado en la reforma de 1994 de nuestra Constitución argentina, que sigue los lineamientos de su fuente, el artículo 54 y concordantes de la Constitución española,⁷ nos merece un detenido análisis, a los efectos de su interpretación, en los asuntos que suscita su aplicación.

⁴ Conferencia en el Congreso IOI, 1996, nota 3, citada por ese autor en «El Defensor del Pueblo en América Latina: La necesidad de fortalecerlo», en la revista *Inter Forum*, «La mejor fuente de información en Iberoamérica y el Caribe», 1.º de septiembre de 2004.

⁵ En oportunidad de la Reunión Intercontinental Unión Europea - América Latina-Caribe, celebrada en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2002, organizado por el Defensor del Pueblo de Madrid y la Comisión Europea, con el tema «Tutela de los derechos humanos».

⁶ Edición en Madrid, a cargo del Gabinete de Estudios y Documentación del Defensor del Pueblo, 2003, p. 141.

⁷ *Constitución Española*, o. cit., artículo 54: «Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa

Lo primero que debe destacarse es que en el texto aprobado por la Convención Nacional Constituyente se encuentran coincidencias con el de la ley n.º 24284; ello es así con su primera frase y con la segunda del segundo párrafo (el modo de elección del Defensor del Pueblo).

Sin embargo, es esencial que nos detengamos en la segunda frase del primer párrafo, que dice: «Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos, 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».

Advertimos, a su sola lectura, que innova significativamente en el régimen legal preexistente.

Las *garantías*⁸ son los medios que creó la Constitución para proteger adecuadamente todos los derechos y libertades del hombre por ella reconocidos. Y entre ellas es conveniente citar a la acción de amparo, hábeas data y hábeas corpus (artículo 43 CN).

Con relación a las garantías, siempre se ha entendido que estas son sustancialmente medios necesarios para lograr la tutela de derechos, pero a pesar de ello nada impide que cuando en ciertas situaciones, si a un particular se le dificulta o le resulta imposible por razones morales o económicas plantear un amparo o amparos especiales para proteger su derecho amenazado, entonces pueda actuar el Defensor del Pueblo para que se superen esos obstáculos que pueden interferir en el uso de alguna garantía.

La Constitución nacional defiende y protege además los intereses tutelados en ella y las leyes ante hechos, actos u omisiones de la Administración, a través del Defensor del Pueblo (artículo 86 CN). Se complementa con la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo que, en su artículo 14, prescribe que esta institución debe «proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la administración pública», mencionados en el citado artículo. Y este último expresa que la investigación que lleve adelante el Defensor del Pueblo tendrá como fin esclarecer esos actos u omisiones que signifiquen su ejercicio abusivo, ilegítimo, irregular, defectuoso, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo los que afecten los intereses colectivos o difusos. Ello implica advertir que se comprenden todos los actos propios de disfuncionalidad administrativa y todos aquellos generadores de violaciones a los derechos fundamentales o humanos precedentemente señalados.⁹

de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales».

⁸ Las garantías constitucionales, según Joaquín V. González, «son aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo y a todos los hombres de que sus derechos han de ser sostenidos y defendidos por la autoridad», citado por Arturo Horacio Iturrez en el capítulo «Garantías», de Pedro José Frías y otros: *La Constitución de Córdoba comentada*, o. cit., p. 39.

⁹ Jorge H. Gentile y Eduardo A. González, en su proyecto de ley sobre creación del Defensor del Pueblo nacional, citado en *Tercera rendición de cuentas como diputado de la Nación. Desde el 1.º*

Seguidamente, aunque resulta redundante, conviene poner el acento en que la referencia a *esta Constitución* debe interpretarse abarcativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos, con los nuevos alcances del artículo 75, inciso 22, CN. Esto es, que dichos tratados también tienen jerarquía constitucional.

Cabe puntualizar que si bien es cierto que el artículo 86 no menciona a los instrumentos internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos del artículo 75, inciso 22, CN, quedan comprendidos por ser este objetivo esencial de los derechos humanos una de sus principales tutelas constitucionales. De tal manera, todas estas disposiciones tienen jerarquía constitucional, superior a las leyes.

Cabe mencionar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁰ la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹¹ la Convención

de septiembre de 1990 al 10 de diciembre de 1991, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1991, pp. 109-118, en su artículo 1.º establecen: «El defensor del pueblo es el alto comisionado del Congreso designado por este para la defensa de los derechos consagrados por la Constitución nacional y las leyes dictadas en su consecuencia, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la administración dando cuenta al Congreso». Artículo 3.º: «El defensor del pueblo tiene a su cargo velar por el buen orden, decoro y regularidad de la administración pública por la dignidad de la función pública y por la respetabilidad de los miembros del Poder Ejecutivo, autoridades administrativas, funcionarios, agentes y de cualquier persona que actúe al servicio de la administración pública centralizada, descentralizada y autárquica». Artículo 10: «El defensor del pueblo tiene por misión proteger a los ciudadanos de las irregularidades e injusticias administrativas. A tal fin interviene de oficio o a petición de partes para controlar o supervisar, de modo más inmediato y por el medio más idóneo posible y para emprender o proseguir cualquier investigación conducente al esclarecimiento de actos y hechos de la administración pública nacional centralizada, descentralizada, empresas del Estado, cualquiera sea su forma o naturaleza jurídica, o de las entidades concesionarias, de servicios públicos en sus relaciones con los usuarios, que puedan significar anomalías, irregularidades, arbitrariedades, abuso, deficiencias, discriminaciones, negligencias, injusticias, desatenciones o descuidos de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones. Así mismo interviene en casos de excesiva demora, no justificada por las disposiciones reglamentarias en vigor, en la transmisión de cualquier asunto administrativo o en que se encuentren afectados los intereses generales de la Nación. También actúa a petición de cualquier funcionario o agente público que se considere lesionado en su honorabilidad o integridad personal. Cuando a través de denuncias públicas o por la prensa se tuvieren noticias de anomalías administrativas o se atribuyeren irregularidades a un funcionario o agente público, el defensor del pueblo puede actuar de oficio procurando averiguar la veracidad de los hechos. A tal efecto, una vez determinado su origen e identificado su autor, se citará al responsable a fin de que ratifique la denuncia formulada. La rectificación de la denuncia o la incomparecencia del responsable es comunicada al funcionario o agente público afectado a los efectos que hubiere en resguardo de su reputación y sus derechos. Asimismo el ministerio público pone en conocimiento del defensor del pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones».

¹⁰ Fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 28 de abril de 1948, por resolución XXX, citada por Zlata Drnas de Clément en «Los documentos internacionales del ámbito regional incorporados a la Constitución nacional», en Ernesto J. Rey Caro, Graciela Salas y Zlata Drnas de Clément: *Los tratados internacionales y la Constitución nacional*, Córdoba, Marcos Lerner, 1995, p. 92. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹¹ Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 107. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

Americana sobre Derechos Humanos,¹² el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,¹³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo,¹⁴ la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,¹⁵ la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial,¹⁶ la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,¹⁷ la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes,¹⁸ la Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁹ y demás tratados o instrumentos incorporados con posterioridad

¹² Fue suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Fue aprobada por nuestro país por ley 23054. Su sanción es del 1.3.1984; promulgada el 19.3.1984; publicada en *BO* el 27.3.1984, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 115 y 143. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹³ Fue adoptado por resolución n.º 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Fue aprobado por nuestro país por la ley 23313. Su sanción es del 17.4.1986; fue promulgado el 6.5.1986, publicado en *BO* el 13.5.1986, citado por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 157 y 184. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹⁴ Fue aprobado por resolución n.º 2200 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas y suscrito en la ciudad de Nueva York, el 19 de diciembre de 1966. Fue aprobado por nuestro país por ley 23313. Su sanción es de 17.4.1986; promulgado el 6.5.1986; publicado en *BO* el 13.5.1986, citado por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., p. 184. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹⁵ Fue aprobado por la III Asamblea General de Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948. Fue aprobado por nuestro país por decreto ley 6286/56. Su sanción y promulgación son de fecha 9.4.1956; publicada en *BO* el 25.4.1956, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., p. 191. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹⁶ Fue aprobada por resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960; Suscrita en la ciudad de Nueva York, el 13 de julio de 1967. Fue aprobada por nuestro país por ley 17522. Su sanción y promulgación es del 26.4.1968; Publicada en *BO* el 8.5.1968, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 193 y 208. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 2, en la reforma constitucional de 1994.

¹⁷ Fue aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979; suscrita por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Fue aprobada por nuestro país por ley 23179. Su sanción es del 8.5.1985; promulgada el 27.5.1985; publicada en *BO* el 3.6.1985, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 209 y 223. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹⁸ Fue adoptada la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984; suscrita por nuestro país en la ciudad de Nueva York, el 4 de febrero de 1985. Fue aprobada por nuestro país por ley 23338. Su sanción es de 30.7.1985; promulgada el 19.8.1986; publicada en *BO* el 26.2.1987, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 225 y 240. Adquirió jerarquía constitucional por el artículo 75, inciso 22, en la reforma constitucional de 1994.

¹⁹ Fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989. Fue aprobada por nuestro país por ley 23849. Su sanción es de 27.9.1990; promulgada de hecho el 16.10.1990; publicada en *BO* el 22.10.1990, citada por Germán J. Bidart: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., pp. 243 y 266. Adquirió jerarquía constitucional por ley 24820 en la reforma constitucional de 1994.

con igual jerarquía. Se les acordó jerarquía constitucional, con la salvedad de que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución nacional, debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos (artículo 75, inciso 22, CN).

En lo que respecta a los intereses, y si se recurre a la clasificación de *interés jurídico e interés simple*, no resulta que los segundos hayan sido excluidos de esta protección: por consiguiente, el Defensor del Pueblo tiene obligación de actuar aun cuando se invoque un interés simple, ya sea para admitir la legitimación activa de quien lo hace como para disponer que se investigue el asunto, todo ello con la amplia informalidad de sus procedimientos, según resulta de esta normativa constitucional.

Además, desde otro ángulo, las palabras «ante hechos, actos u omisiones de la Administración» tienen una amplitud muy grande, puesto que comprenden a cualquier órgano administrativo nacional, provincial o municipal que se desempeñe en nuestro país, y también a los órganos judiciales cuando ejercen función administrativa.

En su consecuencia, del artículo 86 no resulta que la noble misión confiada al Defensor del Pueblo se encuentre delimitada territorialmente, o también con límites físicos o funcionales. En realidad, la cuestión a la cual se refiere son las modalidades de esa actuación.

Concluye el primer párrafo del artículo 86, en análisis, disponiendo que es de incumbencia del Defensor «el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas».

Por cierto, esta normativa comprende a las personas físicas o jurídicas que sean titulares, por ejemplo, de contratos para la prestación de servicios públicos.

Es correcto prevenir que al no establecerse en el citado artículo 86 ninguna distinción, todos los actos de dichas personas e incluso también aquellos que en teoría corresponderían al derecho privado, resultan comprendidos bajo la competencia del Defensor del Pueblo.

Por último, es de significativa importancia el otorgamiento de legitimación procesal²⁰ (primera frase del segundo párrafo) al Defensor del Pueblo, la que guarda directa congruencia con la similar autorización que le confiere el artículo 43 CN,

²⁰ Jorge H. Gentile y Eduardo A. González en su «Proyecto de ley sobre creación del Defensor del Pueblo Nacional», citado en *Tercera rendición de cuentas como diputado de la Nación. Desde el 1.º de septiembre de 1990 al 10 de diciembre de 1991*, Buenos Aires Imprenta del Congreso de la Nación, diciembre de 1991, pp. 113 y 114, en su artículo 18 establece: «La actuación del defensor del pueblo no modifica ni afecta la competencia propia de los organismos existentes de contralor internos y externos de la administración y del Estado. El defensor gira al órgano competente las actuaciones sustanciadas una vez resuelta afirmativamente la procedencia de la renuncia o de la investigación para que tomen intervención y adopten las medidas que correspondiere contra los responsables. Sin embargo, reviste legitimación activa en la protección de los derechos difusos y en los intereses colectivos. El defensor del pueblo está facultado para acudir directamente por ante el honorable Tribunal de Cuentas de la Nación para hacer conocer el resultado de su investigación cuando surgiere o pudiere existir perjuicio patrimonial para el Estado».

que de esta manera se encuentra ampliado por aquella incondicional cláusula constitucional.

Por cierto que resulta imprescindible para cumplir plenamente su labor funcional, que ella esté dotada de legitimación procesal.

Nelson Filippi,²¹ Defensor del Pueblo de la provincia de Córdoba, expresó claramente que:

Necesitamos para la credibilidad que la gente debe tener con respecto a nuestra Institución, que se nos confiera la Legitimación Procesal en cuanto a sus alcances, herramienta útil que debe ser manejada con prudencia para que de esa manera esta Institución que es el Defensor del Pueblo, con muy joven vigencia en Latinoamérica pero ya llevando doscientos años en el continente Europeo, cumpla realmente el rol dentro del sistema democrático que le tienen históricamente reconocido, en todos los países del mundo.

En nuestro país son como siempre las provincias las que primero incorporaron las instituciones que luego adoptó la nación. En el caso, el Defensor del Pueblo fue instituido primero en algunas provincias, y por el artículo 86 en la Constitución nacional a partir de 1994.

Esta incorporación nacional lo fue en plenitud, porque además de reconocerle expresamente la facultad de interponer acciones de amparo (artículo 43 CN) le confiere legitimación procesal (artículo 86 CN), que no cuenta el Defensor del Pueblo de la provincia de Córdoba, ni por su Constitución provincial (artículo 124) ni por su ley orgánica n.º 7741.

Toda Constitución constituye una ley fundamental y sus normas obligan a los distintos poderes públicos y también a los particulares, debiendo ser aplicada a las conductas humanas donde tiene imperio, para que no se convierta, al decir del Pedro José Frías, en un mero *catálogo de ilusiones*.

Pero la persona que pretenda invocar y hacer valer sus derechos plenamente debe contar con *legitimación procesal activa*, que es «aquella aptitud para hacer parte en un determinado proceso o la relación que existe entre quien pide y acerca de lo que pide, nexo que vincula a la persona con el derecho».²²

Ricardo Alberto Muñoz²³ también sostiene que

El derecho a la jurisdicción, garantía del debido proceso y tutela judicial efectiva, contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente, implican una franca apertura para que toda persona pueda acceder en un tribunal independiente e imparcial en tutela de sus derechos que cree

²¹ Nelson Filippi, en Plenario de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina «La legitimación procesal como instrumento de defensa de los derechos sociales», jornada debate, edición de la Universidad de Río Cuarto, Córdoba, 28 de agosto de 2003, p. 20.

²² Ricardo Alberto Muñoz: «La legitimación procesal como instrumento de defensa de los derechos sociales», en Plenario de la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina, jornada debate, Universidad Río Cuarto, Río Cuarto, Córdoba, 28 de agosto de 2003, p. 27.

²³ *Ibidem*.

afectados en condiciones de igualdad a los fines de obtener una decisión fundada en derecho y en tiempo oportuno. Es la posibilidad de excitar al órgano jurisdiccional mediante una acción procesal en defensa de derechos individuales o colectivos. Es la garantía para todos los derechos.

Advierte asimismo que

Los procesos constitucionales no son meros procedimientos, son aquellos insertos o previstos en las propias Constituciones para hacer efectivo el principio de supremacía constitucional impugnando con carácter preventivo o reparador normas contrarias y defender de esta manera los derechos fundamentales, tales como el amparo, hábeas data, hábeas corpus, recurso extraordinario y acción declarativa de inconstitucionalidad.

Ello nos permite entender que la Constitución reconoce los derechos del hombre a defender los procesos constitucionales para hacerlos valer, y establece quiénes están habilitados e investidos para usar de ellos activamente por ante los órganos jurisdiccionales. Entre ellos, el Defensor del Pueblo de la Nación tiene legitimación procesal (artículo 86 CN) y puede, al igual que el afectado y asociaciones, articular amparo colectivo o de incidencia colectiva. Esta última constituye un medio constitucional por la cual se protege los derechos colectivos de la sociedad en su conjunto, o sector social específico.

El Defensor del Pueblo de la Nación es titular de derechos subjetivos públicos para interponer acción de amparo colectivo. Y como bien manifiesta Ricardo Alberto Muñoz,²⁴ «El Estado no abandona a la iniciativa particular la existencia de una pretensión y establece un órgano específico con la misión de interponer pretensiones ante el Poder Judicial, sea en lugar de las partes cuando estas no lo hacen o además de las partes cuando sí lo hacen». Y por cierto, este órgano no es otro que el Defensor del Pueblo de la Nación. De esta manera cuenta con la herramienta legal para ejercitar la defensa de los derechos humanos y demás derechos, accionar ante hechos, actos u omisiones de la Administración y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El último párrafo del artículo 86 de la Constitución nacional establece que «la organización y funcionamiento de esta institución serán regulados por un ley especial». La ley 24284 de 1984 (diez años antes de la reforma constitucional de 1994) ya regía en el país, cuando entró en vigencia la reforma de 1994 de la Constitución nacional, por lo que los principios son absolutamente coincidentes.

Por lo tanto, es inobjetable que en la tramitación de las actuaciones fundadas en el artículo 86 deben aplicarse las reglas establecidas en los artículos 14 a 29 de la ley 24284 vigente; de lo contrario, la norma constitucional sería letra muerta.

²⁴ Ricardo Alberto Muñoz: «La legitimación procesal...», o. cit., p. 28.

5. El Defensor del Pueblo y su legitimación procesal

Para esclarecer el concepto de legitimación procesal del Defensor del Pueblo se tiene en cuenta el vínculo legal que deviene de la importancia de los valores que defiende.

En este aspecto, Alberto Spota²⁵ sostiene que la legitimación procesal conferida en Argentina es representativa, por lo que no debe analizarse el vínculo obligacional que debe portar, pues esta acreditación se encuentra en el artículo 86. Afirma que «es un mandato preventivo, por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, prioricen por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita». Esta opinión —expresa— se funda, además, en que el artículo 43 CN distingue en la procedencia del amparo las tres categorías de individuos que puedan reclamar ante el acto ilegítimo, la agresión discriminatoria, la protección del consumidor, la defensa al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o los de incidencia colectiva en general: a) el afectado; b) el Defensor del Pueblo; c) las asociaciones registradas.

Y, agrega que, «respecto al ombudsman surge necesario captar la problemática de tenerlo por *parte* cuando celebra una actuación inoficiosa, sin tener la representación adecuada que menta la tipicidad procesal requerida por la legitimación». Concluye que «sería beneficioso que la justicia no entorpeciera la marcha de una denuncia por atender cuestiones técnicas como es la acreditación previa del derecho invocado», cuando la propia carta fundamental en su artículo 86 tiene dicha acreditación incorporada.

Bidart Campos expresa que:

En correspondencia con el artículo 86, el artículo 43 también se la confiere [la legitimación procesal] para promover la acción de amparo prevista en su segundo párrafo, que es aquel donde aparecen mencionados los intereses difusos o colectivos con el nombre de «derechos de incidencia colectiva en general». Esta relación entre legitimación específica del artículo 43 y la genérica del artículo 86 abre un espacio procesal muy amplio y digno de interpretación generosa. De ahí que: «a) la legitimación del Defensor del Pueblo se entiende como extendida a toda clase de procesos judiciales, incluso para plantear mediante el recurso extraordinario una cuestión constitucional a efecto de una relación por Corte Suprema; b) para acudir a instancias administrativas e intervenir en ellas a efectos de plantear pretensiones de defensa de derechos e intereses, de modo equivalente a como lo puede hacer ante los tribunales judiciales; c) en esferas judicial y administrativa [...] actúa en virtud de una denuncia o un requerimiento de particulares, sin que necesariamente sean los titulares del derecho o del interés por lo que se recaba la intervención del Defensor del Pueblo; d) en cuanto a la acción pública en materia penal, para (incoarla); e) la legitimación no inhibe ni margina la que también incumbe a la parte que —en virtud del artículo 43— dispone de su propia legitimación subjetiva, por lo que

²⁵ Conferencia de Alberto Spota: «Sistemas de controles de la Administración pública en la Constitución nacional y sus mecanismos de operativos posibles», en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, p. 83.

a la del 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; f) [...] en determinadas situaciones, la legitimación del Defensor del Pueblo en su competencia de carácter tutelar de los que se superponga con la del Ministerio Público.²⁶

Y agrega que «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, etcétera) nunca promoverán un proceso judicial».

Daniel Alberto Sabsay, por su parte, señala que el Defensor del Pueblo tiene su habilitación «como una resultante del papel que cumple este nuevo actor institucional como instancia pública de defensa de los intereses generales». Sin embargo, la doctrina le atribuye «un alcance diferente en función del ámbito territorial y funcional dentro del cual este funcionario debe actuar».²⁷

Aquí es necesario destacar que el Defensor del Pueblo es un órgano independiente de los poderes constituidos, o sea los poderes políticos. En particular, respecto del Congreso de la Nación no tiene dependencia jerárquica, ni funcional, ni mucho menos tiene obligación de respetar sus indicaciones. Solo tiene ubicación, según el aludido artículo 86, dentro del «ámbito del Poder Legislativo».

Teniendo en cuenta estos caracteres, podemos decir que la legitimación procesal que le otorga la Constitución nacional lo dota de una amplia capacidad decisoria, en el cumplimiento de sus trascendentes obligaciones, que le es propia y ejercita como exclusiva, conforme lo ya expuesto precedentemente. Según lo dispuesto por el artículo 86, su importantísima misión es abarcativa de:

- a. la defensa y protección de los derechos humanos;
- b. de los derechos y garantías, e intereses explicitados en el espacio de la Constitución reservado a su dogmática y de sus leyes que la reglamentan, si se encuentran en vigencia;
- c. de los tratados, según lo establecido en el artículo 75, incisos 22 y 24, de la Constitución nacional.

En consecuencia, este accionar del Ombudsman nacional se dirige a su actuar ante hechos, actos y omisiones de la administración que agreden aquellos derechos y garantías. Y lo que constate, o reciba como quejas, como sugerencias, tiene como destinatarios a la administración lesionadora, con comunicación al Congreso de la Nación. Además puede sugerirle a este la realización de cursos de su actuación legislativa, formular requerimientos necesarios y concretos al Poder Ejecutivo, o

²⁶ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 327.

²⁷ Daniel A. Sabsay: «El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales», en *Revista de Derecho Procesal*, 5, «Amparo, hábeas data, hábeas data corpus II», 25 de septiembre de 2000, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 34.

interpelar a los ministros, siendo el «control del ejercicio de las funciones administrativas públicas» de gran importancia.

Cabe señalar que cuando el Defensor del Pueblo necesita y desea hacer uso de la fuerza pública o empleo de coacción, debe ineludiblemente pedirlo al Poder Judicial, quien ejerce en forma exclusiva ese poder. En el caso, el empleo de la coacción sería en resguardo de garantizar los derechos humanos y garantías constitucionales. Ello surge de que el Defensor del Pueblo, al demandar a la administración pública y a sus agentes, deberá hacerlo por imperio constitucional ante los tribunales, ante el Poder Judicial, ampliándolo a los agentes de los Poderes Legislativo y Judicial, respetando las inmunidades que ostentan sus cargos, no como privilegios o fueros, sino como garantías. La forma republicana y representativa adoptada, en nuestro Estado de derecho, así lo impone.

En otras palabras, el Defensor del Pueblo actúa en el ámbito administrativo de los poderes constituidos, pudiendo hacerlo también en el Consejo de la Magistratura, cuando corresponda a sus deberes emergentes de la Constitución, sin sustituir en su poder de juzgar al Poder Judicial, ni tampoco en lo de superintendencia. Para ello debe, en todo momento, respetar la distribución de competencias establecidas en la Constitución y en las leyes.

Si de este accionar como órgano de control surge colisión de intereses, es el Poder Judicial el que tiene la última palabra.

En todos los casos no debe olvidarse que, desde sus orígenes, el Defensor del Pueblo fue creado, desarrollado y expandido por todos los países adoptantes para frenar los excesos del Poder Ejecutivo, y en particular de sus agentes. Es que tiene por principal objetivo, según el artículo 86 de la Constitución nacional, supervisar y controlar la actividad en general de la administración pública en tal carácter, y como poder político, la defensa y protección a su cargo de los derechos humanos, demás derechos e intereses tutelados por la norma fundamental y las leyes frente a actos u omisiones de ellas.

La CSJN también evolucionó en su doctrina a partir de la conclusión de «confundir su legitimación procesal con su labor de investigación respecto de cada queja procesal que se presenta, a fin de determinar si existen o no disfuncionalidades o irregularidades de naturaleza administrativa».²⁸ En otros fallos, en franca violación a lo dispuesto por el artículo 86 CN que le otorga al Defensor del Pueblo legitimación procesal sin limitación alguna, impuso una condición (suspender su intervención cuando se presente judicialmente una persona afectada) no establecida por los señores convencionales constituyentes en la reforma a la carta magna del año 1994;²⁹

²⁸ Cf. *Diario de Sesiones*, pp. 1576 y 1578.

²⁹ CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional, Poder Ejecutivo Nacional, Dec. 1517/98 s/ amparo ley 16986 Expte. n.º D 347/99, sec. n.º 7, fecha 21.12.2000*. Este fallo fue objetado por el Defensor del Pueblo de la Nación por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, trámite n.º P 0811/2001, sin conocerse aún sus resultados.

también resolvió «que no corresponde la imposición de costas al Defensor del Pueblo de la Nación»,³⁰ hasta reconocerle en la actualidad su legitimación procesal.³¹ Eso sí, «con la salvedad de que no se exceda en sus funciones».³²

6. La legitimación procesal del Defensor del Pueblo y los derechos de incidencia colectiva

En definitiva, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo que le ha convalidado el artículo 86 de la Constitución nacional, debe entenderse como integrado con el artículo 43 del mismo cuerpo legal fundamental, en cuanto lo legitima para interponer acción de amparo contra toda agresión a los derechos de incidencia colectiva en general. Se trata de la habilitación para interponer acción expedita y rápida de

Se reitera este errado criterio por el máximo tribunal federal en autos caratulados *Defensor del Pueblo de la Nación, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (monotributo) Dec. 885/98 s/ amparo ley 16986*; ídem *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional- Poder Ejecutivo Nacional s/amparo y sumarísimos y Asociación de Esclerosis múltiple de Salta c/Ministerio de Salud Estado Nacional s/acción de amparo- medida cautelar* (publicado en Defensor del Pueblo de la Nación: *Décimo informe anual. 2003, 1.1.2003-31.12.2003*).

³⁰ CSJN, en autos n.º H126XXXV, *recurso de hecho*, autos *Hernández, Luis Omar y otros c/ Estado Nacional. PEN. Dec. 266/98*.

³¹ Existe una particular evolución de la doctrina de la CSJN, en un antes y después de sus sentencias en el caso *Frías Molina, Néida Nieve c/ INPS - Caja Nacional de Previsión Social, para el personal del Estado y servicios públicos s/ Reajustes por movilidad* de fechas 21 de marzo de 1995 y 12 de septiembre de 1996, por la que se le negó capacidad procesal al Defensor del Pueblo.

³² Es interesante la causa de Oscar David Beltrán, Defensor del Pueblo de la provincia de Santiago del Estero, quien en tal carácter, e invocando la representación de la comunidad de la mencionada provincia y en especial de los ribereños del lago del dique frontal situado en Termas de Río Hondo, promueve acción de amparo contra la provincia de Tucumán y el Estado nacional, con el objeto de recomponer el medio ambiente que habría alterado el derrame de residuos industriales y afluentes cloacales en el territorio de la provincia de Tucumán sobre ríos que llevan sus aguas al citado lago. Ahora bien, analizando en este fallo el tema de la *legitimación del Defensor del Pueblo*, la CSJN se pronunció *no reconociéndole legitimación procesal* a este instituto, porque se excedió en sus funciones, a cuyos efectos sostiene:

«[...] si bien el artículo 136 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero prescribe que el Defensor del Pueblo “tiene legitimación procesal”, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquel el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial. No debe perderse de vista que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que debe ser resuelto por el Tribunal (*Fallos*, 323: 4098 y sus citas).

Ello, por cuanto «[...] tanto el citado artículo 136 de la Constitución local como el artículo 12 de la ley 6320 de creación de la Defensoría del Pueblo circunscriben su actuación a la protección de los derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública provincial. De allí que la promoción de acciones judiciales contra otra provincia o el Estado nacional, como la intentada en autos, excede su ámbito de actuación. Por ello, se resuelve: Rechazar *in limine* la demanda».

amparo, en representación de las personas cuyos derechos fueron conculcados por actos y omisiones de la administración pública. O sea, puede ahora actuar en juicio en nombre de los intereses y derechos de grupos, sectores y hombres del pueblo que hubieran sido vulnerados. Como lo definió Couture, «la legitimación procesal es la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho».³³

Y estas facultades legitimadoras del Defensor del Pueblo adquirieron gravitación cuando, al tratarse el punto de reforma constitucional en 1994, se puso de relieve que «apunta a la defensa, a la protección de los derechos del hombre tutelados en un gran marco jurídico: Constitución, los tratados en materia de derechos humanos, las normas jurídicas positivas en general; y en paralelo a su control de la administración pública».³⁴

La violación de los derechos de incidencia colectiva en general habilita al Defensor del Pueblo de la Nación a defenderlos, pudiendo actuar por cada uno, y por todos los afectados, tutelados en la Constitución. Se trata del resguardo de intereses generales de la colectividad.³⁵

La violación de los intereses colectivos pone en peligro la convivencia pacífica de una comunidad mediante actos u omisiones, cuyas víctimas no están

³³ Eduardo Couture: *Estudios del derecho procesal*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1951, p. 208.

³⁴ Augusto M. Morello: «La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal», en *JA*, tomo III, 1978, p. 312. d

³⁵ El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica dispone en el capítulo 1 «Disposiciones generales»:

«Artículo 1.º *Ámbito de aplicación de la acción colectiva.* La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

1. Intereses o derechos difusos, así entendiendo los supraindividuales de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categorías o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte o con la parte contraria por una relación jurídica de base;

2. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

[...]

Artículo 3.º *Legitimación activa.* Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

1. Toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;

2. Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos;

3. El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública. [...].».

Lo interesante es que se fija el ámbito de los intereses o derechos difusos y a la par se tutela una legitimación concurrente y amplia a la vez. El aludido código fue aprobado en Caracas, el 28 de octubre de 2004, durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y se convirtió en el Código Modelo para los Procesos Colectivos para Iberoamérica. Véase en: «Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica», en *Revista de Derecho Procesal, 2005-1, Prueba-1*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 14 de abril de 2005, pp. 487 y 488.

determinadas como individuos en el plan de su autor. Se ha dicho que ellos atacan intereses que

no son ya solo de uno o de varios, sino mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte, en lo que concierne al enraecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones.

En la sociedad actual, en la cual los prejuicios alcanzan mayor magnitud para los más débiles de la población, y aun mayor gravedad para aquellos que no satisfacen tan siquiera sus necesidades básicas, resulta casi imposible llegar a concebir que esos grupos humanos puedan defenderse adecuadamente en forma individual, por falta de recursos económicos e instrucción, por desconocimiento de los deberes del Estado.

Basta pensar que los derechos de incidencia colectiva son numerosos, en los que se comprenden los de protección del medio ambiente, de los usuarios y consumidores, de los discriminados por distintas causas. Hay una categoría que también se encuentra configurada, cuando está involucrada la comunidad toda, y no algún grupo o sector que la integran. Se entienden identificados en derechos amenazados o agredidos, como el ejercicio de un culto, a la información, a la educación, a la defensa del llamado patrimonio histórico y cultural, al derecho de su dignidad en los establecimientos penitenciarios, al sufragio, a la salud, etcétera. Y su representación y defensa es de incumbencia y función del Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo protege aquellos derechos constitucionales y legales cuyo origen debemos encontrar en el derecho natural. Tal lo que resulta del artículo 33 de la Constitución nacional: «los derechos y garantías que enumera la Constitución nacional, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

Humberto Quiroga Lavié ha analizado con claridad que

La incidencia cumple la función de personificar el ente colectivo (sociedad o grupo social de pertenencia), a partir de la legitimación procesal que no es la acción popular. En el caso del Defensor del Pueblo, no podría actuar si no hubiera un pueblo a quien él representa o defiende, por imperio de la Constitución. Se corrobora esta función del Defensor con la competencia que a dicho órgano del Estado le reconoce el artículo 86 de la Constitución nacional cuando en su segundo párrafo sostiene que el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal.³⁶

Ahora bien, una doctrina minoritaria pretendió acotar la actuación del Defensor del Pueblo, expresando que los intereses difusos que protege el mínimo no son tales,

³⁶ Humberto Quiroga Lavié: «Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia», *ED*, año XXXIV, n.º 9111, 22.10.1996.

pues aunque esté atacado un número importante de personas, solo constituyen un conglomerado de individuos con derechos objetivos agredidos similares (que expresa pluralidad de afectados) pero que no alcanzaba a configurarse como un derecho de incidencia colectiva, que podría representar, pues esta pretensión se sustentaba en un derecho inexistente. Esta postura fue planteada en oportunidad de justificar el rechazo de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso citado, *Frías Molina, Doctrina Judicial, 1995-2-447*, en que los jubilados veían demorado el reajuste de su haber previsional, sustentando que «No hay un derecho de incidencia colectiva, sino, simplemente [...] un problema común».

Ello puede rebatirse sin mayores análisis con solo leer el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución nacional, que se refiere a los derechos de incidencia colectiva en general, en forma explícita. Y en su protección considera como titulares para ejercitar la acción, «el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

Por todo ello puede colegirse que si el Defensor del Pueblo ha ejecutado una acción en representación de un grupo afectado del pueblo, atacado en alguno de sus derechos de incidencia colectiva en general, la sentencia que lo resuelva tendrá sin lugar a dudas efectos *erga omnes*.

Solo esto puede interpretarse, en cuanto a las razones de su legitimación procesal con que lo habilita la Constitución nacional para interponer acción de amparo en defensa de dichos derechos.

7. Conclusiones

1. Para la región en general, y Argentina en particular, la incorporación del Defensor del Pueblo tomó bastante del modelo español, por los denominadores comunes e influencias recíprocas producidas entre ambas culturas jurídicas.

2. El modelo criollo adoptado solo puede operar en un sistema democrático. No conlleva un alejamiento o confrontación con el modelo sueco, sino solo vigencia de uno más ajustado a sus tiempos, cambios, nuevas necesidades y evolución de una sociedad influenciada por los adelantos de la técnica y la ciencia.

3. Existe una marcada diferencia entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico provincial de la provincia de Córdoba, en cuanto solo el primero está dotado de legitimación procesal.

4. Siguiendo los lineamientos de la Constitución nacional, las Constituciones provinciales y cartas orgánicas municipales deben dotar al Defensor del Pueblo de operatividad, confiriéndole legitimación procesal amplia, facultades investigativas, autonomía funcional e independencia económica, con recursos humanos adecuados.

Jorge Luis Maiorano*

El Defensor del Pueblo en América Latina: la necesidad de fortalecerlo

1. Introducción

Como resultado de una extraña parábola, mi relación con la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo ha transitado, durante 26 años de mi vida, por diversas etapas: inicialmente, 1980-1994, la faz académica, netamente doctrinaria, años durante los cuales mucho aprendí de mis maestros europeos y también mucho transmití a lo largo y ancho de Argentina y América Latina; luego, la riqueza de la práctica cotidiana ejerciendo el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación argentina: 1994-1999, para retornar luego a la prédica doctrinaria, obviamente con la generosa experiencia que me ha brindado la Providencia de ejercer, por primera vez en mi país, la titularidad de esa función y durante 1998-1999 la presidencia del Instituto Internacional del Ombudsman.

A través de estas reflexiones aspiro a formular algunas consideraciones acerca de esta institución en América Latina y, en todo caso, actualizar los conceptos que adelantara en mi última obra sobre la materia publicada en abril de 1999.¹

* Defensor del Pueblo de la Nación Argentina (mandato cumplido). Ex presidente del Instituto Internacional del Ombudsman (Canadá). Ex ministro de Justicia de la Nación. Profesor titular de Derecho Administrativo. Ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano.

¹ Jorge Luis Maiorano: *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas*, 4 tomos, 2.^a ed., Buenos Aires, Macchi, 1999.

¿Cuáles son las ideas básicas que expondré a continuación?: 1) ¿cómo nació la idea de incorporar esta figura?; 2) ¿cuál fue su desarrollo en estos últimos veinte años?; 3) ¿de qué forma ella se ha ido insertando en los diversos regímenes latinoamericanos hasta generalizarse? Si nos atuviéramos solamente a la cantidad de defensorías que hoy existen en el área comparándolas con la situación a mediados de la década de los años ochenta, las reflexiones culminarían aquí y podrían resumirse en algo así como: tarea cumplida.

En cambio, yo sostengo en estas líneas: nada de eso. Hay varios hechos producidos en los últimos años que, sin empalidecer lo realizado hasta la fecha, obligan a encender, cuando menos, una luz de alerta.

2. Modalidades de incorporación

La institución del Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos, Defensor de los Habitantes o denominaciones equivalentes con que se conoce en América Latina, constituye uno de los fenómenos más singulares de los últimos años en los países del área.

Lo que hace veinticinco años podía ser considerado como una utopía política o un vano empeño de un erudito del derecho, se ha constituido hoy en uno de los referentes inexcusables a la hora de conocer el grado de acatamiento y respeto de los derechos humanos de los habitantes de la región.²

Así ya está previsto en los ordenamientos de Argentina, Brasil (en ámbitos estadales y municipales), Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela. Por su parte, en Chile y Uruguay se auspician diversas iniciativas tendientes a incorporarlo.

La experiencia del Ombudsman en América Latina estuvo desde sus inicios íntimamente vinculada a su compromiso con la protección de los derechos fundamentales. Fue, precisamente, la necesidad de añadir una cuota mayor de seguridad a la creciente demanda de tutela integral de los derechos humanos lo que determinó la conveniencia de acudir a una institución prestigiosa y prestigiada en el resto del mundo, y sobre todo en Europa, aun cuando se le imprimieron modalidades singulares.

Y fue el modelo del Ombudsman español —con esa esperanzadora y comprometida denominación de Defensor del Pueblo— el que adoptó, en líneas generales, el constituyente latinoamericano. A sabiendas digo «en líneas generales», porque hoy la mayoría de esas instituciones han desbordado los objetivos originarios y se

² Véase Jorge Luis Maiorano: «El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las instituciones republicanas», en Antonio Cartaña, Jorge L. Maiorano y Jorge Reinaldo Vanossi: *El Defensor del Pueblo en la República Argentina*, Buenos Aires, Fundación Friedrich Ebert, 1991, pp. 31 ss.

encuentran comprometidas con desafíos garantísticos que la comunidad internacional de Ombudsman ya no considera ajenos.³

Este nuevo matiz, originado en la Constitución española de 1978, es el que predomina en América Latina y que ha permitido configurar a la institución del Ombudsman con perfiles definidos y singulares. Se supera, pero no se agota, la clásica definición del Ombudsman como un órgano de control de la disfuncionalidad, de mediador en conflictos y de promotor de reformas, para involucrarlo, además, en la defensa y protección de los derechos humanos.

3. La situación actual

En estos últimos años, la evolución de la institución no escapó a las profundas transformaciones que se operaron en nuestras sociedades. La realidad de nuestra América Latina es hoy muy diversa a la de veinte años atrás, cuando se incorporó a la Constitución de Guatemala en 1985; los regímenes democráticos felizmente se han generalizado al mismo tiempo que el Estado ha emprendido una desordenada retirada de las actividades comerciales e industriales; por su parte, la estabilidad económica ha seducido a gobernantes y gobernados.

En varios países de la región, la institución del Ombudsman nació cuando estaba muriendo el Estado empresario, cuando el Estado de bienestar había desaparecido; por ello se encontró, en sus primeros años de funcionamiento, con una sociedad muy distinta a la que acompañó su evolución en todo el mundo tres décadas atrás; nació en sociedades con vocación participativa, demandantes de calidad de vida, de derechos económicos, sociales y culturales y con una creciente conciencia sobre su rol activo en las democracias modernas. Los países de la región no escaparon a las causas que, en todo el mundo, provocaron las profundas mutaciones de las cuales somos, a la vez, testigos y protagonistas.

Por ello, en los últimos años hemos asistido a la generalización de los procesos de reforma del Estado a través de políticas que, en lo sustancial, se resumen en la privatización de empresas públicas, la desregulación económica y la descentralización administrativa. Sobre este particular, ya expresé en otra oportunidad que una de las prioridades del actual Ombudsman latinoamericano radica, precisamente, en la función peculiar que debe desempeñar frente a los procesos de transformación económica antes apuntados.⁴

³ Jorge Luis Maiorano, «En los umbrales del siglo XXI: ¿Crisis de identidad o evolución?», conferencia pronunciada en la VI Conferencia Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman, Buenos Aires, 24 de octubre de 1996.

⁴ Jorge Luis Maiorano: «Servicios públicos y el Ombudsman», en *Memoria del III Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO)*, Lima, 1999, pp. 183 ss.

Creo firmemente que América Latina ha sido el campo propicio para el desarrollo de una etapa muy singular en la evolución de esta institución. Para fundar esta afirmación, me baso en las siguientes razones:

- a) es definida la tendencia a la constitucionalización de la figura. La mayoría de los países de América Latina que la han incorporado, lo han conformado como una institución del Estado, no del Gobierno;
- b) la independencia funcional que le confieren esas cartas magnas impide, por lo menos desde el plano normativo, que esas instituciones se conviertan en apéndice de intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas;
- c) a diferencia de lo que aconteció en el resto del mundo, no fue la necesidad de controlar las meras disfuncionalidades administrativas, la causa inmediata que movilizó su interés;
- d) a esos efectos, y partiendo de la base del esquema clásico del Ombudsman parlamentario, se adaptaron las experiencias ajenas y se conformó este Ombudsman criollo con funciones de defensa y protección de los derechos humanos y de control del ejercicio del poder en sus facetas pública y privada;
- e) por la necesidad de asegurar el ejercicio pleno de esas funciones, algunas normas constitucionales les han asignado legitimación procesal amplia superando incluso la del Defensor del Pueblo de España; ello implica la posibilidad de impugnar judicialmente comportamientos estatales y aun actos de particulares que violaren derechos fundamentales;
- f) si bien fueron los derechos individuales los que motivaron inicialmente su difusión, en consonancia con la tendencia que predica que los derechos humanos se van reconociendo y defendiendo progresivamente, sus competencias han aumentado también al amparo de las crecientes necesidades sociales, es decir, en el marco de los derechos económicos y sociales;
- g) recientemente se ha ido perfilando una nueva y trascendente función de algunos Ombudsman latinoamericanos; me refiero a la custodia de los intereses colectivos o difusos o, como los denomina la Constitución argentina, «derechos de incidencia colectiva» (artículos 43 y 86). No se trata de la colectivización de la legitimación sino de la institucionalización de una figura que, administrativa y judicialmente, se presenta como defensora de los derechos de la sociedad ampliando de esa forma la defensa del ser humano en el plano individual al plano genérico o abstracto, al ser humano en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, de pertenecer a una sociedad (como niño, usuario, anciano, trabajador, jubilado, aborigen, enfermo, etcétera);

- h) consecuente con la característica de *promotora del cambio* que es propia de la figura, el Defensor del Pueblo latinoamericano ha asumido un papel relevante en los procesos de promoción y difusión de los derechos humanos;
- i) su creciente protagonismo como intérprete de las demandas de la sociedad civil está determinando el reconocimiento del sistema interamericano, de su derecho a recurrir ante la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵

4. Reconocimiento internacional

La comunidad internacional de Ombudsman ha reconocido la importancia que América Latina ocupa en el marco de la evolución de esta figura. Algunas veces, es mi obligación decirlo, no sin recelos porque estaba naciendo un nuevo Ombudsman, bastante alejado de la figura original nórdica. Sin perjuicio de ello, y como una muestra de la fuerza de este proceso, la Argentina fue sede, en 1996, de la VI Conferencia Internacional del Instituto Internacional del Ombudsman, siendo el Defensor del Pueblo de la Nación Argentina el anfitrión de los 800 participantes de 80 países.

Ello llevó, casi naturalmente, a que quien escribe estas líneas accediera primero a la vicepresidencia de ese instituto internacional, en 1996, y luego, en 1998, a la presidencia del IOI, con el respaldo masivo de las regiones de América Latina, América del Norte, Asia, África y algún voto de Europa.

También los organismos internacionales observan la labor que realizan nuestras instituciones con singular atención e interés. Tal es el caso de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, la que, ya en 1996, comprometió a los Ombudsman iberoamericanos en un programa de acción en favor de lo que ese organismo especializado de Naciones Unidas ha dado en llamar la *cultura de paz*.⁶

Así, por ejemplo, se ha expresado que:

La UNESCO asimismo reconoce en los Ombudsman a los principales agentes multiplicadores de la cultura de paz, permitiendo por su medio superar los actuales estados de inseguridad y violencia que obstaculizan la consolidación de la paz duradera y valoriza su papel, especialmente en América Latina, en beneficio del respeto y desarrollo de la democracia, de la formación ciudadana y de la participación organizada de las poblaciones marginadas, excluidas y discriminadas.⁷

⁵ Puede ampliarse en Jorge Luis Maiorano: «El Defensor del Pueblo en América Latina: su compromiso con la protección de los derechos humanos», en *Revista de Derecho Público*, n.º 1, Universidad Autónoma de Centro América, San José de Costa Rica, 1996, pp. 149 ss.

⁶ Ídem: «La UNESCO y el Defensor del Pueblo», en *La Ley*, tomo 1996-D, Buenos Aires, pp. 1712 ss.

⁷ *Ibidem*, p. 1712.

No he dudado en calificar a este como uno de los respaldos internacionales más importantes y explícitos que ha recibido la figura del Defensor del Pueblo, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos o Comisionado de los Derechos Humanos en los países de América Latina.⁸

Una prueba de ello lo representa la Declaración sobre Derechos Humanos y Cultura de Paz suscrita por los Defensores del Pueblo de Argentina, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, México y Puerto Rico conjuntamente con el entonces director general de la UNESCO, Dr. Federico Mayor Zaragoza, el 30 de julio de 1996, en Antigua, Guatemala.

En esa oportunidad, se acordaron las siguientes acciones, reflexiones y objetivos:

1. La construcción y fortalecimiento de la cultura de paz implica el conocimiento, respeto, protección y desarrollo de los derechos humanos: tanto los civiles y políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales, y los de tercera generación, sin distinción alguna. Asimismo es necesario promover mediante la educación en derechos humanos una actitud permanente y natural de respeto a los valores y principios de los derechos humanos.

2. La construcción de una cultura de paz requiere una acción continua y positiva de los Estados y de los pueblos dirigida a la prevención de conflictos, la eliminación de amenazas varias a la paz, el respeto por el principio de la renuncia al uso de la fuerza, la solución de conflictos, la tolerancia, el desarme y el desarrollo económico duradero.

3. El ejercicio de la libertad de opinión, de expresión y de información, como parte integrante de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, constituye un factor esencial para el fortalecimiento de la cultura de paz. En sus tareas cotidianas, los medios de comunicación de masas deben hacer todos los esfuerzos para contribuir eficazmente a reforzar la idea de paz, la promoción de los derechos humanos, el establecimiento de un orden económico justo y equitativo, el respeto por la diversidad de culturas y evitar la incitación a la guerra.

4. La plena participación y el fortalecimiento de las mujeres son esenciales para el desarrollo de una cultura de paz. La historia social, la exclusión, la marginación y la discriminación han impuesto a las mujeres una serie de desafíos y desventajas. La superación intelectual y cultural de tantos obstáculos sitúan a la mujer como copartícipe fundamental para la construcción de una cultura de paz basada en el respeto y valoración de sus derechos humanos.

5. Observamos con beneplácito el esfuerzo de la UNESCO en una nueva concepción intelectual de la paz, que asumida como cultura de paz potencia los valores universales fundamentales de: respeto a la vida, la libertad, la justicia social, la solidaridad, la tolerancia y la equidad; así como la igualdad entre mujeres y hombres,

⁸ *Ibidem.*

el respeto a los derechos de los niños y niñas, los de las personas pertenecientes a las minorías y los de las poblaciones indígenas y poblaciones desarraigadas.

6. Para darle permanencia a una cultura de paz, es necesario que los Estados y los pueblos adopten medidas concretas para eliminar el hambre y la mala nutrición y para lograr que las necesidades humanas básicas sean satisfechas. Asimismo, es necesario terminar cuanto antes con el analfabetismo existente.

7. La cultura de paz y los derechos humanos solo serán posibles en el marco de la aplicación de los principios democráticos de justicia, equidad, libertad y solidaridad como lo establece el preámbulo de la Constitución de la UNESCO, y no en la aplicación o imposición de modelos ajenos al contexto cultural e histórico de los pueblos.

8. La inversión de recursos humanos o materiales para la construcción de una cultura de paz debe ser por lo menos tan grande como el de la guerra, a fin de eliminar la ventaja comparativa de esta última; en tal sentido, para lograr construir una cultura de paz, es necesario apoyar iniciativas destinadas a lograr el control del comercio de armas, a reducir los presupuestos militares y a utilizar dichos recursos en educación, salud y en beneficio del desarrollo de otros derechos económicos, sociales y culturales. Nunca ha sido tan urgente la necesidad de limitar y, a la larga, poner término, a la producción de armamentos.

9. Cultivar valores que favorezcan la paz, los derechos humanos y la democracia representa un desafío esencial para la educación. La educación debe desarrollar la capacidad de resolver conflictos con métodos no violentos. Por consiguiente, debe promover el desarrollo de la paz interior en la mente de los estudiantes para que puedan asentar con mayor firmeza las dotes de tolerancia, solidaridad, voluntad de compartir y atención hacia los demás. La educación debe enseñar a los ciudadanos a respetar el patrimonio cultural, a proteger el medio ambiente y a adoptar métodos de producción y pautas de consumo que conduzcan al desarrollo social. También es necesario que promueva el equilibrio y la armonía entre los valores individuales y los colectivos.

10. La cultura de paz es un proceso humano que se desarrolla en la práctica colectiva y la vivencia de los derechos humanos. Los Ombudsman de Iberoamérica, apreciando los conceptos filosóficos que orientan el programa de cultura de paz de la UNESCO, consideran en su doble misión de promotores y defensores de los derechos humanos la conveniencia de integrar un movimiento internacional que, por medio del intercambio y contribución mutua de experiencias, facilite el cambio cultural de actitudes de violencia y exclusión como solución de divergencias, en actitudes de diálogo, tolerancia, consenso y participación. Para el efecto acordamos la creación de la Red Iberoamericana de Ombudsman para la Cultura de Paz, cuyos objetivos sean aprobados en la próxima reunión de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO).

11. Los Ombudsman de Iberoamérica valoramos la cooperación técnica de la UNESCO para poder incorporar en las estrategias de educación, formación y

promoción de los derechos humanos los objetivos del plan de acción a favor del Programa.

12. Consideran que, como parte de la formación de una cultura de paz, debe tenerse siempre presente que el papel de las fuerzas armadas debe estar circunscrito a la preservación de la seguridad democrática. Asimismo, que la función de seguridad pública y persecución de los delitos corresponde a las corporaciones policíacas civiles. En todos los casos, los ejércitos deben estar supeditados a la autoridad civil que emana de las leyes fundamentales de los Estados nacionales de la región.⁹

5. El Defensor del Pueblo latinoamericano y la cultura de paz

¿Está preparado el Ombudsman latinoamericano para contribuir a forjar una cultura de paz? ¿No será este un objetivo pretencioso para instituciones jóvenes que actúan en sociedades donde se advierten profundas y crecientes situaciones de marginación, resabios de autoritarismo y donde las políticas sociales aparecen postergadas frente a las políticas económicas?

Estos interrogantes, que no dejan de reflejar lo que, a mi juicio, conforman un panorama cada vez más inquietante, no debe hacernos caer en el facilismo de sostener que el Ombudsman no está preparado para aquel objetivo.

Con total convicción sostengo que los Defensores del Pueblo, Procuradores o Comisionados de los Derechos Humanos latinoamericanos se erigen en instancias absolutamente necesarias para forjar esa cultura.

¿Cómo puede contribuir el Ombudsman latinoamericano a forjar una cultura de paz? A mi juicio, el Defensor del Pueblo de nuestros países se encuentra en la privilegiada posición de asumir, desde el Estado, el rol de mediador entre las necesidades del pueblo y las autoridades que rigen sus destinos. Desde esta función se puede advertir cuán profundo es el divorcio que existe entre las insatisfacciones cotidianas de la población y las preocupaciones de su clase dirigente. Y lo que lo legitima aún más es que, actuando con plena independencia, esa cruda radiografía la efectúa desde el propio Estado, permitiéndole a este recrear su relación con la sociedad.

La paz no es solo la ausencia de conflictos sino, además, la superación de antinomias. Y es sobre esas antinomias (público-privado; autoridad-libertad; capital-trabajo; interés público-interés privado, macroeconomía-microeconomía; tolerancia-discriminación, etcétera) sobre las que opera la institución del Ombudsman. Así, por ejemplo, actúa contra las discriminaciones fundadas en sexo, religión, idioma, origen racial, capacidad económica, etcétera; contra los actos abusivos e irrazonables del poder público y también ante las injusticias que agravan la situación de usuarios y consumidores de servicios monopólicos.

⁹ Véase *Cultura de Paz y Derechos Humanos*, Colección Cuadernos de Derechos Humanos, 4-96, Guatemala, 1996, pp. 49 ss.

Cierto es que el Ombudsman o Defensor del Pueblo poco podrá hacer frente a un conflicto armado tradicional; en este caso, el ansiado objetivo de la paz le será remoto. Pero donde sí puede contribuir activamente es frente al creciente clamor del latinoamericano que ya no se conforma con el derecho a la vida; quiere más y eso implica mejor calidad de vida, mejor educación, mejor salud, mayor protección de los valores comunes, etcétera.

No debemos olvidar que una de las decisiones fundamentales de los países de América Latina ha sido la permanente búsqueda de la institucionalidad, es decir, la elección por el Estado de derecho. Aunque ha sido difícil, hemos persistido en su cumplimiento. Sin embargo, el constitucionalismo americano, precursor de los derechos sociales, hoy ambiciona algo más que la protección de los derechos viejos que consagraron nuestras Constituciones durante el siglo XIX. Hoy, junto a los derechos individuales —que todavía son expresiones de deseos en algunas regiones— nuestras sociedades ansían, en primer lugar, la vigencia plena de los derechos sociales y, en segundo término, de los derechos de incidencia colectiva o de la tercera generación.

El Defensor del Pueblo u Ombudsman latinoamericano enfrenta difíciles desafíos. Entre ellos, alcanzar el prestigio que la figura tiene en otros países del orbe; oponerse a los clásicos abusos del poder público y enfrentar las violaciones a los elementales derechos humanos que nacen, en muchas ocasiones, desde su propio seno; crear los antígenos que eviten la beligerancia social e incentivar, al mismo tiempo, nuevas formas de conciliación y mediación de intereses.

6. Una obra inconclusa

En los veinte años que han transcurrido desde la primera incorporación a una Constitución latinoamericana, el Defensor del Pueblo ciertamente se ha generalizado y ha alcanzado el reconocimiento internacional, como lo acabo de puntualizar. No obstante ello, nuevos peligros se ciernen amenazadoramente sobre el futuro de esta institución: proyectos de eliminación, de recorte de sus facultades, cercenamientos presupuestarios, hostigamientos varios, apetencias políticas que amenazan su independencia y, en suma, el serio riesgo de que la figura se vaya diluyendo en los países de América Latina.

Para comprender plenamente las razones que acabo de exponer, vale recordar que: a) en un comienzo, la incorporación de la figura encontró un obstáculo casi excluyente: su desconocimiento por la dirigencia política que creía ver en el Ombudsman un injerto de otras culturas y motivado por razones ajenas; hoy, en cambio, el principal obstáculo es precisamente el inverso: los políticos conocen demasiado a la figura y saben cuánto puede molestar una institución que actúa alejada de intereses partidarios, con independencia de finalidades mezquinas y que soluciona las insatisfacciones de los ciudadanos; b) las primeras aplicaciones de la institución la

presentaron en una firme defensa de los derechos humanos contra las violaciones producidas desde el propio Estado en forma de acciones; hoy, en cambio, al compás del relegamiento de la presencia del Estado y del fortalecimiento de las concentraciones empresarias, las principales violaciones se visualizan en la inacción del Estado, la omisión de cumplir su rol de garante de los derechos y, paralelamente, en los abusos cometidos por los monopolios privados.

Cierto es que también advierto un factor que puede contribuir a la expansión de esta figura. En los años ochenta, el Ombudsman fue instituido— para decirlo gráficamente— de *arriba* hacia *abajo*; es decir, fueron las autoridades las que incorporaron una figura que la sociedad no conocía, en algunos casos, incluso, para mostrar al mundo una patente de identidad democrática. Hoy, en cambio, al amparo de la reformulación de los fines estatales que han devenido en una ausencia del Estado, la sociedad se ha quedado sin su natural defensor; se dan, pues, las condiciones para que la figura crezca o brote de *abajo* hacia *arriba*. Hoy es el pueblo, es decir los de *abajo*, quienes piden, a veces a gritos, que alguien los defienda de los abusos privados o de las omisiones estatales.

América Latina hoy está poblada de Defensores del Pueblo; esto evidencia un notable avance sobre la situación que se verificaba a comienzos de la década de los años ochenta; algunas de esas instituciones ya pueden mostrar varias «generaciones» de defensores; pero, a cambio, cabe recordar las vicisitudes que han sufrido los titulares de esas instituciones y las declaraciones que tuvo necesidad de formular la Federación Iberoamericana de Ombudsman para frenar aviesas intenciones de cercenar facultades o presionar a los defensores.

Por eso sostengo que el Defensor del Pueblo en América Latina no es, ni mucho menos, una obra acabada. Hoy las urgencias son otras: urge fortalecer a estas instituciones demostrando a los gobiernos que los defensores o procuradores no son sus enemigos, no pretenden con sus críticas socavar al poder sino, en cambio, ilustrarlo y sensibilizarlo para que conozcan las insatisfacciones cotidianas del pueblo que van minando la confianza en sus instituciones; urge poner en evidencia que los ajustes presupuestarios nunca pueden justificar la eliminación o debilitamiento de una institución benéfica para los pueblos y que solo puede molestar al soberbio y al autoritario.

Walter F. Carnota* y Guillermo A. Calandrino**

El Defensor del Pueblo y sus funciones

1. Introducción

Dentro de la gama de nuevas instituciones que la reforma constitucional de 1994 introdujo en el texto constitucional, no cabe duda de que aquellas que provenían de formas de gobierno parlamentarias fueron las que más suspicacias generaron en torno del éxito de su adaptación dentro de la estructura presidencialista de gobierno que consagra nuestra ley mayor en su artículo 1. Y es que detrás de esa suspicacia se dejaba traslucir el parecer no ocultado en torno de la falta de credibilidad a la idea de que estas instituciones (Consejo de la Magistratura, Defensor del Pueblo, Jefe de Gabinete), venían a atenuar el *hiperpresidencialismo* reinante en la época. Sin duda que esta mirada de soslayo contribuyó al actuar del poder de turno, el que a través de sus múltiples ramificaciones socavó con éxito las funciones de estas instituciones.

* Abogado y doctor en Derecho, UBA. Profesor titular en UBA, USAL, UNLZ, UCES y Escuela de Abogados del Estado. Director del Programa de Derecho Constitucional Práctico, UBA. Consejero directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

** Abogado y especialista en Derecho del Trabajo, UBA. Profesor adjunto en UBA y UNLZ. Secretario del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas, UBA. Profesor de posgrado.

La figura del Defensor del Pueblo no fue ajena (ni lo es) a este debate. Partiendo de la curiosidad de que este instituto fue creado por la ley 24284, con carácter previo a su inserción constitucional, no cabe duda de que a partir de su incorporación al texto, este vivenció una suerte de relanzamiento en lo que hace al objeto de sus funciones, circunstancia esta no percibida por la posterior ley 24379 de reforma de aquella.

Así, el convencional constituyente decidió introducir la figura del Defensor del Pueblo, en lo que hace a sus funciones en el artículo 43, segundo párrafo, CN, para la protección de los derechos de incidencia colectiva allí enumerados, a través de la acción procesal del amparo *colectivo*; para posteriormente definirlo como institución, en la parte orgánica *con legitimación procesal*, con motivo del artículo 86.

2. El contexto

Una supuesta nueva dinámica, entonces, en la relación entre el órgano ejecutivo y el Congreso fue el contexto, o *telón de fondo*, en donde se tejió la consagración escrita de este organismo.

Sabido es su origen como comisionado parlamentario en varias de las Constituciones históricas, a partir de la sueca de 1809, lo cual ha sido cabalmente retratado y descrito por la doctrina especializada.¹ A ello se agrega la experiencia política iberoamericana, con una notable cuota de arbitrariedad en el desempeño de la función administrativa, lo cual lo erige ilusoriamente en el imaginario colectivo en una suerte de *panacea* o *sanalotodo*,² en la experiencia de Hispanoamérica.³

En su «Estudio preliminar» a la edición castellana de la obra *Introducción al derecho constitucional comparado*, actualizada a 1991 por el célebre Paolo Biscaretti di Ruffía, Héctor Fix-Zamudio observa agudamente que:

Es muy conocido el desarrollo de la institución surgida en las leyes constitucionales suecas de 1809 y, ya que sería sumamente prolijo señalar así fuera de manera panorámica la evolución del *Ombudsman* en sus diversas modalidades en los ordenamientos cada vez más numerosos que lo han introducido, nos limitaremos a destacar su establecimiento en las legislaciones europeas que se encuentran más próximas a la tradición jurídica latinoamericana. Nos referimos al *Promotor de la Justicia*, de Portugal, creado en 1975 al establecerse el régimen democrático y constitucionalizado por la ley fundamental de 1976-1982, y al *Defensor del Pueblo* español, consagrado por la Constitución de 1978 y cuya ley orgánica fue aprobada en abril de 1981. Si bien en ambos casos la institución se aproxima al modelo escandinavo del

¹ Véase la obra clásica de Donald C. Rowan: *El Ombudsman (El Defensor del Ciudadano)*, México, FCE, 1986. Asimismo, puede consultarse Raymundo Gil Rendón: «El *Ombudsman* y los derechos humanos», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional*, tomo III, México, Porrúa, 2003, pp.1429 ss.

² Véase Jorge R. Vanossi: «El Defensor del Pueblo o Comisionado Parlamentario en el régimen constitucional argentino», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1985, p. 162.

³ Véase Walter F. Carnota: *Instituciones de derecho público*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 86.

comisionado parlamentario, debe destacarse que se aparta del mismo en cuanto sus funciones no consisten, como en el paradigma original, en la tutela de los derechos e intereses legítimos de carácter legal de los administrados, sino esencialmente en la protección de los derechos humanos constitucionales e internacionales (aun cuando estos últimos lo sean de manera indirecta), lo cual resulta explicable por tratarse de dos países que sufrieron prolongadas dictaduras que lesionaron aquellos de manera constante. Algo similar ocurrió en numerosos países latinoamericanos que estuvieron sometidos a regímenes autoritarios de carácter militar.⁴

Y es el mismo maestro mexicano Fix-Zamudio quien considera que en nuestras latitudes el Defensor es una herramienta del vertiginoso *derecho procesal constitucional*. Así, se ha dicho que:

Si bien en sentido estricto podía pensarse que este instrumento no forma parte del *derecho procesal constitucional* debido a que no constituye un mecanismo de carácter procesal, lo cierto es que Fix-Zamudio lo ha incorporado dentro de esta nueva rama del derecho procesal, «debido a su vinculación con los organismos jurisdiccionales, a los cuales apoyan y auxilian en su labor de protección de los derechos humanos».⁵

Como se verá, la versión argentina recoge esta enseñanza al conferirle expresa legitimación procesal.

En esta institución, entonces, confluyen la parte dogmática del texto cimero (a la cual el Defensor obviamente debe coadyuvar a realizar y a efectivizar, no solo en su matriz individual sino también colectiva)⁶ y la orgánica, en cuanto replantea la clásica división de las funciones del poder.

Cabe destacar que la revisión constitucional de 1994 fue afecta a las *instituciones extrapoder*, es decir, aquellas que orbitan en un determinado órgano pero que en sentido estricto no pertenecen a él, como acontece con la Vicepresidencia o el Ministerio Público. El caso del Defensor del Pueblo es paradigmático. Por un lado, se trata de un *órgano independiente, instituido en el ámbito del Congreso de la Nación*, dotado de *plena autonomía funcional*. Parece que esas tres definiciones liminares

⁴ Véase Héctor Fix-Zamudio: «Estudio preliminar», en Paolo Biscaretti di Ruffia: *Introducción al derecho constitucional comparado (Las formas de Estado y las formas de gobierno)*. Las Constituciones modernas y 1988-1990: un trienio de profundas transformaciones constitucionales en Occidente, en la URSS y en los Estados Socialistas del Este Europeo. Actualización de la *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, 1996, pp. 44-45. El destacado es del original.

⁵ Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor: «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional», en José F. Palomino Manchego y Gerardo Eto Cruz (coords.): *El pensamiento vivo de Héctor Fix-Zamudio (con especial referencia al derecho procesal constitucional)*, Cuadernos de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2005, p. 121.

⁶ Se señala que la «proyección comunitaria de la persona, de su dignidad e individualidad, representa una indudable novedad en el panorama constitucional, que ha encontrado a la doctrina constitucional sin preparación para sistematizarla a la luz de los tradicionales esquemas interpretativos, perfeccionados para proteger al individuo más que a la comunidad de la que los mismos forman parte». Véase Giancarlo Rolla: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 53. Ello explica tal vez algunas vicisitudes de la Defensoría.

que contiene el artículo 86 bien podrían ser concebidas como contradictorias entre sí, ya que no es lo mismo autonomía e independencia, y menos independencia de un órgano dentro de otro órgano. No recibe *instrucciones de ninguna autoridad*, en un alarde de mayor campo de acción específico y propio, aún más que el Ministerio Público que con similares características debe operar coordinadamente con las demás autoridades (cf. artículo 120 CN).

La fisiología de este organismo responderá a estas apreciaciones, que lo alejan de las perspectivas tradicionales, para otorgarle un perfil decididamente *iberoamericano*.⁷ Es que, a la postre, esta institución no deja de ser, en cita de Gordillo, una suerte de *abogado social* que «informa, inspecciona, investiga, controla, discute pública y privadamente, disiente, recomienda, exhorta, influye, critica, censura, inicia acciones judiciales, encuesta, proyecta y programa».⁸ Como bien dice Molas al tratar la Defensoría española, «se trata de una institución basada más en la magistratura de opinión que en el *imperium*».⁹

Si correlacionamos los dos enfoques precedentes, caeremos en la cuenta de que la tarea del Defensor es altamente persuasiva, por lo que guarda coherencia que, tanto en España como en Argentina, se confiera legitimación procesal para que en definitiva resuelva el órgano jurisdiccional incitado.

3. Las funciones de la Defensoría del Pueblo

Podríamos afirmar que la redacción del artículo 86 CN, en su primera parte (el control de la actividad administrativa de la Administración), se inspiró en el corte clásico de la concepción de esta figura en el parlamentarismo europeo del siglo XIX; esto es «[...] el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas» que desarrolla la «administración» [sic]. Así se receptó en la ley 24284.

Sin embargo, sin duda que el comienzo del segundo párrafo del artículo en comentario es el que se ha prestado a todo tipo de debates, cuando sostiene «[...] El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal». Faltó obviamente decir para qué.¹⁰ Comentamos que este párrafo alentó la discusión, puesto que desde la ciencia procesal se enseña que la legitimación se concatena en la demanda con la pretensión

⁷ Se ha dicho en España que la Defensoría del Pueblo configura una garantía orgánica, definida como aquella «que consiste en la previsión de un órgano, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales». Véase Javier Pérez Royo: *Curso de derecho constitucional*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 593.

⁸ Referencia de Agustín Gordillo a que hace alusión Humberto Quiroga Lavié: *El amparo colectivo*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 118.

⁹ Véase Isidre Molas: *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 155. En similares términos, véase Luis López Guerra: *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 121.

¹⁰ Fórmula omnicompreensiva sugerida por la convencional constituyente Elisa Carrió.

(y no con la capacidad procesal para estar en juicio en calidad de *parte*, que es materia de otro análisis). De ahí que frente a pretensiones desmedidas, las partes tienen como defensas las excepciones de falta de legitimación activa o pasiva, las que, reiteramos, se mueven en función de la pretensión,¹¹ y no de la capacidad de estar en juicio como parte.¹² Por ello, al no definirse para qué tiene legitimación procesal para actuar el Defensor del Pueblo, es que se ha generado todo tipo de interpretaciones en torno de las funciones de esta institución, puesto que se descarta la idea de que él puede ser *parte*.

Una solución lógica hubiese sido que desde la propia norma se hubiese utilizado una fórmula del tipo «para sostener pretensiones en todo a lo concerniente al ejercicio de sus funciones», las que deberían estar definidas en la norma reglamentaria infraconstitucional. O que el propio marco normativo que a posteriori se sancionó (la actual ley 24379) se hubiese encargado de practicar algún tipo de precisión al respecto. Sin duda que es una deuda pendiente que el Poder Legislativo debería saldar, máxime en atención a la manifiesta incompatibilidad normativa entre el ámbito de competencia que discierne la ley 24284 y el artículo 86 constitucional posterior. Bien se ha dicho que:

Es evidente que la ley 24284 debe ser revista y analizada. Y sobre todo modificada, a la luz y dentro de los cuadrantes señalados por el artículo 86 de la CN. Y desde ya que el artículo 16 en su segundo párrafo es absolutamente ilegítimo hoy, frente al texto del artículo 86 de la CN.¹³

La fraseología del segundo párrafo del artículo 16 ya citado, en cuanto excluye de su radio de acción a los poderes Legislativo y Judicial, al municipio capitalino y a los organismos de defensa y seguridad, no se condice con la amplitud de miras adoptada por el constituyente revisor en el tantas veces citado artículo 86.

Respecto de esa susodicha amplitud, recuerda Humberto Quiroga Lavié, constitucionalista y miembro de la Convención Constituyente de 1994, que abogó por:

la posibilidad de que el defensor controle el ejercicio de las funciones de los entes de servicios públicos que fueron privatizados. En la redacción que estaba en consideración del pleno, la norma hablaba de «las funciones de las administraciones estatales». Ello significaba que los referidos entes no podrían ser controlados por el defensor. Tras un cambio de ideas con el miembro informante del despacho de mayoría, la convencional Cristina Figueroa, hice la moción de sustituir el concepto de «administración estatal» por «funciones administrativas públicas», para que quedaran

¹¹ Gozáni interpreta el precepto del artículo 86 como «[...] un *mandato preventivo* por el cual se propicia que los jueces, en el análisis de admisión de una demanda, prioricen por sobre la acreditación del derecho subjetivo, la esencia fundamental de la tutela que se solicita». Véase Osvaldo A. Gozáni: «Legitimación procesal del defensor del pueblo (Ombudsman)», en *LL*, 1994-E, p. 1380.

¹² Se ha definido como *partes* a «aquellas que intervienen alegando el reconocimiento, la constitución o la declaración de un derecho sustantivo». Véase Juan De Dios Castro Lozano: *Las partes en el juicio de amparo*, México, FCE, 2005, p. 20.

¹³ Véase Alberto Antonio Spota: «El Defensor del Pueblo», en *ED*, 170, p. 991.

cubiertos por el control los referidos entes privatizados. La Presidencia de la Comisión Redactora se negó, en un principio, a aceptar la propuesta. Pero luego, la intervención del convencional Bravo y una muy significativa del convencional Jaroslavsky, determinaron que fueran las «administraciones públicas» y no solo las «estatales» las que pudieran ser objeto del control.¹⁴

Bastante tiempo después (once años, en los autos *Defensor del Pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo nacional y otro*, CSJN, sentencia del 24.5.2005), cuatro magistrados de nuestro alto tribunal se encargarían de señalar que el artículo 86 encuentra su matriz básica (sobre todo en lo que interesa a la espinosa materia de la legitimación)¹⁵ en la ya citada Constitución española de 1978, regla esta desde donde relanzaría el sentido de las funciones de esta institución.¹⁶

Pero durante todo este amplio lapso, a falta de fuentes formales, se hizo uso de las fuentes materiales. Y estas dieron su parecer, con criterios opuestos, respecto de cuáles eran las funciones que cabía darle al Defensor del Pueblo.

Desde el comienzo, la doctrina ni siquiera se puso de acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de este funcionario constitucional.¹⁷ Así, mientras que para Bidart Campos no cabe duda de que se trata de un *órgano extrapoderes*,¹⁸ para otro sector de la doctrina,

el Defensor del Pueblo, el «ombudsman», no tiene personalidad jurídica propia, *no es una entidad jurídica*, no es una persona de derecho, no es un ente demandable, no es un nuevo poder, no es un órgano extrapoder; *es un órgano independiente*, pero independiente funcionalmente que está instituido en la órbita del Congreso de la Nación.¹⁹

Tal disparidad de criterios también se observó en la conceptualización de sus funciones.

¹⁴ Véase Humberto Quiroga Lavié: «Nuevos órganos de control en la Constitución: El Defensor del Pueblo y el Ministerio Público», en Horacio D. Rosatti y otros: *La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe y Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 273.

¹⁵ Estos jueces se encargan de aludir a las diferentes tradiciones jurídicas (constitucionales) de Argentina y de España.

¹⁶ En España se ha sostenido que «la Constitución, con cierta originalidad, le atribuye una legitimación para interponer los recursos de amparo y de inconstitucionalidad (artículo 162). *Y hay que subrayar que la interposición de este último recurso presupone un cierto grado de independencia del Defensor del Pueblo frente a las Cortes Generales, que le designan y comisionan, ya que la ley cuya inconstitucionalidad puede impugnar es obra de las Cortes*». Véase Luis Sánchez Agesta: *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 178.

¹⁷ Esa denominación puede verse en Maximiliano Toricelli: «La legitimación activa en el artículo 43 de la Constitución nacional», en Germán J. Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés y otros: *El amparo constitucional (perspectivas y modalidades)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 58, para contrastar su anterior creación legal y por decreto del Ejecutivo.

¹⁸ Véase Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 480.

¹⁹ Véase Eduardo Menem y Roberto Dromi: *La Constitución reformada (comentada, interpretada y concordada)*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, pp. 301-302, destacado del original.

4. La función administrativa controlada

Corresponde señalar que, de acuerdo con el referido artículo 86, la misión de la Defensoría «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 precepto glosado no es precisamente un paradigma de claridad, como rápidamente se advierte al comienzo, al hablar de «derechos humanos y demás derechos [...]», lo cual por cierto le da un sentido de redundancia al precepto.

Para un sector importante de la doctrina constitucionalista, la actuación del Defensor gira en dos frentes: a) una *función defensiva de los derechos* ante hechos, actos u omisiones de la Administración; b) una de contralor respecto de las demás *funciones administrativas públicas*, tal como vimos de acuerdo con el agregado sugerido en su momento por Quiroga Lavié.²⁰

Sin embargo, podría pensarse que la distinción es más aparente que real, ya que la noción vertida en último término engloba la totalidad de la función administrativa pública.

Ha sido vieja la discusión tanto en el derecho político,²¹ en el constitucional y en el administrativo, con ramificaciones en el procesal,²² acerca de si el concepto de función responde a un criterio o enfoque orgánico-subjetivo, u objetivo-material. Sabido es, en rápida síntesis, que cada órgano de poder tiene como cometido esencial una función prevalente que desarrolla, pero que no lo hace con exclusividad y que, a la inversa, ese órgano tiene pequeñas cuotas de funciones de los demás.²³ Así, la función primordial del Congreso es la legisferante (*hacer la ley*), pero ese encuadre no impide que despliegue dosis de función administrativa (cuando nombra un empleado) o jurisdiccional (cuando realiza el juicio político).

En España, el texto del artículo 54 es más concreto si se quiere, dado que reza:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por esta para la defensa de los derechos

²⁰ Distingo que hacen, entre otros, Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., p. 484; Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1166.

²¹ Germán J. Bidart Campos: *Lecciones elementales de política*, Lima, Gryjley, 2002, pp. 226-227.

²² Véase Fernando De la Rúa: *Jurisdicción y administración*, Buenos Aires, Lerner, 1979, pp. 10 ss.

²³ Bien se ha dicho que «la “división del poder” no coincide exactamente con la “separación de funciones”, en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999». Cf. Allan R. Brewer-Carias: *Derecho administrativo*, tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 87.

comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar *la actividad de la Administración*, dando cuenta a las Cortes Generales (énfasis agregado).²⁴

Si se mira la problemática en términos más amplios, ello exige determinar el alcance de la expresión *actividad administrativa*. Como bien apunta Gordillo en su análisis sobre esta noción, debe propenderse a la superación del criterio formal y del material, ya que de lo contrario permanecen supuestos sin cubrir. En ese orden de ideas y de experiencias, define a la actividad administrativa como «toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluyendo respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales».²⁵ Queda en claro, entonces, que no hay una igualdad o identidad entre *actividad administrativa* y *Administración* y, a mayor abundamiento, el artículo 86 cita —aunque con algún matiz— a ambas.

Se constata así que los actos administrativos realizados por el Congreso y por los jueces podrían por vía de hipótesis ser controlados por el Defensor del Pueblo.

Al respecto, Bidart Campos introduce una variación, dado que para este autor no es dudoso que el Defensor controle a los actos administrativos del legislador, más no los de los jueces. Sobre el punto, aclara que a su entender:

Que el Defensor del Pueblo pueda ejercer su función tutelar cuando la violación de derechos se origina en actividad administrativa del Congreso no parece discutible, porque la Defensoría queda instituida —aunque como órgano extrapoderes— en el ámbito del Congreso. Si este es su escenario natural e institucional, lo lógico es que la alusión a la «administración» lo comprenda. En cambio, la índole especial del Poder Judicial no hace demasiado fácil extender, hasta lo que de administración hay en su área, una análoga intervención del Defensor del Pueblo. Habrá que aguardar la ley reglamentaria que, pese a la duda que más bien y por ahora resolvemos a favor de la abstención, podría quizás —sin flagrante exceso— especificar que también incumbe al Defensor la tutela de derechos cuando sufren menoscabo por actividad administrativa en la esfera del Poder Judicial.²⁶

En esa disyuntiva interpretativa, algún tribunal ha dado intervención al Defensor del Pueblo en el marco de una acción de amparo por mora. Allí la solución no aparece desacertada, en tanto y en cuanto ese remedio provoca justamente la actividad administrativa demorada, que es susceptible de contralor por el Ombudsman.²⁷

²⁴ Sin perjuicio, obviamente, de la actuación de los comisionados autonómicos, como el Justicia aragonés. Véase el fallo del Tribunal Constitucional español colacionado en Francisco Rubio Llorente y otros: *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 734-735.

²⁵ Véase Agustín Gordillo: *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, IX-48, 1998, la cual es compartida por Miriam Mabel Ivanega: *Principios de la administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 34.

²⁶ Véase Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., p. 484.

²⁷ Véase Walter F. Carnota: «Defensoría del Pueblo, administración previsional y Poder Judicial», en *Revista Derecho del Trabajo*, 1996-A, p. 322.

5. La primigenia interpretación de la Corte

Durante la década pasada, nuestro alto tribunal realizó una interpretación restrictiva en torno de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo²⁸ para la defensa de determinados derechos. Dentro de esta jurisprudencia podemos mencionar los casos *Frías Molina* (Fallos, 319:1828), *Defensor del Pueblo de la Nación* (Fallos, 320: 605), *Consumidores Libres* (Fallos, 321: 1352); doctrina esta que comienza a zigzaguear a partir de los precedentes *Rodríguez* (Fallos, 320: 2851) y *Defensor del Pueblo c/ PEN* (Fallos, 321: 1187), *Yousefian* (Fallos, 323: 3083), *Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional* (Fallos, 323: 2519), *Defensor del Pueblo c/ PEN* (Fallos, 323: 4098), con el argumento siempre latente en torno de la supuesta falta de legitimación para obrar en la defensa de los intereses que demandaba (los que, reiteramos, no se encuentran precisados ni en el artículo 86 CN, ni en las normas infraconstitucionales que hacen de reglamentación de su actuar), careciendo a juicio del alto tribunal de *causa* para actuar, en los términos previstos por el artículo 2.º de la ley 27.

La línea clásica de pensamiento ha intentado señalar que el Defensor no puede involucrarse en litigios pendientes de resolución en sede jurisdiccional, sacando de su radio de acción a pleitos de índole patrimonial. Esta fue la filosofía judicial imperante a partir de *Frías Molina*, que pareció preferir el marco legal al constitucional.²⁹

Frente a esta jurisprudencia era lógico plantearse cuál era la razón por la cual se alegaba que el Defensor del Pueblo no tenía legitimación para obrar si, al fin y a cabo, en los casos reseñados, él actuaba dentro del marco de competencia establecido por el artículo 43, párrafo 2, CN, esto es, en el ámbito del amparo como vía procesal para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, o la defensa de los derechos del consumidor y del usuario. Pero ante esta norma se oponía el contenido (o la significación que se le dio) del artículo 86 CN, esto es, que el Defensor del Pueblo actúa para la fiscalización de la actividad administrativa *stricto sensu*, no para cuestionar políticas de Estado, o normas formales del Congreso a través de planteos de inconstitucionalidad, aun cuando estas tuviesen impacto en la comunidad de manera colectiva. De ahí que se sostuviese la falta de legitimación del Defensor en los casos mencionados.

6. La opinión de la doctrina

No dudamos en señalar que uno de los trabajos más serios y estudiados, dedicados a las funciones del Defensor del Pueblo, lo constituye el desarrollado por el

²⁸ Que incluso contrasta con la recepción generalmente favorable en el fuero contencioso administrativo federal capitalino. Un recorrido a estas corrientes jurisprudenciales puede ser consultado en Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, tomo II, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 64 ss.

²⁹ Similares desinterpretaciones se han hecho en materia de amparo, prefiriendo algunos operadores del sistema la ley 16986 a los preceptos del artículo 43 de la ley fundamental.

Dr. Emilio Fernández, titulado «El Defensor del Pueblo está impedido de plantear la inconstitucionalidad de una ley».³⁰ Seleccionamos este artículo, puesto que nuestro alto tribunal, en un reciente fallo, desestimó gran parte de los argumentos que en él se brindaban para ceñir el actuar del Defensor del Pueblo, y que sin duda habrán servido de fundamento al apelante en su actuación ante la Corte. Desde una óptica netamente positivista, aunque también fundamentado en razones históricas, desarrolló su tesis por la cual descarta que el Defensor del Pueblo pueda encarar funciones más allá del control de la actividad administrativa de la Administración, y que pueda plantear la inconstitucionalidad de una norma.

A modo de síntesis, el mencionado autor sostuvo que: 1) Las pretensiones que puede sostener el Defensor en sus reclamos deben limitarse a las reseñadas en el artículo 86, primer párrafo, CN (esto es el control de la actividad administrativa de la Administración), toda vez que la competencia de los órganos del Estado es de excepción, o sea, su concesión debe ser expresa, no permitiéndose implícitos en sus silencios; 2) El Defensor del Pueblo no puede plantear la inconstitucionalidad de una ley formal del Congreso (artículo 77 CN), toda vez que el artículo 43 CN, si bien lo habilita a la interposición de amparos colectivos para la promoción y defensa de los derechos humanos, genéricamente habla de que el juez declare «la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva», esto es, una *norma* en sentido genérico, ley en sentido material, más no formal, máxime si se tiene en cuenta que el Defensor se desempeña dentro del órgano legislativo que creó la norma,³¹ por lo que no podría cuestionar la actuación un órgano del que forma parte.

Esos importantes argumentos se inscriben, empero, en la concepción clásica de la *división de poderes* de filiación netamente norteamericana. El modelo europeo, al contrario, evoca una mayor comunicación e interacción entre los órganos que ejercen el poder. Muchas de las nuevas instituciones que trajo aparejado el constitucionalismo de 1994, tales como la Defensoría, el Jefe de Gabinete, el Consejo de la Magistratura o el Ministerio Público extrapoder reconocen filiación en el derecho constitucional europeo de la segunda posguerra.

Bajo esos parámetros no parece desajustado que el Defensor del Pueblo asuma cometidos que lo erigen en guardián o custodio de los derechos fundamentales, con un encastre no ortodoxo dentro de la estructura de poder. Es que

³⁰ JA, 2004-II, p. 1094.

³¹ Se ha entendido, en cambio, bajo otra mirada, que el Defensor «integra el andamiaje administrativo del Congreso, *pero no depende jerárquicamente del Congreso*». Véase Alberto Antonio Spota: «El Defensor del Pueblo», obra y tomo citados, p. 988. Desde una perspectiva sociológica, la pertenencia subjetiva al órgano Congreso no impide, además, que el Defensor del Pueblo registre mayores índices de confianza que el propio legislativo. Véase Antonio María Hernández, Daniel Zovatto, Manuel Mora y Araujo: *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, México, UNAM-AADC,-IDEA, 2005, p. 64.

[...] por más férrea que se la quiera ver a la división de poderes, no puede dejar de advertirse que el constituyente reformador (en acto que es irrevisable por los jueces) se persuadió de abastecer al Defensor de capacidad para estar en juicio.³²

7. La apertura del derecho ambiental

Cabe destacar que desde el punto de vista infraconstitucional una interesante apertura sobre el tema la brinda la ley 25675, apodada Ley General del Ambiente. En efecto, el artículo 30 de este cuerpo dispositivo estatuye que:

Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

Más allá (o más acá) de lo previsto por el artículo 43, entonces, ahora se cuenta con una norma legal que despliega en sintonía con su texto la competencia funcional del Defensor en asuntos ambientales.

En autos *Asociación Superficiales de la Patagonia c. YPF S. A.* (sentencia del 13 de julio de 2004),³³ pueden cotejarse enfoques diametralmente opuestos en lo que atañe y concierne a la intervención de la Defensoría del Pueblo en materia ambiental.

Para los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano y Highton,

el requerimiento formulado [...] por el que se pretende que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación en los términos previstos en el artículo 90, inc. 1, CPCCN, debe ser desestimado. En efecto, la actora ni siquiera menciona las razones por las que considera procedente o necesaria su intervención en esta causa. Esta circunstancia resulta suficiente para rechazar el pedido si se tiene en cuenta que sobre quien pide la citación del tercero pesa la carga de acreditar que se trata de alguno de los supuestos que lo habilitan [...] Por lo demás, tampoco se advierte la necesidad de ordenar de oficio su comparecencia (véase considerando octavo).³⁴

³² Véase Walter F. Carnota: «El Defensor del Pueblo: Su día en la Corte», en <www.eldial.com> [consulta: 13.9.2002].

³³ *Fallos*, 327: 2967, *Revista de Derecho Ambiental*, noviembre de 2004, pp. 169 ss.

³⁴ La decisión mayoritaria en este punto deviene criticable desde la óptica constitucional y la legal. Cf. Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos (Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004)*, Buenos Aires, ADC-Siglo XXI, 2005, p. 377.

Ello contrasta con la disidencia parcial de los jueces Vázquez, Maqueda y Zaffaroni, para quienes

corresponde admitir el requerimiento [...] para que se cite como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación puesto que su incorporación al presente proceso a pedido de parte es procedente teniendo en cuenta la actividad que desarrolla de acuerdo con las facultades que le han sido asignadas en el artículo 86 CN y lo prescrito por el artículo 30, ley 25675, que le confiere legitimación para intervenir en acciones dirigidas a obtener la recomposición del ambiente dañado, y al disponer expresamente que deducida la demanda de daño ambiental colectivo por algunos de los titulares indicados en el primer párrafo no podrán interponerla los restantes, deja a salvo el derecho a intervenir como terceros. En tal sentido, y de conformidad con los artículos 30, 31 y 32, la legitimación, la naturaleza de los intereses eventualmente comprometidos, el alcance y los efectos que el legislador ha dispuesto para la demanda de daño colectivo justifican considerar procedente la citación no limitando su participación en el proceso a una decisión voluntaria. Por ello, cítase como tercero al Defensor del Pueblo de la Nación en los términos requeridos en la demanda. (Considerando octavo de ese voto.)

No debe olvidarse que, al decir de Morello y Cafferatta,

es a partir de la Ley 25675 General del Ambiente (*Boletín Oficial* del 28.11.2002) que nuestro régimen jurídico estatuye un sistema de acceso amplio a la justicia, toda vez que legitima para obrar activamente, en ejercicio de la acción de recomposición ambiental, a cinco sujetos claramente diferenciados: 1) el afectado; 2) el Defensor del Pueblo; 3) las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental; 4) la persona directamente damnificada; 5) el Estado nacional, provincial o municipal. [...] Una explicación general de este fenómeno radica en la explosión de las garantías que raudamente les hace ganar nuevos espacios porque a la aparición de nuevos derechos se agrega un enorme desarrollo de las legitimaciones, de sujetos titulares de específicos centros de interés suficientes para gozar de la tutela diversificada propia y bastante del derecho. Las direcciones son múltiples y el cuadro horizontal de sus vectores por demás incitantes.³⁵

Ello también tuvo su correlato en ocasión de resolver la segunda causa *Mendoza, Beatriz* (sentencia del 24 de agosto de 2006), con relación al saneamiento de la cuenca Matanza Riachuelo. Si bien originariamente el Defensor no se había apersonado en la litis,³⁶ su intervención ulterior fue admitida, pero recortada con arreglo a los términos de la hipótesis del artículo 30 de la ley 25675 citada.

8. La visión de la Corte actual

En autos *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro* (CSJN, sentencia del 24.5.2005), cuatro jueces de la actual composición del alto tribunal (Petracchi, Zaffaroni, Lorenzetti y Maqueda) tuvieron ocasión de pronunciarse en torno de las funciones que a su juicio compete al Defensor del Pueblo. En el caso

³⁵ Véase Augusto M. Morello y Néstor A. Cafferatta: *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 185-186.

³⁶ Como puede constatarse de la primera sentencia *Mendoza, Beatriz*, del 20 de junio de 2006.

bajo análisis, el Defensor del Pueblo de la Nación demandó al Estado nacional y al ENARGAS por la inconstitucionalidad de las normas que prevén el reajuste de tarifas de gas (esto es, la ley 24076 y los decretos 1738/92, 2255/92, 669/00). En su reclamo sostuvo que dicho reajuste, basándose en indicadores del mercado internacional, deviene indexatorio y que por ende se opone a la ley de convertibilidad. Por su parte, los demandados cuestionaron la legitimación del Defensor, así como la falta de agotamiento de la vía administrativa. Dichas defensas fueron desestimadas por la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal, lo que motivó la interposición de un recurso extraordinario que fuera finalmente concedido en parte.

Si bien el alto tribunal declaró mal concedido el recurso extraordinario, por considerar que el decisorio de Cámara recurrido no era equiparable a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48 (algo de toda lógica, toda vez que lo que estaba en juego era la desestimación de excepciones interpuestas por la demandada), un grupo de ministros, no obstante compartir la denegatoria a la apertura de la instancia federal, decidió ampliar sus fundamentos para explicar las razones por las que a su criterio el Defensor del Pueblo tiene legitimación para obrar en los términos del reclamo incoado.

Así, en un voto conjunto los ministros Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti se encargaron de desvirtuar tres afirmaciones sostenidas por la demandada, a saber: 1) que el Defensor del Pueblo no tiene legitimación procesal para fiscalizar actos provenientes formal o material del Congreso; 2) como consecuencia de ello, tampoco se encuentra legitimado para impetrar acciones declarativas de inconstitucionalidad; 3) no puede elegir la vía procesal para encarrilar su acción, toda vez que su legitimación lo limita a la interposición de la acción de amparo colectivo normada por el artículo 43 CN.

Para abonar su postura, el voto conjunto sostiene que la legitimación consagrada en el artículo 86 es diferente de la consagrada en el artículo 43, puesto que debe seguirse la regla hermenéutica que enseña que no cabe presuponer la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador, razón por la cual «[...] las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con su valor» (considerando 10).³⁷ Esto es, si la legitimación procesal debe ceñirse a la estipulada en el artículo 43, el convencional constituyente, al momento de redactar el artículo 86 CN, no hubiese reiterado los atributos competenciales conferidos, a menos que se tratase de situaciones asaz diferentes, como lo son a juicio de este voto.

³⁷ Se trata, ni más ni menos, del cánón de la *interpretación armonizante o conciliadora*. Véase Walter F. Carnota: *Instituciones de derecho público*, o. cit., p. 45.

Posteriormente exhuma el debate respectivo del constituyente reformador del 94,³⁸ para sostener que la figura que allí se creaba, debía adecuarse a los nuevos tiempos, no pudiendo limitar su funciones a los criterios con que fuera concebida en sus orígenes en Suecia en el año 1809, para entrar de lleno en la verdadera fuente formal de inspiración de esta institución (la Constitución española de 1978), y encontrar allí el verdadero sentido de las funciones del Defensor, esto es «[...] el reconocimiento de una legitimación procesal amplia, pues, expresas disposiciones de esa Constitución, no solo conceden la facultad de interponer el recurso de amparo, sino que también permiten que el Defensor del Pueblo interponga el de inconstitucionalidad» (considerando 12, tercer párrafo), máxime cuando en la Convención Constituyente se ha sostenido que se incorporaba a la Constitución nacional un Defensor del Pueblo «a la usanza española» (considerando 12, cuarto párrafo). Para agregar luego: «[...] la ley española avanza en su reglamentación y también le da al Defensor del Pueblo la legitimación procesal no solo para las cuestiones inherentes a la Constitución sino también para representar al pueblo planteando recursos de inconstitucionalidad contra las propias normas que dicta el Poder Legislativo» (considerando 12, cuarto párrafo), concluyendo con la transcripción de las opiniones vertidas por distintos convencionales constituyentes en torno de la legitimación procesal amplia.

Por su parte, el voto del ministro Maqueda, en similar sintonía con el anterior pero con matices propios, sostiene la legitimación procesal amplia del Defensor del Pueblo, en la interpretación literal que cabe darle al artículo 86, segundo párrafo, y que no debe crearse una confrontación normativa con el artículo 43 CN, puesto que esto no corresponde entre normas de igual jerarquía, arguyendo que la limitación contenida en el artículo 16 de la ley 24284 (que exceptúa del ámbito de competencia del Defensor al Poder Judicial, al Legislativo, a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y a los organismos de defensa y seguridad), no puede ser sino entendida como «[...] restricción de la capacidad de investigación administrativa en tales órganos», lo cual «[...] no guarda relación alguna con la legitimación procesal para iniciar acciones judiciales» (considerando 12, tercer párrafo).

Estos dos votos (el de Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti) y el de Maqueda, vertidos en los autos mentados, si bien realizan estas reflexiones a mayor abundamiento y a guisa de *obiter dicta*, son claros y contundentes en cuanto a conferir legitimación procesal amplia de acuerdo con el modelo constitucional español empleado en la materia y no ceñir esta a la hipótesis del amparo colectivo contemplado por el artículo 43, párrafo 2, de la ley mayor.³⁹

³⁸ Es clara, por ejemplo, la opinión del convencional constituyente (y actual juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) Juan Carlos Hitters, al expresar «el Ombudsman, como en España [...] puede litigar» (*Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, tomo II, 1994, p. 1578).

³⁹ En sentido similar, véase Dante D. Rusconi: *Acciones judiciales de los consumidores*, Rosario, 2004, p. 35.

9. Conclusiones

El Defensor del Pueblo, como figura institucional creada por la reforma de 1994, no fue ajeno a los tirones y desgarraduras que padeció gran parte del contenido orgánico que se introdujo en la segunda parte de nuestra Constitución nacional, situación esta que se entiende, si se piensa que aquellos tenían por función limitar el hiperpresidencialismo vigente en esa época. El veredicto sobre esa reforma aún no es definitivo. Algunos argüirán que la revisión fue producto de un pacto cupular y que no sirvió para frenar presuntamente los excesos que tenía que morigerar. Otros verán el proceso reformista en clave dinámica, y dirán que hubo logros y yerros. Quizás uno de los *plus* haya sido el Defensor del Pueblo.

De todas formas, resulta evidente que la instauración de esta institución, como de otras de similar linaje europeo, replantean la relación Ejecutivo-Legislativo de un modo que no lo postulaba el constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII, que logra adoptarse como lineamiento estructural básico en la ingeniería de la Constitución de 1853-60. En el caso que nos ocupa, además, incide su actividad en el quehacer jurisdiccional, a tenor de los preceptos de los artículos 43, párrafo 2, y 86, tantas veces referidos a lo largo del presente trabajo.

En última instancia, la democracia contemporánea, que se mide en concreto por la cantidad y calidad de derechos fundamentales, y por la efectiva vigencia de estos, reclama canales de participación ciudadana que se corresponden y condicen con la complejidad que exhibe esta sociedad contemporánea. Súmese a ello la crisis de la representación política en general y se verá la necesidad de contar con instrumentos que achiquen la brecha entre gobernantes y gobernados, para evitar caer en el cinismo y en la desconfianza. Claro que ello debe propiciarse dentro de los canales institucionales existentes y dando plena vigencia a las directivas de la ley mayor, en una interpretación sincera y fiel.

Por otra parte, no deja de volver a causarnos cierta perplejidad cuando el alto tribunal, como fundamento resolutorio, rescata las posturas exhibidas por los convencionales constituyentes en la asamblea reformadora del año 1994, así como los supuestos consensos logrados, los que sirvieron solo para la instauración de la norma dentro del texto, pero no para mucho más. Algunos de los convencionales constituyentes, cuando volvieron a sus bancas legislativas, parecieron desinterpretar lo que habían estipulado.⁴⁰ No otra conclusión puede sacarse de la lectura de la ley 24379 que, a diferencia de la normativa reglamentaria española, no hace ninguna referencia a muchas de las competencias que la Corte encuentra.

Por ello es que solo cabe que, a fin de evitar que dentro de algunos años, y con motivo de una nueva integración del alto tribunal, volvamos a preguntarnos cuáles

⁴⁰ Práctica por cierto no infrecuente con los postulados de la reforma constitucional, que luego aparecieron licuados o diluidos por el Congreso de la Nación, a veces con los mismos protagonistas humanos.

son las funciones del Defensor del Pueblo, y para qué tiene legitimación procesal; correspondería una reformulación de la ley 24379 en donde se consigne con claridad cuáles son las aptitudes competenciales de aquel de cara al siglo XXI, que necesariamente exorbitan la concepción que de él se tenía en el parlamentarismo sueco, allá por los inicios del siglo XIX.

Carlos Daniel Luque*

En busca de un rol más comprometido con la sociedad argentina

1. Introducción. Antecedentes

Trataremos de ver aquí algunos aspectos de la conocida institución del Defensor del Pueblo, y en el intento mismo, dar cuenta de que hoy en día hasta las propias barreras normativas que ella tiene, desde el punto de vista de poseer algún tipo real de poder coercitivo, van cediendo por la multiplicidad de problemas que resuelve en su calidad de *letal consejero*.

Y esto mismo se debe a dos cuestiones claves; en primer lugar, a que El Defensor del Pueblo de la Nación es una de las instituciones con más credibilidad en la sociedad argentina y el ejemplo está dado en que el ciudadano ante el más mínimo problema (a veces) hace su reclamo ante quien se supone lo está perjudicando pero acto seguido e inmediatamente se presenta ante las oficinas del Defensor del Pueblo para activar su queja.

En segundo lugar, y esto también tiene gran relevancia, es que la impronta total de la institución la da su titular, o sea, cuanto más ejecutivo es, más ejecutiva es la impronta, o cuando actúa más tuitivamente en materia de derechos humanos, más protegidos se sienten los denunciados.

* Universidad Nacional del Nordeste. Asesor legal en el Área de Medio Ambiente del Defensor del Pueblo de la Nación.

Si a estas dos situaciones relatadas le agregamos el mencionado «bozal» normativo que tiene el novel organismo constitucional, desde siempre, la famosa denominación de magistratura de persuasión viene de allí, tenemos para nosotros que su actuación sería gratamente bienvenida si tuviese la libertad que en un país como el nuestro se debe dar a este tipo de instituciones republicanas, dedicadas diariamente a tratar de encontrarle soluciones a los problemas de la gente.

Ahora creemos no equivocarnos en absoluto al mencionar que ningún comentario o análisis sobre la figura en cuestión pecaría de liviano si no se mencionara, mínima y brevemente, el origen formal de esta.

Sabemos que fue en Suecia, en 1809 (aunque en rigor de verdad habría rasgos desde 1713) y en el marco de una controversia entre el Parlamento y el monarca, que apareció la institución y se constitucionalizó la figura del denominado Ombudsman como un instrumento de control de aquella administración monárquica, sus funcionarios y sus jueces.

En las aplicaciones sucesivas de la figura se fueron perfilando verdaderos signos de identidad que la han caracterizado. Quizá el principal de ellos, tal vez el más significativo, es su vinculación con el Poder Legislativo, del que se constituye en una verdadera prolongación. En el caso argentino es lejos la figura más efectiva para controlar los excesos de la administración pública nacional.

No había en aquel surgimiento escandinavo un procedimiento riguroso para la presentación de las quejas por los interesados (tampoco existe hoy en la Argentina), el trámite era gratuito y las autoridades administrativas estaban obligadas a responder al *Justitieombudsman* sueco, bajo el apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

2. El rol normativo asignado a la institución

Ha sostenido con acierto y premura Humberto Quiroga Lavié que:

El Defensor del Pueblo de la Nación integra el sistema de órganos extrapoder creados por el constituyente nacional en 1994, en forma conjunta con el Ministerio Público, La Auditoría General de la Nación y las ONG [en este último caso nos permitimos disentir parcial pero decididamente con el maestro de La Plata, aunque aquí no son tema de discusión las organizaciones no gubernamentales], con el objetivo de controlar al aparato del poder del Estado, con la certeza de que si no se institucionalizan controles externos al aparato estatal que ejerce el poder público, este termina corporativizando dicho poder y paralizando el dinamismo que tiene que tener toda sociedad organizada bajo los postulados del liberalismo (político).¹

¹ Humberto Quiroga Lavié: «El Defensor del Pueblo ante los estrados de la justicia», en *La Ley*, 1995-D, p. 1058.

Con la reforma de 1994 y como artículo 86 se incorpora a la expresividad de nuestra Constitución nacional el Defensor del Pueblo de la Nación, en estos términos:

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 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 funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Se destacan por entre los deberes legales de esta institución introducida con acierto pero con mesura por el constituyente de 1994, los siguientes:

- La función tutelar de los derechos humanos, los derechos de incidencia colectiva y contra todo tipo de discriminación.
- Para ejercer estos cometidos debe también controlar las funciones administrativas públicas, todo dentro del régimen de competencia que le asigna su ley de creación n.º 24284 en sus artículos 16 y 17.

Es indispensable tener en cuenta que no sustituye las responsabilidades de las respectivas autoridades competentes sino que las controla, les dice qué están haciendo mal y cómo deberían cumplir sus deberes y obligaciones constitucionales y legales.

Para que se entienda, este organismo no puede brindar lo que denominaríamos auxilio directo: no puede proveer una vivienda, no puede dar trabajo a un desempleado y no puede dar de comer ni sacar de la pobreza a los desposeídos; pero debería lograr —en eso estamos todos los días— que a quien le competen estas cuestiones directamente atiendan los mencionados reclamos, que cumplan con la ley (¿no será demasiado pedir?) que dejen de disolver, día a día, la República.

En cuanto a la parte realmente triste de la historia de esta institución, ella es la mordaza legal que le impone su ley nombrada de creación y de la que mencionaremos algunos de sus mandatos para no parecer demasiado injustos con los representantes del pueblo.

El Defensor del Pueblo de la Nación carece de facultades para revocar actos, modificarlos o sustituirlos (administrativos, judiciales, etcétera), opera en el plano del mero reproche moral cuando, como dijimos, recuerda el incumplimiento de los deberes legales de los funcionarios.

Su poder más notorio se estaría dando cuando los obligados a responder los requerimientos en un plazo máximo de 30 días hábiles (fijados por la ley 24284) no lo

hacen bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia que en su artículo 239 prevé el Código Penal.

Finalmente, su relación con el Congreso nacional, que es el poder que lo designa y si se diesen las condiciones lo destituiría, se manifiesta en el deber de presentar anualmente un informe ante este, antes del 31 de mayo, donde se da cuenta de lo actuado y del resultado de ello.

3. Una motivación distinta para la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación en defensa de los derechos humanos

Se considera como factor indispensable para un diálogo productivo en un medio interpersonal o, como en este caso, interórganos, que un coordinador o un mediador fortalezca relaciones.

Las partes intervinientes necesitan tener incentivos para resolver o controlar el conflicto y si carecen de incentivos adecuados no habrá reciprocidad para arribar a una solución a los problemas. En este caso es que aparece la figura del Defensor del Pueblo de la Nación como figura coordinadora y a la vez incentivo para las partes en conflicto, para resolver sus problemas. Denominamos a esto la mutua motivación positiva.

La paridad de poder en un diálogo contribuye en sumo grado al éxito, en tanto la desigualdad mina la confianza, inhibe el diálogo y disminuye la probabilidad de un resultado constructivo. Vemos aquí el necesario equilibrio de poder en la situación que se puede dar exclusivamente en el ámbito de la coordinación y no en el de la subordinación.

Las iniciativas de confrontación por uno de los protagonistas deben sincronizarse con la disponibilidad del otro para el diálogo.

Sin una adecuada coordinación como la que puede brindar el Defensor del Pueblo de la Nación, las partes pueden experimentar dificultades para sincronizar sus iniciativas, ya que un protagonista puede elegir un momento y un lugar que no convienen al otro, y viceversa, y esto conlleva en general a más evasivas, ofensas y agravios.

Las iniciativas conciliadoras como las que pregonan el Defensor del Pueblo de la Nación contribuirán mejor a una solución si están sincronizadas en la disposición del otro a interpretarlas correctamente o a corresponder a ellas.

En un diálogo efectivo propio de un conflicto pueden distinguirse al menos dos fases: una fase de diferenciación y otra de integración. Durante la primera fase, las partes describen el problema desde su punto de vista; durante la segunda fase, el coordinador le imprime importancia a las semejanzas existentes y reconoce las metas comunes de aquellas.

La importancia fundamental de la presencia del Defensor del Pueblo es indispensable para evitar el fracaso de los diálogos porque los intervinientes no sienten que puedan ser francos uno con el otro acerca de sus opiniones y observaciones, a

veces omitiendo datos esenciales para la real comprensión y consecuente solución del problema.

La conversación entre las partes no progresará en forma productiva si cada uno de los protagonistas no entiende lo que el otro está diciendo; por eso, la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación aportará fidelidad hasta en la comunicación de las partes.

Es necesario que cada una de las partes tenga la comprensión real sobre cómo piensa la otra, porque las partes deben creer, además, que el otro también tiene anhelos de llegar a una solución justa.

Efectivamente creemos que las estrategias emprendidas por las instituciones nacionales, en este caso las que tienen como misión esencial proteger y promover la defensa de los derechos humanos, son indispensables.

En cuanto a los métodos de trabajo del Defensor del Pueblo de la Argentina, creemos que el tratamiento temprano y eficaz de la denuncia, por ejemplo, puede conseguir una adecuada protección de un derecho humano.

La investigación sistémica puede llevar a resolver o encontrar soluciones valiosas pero también tiene en contra lo que la burocracia administrativa tiene de normal: el paso del tiempo sin llegar a concretar respuesta alguna.

Las recomendaciones son un mecanismo legislativo que tiene el Defensor del Pueblo de la Nación para expedirse. Mencionemos, por ejemplo, y siguiendo este estilo informativo que llevamos, que también se realizan inspecciones a centros de detención donde, en general, no existe derecho humano alguno y es muy difícil decir que estos se pueden promover en esos lugares.

Vimos aquí una razón, motivación, punto de vista o simplemente una forma diferente de ver cómo el Ombudsman nacional debe o debería encarar los problemas, es decir, ajustar tal vez la impronta y arremeter contra todos los obstáculos que diariamente pone el poder de turno para encontrar soluciones equitativas para cada uno de los problemas que se le plantean.

Creemos que estamos ante la institución adecuada, sabemos y somos conscientes de que algunos retoques normativos le darían un aire fresco que sería positivo desde el lugar que se lo mire.

4. Conclusiones

Más que conclusiones son opiniones conclusivas, y breves, porque el grueso de lo que se quería decir se dijo, aunque con alguna liviandad en términos de tratar de mantenerse en un plano objetivo de corrección político-jurídica y, además y sobre todo, para no corroer algunas sensibilidades académicas.

El Defensor del Pueblo de la Nación Argentina ha implicado, sí o sí, un enriquecimiento en la institucionalidad democrática y constitucional de nuestro país, aunque no sea ninguna panacea.

Y todo esto porque permite darle a nuestra averiada, lastimada y deslegitimada democracia, por lo menos, la sensación de que todavía se puede salir del fondo del precipicio; lo bueno sería que este correcto letal consejero (como llamamos a esta institución constitucional) pudiese ser más letal y no tan consejero. En este caso, los representantes del pueblo de la Nación argentina tienen y tendrán la última palabra.

Capítulo 10

OTROS TEMAS CONSTITUCIONALES
REFERIDOS AL PODER LEGISLATIVO

Víctor Bazán*

Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso**

1. Consideraciones introductorias

Aun a riesgo de deslizarnos hacia afirmaciones que suenan a lugares comunes, no es difícil verificar cómo el Poder Legislativo de la Nación se repliega y no asume esferas competenciales que le corresponden de modo específico. Por supuesto, al tiempo que se retrae en algunos aspectos o se limita a funcionar como intermediario legislativo del Poder Ejecutivo en otros, este gana espacios, se filtra su potencial hegemónico en intersticios antes impensados, se volatiliza la división de poderes, se desvirtúa la democracia constitucional, se acentúa la *crisis de representatividad* y paulatinamente se pierde en calidad institucional.

Sin intención alguna de exhaustividad, para graficar la cuestión basta con recordar:

- la modificación que, por conducto de la ley n.º 26080,¹ el Legislativo introdujo a la normativa del Consejo de la Magistratura (n.º 24937),²

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan). Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

** Dedicamos este trabajo al querido y recordado maestro y amigo Dr. Germán J. Bidart Campos.

¹ *BO*, 27.2.2006.

² *BO*, 6.1.1998, texto ordenado por el decreto n.º 816/99 y sus modificatorias. Su correctiva es la ley n.º 24939 (*BO*, 6.1.1998).

reduciendo su número de integrantes y adjudicando al estamento político una mayoría decisiva en cuestiones medulares como la designación de los magistrados judiciales y la activación del botón de arranque del procedimiento para su destitución;

- la ley n.º 26124,³ que sustituye el artículo 37 de la ley n.º 24156⁴ de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, y que acuerda al Jefe de Gabinete de Ministros la facultad de disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades, exceptuándolo de lo establecido en el artículo 15 de la ley n.º 25917;⁵
- la ley n.º 26135,⁶ que, sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratificó en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2006, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Congreso, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento; y
- la acostumbrada práctica presidencial de recurrir a numerosos decretos de necesidad y urgencia en terrenos propios del Legislativo, donde la única certeza que existe es que en su gran mayoría no convergen ni necesidad ni urgencia para dictarlos, además de que en este ámbito temático hubo que esperar mucho más que lo *razonable* para que se diseñara normativamente el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente⁷ encargada, *inter alia*, del control y el seguimiento de aquellos decretos de acuerdo con el mandato constitucional. Ello se cristalizó por medio de la ley n.º 26122,⁸ que tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (donde se requiere dictamen de la Comisión Bicameral Permanente) respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes.

A ello se le suman pretericiones y retardos legislativos inconstitucionales, que al solo efecto ejemplificativo condensaremos evocando la palpable ausencia de la

³ BO, 8.8.2006.

⁴ BO, 29.10.1992.

⁵ BO, 25.8.2004. Tal normativa trata del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

⁶ BO, 24.10.2006.

⁷ Prevista en los artículos 99, inciso 3.º, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional.

⁸ BO, 28.7.2006.

normativa relativa a la coparticipación federal pese a los claros parámetros temporales que surgen de la combinación del artículo 75, inciso 2.º, y de la disposición transitoria sexta de la Constitución nacional.

Puntualmente, es este último aspecto —el de las inercias anticonstitucionales— el que convoca aquí nuestra atención. Es precisamente en tal marco donde se torna necesario plasmar algunas alternativas material y jurídicamente sustentables, generadas desde la magistratura judicial (encabezada por la Corte Suprema de Justicia) y nutridas de un *activismo prudente* que, firme y equilibradamente, busque tender canales de diálogo con el Congreso para superar la inactividad o la mora legislativas *contra Constitutionem*, rescatar la supremacía y la normatividad constitucionales y garantizar la protección de derechos fundamentales que reclaman operativización.

2. Plan del trabajo

Sentadas las líneas introductorias precedentes, retrataremos sintéticamente el contenido de esta contribución.

En primer lugar analizaremos de manera sucinta los alcances de la tensión constitucionalismo-democracia o magistratura constitucional-Congreso o Parlamento, y perfilaremos algunas aristas relevantes en torno a las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas inconstitucionales.

A continuación recorreremos sumariamente la jurisprudencia constitucional comparada europea y latinoamericana que, haciendo pie en la insuficiencia del paradigma kelseniano del *legislador negativo*, ha venido moldeando un nutrido catálogo de opciones sentenciales, entre otros propósitos, para conjurar las pretericiones legislativas.

Enseguida enfocaremos de modo específico el contexto argentino, con una trilogía temática: primeramente indagaremos si su escenario jurídico permite concebir la existencia de una habilitación constitucional legitimante a favor de la magistratura judicial para superar la inconstitucionalidad por omisión del Congreso; luego, incurSIONAREMOS en la doctrina judicial de la Corte Suprema para individualizar ciertos precedentes en los que, con mayor o menor contundencia léxica y jurídica, el tribunal ha llevado adelante su misión de fiscalización constitucional de inacciones o retardos legislativos contrarios a la carta magna; y, por último, nos centraremos en determinados aspectos de las nuevas modalidades sentenciales a las que últimamente viene recurriendo el máximo tribunal para reconfigurar su perfil institucional y moverse hacia un nuevo modelo de jurisdicción constitucional, para cuyo desarrollo prospectivo será conveniente generar vínculos dialógicos y no confrontativos con el Congreso de la Nación.

A su tiempo, el epílogo tomará cuerpo con algunas apreciaciones recapituladoras de los eslabones argumentales centrales desarrollados en el nudo del trabajo.

3. De tensiones y detenciones

La discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia*.

Ciertamente, y como precisa Sunstein, no deja de ser difícil analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última y, otras, subvertirla, por lo que la tarea en el futuro consistirá en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas.⁹

Simplificando al máximo los contornos de la cuestión, y partiendo de la constatación que da cuenta de que democracia y constitucionalismo no son conceptos unívocos, movidos aquí por un simple propósito referencial traemos a colación a Elster, quien sugiere que la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio «una persona, un voto».¹⁰ A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias¹¹ y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial.¹² Así, y en términos generales, puede ligarse la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo; aquella encarna la participación popular, este las restricciones constitucionales.¹³

En el marco de la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-Parlamento, Prieto Sanchís precisa que la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, peligro que juzga *inevitable* si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo) el que, como modelo de organización jurídico-política pretende representar un perfeccionamiento del Estado de derecho y si un postulado de este es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador.¹⁴

Como se afirmara, el constitucionalismo actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden

⁹ Cass R. Sunstein: «Constituciones y democracias: epílogo», trad. de Mónica Utrilla de Neira, en Jon Elster, Rune Slagstad y colaboradores: *Constitucionalismo y democracia*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C. - Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 368.

¹⁰ Jon Elster, en la «Introducción» a la obra citada en la nota anterior, p. 33.

¹¹ *Ibidem*, p. 34.

¹² *Ibidem*, p. 36.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ Luis Prieto Sanchís: «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 157.

jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no solo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.¹⁵ Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la democracia, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades.¹⁶

Como asegura Prieto Sanchís, ha existido una profunda transformación en el sistema de relaciones entre Parlamento y judicatura, que «ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios».¹⁷

En tal sentido, coincidimos con Sagüés cuando advierte que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*,¹⁸ las que —naturalmente— pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Creemos que las relaciones tensionales entre Parlamento y Tribunal Constitucional o, en el caso argentino, entre el Congreso y el Poder Judicial, que se disparan al consolidarse la facultad de las jurisdicciones constitucional u ordinaria de ejercer el control de constitucionalidad de la *ley* y que puede llevar hasta la expulsión del ordenamiento jurídico de este producto normativo del Legislativo o a su inaplicación en el caso concreto, según la modalidad fiscalizatoria adoptada, deben ser reconducidas constructivamente internalizando que tanto el órgano legisferante como el jurisdiccional están vinculados por la Constitución.

Y justamente una de las manifestaciones elocuentes de este arco tensional es la que encarnan las omisiones legislativas inconstitucionales del Poder Legislativo, *que detienen y mediatizan la normatividad y la supremacía* de la ley fundamental, y que pueden ser, en una simplificación taxonómica extrema:¹⁹ *absolutas o totales*, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y *relativas o parciales*, cuando el legislador,

¹⁵ Hemos seguido la explicación que se formula en la «Presentación» de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado: «Constitucionalismo y democracia. Nuevos paradigmas de la teoría del derecho», bajo la dirección de Luis Prieto Sanchís: Toledo, Universidad de Castilla - La Mancha, 2002.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Luis Prieto Sanchís: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 121.

¹⁸ Néstor P. Sagüés, en el prólogo al libro de Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, pp. 13-14.

¹⁹ Para la distinción entre omisiones inconstitucionales absolutas y relativas, véase W. Wesel: «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.

Esta formulación preliminar de las variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales nos tiende el puente hacia el asunto que abordaremos a continuación: la superación del modelo del *legislador negativo* de raíz kelseniana, como límite a la actuación de la jurisdicción constitucional, y la generación de otras figuras decisorias que le brinden alternativas intermedias entre los extremos de la brecha: acogimiento o desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad; permitiéndole canalizar su pulsión creadora del derecho, modular los efectos de sus pronunciamientos en el ejercicio del control de constitucionalidad y lograr un mayor equilibrio en sus complejas relaciones con el Poder Legislativo.

4. Algunas muestras que exhibe la jurisprudencia constitucional comparada

4.1. Insuficiencia del paradigma del legislador negativo

Como puntualiza Garrorena Morales, el simplificado esquema que Kelsen inicialmente manejara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias), y abocado a considerar al Tribunal Constitucional como un mero legislador negativo cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de derecho que la escueta anulación de la ley, ha dejado de ser útil como respuesta a las cada vez más complejas operaciones en las que se ven implicados los Tribunales Constitucionales.²⁰ Ello ha llevado a algún autor a hablar de la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad,²¹ lo que reafirma que la pervivencia solitaria y exclusiva de tal tándem de posibilidades ha quedado nítidamente superada.

En tal sentido, es una obviedad recordar que la magistratura constitucional abandona la rigidez del rol exclusivo de *legislador negativo*, avanzando hacia posiciones teñidas de cierto activismo al acudir a diversas formulaciones sentenciales

²⁰ Ángel Garrorena Morales: «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, Madrid, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1844-1845.

²¹ Franco Modugno: «Corte Costituzionale e potere legislativo», en AA. VV.: *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 48; aludido por Markus González Beilfuss: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 15.

que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los ámbitos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.²²

4.2. Breve recorrido por la jurisprudencia constitucional comparada

4.2.1 En Europa

En el marco de interacción del esquema de Kelsen, su cortedad *vis-à-vis* la complejización de las labores actuales de los Tribunales Constitucionales y la búsqueda consiguiente de nuevas variantes sentenciales, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no ha sido ignorado. En ese sentido, y al no existir normas constitucionales o legales específicas que programen el control a su respecto²³ en la jurisprudencia europea comparada (en referencia válida para Alemania, Austria, España e Italia),²⁴ ha sido importante la labor de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para elaborar —con mayor o menor grado de desarrollo— determinadas herramientas correctivas de las omisiones legislativas inconstitucionales, principalmente en la variante de preterición *relativa*.

En esa dinámica, y naturalmente de acuerdo con las particularidades de cada uno de los esquemas jurídicos de esos países, puede constatarse el empleo de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal o Corte Constitucionales, por ejemplo, las *sentencias interpretativas*²⁵ y, dentro de estas, las *manipulativas* y, más específicamente, las *aditivas*; y de *remedios bilaterales*, que provocan la necesaria colaboración entre el

²² Véase, por todos, Markus González Beilfuss: *Tribunal Constitucional...*, o. cit., pp. 12-13.

²³ Debe advertirse que en el anteproyecto de ley orgánica modificadorio de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se propicia el diseño de una hipótesis correctiva de la omisión inconstitucional relativa. En efecto, se postula que el artículo 39.3 quede redactado de la siguiente manera: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia».

²⁴ Pues en Portugal y Hungría sí existen normas expresas al respecto: artículos 283 de la Constitución y 68 de la Ley del Tribunal Constitucional, en el ordenamiento lusitano, y artículo 32.A.3 de la Constitución húngara.

²⁵ Tal modalidad sentencial, cuya formulación supone distinguir entre disposición y norma, tiene actualmente un uso muy extendido (con presencia incluso en el Consejo Constitucional francés, pese a las particularidades de control previo de constitucionalidad que exhibe) y reconoce una génesis no precisamente reciente. Según evoca Garrorena Morales, con apoyo en ciertas decisiones del Tribunal Federal suizo y en la jurisprudencia norteamericana, el Tribunal Constitucional alemán en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1953, haciendo propia la argumentación de una resolución anterior del Tribunal Constitucional de Baviera (de 13 de febrero de 1952) por la que este justificaba el recurso a la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung*, dejó establecida hacia adelante la legitimidad de tal tipo de pronunciamientos (Ángel Garrorena Morales: «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad...», o. cit., pp. 1843-1844).

órgano máximo de jurisdicción constitucional y el legislador, por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las *sentencias de apelación*, las que declaran que la ley «todavía no es inconstitucional», el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las *sentencias aditivas de principio* o las *sentencias-delegación*.²⁶

Por lo demás, y dentro del margen de relatividad intrínseca de todo intento taxonómico, permítasenos recordar que esta segunda categoría de correctivos no queda agotada con las sentencias *bilaterales*, puesto que ellas pueden ser también *multilaterales*, cuando además del legislador involucran a otro u otros órganos del Estado, por ejemplo, el Poder Ejecutivo o el propio juez ordinario.

4.2.2. *En América Latina*

Ya en nuestro continente, por razones de brevedad solo mencionaremos escuetamente los casos de Colombia, Perú y Costa Rica.

a) *Colombia*

Es digna de mención la praxis de la Corte Constitucional porque pretorianamente ha ido diseñando algunas pautas referidas a las *omisiones legislativas*, por ejemplo, en las sentencias n.ºs C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1433/2000, C-007/2001, C-1064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003.

A grandes trazos pueden sintetizarse del siguiente modo algunos aspectos de la doctrina judicial moldeada por la Corte sobre el particular: a) considera que existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente; b) adopta la distinción *wesseliana* de omisiones absolutas y relativas; y c) mayoritariamente, tiene sentado que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

b) *Perú*

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha acudido en diversas ocasiones al dictado de *sentencias interpretativas*, desde el que fuera catalogado como primer antecedente en tal sentido: el decisorio de 3 de enero de 2003 en expediente n.º 010-2002-AI/TC, caso *Marcelo Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos*, en el que se perseguía la declaración de inconstitucionalidad de los decretos leyes

²⁶ Cf. Francisco J. Díaz Revorio: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 61, enero-abril 2001, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-86.

n.ºs 25475, acerca del delito de terrorismo; 25659, sobre el delito de traición a la patria; 25708, en torno al procedimiento aplicable al juzgamiento de los delitos de traición a la patria previstos en el decreto ley mencionado en último término, y 25880, cuyo artículo 1.º sancionaba penalmente la apología de terrorismo cometida por docente o profesor, que influyera en sus alumnos.

Asimismo, y en cuanto a lo que aquí interesa específicamente, en la sentencia de 20 de abril de 2004 en expediente n.º 2.945-2003-AA/TC, caso *A. A. M. G.*, el Tribunal ha realizado una interesante vinculación de la doctrina de las omisiones inconstitucionales estatales con el radio de cobertura operativa de los derechos económicos, sociales y culturales.

c) Costa Rica

Este caso es distinto de los anteriores pues en el ordenamiento jurídico costarricense sí existe una normativa que habilita el ejercicio del control de constitucionalidad respecto de las omisiones contrarias a la Constitución: se trata de la ley n.º 7135, de 11 de octubre de 1989, que reguló la *jurisdicción constitucional* estatuida por la reforma constitucional 7128, de 18 de agosto de 1989. Aquel dispositivo legal, que en su artículo 4.º dispone que «la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución política», en su artículo 73 especifica los supuestos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en los apartados *a*, *b* y *f*.

Al margen del plano normativo, es interesante resaltar que dicha Sala Constitucional (conocida como Sala Cuarta), superando una visión anterior reacia a controlar las omisiones legislativas (pues hasta entonces centraba tal fiscalización en las pretericiones de la Administración pública), en expediente n.º 04-008653-0007-CO, resolución 2005-05649, de 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de Defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano, declaró *inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa* en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución política, entre otros, a los artículos 105 y 123 mediante la ley n.º 8281, de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el transitorio único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de esta —el cual venció el 20 de junio de 2003— las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Asimismo, y luego de verificar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que emanara las nombradas leyes.

5. Sobre la habilitación constitucional para legitimar el control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas contrarias a la Constitución

Retornando al caso argentino, desde nuestro punto de vista, su escenario jurídico —*aggiornado* por la reforma constitucional de 1994— permite concebir la existencia de una suerte de determinación constitucional legitimante de la competencia del órgano judicial para enfrentar las omisiones legislativas inconstitucionales.

Así lo indica la convergencia de una serie de factores, entre los que se contabilizan: la amplificación del catálogo de derechos explícitos (v. gr., artículos 37, 41, 42 CN); la literalización de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data²⁷ (artículo 43 *ibíd.*); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (artículo 16 *ibíd.*) con la *igualdad material o sustancial* (artículos constitucionales 37 y 75, incisos 2.º, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, *ibíd.*), que hacen que la antigua figura de la *pirámide* cuyo vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de *trapecio* en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

La mencionada adjudicación de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre el aludido campo temático ha provocado diversas consecuencias directas y colaterales, entre las cuales pueden incluirse, en nómina no exhaustiva: la ampliación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos; la consolidación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; el fortalecimiento de la premisa que instaura la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la inevitabilidad de la responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento de estos.

Y si agregamos otros componentes argumentales al planteo, por ejemplo, que aquel conjunto de elementos está recorrido axiológicamente por el postulado preambular de *afianzar la justicia*; que la ley fundamental instituye una premisa sustancial de autoafirmación de su fuerza normativa (artículo 36); que la atribución de valencia constitucional no se ha detenido en los documentos enumerados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, sino que el Poder Legislativo ha engrosado *ex post* la lista que los individualiza;²⁸ que el plexo de instrumentos con jerarquía constitucional

²⁷ Aunque, en este último caso, sin verbalizar expresamente la denominación *hábeas data*.

²⁸ A la nómina originaria de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional contenida en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, de la ley fundamental, se han añadido, con idéntica alcurnia,

(originaria o derivada) se adosa al texto y al espíritu constitucionales para conformar junto a estos un remozado parámetro de control de constitucionalidad; que, en líneas generales, la jurisprudencia de la Corte Suprema se muestra proclive a expedirse en pro de la obligatoriedad del cumplimiento por el Estado de los compromisos y obligaciones asumidos internacionalmente; ya *poco espacio queda* para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución gestadas al calor de inercias, inacciones u omisiones legislativas.

En específica relación con el principio de igualdad, la señalada complementación de la *igualdad formal* con la *igualdad material* insuflada por la última modificación constitucional queda corporizada en el texto constitucional con una nueva fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como: *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato*, para cuya operativización se requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades.

Para abastecer ese propósito, y en el ámbito genérico de las medidas de *acción positiva* programadas, por caso, en el artículo 75, inciso 23, quedan decididamente vinculadas las *sentencias judiciales* como garantía de observancia de la Constitución y reaseguro en cuanto a que las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los instrumentos sobre derechos humanos no queden incumplidas, por acción u omisión, ya que mientras el tratado esté vigente debe ser observado por las partes (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados); y tal cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado artículo 26, parte *in fine*, y artículo 31, inciso 1, *ibídem*), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del derecho interno para sustraerse a cumplir las obligaciones que dimanar del aludido acto jurídico internacional (cf. artículo 27, *ibídem*).²⁹

La idea fuerza que la reforma ha incorporado en torno a tales medidas de acción positiva excede el contenido literal del concepto y el alcance con que se las conoce en el derecho norteamericano. Desde nuestra perspectiva, la modificación constitucional pretende entronizar la visión consistente en que debe *realizarse* la mencionada *igualdad* por medio de la vinculación efectiva de *todos* los poderes del Estado, los

la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley n.º 24820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (a la que se le ha conferido esa valía mediante la ley n.º 25778, *BO*, 3.9.2003).

²⁹ Excepto cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, sea manifiesto (lo que sucedería si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe —artículo 46.2 de la Convención—) y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno (artículo 46 *ibídem*, como marco de excepción al principio general estipulado en el artículo 27 de dicha Convención).

que se encuentran obligados a hacerlo empleando las atribuciones que, dentro de sus respectivas órbitas competenciales, estimen adecuadas y pertinentes a esos efectos.

Un escenario del calibre jurídico y axiológico descrito, donde brilla con luz propia el sustancial compromiso asumido por el Estado en el marco de los derechos humanos, disemina una señal nítida e inequívoca hacia los órganos del poder constituido, los cuales quedan vinculados por la fuerza normativa de la ley fundamental, su supremacía y la de los tratados internacionales con valencia semejante a la de la Constitución.

6. Algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema

Recorriendo la jurisprudencia del máximo tribunal nacional puede constatarse la presencia de algunos antecedentes en materia de control de las omisiones inconstitucionales. En tal sentido, sin ánimo de taxatividad y tomando diversas épocas e integraciones de aquel órgano judicial, cabe incluir en la reseña a las resoluciones dictadas en: *Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional*,³⁰ de 15 de noviembre de 1985, *Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo*,³¹ de 7 de julio de 1992, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*,³² de 9 de abril de 2002, *Verbitsky, Horacio*,³³ de 3 de mayo de 2005, y *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios*,³⁴ de 8 de agosto de 2006.

6.1. Bonorino Perú

En esta causa,³⁵ la Corte ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional centrada en el no cumplimiento de la obligación de mantener «actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el artículo 96 de la Constitución»,³⁶ dando operatividad a la mencionada garantía hoy localizada en el artículo 110 de la ley fundamental en función de la remuneración impresa al texto constitucional por la reforma de 1994.

³⁰ *Fallos*, 307:2184.

³¹ *Fallos*, 315:1492.

³² *Fallos*, 325:524.

³³ *Fallos*, 328:1146.

³⁴ Causa B.675.XLI.

³⁵ Tomamos como caso testigo a *Bonorino Perú*, aunque lo que se diga respecto de tal pronunciamiento es igualmente útil para otros dirimidos también por conjuces: *Perugini, Durañona y Vedia y Grieben*.

³⁶ Cf. Germán J. Bidart Campos: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 100.

En el decisorio³⁷ se aclara que no es objeto del proceso discurrido en la causa «fijar los sueldos de los jueces, ni sustituir la política legislativa en la materia, todo lo cual incumbe al Congreso [...]» (considerando 5.º); y agrega que el control de constitucionalidad que asumía el Tribunal recaía «sobre la omisión de actualización de los sueldos judiciales mermados por la inflación» y, por ende, nada le impedía, como intérprete final de la Constitución, decidir que la pérdida no compensada del valor monetario real configuraba un supuesto de disminución de aquellas retribuciones, que transgredía el entonces artículo 96 (considerando 6.º).

Desgranando los puntos salientes del fallo, se observa lo siguiente: a) frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, ejerció control de constitucionalidad reivindicando su rol de intérprete final de la ley fundamental; b) operativizó aquella garantía consistente en preservar la *intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados*, consciente de sus límites y sin desconocer la competencia del Congreso para fijar la política legislativa en la materia; y c) dejó en evidencia la procedencia de la acción de amparo, como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una *obligación* constitucional.

6.2. *Ekmekdjian c/ Sofovich*

En este paradigmático precedente, por mayoría³⁸ la Corte Suprema confirmó aplicación directa y operativa al artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase endógenamente; además, interpretó que la expresión «en las condiciones que establezca la ley» (artículo 14.1, *in fine, ibídem*) se refiere «a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las *sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*» (el énfasis nos corresponde; considerando 22 de la mayoría).

En otras palabras, afirmó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, pudiendo el tribunal fijar «*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*» será ejercitado en el caso concreto (énfasis agregado; considerando 22, *in fine*, de la mayoría).

³⁷ El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjuces: Germán J. Bidart Campos, Ernesto R. Gaviera, Luis Moisset de Espanés, Augusto Mario Morello y Roberto Terán Lomas.

³⁸ La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene (h.) y Belluscio.

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente la circunstancia de que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y, también, al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía suprallegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento —al influjo de la abstención legislativa— podría constituir *omisión inconstitucional* reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa:

La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado. (Remarcado añadido; considerando 16 del voto mayoritario.)

Por ende, la segunda de las hipótesis («omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento») provocaría la agresión constitucional por omisión y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

6.3. *Mignone*

Aquí vale destacar que la Corte no se limitó (como lo había hecho la Cámara Nacional Electoral —órgano apelado—) a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a «los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad» (dado que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilite el sufragio de aquella categoría de personas), sino que avanzó operativamente y manifestó que correspondía «urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados» y, en ese marco, consideró prudente «disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses»³⁹ (énfasis propio).

Básicamente, la Corte ha emitido una suerte de sentencia *multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los Poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que estos emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado

³⁹ El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9.º de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los doctores Boggiano (véase el considerando 8.º) y Bossert (véase el considerando 30). Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19).

judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obturado por la regla devenida anticonstitucional.

Es saludable la opción escogida por el Tribunal como medio útil para corregir la omisión inconstitucional consistente en preterir la obligación de adaptar una norma legal a los postulados operativos de un tratado internacional con valencia homóloga a la de la carta magna, pues más allá de la pauta genérica del artículo 18 de la Constitución nacional (principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad de la regla impugnada fue el artículo 23.2 de la CADH.⁴⁰ En otras palabras, aquel precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrevenidamente inconsistente con pautas dimanadas de una convención internacional jerárquicamente equiparada a la Constitución, en lo que significa otra clara señal de la anunciada ampliación del parámetro de control de constitucionalidad provocada por la innovación de 1994.

6.4. *Verbitsky*

Nos interesa resaltar este fallo de la Corte Suprema porque aun cuando sus efectos no se dirigían al Congreso de la Nación sino a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires, el Tribunal acudió a una interesante herramienta sentencial exhortativa que abre una vía a la que probablemente siga recurriendo con alguna asiduidad para paliar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas del Congreso de la Nación. De hecho, y como tendremos ocasión de ver *infra*, no es extraño a tal modalidad decisoria el pronunciamiento recaído en la nombrada causa *Badaro*, donde verificó la existencia de una omisión legislativa inconstitucional referida a la operatividad del mandato contenido en el artículo 14 *bis* de la ley fundamental acerca de la movilidad de los haberes previsionales, señalando que dicho precepto *se dirige primordialmente al legislador*.

Formulada la advertencia anterior, en *Verbitsky* se aprecia que el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus correctivo* y *colectivo* en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías superpoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

La acción fue rechazada por la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires por considerar que no era el órgano competente para

⁴⁰ En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López en la causa A.671.XXXVII, *Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos*, de 27 de septiembre de 2001 (*Fallos*, 324:3143).

intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ante ello, el actor articuló sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que —mayoritariamente—⁴¹ revocó la sentencia en cuestión.

En definitiva, la Corte admitió la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Para operativizar el fallo, dispuso además:

- declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, de las Naciones Unidas, recogidas por la ley n.º 24660, *configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;*
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos;
- instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etcétera), a fin de que estos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;

⁴¹ La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también en disidencia —aunque solo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

- disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires informe a la Corte Nacional las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- *exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales* (énfasis añadido);
- y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

En cuanto atañe específicamente al tema que nos convoca, el fallo es relevante, pues adoptando un laudable activismo la Corte Suprema elabora un remedio jurisdiccional para combatir las *omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga* en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, v. gr., del artículo 18 CN y de los artículos XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo «tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad»), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano») y 5, inciso 2.º, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término) —véase considerando 39 de la mayoría.

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva al nivel de estándar básico infranqueable a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley n.º 24660, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cf. idéntico considerando).

Para abastecer tales menesteres (y beneficiar, por caso, a menores, mujeres y personas enfermas) la Corte ha diseñado una *sentencia exhortativa multilateral*, englobando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial, pero a su vez mantuvo su propio involucramiento y compromiso en la supervisión del cumplimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil.

En otro orden de ideas, es inocultable que el fallo exhibe numerosas aristas dignas de interés, de las que solo enunciaremos algunas, al ser materialmente imposible agotarlas aquí:

- *la visión amplia y despojada de formalismos en materia de legitimación procesal activa, al admitir por primera vez un hábeas corpus correctivo y colectivo*, aunque ello reconozca algún parentesco con lo resuelto en *Mignone*, donde si bien la pretensión fue incoada como amparo, en definitiva se desarrolló procesalmente como hábeas corpus;
- la democratización del debate suscitado con motivo de la tramitación de la queja que desencadenara en la sentencia en cuestión, pues además de la participación de los mencionados *amici curiae*,⁴² se realizaron dos *audiencias públicas* (el 1.º de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005), donde tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones en el tema en derredor del cual giraba la causa, de innegable trascendencia e interés públicos;
- la abstención de la Corte Suprema de recurrir a la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* para desembarazarse del análisis de la pretensión de fondo articulada en la causa;
- la referencia a la equiparación exigida en un sistema de estructura federal para garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad, al afirmar el Tribunal que, «cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues *un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía*» (énfasis agregado; cf. considerando 57 de la mayoría);
- la modulación de los efectos colectivos de la sentencia, a tono con la naturaleza justamente plural del radio de cobertura de la acción instaurada; y,
- en definitiva, la asunción de una posición jurisdiccional prudentemente activista para resguardar la supremacía y la fuerza normativa constitucionales (y de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos con

⁴² Sobre tal figura, véase Víctor Bazán, por ejemplo en: «El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad», en *Jurisprudencia Argentina*, 4 de junio de 2003, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 3-24; y «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional a la figura del *amicus curiae*», en *Jurisprudencia Argentina (Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, 29 de setiembre de 2004, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 5-16.

alcurnia semejante a la de la ley fundamental) frente a un planteo jurídico creativo que, meritado *a priori* y superficialmente, podría haberse catalogado de heterodoxo e improcedente.

6.5. *Badaro*

Inicialmente nos interesa señalar cómo la Corte, en forma unánime,⁴³ enfatizó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (artículo 14 *bis*) debe resguardarse *legislando* sobre el punto (remarcado agregado; considerando 6.º). En dirección convergente puntualizó que:

[...] *el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador*, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (artículo 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla (énfasis añadido; considerando 15).

Además, puso de manifiesto que «la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad*», de lo que extrajo que «*la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución nacional*» (énfasis agregado; considerando 13).

Abrimos un breve paréntesis para expresar que el sector temático respecto del cual la Corte juzga configurada la omisión legislativa inconstitucional es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como merecedor de un plus protectivo en los términos del artículo 75, inciso 23. Recuérdese que aquella determinó que al Congreso nacional corresponde *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 la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto* de los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad. O sea, ha sido voluntad del constituyente catalogar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable.

Así lo ha entendido la Corte en la causa que analizamos, donde precisó que:

⁴³ El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo (y aún hoy sigue contando), doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

no solo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la ley suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su artículo 75, incisos 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos. (Considerando 17.)

Tal percepción del tema debe leerse en línea con lo que el Tribunal sostuvo en *Sánchez, María del Carmen c/ ANSes s/ reajustes varios*,⁴⁴ de 17 de mayo de 2005, en punto a que:

ratifica los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar «jubilaciones y pensiones móviles», según el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el artículo 75, inciso 23, de la ley fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos. (Considerando 3.º del voto mayoritario.)

Retomando la referencia a *Badaro*, la Corte —mostrándose consciente de sus límites— advirtió que no era apropiado fijar ella misma, sin más,

la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer. (Considerando 16.)

Los ejes del decisorio pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- detectó la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la ley fundamental;

⁴⁴ En *Sánchez*, la Corte se pronunció a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones (*Fallos*, 328:1602). El pronunciamiento es muy importante porque da por tierra con el poco feliz precedente sentado en *Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad*, de 27 de diciembre de 1996 (*Fallos*, 319:3241).

El esquema de votación de *Sánchez* fue el siguiente: la mayoría quedó constituida por los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti; a su turno, concurrentemente votaron los ministros Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente; y, por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

- se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión;
- difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y
- dispuso comunicar al Poder Ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

7. Nuevas modalidades sentenciales y la aconsejable relación de colaboración entre la Corte Suprema y el Congreso

7.1. Recapitulación y comentarios adicionales en torno a las variantes decisorias adoptadas recientemente por la Corte Suprema

En este sector del trabajo intentaremos repasar brevemente los mecanismos que ha implementado la Corte Suprema sobre el punto que convoca nuestra atención y algunas pautas que emanan de otros fallos no mencionados hasta ahora pero que ofrecen ciertas aristas de interés para la indagación aquí emprendida.

7.1.1. Recapitulación

Una reseña condensada de los pronunciamientos específicamente colacionados del alto tribunal, ciñéndonos a los más recientes, arroja que:

a) En *Mignone*, por medio de una suerte de *sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, y dispuso *urgir al Poder Legislativo* y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, estableciéndoles para ello un *plazo* de seis meses.

b) En *Verbitsky* también diseñó una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del estado provincial (Ejecutivo, *Legislativo* y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto el fallo revela la detección de *omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga* en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal y dispuso *exhortar* a los Poderes Ejecutivo y *Legislativo* de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

c) En *Badaro* descubrió y declaró la existencia de una *omisión legislativa inconstitucional* lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 bis de la ley fundamental y, por medio de una *sentencia exhortativa multilateral*, decidió *comunicar* al Poder Ejecutivo nacional y al *Congreso de la Nación* el contenido de la decisión para que, *en un plazo razonable*, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal *difirió* el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: a) por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión; y comunica su decisión a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente; y b) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

7.1.2. Anotaciones marginales sobre otras causas del tribunal

a) En *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S. A. s/ despido*,⁴⁵ de 14 de setiembre de 2004, mudando su criterio anterior y por unanimidad⁴⁶ invalidó constitucionalmente —por irrazonable— el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según ley n.º 24013), para calcular la indemnización por despido incausado.

Asimismo, y con un dejo adicional de activismo, al tiempo de desactivar por inconstitucional aquel límite, avanzó en la *construcción de un criterio normativo operable en la causa*⁴⁷ al determinar *per se* que correspondía aplicar aquella limitación solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

⁴⁵ *Fallos*, 327:3677.

⁴⁶ En efecto, votaron coincidentemente todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

⁴⁷ Al respecto se ha puntualizado que ello representa una «decisión *cuasi legislativa*» (Mario Ackerman: «La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias», en *La Ley*, tº2004-F, Buenos Aires, p. 196).

b) En *Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*,⁴⁸ de 29 de marzo de 2005, declaró por mayoría⁴⁹ la invalidez constitucional del artículo 19 de la ley n.º 24463 —paradójicamente llamada de *solidaridad previsional*, porque de *solidaria* poco tiene—, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

En apretada síntesis, el tribunal recordó la imposibilidad de pronunciarse sobre el acierto o la conveniencia de las soluciones legislativas, dejó en claro que la experiencia recogida durante los casi diez años de vigencia de la ley n.º 24463⁵⁰ la hacía susceptible de reproche con base constitucional por resultar *irrazonable*, porque el medio que arbitraba no era adecuado a los fines cuya realización procuraba o porque consagraba una manifiesta iniquidad (considerando 5.º de la mayoría); recordando también que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución nacional (considerando 10, *in fine*, de la moción triunfante).

En definitiva, descartó el precepto citado en función de su inconstitucionalidad —irrazonabilidad— superviviente, *lo que también deja espacio para leer la cuestión desde el plano de la prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, abrogar) una cláusula legal desfasada y disvaliosa*.

Por lo demás, haciendo gala de su rol institucional como máximo tribunal de la nación, se animó a revisar judicialmente la configuración legislativa de su competencia en materia de apelación ordinaria, depurando tal espacio al extirpar de él a la actividad revisiva en materia previsional,⁵¹ reivindicando y reforzando su papel de intérprete supremo de la Constitución, lo que a su entender le permitiría dedicarse al examen de cuestiones constitucionales sustantivas, menester para cuyo cumplimiento

⁴⁸ *Fallos*, 328:566. Sobre tal decisorio, véase Víctor Bazán: «La Corte Suprema, la depuración de su competencia por medio del control de constitucionalidad y la tutela de derechos humanos básicos», en *Jurisprudencia Argentina (Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, 28 de diciembre de 2005, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 2-20.

⁴⁹ El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

⁵⁰ Recuérdese que fue publicada el 30 de marzo de 1995.

⁵¹ En el considerando 10, primera parte, de la mayoría, puede leerse: «Que si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le ha asignado mediante el recurso en cuestión, *ello no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible*» (énfasis añadido).

algunos de sus integrantes⁵² invocaron la necesidad de una *cooperación (eficiente) del Congreso de la Nación* al determinar las pautas de funcionamiento de dicha competencia apelada.

7.1.3. *Otra faceta de algunos fallos de la Corte: sus efectos inductores de la actividad legislativa*

No deseábamos cerrar este apartado sin volver siquiera brevemente a un tándem de decisorios ya abordados, mas para poner ahora de relieve un aspecto no relevado hasta aquí: *la potencialidad impulsoria de la tarea legislativa que estos han logrado desplegar*. Nos limitaremos a los casos *Mignone* e *Itzcovich*.

a) Luego del dictado de la sentencia en *Mignone*, el 4 del diciembre de 2003 se sancionó la ley n.º 25858,⁵³ promulgada por decreto n.º 1342/2003 del Poder Ejecutivo nacional, de fecha 29 de diciembre de 2003. En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó —entre otros incisos—, el *d* del artículo 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el artículo 3 *bis*, que dispone —en su primer párrafo— que «[l]os procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos electorarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos».⁵⁴

b) Pocos días después de fallado el caso *Itzcovich* (recordamos, de 29 de marzo de 2005), el Congreso de la Nación sancionó la ley n.º 26025⁵⁵ por medio de la cual derogó el aludido artículo 19 de la ley n.º 24463, es decir, el que fuera declarado inconstitucional por el pronunciamiento en cuestión. Naturalmente, el decisorio *aceleró los tiempos parlamentarios* induciendo a dar rápida aprobación al proyecto que en aquel momento circulaba —con mayor distancia recorrida— en el Congreso nacional.

7.2. *La preservación del equilibrio institucional*

Desde hace más de una década venimos postulando la conveniencia de que la Corte Suprema se anime a explorar nuevos y tal vez *incómodos* espacios en materia de control de constitucionalidad, entre los cuales incluíamos al de las omisiones

⁵² Véase en tal sentido el considerando 23 del voto concurrente conjunto de los doctores Maqueda y Zaffaroni.

⁵³ *BO*, 6.1.2004.

⁵⁴ Al margen del hecho auspicioso que supuso la positivación de tal solución, que queda en línea con las disposiciones y principios consagrados por la CADH y con el anclaje argumental exhibido por la Corte Suprema en *Mignone*, no deja de ser censurable el excesivo lapso que la ley en cuestión otorgó al Poder Ejecutivo para que la reglamentase, en tanto le fijó para tal menester un plazo máximo de veinticuatro meses contados a partir de la publicación de la aludida preceptiva legal.

⁵⁵ *BO*, 22.4.2005.

legislativas inconstitucionales, para cuya corrección propiciábamos la búsqueda por el máximo tribunal de nuevas modalidades sentenciales acuñadas en el derecho y la jurisprudencia comparados,⁵⁶ adaptándolas a nuestra cultura e idiosincrasia jurídicas.

Dentro del abanico de posibilidades al alcance de la Corte, puede mencionarse a las denominadas *sentencias intermedias*, ya unilaterales, por caso, las sentencias exhortativas o las aditivas; ya bilaterales, por ejemplo, las decisiones para dar tiempo a la intervención correctiva del legislador y salvar así la situación contraria a la Constitución que la normativa impugnada genera. Incluso, hasta planteábamos el problema normativo vinculado con el pronóstico o la prognosis, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habían sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevivientes, deviniendo anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas, nos preguntábamos si tal situación (caracterizada por la falta de actualización de aquellas por el legislador) era idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional.

Por fortuna, principalmente a partir de su nueva integración, con empuje activista, y como puede apreciarse de la reseña recapitulativa efectuada en el subapartado anterior (6.1), el tribunal se muestra más permeable a incursionar en nuevas técnicas decisorias y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos elementos e ingredientes para configurar una sistemática vernácula de opciones sentenciales para enriquecer la labor de defensa de la Constitución y la salvaguarda de su supremacía, normatividad y eficacia.

Naturalmente, es fundamental que la labor que al respecto impulse la Corte no sea planteada (ni entendida) en términos confrontativos, sino de diálogo y colaboración con los restantes poderes del Estado, en la búsqueda de un equilibrio que, sin perder de vista la ineludible obligación de aquella de mantener incólume la vigencia normativa prevalente de la Constitución, trasunte respeto por la estructura del Estado, la división de poderes, la libertad de configuración política del legislador y la autoridad democrática de este.

Específicamente en cuanto atañe al control sobre las pretericiones legislativas inconstitucionales, es preciso que la magistratura judicial delimite y se mantenga dentro del perímetro del campo de acción a su alcance para examinar el cuadro situacional que le permita constatar la presencia de tales omisiones y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor para evitar el peligro de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

⁵⁶ Más allá de algún trabajo anterior, véase por ejemplo, «Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva», en la obra colectiva que coordináramos, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 171-269.

La faena judicial que lleve a auscultar si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho alegado o de la situación contraria a la Constitución que la omisión origina; lapso por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución jurídica, material y financieramente posible.

Como anotación marginal, es interesante colacionar aquí la visión de Nino, para quien la *independencia* judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad.⁵⁷ Agrega que el carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces *se facilitaría si se admitieran remedios como el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones*.⁵⁸

Previo a dejar paso a las observaciones de cierre de este trabajo, cabe todavía precisar que la lectura que de la interacción de aquellos elementos en algunos casos *difíciles* acometa el órgano judicial actuante, puede demandarle un ejercicio de ponderación, combinado con alguna dosis de subsunción, para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano legislante margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones de la propia ley fundamental o cuando, ya en tarea de desarrollo constitucional, sin fundamento objetivo, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en equivalencia de circunstancias o, desde un plano genérico, incurra en insuficiencia normativa.

8. Epílogo

Del itinerario panorámico emprendido pueden extraerse las siguientes observaciones finales, que vienen a añadirse a ciertas apreciaciones conclusivas ya intercaladas en otros segmentos de este trabajo:

1. Es notoria la retracción del Congreso en ámbitos competenciales que le son específicos, dejando espacios deshabitados que ocupa el Ejecutivo fortaleciendo su caudal hegemónico. A ello se añaden pretericiones y retardos legislativos

⁵⁷ Carlos S. Nino: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 705.

⁵⁸ *Ibidem* (énfasis añadido).

inconstitucionales que no pueden disimularse anómicamente pues erosionan la supremacía, la normatividad y la eficacia de la ley fundamental.

2. Como *mutatis mutandi* constata Carrillo, en Europa (aunque —agregamos por nuestra parte— con irradiaciones hacia el ámbito iberoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la ley fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda de que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquella ordena el sistema político y *los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador* y el resto de los poderes del Estado.⁵⁹

La alusión referencial anterior da pie para reiterar que la discusión en torno a las posibilidades de sustentación jurídico-política del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia, judicatura-Congreso* o, en otras palabras, de la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación.⁶⁰

Las relaciones tensionales entre el Poder Judicial y el Congreso deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto acometa la Corte Suprema de Justicia como cabeza del cuerpo judicial, no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano confrontativo o de puja de poder, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del alto tribunal de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Constitución, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

En esa lógica interactiva es tan importante que la magistratura judicial gobernada por la Corte Suprema actúe imbuida de un *activismo prudente*, como que el Congreso *asuma la crucial importancia de su rol institucional y actúe a la altura de las circunstancias que el Estado constitucional de derecho*⁶¹ le impone.

⁵⁹ Marc Carrillo: «La jurisdicción constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional español y las hipotecas del caso chileno», en Raúl Morodo y Pedro de Vega (directores): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, Madrid, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 1472.

⁶⁰ La frase que cierra este tramo del texto: «la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación», es paráfrasis de la apreciación de Zagrebelsky, quien alude a «lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación» (Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 152).

⁶¹ Es preciso reiterar que el modelo jurídico-político del *neoconstitucionalismo*, representativo del Estado constitucional de derecho, nutre a las Constituciones que, aparecidas fundamentalmente

3. Principalmente a partir de su nueva integración, y con tono activista, el Tribunal supremo argentino ha comenzado a mostrar su proclividad a incursionar en nuevas técnicas sentenciales y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos elementos e ingredientes para configurar una sistemática propia de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa jurídica y axiológica de la Constitución. Es que, como se ha apuntado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera.⁶²

Solo por utilizar la terminología empleada en el derecho y la jurisprudencia comparados y, claro está, *mutatis mutandi*, en el campo correctivo de las pretericiones legislativas inconstitucionales y otros espacios relativos al despliegue de la fiscalización constitucional, podría decirse que el máximo tribunal ha recurrido a una variante —autóctona— de *sentencias intermedias*.

En esa dinámica ha experimentado con resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo (en este último caso, determinando cuantitativamente tal parámetro temporal o limitándose a emplear la difusa expresión «en un plazo razonable»), dando tiempo en algún caso, *luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador previo a un análisis final de la pretensión actora*; asimismo, en cierto supuesto, al tiempo de descartar una previsión normativa por anticonstitucional, hizo gala de su *función creadora de derecho* construyendo un criterio normativo operable en la causa para dirimir la cuestión sometida a su conocimiento; e incluso en un determinado precedente puede inferirse que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando un razonamiento que deja algún espacio para intuir un acercamiento al plano de la *prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa* nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del Tribunal en materia previsional, animándose algunos de sus componentes⁶³ a argumentar sobre la necesidad de una *cooperación eficiente* del Congreso de la Nación al determinar las pautas de funcionamiento de dicha nudo competencial en grado de apelación.

a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden recomponer la fractura entre democracia y constitucionalismo. Al respecto, es innegable la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento y judicatura, ha propiciado el establecimiento de una Constitución considerada como norma jurídica —por tanto, dotada de fuerza normativa—, impregnada de valores y principios, y presente en todos los espacios jurídicos y en todos los conflictos mínimamente trascendentes (véase, sobre el punto, Víctor Bazán: «Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión», en *La Ley*, t.º2005-F, Buenos Aires, pp. 775-793).

⁶² Cf. Augusto Martín de la Vega: *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 402.

⁶³ Véase referencia en nota 52.

4. Una constatación empírica muestra que la Corte Suprema se encuentra en trance de diseñar una nueva identidad institucional y perfilar un modelo distinto de jurisdicción constitucional (¿para consolidarse como tribunal constitucional *de facto*?).

Así parecieran demostrarlo algunos de los decisorios reseñados en este trabajo y otros que se nombrarán a continuación, en los que transmitió un mensaje reivindicativo de su rol de Poder del Estado y aclaratorio de la silueta funcional que identifica como primordial: centrar cuantitativa y cualitativamente sus esfuerzos en el examen de cuestiones constitucionales sustantivas. Es decir, reforzar su papel como intérprete supremo de la Constitución, lo que lleva a pensar que está dispuesta a someter su vientre competencial a una cirugía mayor para moverse así hacia una nueva fase de su metamorfosis institucional que le permita no entretenerse en cuestiones menores, constitucionalmente insustanciales o que la alejen de la meta que cataloga como fundamental en su quehacer: «mejorar su funcionamiento concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional», o sea, enfocando principalmente temas constitucionales que ostenten trascendencia institucional.

Al menos dos vertientes jurisprudenciales recientes confirman la decisión del Tribunal de instrumentar una renovación de su papel institucional:

a. Por una parte, el ejercicio del control de constitucionalidad para depurar su competencia de apelación ordinaria; por ejemplo, lo resuelto —en punto al ámbito previsional— en la aludida causa *Itzcovich*.

b. De su lado, la formulación de un estándar restrictivo para determinar su competencia originaria. Esta línea judicial puede ser representada por los precedentes que señalaremos seguidamente y en los que, respectivamente, se observa:

b.1. Una *versión reducida del concepto de causa civil*, cuyo contorno queda limitado a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como al examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, a la determinación y valuación del daño resarcible.

Tal premisa se corporiza por ejemplo en: *Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios*, de 21 de marzo de 2006; *Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios*, de 18 de abril de 2006 y *Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios*, de 9 de mayo de 2006.

b.2. Un criterio *sui generis* que dio forma al pronunciamiento emitido en un resonante caso: *M.1569.XL, Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros*, dirimido el 20 de junio de 2006 y referido nada menos que a la problemática ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo.

En él se declaró la *incompetencia originaria* del Tribunal en razón de la distinta vecindad o de extranjería —artículo 117 CN— frente a reclamos resarcitorios dirigidos contra la Nación, un Estado provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas, *por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente* —en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la mencionada cuenca—, al no verificarse el recaudo de «causa civil» exigido por el artículo 24, inciso 1.º, del decreto ley n.º 1285/58.

Pero paralelamente *habilitó aquella modalidad competencial originaria* en relación con la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y *resarcir un daño de incidencia colectiva* —a causa del vertido de dicho tipo de residuos en el curso de la aludida cuenca— frente al carácter federal de la materia en debate —artículo 7 de la ley n.º 25675—,⁶⁴ al haberse demandado conjuntamente —entre otros sujetos— a la nación y a un estado provincial.

Dicho de modo condensado: por un lado, declaró su *incompetencia originaria* para conocer respecto de la demanda por el resarcimiento de los *daños y perjuicios individuales* y, por el otro, fijó su *competencia originaria en relación con las pretensiones concernientes a la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo*.

5. Como mensaje final, es conveniente recordar que la infracción a la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legislativo renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En consecuencia, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace;⁶⁵ para lo cual, entendemos, existe suficiente base constitucional legitimante.

Sin embargo, no se nos escapa que incursionar en la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión supone internarse en terrenos *intrincados* del control de constitucionalidad, al aproximarse a problemas complejos como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y rozar puntos de alta sensibilidad en tanto procura corregir inercias del órgano legisferante, que puede sentirse *acosado o invadido* en espacios que entiende de su exclusiva discrecionalidad y, por tanto, creerse *limitado antidemocráticamente*.

⁶⁴ Se trata de la Ley General del Ambiente, publicada el 28 de noviembre de 2002.

⁶⁵ Néstor P. Sagüés, «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión», en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coordinadores): *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D. F., 12 al 15 de febrero de 2002), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 619.

Pese a las dificultades expuestas, el empeño jurisdiccional de la Corte en ese sentido será bienvenido, siempre que sea prudente, responsable y equilibrado, y su nivel de legitimación se acrecentará en tanto se oriente a promover un diálogo constructivo cimentado en una recíproca y respetuosa colaboración con el Poder Legislativo; poderes públicos, ambos, que nunca deben perder de vista que se encuentran normativa, política y axiológicamente vinculados a la Constitución, unidad de orden y de sentido de todo el ordenamiento jurídico.⁶⁶

⁶⁶ Cf. en cuanto a esta última apreciación (la Constitución como unidad de sentido de todo el ordenamiento jurídico), Ángel Garrorena Morales: Ángel Garrorena Morales: «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad...», o. cit., p. 1843.

Marcelo Alberto López Alfonsín*

Los *presupuestos mínimos de protección ambiental* son leyes especiales

1. La cláusula ambiental y la cuestión competencial en la reforma de 1994

La visión federal se ha ampliado, a nuestro entender, en varios aspectos de nuestro derecho sustantivo a partir de la última reforma constitucional. Corresponde adentrarnos en la problemática ambiental y la relación nación-provincias, en particular en cuanto a las cuestiones de dominio y jurisdicción local y federal. Para ello, la cláusula introducida en el tercer párrafo del artículo 41 por la reforma de 1994 y el último párrafo del artículo 124 son las llaves maestras. La facultad del Congreso de la Nación de dictar los «presupuestos mínimos de protección ambiental» y de las provincias de sancionar las normas «necesarias para complementarlas» no implican, a nuestro entender, en modo alguno contradicción con la declaración del *dominio originario* por estas últimas en relación con sus propios recursos naturales.¹ A esta compatibilidad debemos agregarle la delegación efectuada por las provincias en el Congreso de la Nación para la sanción de la legislación de fondo, que se mantiene en el actual artículo 75, inciso 12.²

* Abogado. Magíster en Ambiente Humano. Profesor adjunto regular de Derechos Humanos y Garantías y de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales, en la Universidad de Buenos Aires. Asesor técnico del Senado de la Nación.

¹ Véase, en este sentido, del autor: «Parques nacionales en la agenda de Johannesburgo 2002», en *La Ley*, suplemento de «Derecho Ambiental», diciembre de 2002.

² Ex artículo 67, inciso 11, CN.

La delimitación competencial entre la nación y las provincias ya había sido abordada antes de la reforma por profundos estudiosos del federalismo argentino como Pedro J. Frías, y se había erradicado con firmeza la óptica confrontativa que pudiera intentar aplicarse en esta delicada materia. Este maestro siempre pregonó un *federalismo de concertación* del cual la cuestión ambiental debía actuar como paradigma a seguir. En otra ocasión³ hemos afirmado que ese paradigma implica hoy que la norma o las normas —sea a través de una ley marco o de diversas leyes regulatorias para cada aspecto en particular— de presupuestos mínimos a dictar por la Nación son un *piso* al que las provincias quedan habilitadas para colocar un *techo* más alto para complementarlas, en virtud de la potestad de estas de extender la protección ambiental en sus territorios.⁴ Por supuesto, esto no supone que las provincias puedan dictar normas complementarias de leyes nacionales de protección ambiental cuando estas tengan que ver con materias objeto de los códigos de fondo. El artículo 75, inciso 12, de la ley fundamental es muy claro en este punto. Pero también es evidente que esta competencia federal de legislación no significa que pueda centralizar su jurisdicción en materia ambiental. Máxime cuando la reforma de 1994 enuncia un principio general de amplia significación y trascendencia, en las palabras de Daniel Sabsay,⁵ al asignarle a las provincias la facultad de disponer de sus recursos naturales y sus ambientes. Se pregunta este autor cómo se complementan ambas facultades, y responde: «es que la facultad de dictar normas básicas ha sido delegada a la nación por las provincias, siempre que la misma no importe un vaciamiento de tal dominio».⁶ Por razones de espacio no nos detendremos en el análisis de los denominados *establecimientos públicos de utilidad nacional*⁷ con todas sus particularidades, pero es preciso profundizar la novedosa y polémica categoría competencial introducida en esta materia en 1994 en el tercer párrafo de la cláusula ambiental.⁸

³ «Los presupuestos mínimos de protección ambiental: una perspectiva constitucional», en *La Ley*, suplemento de «Derecho Ambiental», agosto de 1998.

⁴ En similar sentido, Germán Bidart Campos: «El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencia entre el Estado y las provincias», en *DJ*, 1997-2, p. 711, y María Angélica Gelli: «La competencia de las provincias en materia ambiental», en *La Ley*, 1997-E, p. 805.

⁵ Daniel Sabsay: «El nuevo artículo 41 de la Constitución nacional y la distribución de competencias Nación-provincias», en *DJ*, 1997-2, p. 783. No compartimos con el mencionado autor el carácter de norma como ley material: sostenemos la posición de que dichas normas deben ser entendidas como ley en sentido formal.

⁶ *Ibidem*, p. 783.

⁷ Para ampliar, véase Pablo Luis Manili: *Establecimientos de utilidad nacional. Artículo 75 inciso 30 de la Constitución nacional*, Buenos Aires, Universidad, setiembre de 2004.

⁸ Parte de estas reflexiones fueron publicadas por el autor en el suplemento digital «Federalismi.it» de la Universidad La Sapienza, Italia, y como colaboración a la obra colectiva de homenaje a los 150 años de la Constitución nacional, editada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), coordinada por Jorge Alejandro Amaya.

2. Qué son y qué no son los *presupuestos mínimos de protección ambiental*

Antes de analizar el derecho sustantivo vigente cabe recordar que el constituyente reformador fue habilitado para tratar la totalidad de la cuestión ambiental bajo el rótulo de «preservación del medio ambiente» en virtud del inciso *k* del artículo 3.º de la ley n.º 24309⁹ con una limitación expresa: cualquiera fuera el alcance que le diera al contenido temático, este debía estar circunscrito a un solo artículo a incorporar en el capítulo II de la primera parte de la Constitución nacional.¹⁰ Debemos tener presente esta limitación preconstituyente fijada por el Congreso de la Nación —de conformidad con el artículo 30 de la ley fundamental— pues jugó un rol muy importante al momento de la redacción definitiva de la cláusula ambiental del artículo 41, máxime cuando esta es el resultado del consenso de 124 iniciativas parlamentarias presentadas por los constituyentes sobre esta materia.¹¹

Veamos cuál fue el despacho de comisión en mayoría con respecto a este punto: «[...] El Congreso establecerá la legislación de base con los principios comunes y los niveles mínimos de protección, sin alterar las jurisdicciones locales y las facultades propias de las provincias». En el informe respectivo se fundamenta que:

[...] el proyecto viene a incluir en el texto constitucional la modalidad de la legislación de base nacional, definidora de la política nacional del país en la materia, lo cual quedará expresado en «principios comunes» a tal efecto, así como los «niveles mínimos de protección», lo cual implica establecer una virtual modalidad de complementación legislativa entre la Nación y las provincias.¹²

Con respecto a los despachos de la comisión en minoría, el convencional Alberto Natale, junto a representantes de los partidos provinciales, recomendaba el siguiente párrafo: «[...] Corresponde a la Nación dictar las normas generales que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales»; lo fundamentaba en que el deslinde de competencias es lo más importante que corresponde definir operativamente en la Constitución. Si bien este deslinde es más propio de la parte orgánica que de la parte dogmática de una carta constitucional, no nos olvidemos de la restricción indicada por el Congreso de la Nación. Por su parte, el despacho de la comisión elaborado por el Frente Grande no contiene en este aspecto diferencias con el firmado por los convencionales de la Unión Cívica Radical y del

⁹ ADLA, LIV-A, p. 89.

¹⁰ Véase el análisis de esta norma en: Alberto R. Dalla Via: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Plata, Librería Editora Platense, 1994.

¹¹ Los despachos de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías encargada del tema pueden ser consultados en Marcelo López Alfonsín: *El medio ambiente y los derechos colectivos en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Estudio, 1995, en especial, el capítulo 1.

¹² Cf. Quiroga Lavié, Humberto: «El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional», *La Ley*, 1996- B, 950.

Partido Justicialista, de igual forma que la disidencia parcial aportada por el convencional Alvaro Alsogaray (Unión de Centro Democrático, UCEDÉ).

Vistos estos despachos de comisión cabe preguntarse en qué instancia se decidió el texto definitivo aprobado. Pues fue en la Comisión de Redacción, la cual actuó de hecho como una especie de *filtro* previo a la discusión de cada tema en el recinto del pleno de la Convención Constituyente.¹³ Fue allí donde se produjo un fuerte debate entre los defensores del proyecto —que en definitiva recogió el consenso de los miembros de la comisión originaria— y algunos miembros del órgano redactor, que impulsaban una modificación al anterior artículo 67, inciso 11, CN, incluyendo entre las atribuciones del Congreso de la Nación la de «dictar un Código Ambiental» junto al resto de la legislación común.¹⁴ Este intento fracasó, y el plenario de la Convención finalmente sancionó el texto del nuevo artículo 41, desechando así esta modificación que había sido fundada bajo el objetivo de «actualización de las facultades legislativas».¹⁵

Lo señalado anteriormente es muy importante para la interpretación constitucional, por cuanto *los textos deben ser valorados tanto por lo que dicen como por lo que omiten o se abstienen de enunciar*, máxime las diferencias tan marcadas del debate en esta cuestión.

Este criterio hermenéutico es clave para afrontar la perspectiva del desarrollo legislativo infraconstitucional posterior a la reforma de 1994, tal como veremos en el siguiente acápite. Resulta evidente que la voluntad del legislador constitucional está mucho más próxima a la legislación de base, propia del derecho constitucional español, que de una delegación provincial de poderes en el gobierno federal, lo cual ratifica nuestra posición en cuanto a la afirmación del federalismo ambiental producida con la reforma de 1994.¹⁶ Nuestra posición favorable a un *federalismo de concertación* ya adelantada debe, pues, ser reafirmada por un principio de fidelidad sino porque estamos persuadidos de que es este el mejor modelo para asegurar la eficacia en la aplicación de las normas ambientales.¹⁷

¹³ En similar sentido actuó la Comisión de Negocios Constitucionales en la histórica Convención de Santa Fe de 1853, integrada entre otros por Benjamín Gorostiaga y José María Gutierrez.

¹⁴ El antecedente legislativo de dicha iniciativa puede rastrearse en el denominado «Código Blanco». Véase, en este punto, el capítulo 1 de «Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente», de Alberto R. Dalla Via y Marcelo A. López Alfonsín, Buenos Aires, Estudio, 1994. En dicha obra nos pronunciamos a favor de la sanción de una «ley marco» sobre la materia.

¹⁵ El nuevo artículo 75, inciso 12, CN, que reemplaza en su redacción al anterior artículo 67, inciso 11, incluyó una modificación en relación con el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual puede ser sancionado «en un solo cuerpo o por separado».

¹⁶ Cf. Carlos H. Tacca Conte Grand: «Comentarios a la reforma constitucional», Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995, pp. 283 ss.

¹⁷ Ya nos pronunciamos en este sentido junto a Daniel A. Sabsay, en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, pp. 145 ss.

El principio liminar del federalismo argentino, que se desprende de los artículos 1.º y 121 de la Constitución nacional, por el cual las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente al gobierno federal, mantiene de este modo su plena vigencia, la cual se actualiza y reafirma en 1994 al otorgar el constituyente reformador a las provincias el dominio originario sobre los recursos naturales (artículo 124, última parte de la CN), cerrando así una polémica de larga data.¹⁸ A la luz de estos parámetros corresponde analizar la norma que el Congreso de la Nación denominó expresamente de «presupuestos mínimos de protección ambiental», en especial la ley n.º 25675,¹⁹ base de la política legislativa en la materia.

3. Los principios rectores de la Ley General del Ambiente y las llamadas *leyes sectoriales*

Esta ley tiene un carácter mixto:²⁰ incluye normas que se encuadran claramente en la nueva categoría competencial analizada en el acápite anterior, con aspectos que son materia de legislación de fondo, con la distinción ya efectuada anteriormente.

Entre las cuestiones que son indubitadamente *presupuestos mínimos* cabe señalar a los principios rectores de política ambiental enunciados en su artículo 4.º

Ellos son:

- principio de congruencia.
- principio de prevención.
- principio precautorio.
- principio de equidad intergeneracional.
- principio de progresividad.
- principio de responsabilidad.
- principio de subsidiariedad.
- principio de sustentabilidad.
- principio de solidaridad.
- principio de cooperación.

¹⁸ La Constitución de 1949 había nacionalizado los recursos naturales, en concordancia con las visiones económicas de la época.

¹⁹ ADLA, LXIII-A, p. 4. Un análisis completo de esta normativa se puede consultar en Eduardo Pablo Jiménez (coord.): *Derecho ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Buenos Aires, Ediar, 2004, en especial el capítulo «Ley general del ambiente. Interpretando la nueva legislación ambiental», de Gabriela García Minella.

²⁰ Coincidimos con la opinión de Daniel Sabsay y María Eugenia Di Paola recogida en varios trabajos sobre el tema publicados por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

Estos diez principios rectores son, pues, presupuestos mínimos²¹ «para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable», tal como el legislador lo quiso remarcar en el propio título de la ley en cuestión.²² Pero es también indubitable que *la regulación en materia de seguros, así como la integración de fondos de restauración (artículo 22) y de compensación ambiental (artículo 34) son materia fondal en los términos del artículo 75, inciso 12, de la Constitución nacional, y no del tercer párrafo del artículo 41 de esta*, como lo señalamos anteriormente.

En igual sentido, el Congreso de la Nación sancionó bajo el mismo concepto de *leyes de presupuestos mínimos* la normativa sectorial que se detalla:

- ley n.º 25612, referida a la gestión integral de los residuos industriales y otras actividades de servicios;²³
- ley n.º 25670, referida a la gestión y la eliminación de los llamados PCB;²⁴
- ley n.º 25688, referida a la gestión integral de los recursos hídricos;²⁵
- ley n.º 25831, reglamentaria del procedimiento de acceso a la información ambiental;²⁶
- ley n.º 25916, referida a la gestión integral de los residuos domiciliarios.²⁷

Este verdadero *paquete* normativo sectorial fue duramente cuestionado por las autoridades provinciales en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (CO-FEMA), y ha producido un freno en la actividad legisferante. Hoy en día esta vuelta al ya criticado *federalismo de confrontación* no es un buen augurio para el desarrollo de una legislación ambiental moderna que aporte seguridad jurídica al sistema en su conjunto.²⁸

²¹ Todos ellos tienen sus antecedentes en el derecho internacional ambiental, en especial las declaraciones finales de las Conferencias de la ONU sobre Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) y sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992).

²² Cf.: *Antecedentes parlamentarios*, mayo de 2003, n.º 4, tomo 2003-A, p. 581.

²³ Esta ley fue cronológicamente sancionada con anterioridad a la Ley General del Ambiente. Esto tiene su explicación en la necesidad de modificar el régimen previsto por la ley n.º 24051 en materia de residuos peligrosos, norma que era una *ley de adhesión* sancionada en 1992, por este nuevo marco competencial posterior a 1994. Fue publicada en el *Boletín Oficial* el 29 de julio de 2002.

²⁴ *BO*, del 19 de noviembre de 2002.

²⁵ *BO*, del 3 de enero de 2003.

²⁶ *BO*, del 1.º de julio de 2004.

²⁷ *BO*, del 7 de setiembre de 2004.

²⁸ En parte abordamos la cuestión en el capítulo referido a «Las acciones ambientales» en la obra colectiva coordinada por Pablo Luis Manili, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Universidad, marzo de 2005.

Puede ser una señal positiva en cuanto al afianzamiento de los principios expuestos el papel activo que viene jugando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, supliendo la falta de políticas de los restantes poderes, en relación con la problemática de la contaminación de la cuenca del río Matanza-Riachuelo en los autos *Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional - Provincia de Buenos Aires - Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.

Hacemos votos por que este camino se consolide en una verdadera política de Estado por todas las autoridades, en cumplimiento del mandato de la cláusula constitucional del artículo 41. Que así sea.

Daniel Alberto Sabsay*

El ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo

1. Introducción

En una democracia constitucional, a cada uno de los tres órganos que componen el gobierno le corresponde una determinada esfera de competencia, compuesta por un abanico de facultades relativas a su propia función a las que se agregan otras con la finalidad de controlar a los otros dos poderes y así recíprocamente. Esta formulación se desprende del principio de separación de los poderes, elemento básico del Estado de derecho, adoptado por la Constitución argentina. Así es como al Poder Legislativo le cabe con exclusividad hacer la ley, el Poder Ejecutivo tiene a su cargo el ejercicio de las denominadas atribuciones colegislativas, como son la iniciativa parlamentaria y la observación o veto de una norma sancionada por el Congreso. Ello, a fin de ejercer una suerte de fiscalización sobre la órbita del Legislativo.

No obstante este claro marco constitucional, la evolución de las actividades estatales unida a la velocidad y la solvencia técnica con que deben tomarse algunas de las decisiones relacionadas con ellas, hizo que se dejaran de lado parte de las consideraciones antes vertidas. Así, el Poder Ejecutivo ha ido adquiriendo ciertas potestades legislativas propiamente dichas, pero ese ejercicio solo se acepta cuando se ejecuta dentro del estrecho espacio reconocido especialmente en las leyes fundamentales.

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en las Universidades de Buenos Aires, Di Tella, Austral, Nacional de Tucumán, entre otras.

Así, en nuestro país, transcurrido el primer cuarto del siglo XX, el presidente comenzó a desempeñar facultades de naturaleza legislativa, básicamente por una aplicación extensiva de su competencia para el dictado de reglamentos de ejecución o de aplicación de leyes. Ante este avance de la actividad ejecutiva, a la justicia le cupo definir los límites de esa nueva esfera de competencia que no surgía de manera explícita del texto constitucional. En adelante se fue elaborando una jurisprudencia que le dio un marco de referencia a los decretos de necesidad y urgencia, a la delegación legislativa y a la promulgación de las partes no observadas de una ley parcialmente vetada por el presidente.

Con el transcurso del tiempo, la vocación legiferante del presidente de la Nación se fue poniendo cada vez más de manifiesto y frente a graves abusos, la reforma constitucional de 1994 decidió incorporar al texto de la ley fundamental los tres institutos antes mencionados. Sin embargo, merece destacarse que la reglamentación constitucional tuvo por finalidad principal, y casi exclusiva, la limitación del uso de esos institutos. Por ello, en las tres disposiciones en que están contemplados —artículos 76, 80 y 99, inciso 3.º—, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general negatorio de dicha facultad. Por caso, en lo relativo a delegación legislativa, que es la materia que a continuación ocupará nuestro análisis, el artículo 76 reza así: «*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*» (el énfasis es nuestro).

La solución que importa la disposición transcrita ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de setenta años y por lo tanto la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de aquella. Ante todo queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. Hechas estas primeras puntualizaciones, nuestro desarrollo comenzará con el análisis de la institución de la delegación legislativa y de sus límites. Luego observaremos el estado de la cuestión en el derecho comparado tanto extranjero como el derecho público de nuestras provincias.

2. La delegación de facultades legislativas.

Sus límites en el Estado de derecho

Como ya ha quedado dicho, el instituto ya existía previamente a la reforma que ha decidido incorporarlo al texto constitucional. Su tratamiento importa un engrosamiento de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Asimismo, le procura a este órgano un nuevo ámbito de facultades legislativas, el de erigirse en determinadas circunstancias en el hacedor directo de la ley. A través de esta innovación cobran

estatus constitucional los llamados reglamentos delegados que conjuntamente con los de necesidad y urgencia tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierto desafío a los contenidos del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico.

A partir del concepto de delegación en general, Segovia expresa que:

[...] toda delegación supone dos personas u órganos (delegante y delegado), un objeto delegado (misión, encargo, atribución), y una causa variable. La delegación de facultades legislativas comprende todos estos elementos: un delegante (Poder Legislativo), un delegado (en nuestro caso, el Poder Ejecutivo, aunque bien podría ser el Poder Judicial o un organismo administrativo), un objeto (o sea, una facultad legislativa que se encarga como misión) y una causa o razón que justifica la delegación.

Para definir a las leyes delegadas, nuestro autor cita a Gómez Acebo,¹ quien considera que «son aquellos actos que revisten la forma de decretos del jefe de Estado y tienen la eficacia de las leyes formales, emanando del gobierno en base a una delegación recibida de los órganos legislativos».²

Spota fundamenta el surgimiento del instituto en una lenta evolución de las instituciones que ha importado un cambio significativo del rol del Parlamento a lo largo del tiempo. Este profesor ubica la aparición efectiva del Parlamento como hacedor de leyes, órgano que monopoliza esta función en el espectro estatal, en el constitucionalismo inglés. «En Occidente, al menos, esa idea se forja, se afirma y cristaliza —sostiene este autor— en el proceso histórico constitucional inglés, especialmente durante el siglo XVII». Luego afirma que será Montesquieu quien «enseña y transmite al mundo la idea del Parlamento como órgano exclusivo hacedor de la ley». Pero el siglo XX traería aparejados grandes cambios para esta teoría. Las dificultades económicas, las contiendas bélicas y el cambio en la naturaleza de las decisiones que se esperan del Estado tienen como rasgo común la necesidad de prontitud en la toma de las decisiones, una naturaleza preponderantemente administrativa y gran contenido técnico. Ello actuará como una causa principal en la conversión de la función de los Parlamentos y de los Congresos en el mundo contemporáneo, que Spota considera como «ámbitos de debate y decisión de las grandes líneas de conducción política y social».³

Ahora bien, una vez que hemos precisado el marco de la cuestión a la luz de su evolución en el tiempo, debemos tener en cuenta que el desequilibrio que se produce de resultados de estos corolarios impacta fuertemente sobre el principio de separación

¹ Ricardo Gómez Acebo: «El ejercicio de la función legislativa por el gobierno: leyes delegadas y decretos leyes», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 60, Madrid, 1951, p. 74.

² Juan F. Segovia: «Delegación de facultades legislativas», en P. Guilhou y otros: *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 297-298.

³ Alberto A. Spota: «La delegación legislativa en el ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos (en la vida política de los pueblos de Occidente, en el siglo XX). Ensayo», en *Revista de la AADC*, año VI, n.º 45, Buenos Aires, 1989, p. 4, y en *La Ley*, año XIII, n.º 201, 18.10.1989.

de poderes. Ello así debe encontrar el mejor mecanismo a efectos de lograr que se reajuste la pérdida sufrida por el Poder Legislativo. La doctrina judicial argentina encontró en la clasificación de la delegación en dos categorías diferentes el modo de la salida deseable. En efecto, se trata de la delegación propia e impropia; esta última es la única admisible en el estado de Derecho al proveer la modalidad de control que, por la vía de diferentes exigencias y de la intervención de otros órganos, debe rodear a la institución en su conjunto.

Cullen aporta un primer elemento para la resolución de este problema, con su clara diferenciación de los conceptos de delegación propia y de delegación impropia. Sostiene el profesor santafecino que:

la necesidad de evitar la concentración del poder, por un lado, y de permitir una flexibilización y eficacia de ejercicio, por el otro, llevaron a distinguir entre delegación propia e impropia. La primera importa transferir pura e incondicionalmente la función atribuida a un órgano, hacia otro. La segunda, significa no transferir la función sino solo las particularidades de esta que, por su naturaleza, no pueden ser ejercidas por el Congreso. La delegación propia no resulta aceptada y sí en cambio, la impropia.⁴

Antes de que se llevara a cabo la reforma constitucional de 1994, Vanossi expresaba que:

este punto no está expresamente contemplado en la Constitución nacional, pero es del caso buscar en ella las normas de competencia que establecen límites o prohibiciones expresas en materia de relaciones entre los poderes. Desde este punto de vista, estimamos que es aplicable al caso la norma marco o norma límite del artículo 29.

Para este jurista, el segundo paso consiste en el análisis de la interpretación jurisprudencial, a la que volveremos en el punto pertinente.⁵

Nos parece muy claro el marco que establece Bielsa⁶ para que pueda operar la delegación legislativa dentro de parámetros que se compadezcan con el Estado de derecho. Él recomienda que se impongan los siguientes requisitos:

- 1.º La delegación es válida cuando se limita a la determinación de normas legislativas generales que conciernen al poder u órgano que debe reglar la materia en principio, pero que dada la extensión de las normas requieren la anuencia legislativa.
- 2.º Cuando por la delegación no se transfiere un poder, sino que se encarga a una autoridad dictar normas que prosiguen la actividad legislativa dentro de una materia y de límites determinados. En consecuencia, el Poder Legislativo puede derogar las normas delegadas en cualquier momento.

⁴ Iván J. M. Cullen: «La delegación de competencias en el Estado moderno», en *Revista de la AADC*, año VI, n.º 45, Buenos Aires, 1989, p. 12. En el mismo sentido Germán J. Bidart Campos: *El derecho constitucional de la libertad*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1986, p. 28.

⁵ Jorge R. Vanossi: «Límites constitucionales a la delegación de facultades», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 36, Buenos Aires, 1989, pp. 4 ss.

⁶ Rafael Bielsa: «Reglamentos delegados», en *La Ley*, 4.5.1961.

3.º Cuando por el acto de la delegación no se renuncia al ejercicio del deber de contralor que la Constitución ha atribuido a un poder sobre los actos de otro, como el de aprobar o rechazar la cuenta de inversión que tiene el Congreso.

4.º Cuando no se atribuye una facultad discrecional en materia penal o fiscal o relativa a los derechos civiles, a un poder de modo que este pueda crear o suprimir responsabilidad de las personas, o privarlas de la protección judicial.

En resumen, de las citas precedentes podemos establecer las siguientes exigencias para que pueda operar la delegación legislativa sin afectar de manera irremediable a las instituciones republicanas:

- que la delegación sea impropia;
- que el órgano delegante no pierda sus facultades de control sobre el órgano delegado, fiscalización que incluye la posibilidad de dejar sin efecto el reglamento resultante de la delegación;
- por ende, el delegante no pierde tampoco su competencia sobre la materia delegada;
- ciertas materias que hacen a los derechos fundamentales de las personas, entre otras, deben quedar fuera de la esfera de la delegación;
- estos límites están impuestos tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. En particular, en su artículo 27,⁷ la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa las cuestiones que deben quedar a salvo de toda emergencia;
- el órgano delegante debe determinar en el acto de delegación los principios de política legislativa en la materia; expresión que la jurisprudencia estadounidense encierra en el concepto de *standards* o ‘patrones legislativos’. Es decir que esta no será una suerte de *cheque en blanco* concedido

⁷ «Artículo 27. Suspensión de Garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.»

a favor del Ejecutivo sino que este último debe completar una norma ya *planeada* por el legislador a través de todos los contenidos emparentados por su naturaleza con el tipo de tareas que él desarrolla;

- que no sea implícita, es decir supuestamente derivada de otro acto del Legislativo; por el contrario, ella debe ser expresa y para el caso o situación en cuestión;
- que sea por tiempo determinado;
- que exista un control jurisdiccional a posteriori, además del que le compete al propio órgano delegante.

3. La cuestión en el derecho comparado y en las Constituciones provinciales

La Constitución italiana de 1948 es una de las primeras leyes fundamentales posteriores a la Segunda Guerra que introduce a la delegación legislativa en su articulado. Lo hace de la siguiente manera: Artículo 76: «El ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado en el gobierno sino con determinación de principios y criterios directivos y solamente por tiempo limitado y para objetos definidos». Como podemos ver, la disposición contempla a grandes rasgos las exigencias que hemos mencionado en el punto anterior. La interpretación jurisprudencial ha sido la encargada de completar el sentido de estas y de darles su verdadero alcance.

El constituyente español de 1978, por su parte, ha sido mucho más cuidadoso y se ha encargado de reglamentar en el texto constitucional los límites a que debe ajustarse el instituto. La cuestión es objeto de tratamiento por varias disposiciones (artículos 81 a 85). Las materias contenidas en las *leyes orgánicas* no pueden ser delegadas. Se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación de autonomías regionales y régimen electoral. La delegación debe ser atribuida en forma expresa, por tiempo determinado y sobre una materia en particular. Deber destacarse que esta Constitución ha sido la fuente a la que con mayor asiduidad han recurrido los reformadores argentinos de 1994, afirmación que se desprende de la simple lectura del *Diario de Sesiones* de la Convención Constituyente de Santa Fe.

La profesora Demaría Massey se ocupa del tratamiento de la delegación de facultades en general de un órgano a favor de otro en el derecho público provincial. Ello le permite identificar un primer grupo de provincias cuyas Constituciones la impiden de manera expresa. Son ellas: Buenos Aires (artículo 33), Catamarca (artículo 3), Córdoba (artículo 13), Corrientes (artículo 15), Chaco (artículo 5), Formosa (artículo 24), Jujuy (artículo 7), Mendoza (artículo 12), Misiones (artículo 6), Santa Cruz (artículo 31), Tucumán (artículo 3) y Salta (artículo 4, cuyo texto transcribimos como ejemplo de este grupo de constituciones provinciales: «Los poderes públicos no pueden delegar facultades conferidas por esta Constitución, ni atribuirse otras que las expresamente acordadas por ella»). La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también sigue este rumbo ya que su artículo artículo 84 expresa que «la

Legislatura no puede delegar sus atribuciones». Dentro de este panorama, en el cual el principio de separación de poderes en su aplicación ortodoxa parece predominar, esta autora cita dos provincias cuyas Constituciones permiten, con carácter excepcional, la delegación legislativa. Son ellas: San Juan (artículo 44) y Santiago del Estero (artículo 9) que dice así:

La delegación de facultades a los poderes de gobierno solo podrá efectuarse en forma excepcional y con expresa indicación de su alcance y bajo la condición de que sea por tiempo determinado y lo actuado por el poder delegado esté sujeto a control por el poder delegante. La delegación puede ser revocada cuando el delegante juzgue propio hacerlo, sin que afecte como consecuencia de ello los derechos irrevocablemente adquiridos por su aplicación. No podrán delegarse aquellas facultades que son propias e inherentes de un poder. El Poder Judicial no puede delegar, en ningún caso, sus funciones jurisdiccionales.⁸

Esta postura tímida del derecho público provincial también encuentra su correlato en una parte de nuestra doctrina que también se manifiesta renuente a aceptar la constitucionalización de la delegación legislativa. Así, Zarza Mensaque,⁹ si bien no se opone a la incorporación de los reglamentos de necesidad y urgencia, con los resguardos contenidos en el nuevo derecho público provincial, su negativa a aceptar en la Constitución nacional el instituto que comentamos es rotunda. El jurista cordobés expresa que:

un presidente dotado de facultades tan amplias como las que posee en nuestro país, tendería a convertirse en autócrata con facilidad si, además de las potestades que constitucionalmente le corresponden, se le concedieran atribuciones legislativas más amplias. El problema —concluye— no radica en darle más poderes al Poder Ejecutivo, sino en controlar los que tiene. Por lo tanto, no hay que potenciarlo sino limitarlo, sin que por ello deje de ser el conductor y principal gestor de la actividad del Estado.

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema

La negativa de la doctrina clásica, fundada principalmente en la prohibición del artículo 29 y en la aplicación del principio de separación de poderes en el sentido que le concede el constitucionalismo, no le ha impedido a la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, desde antigua data, aceptar a través de variados y cambiantes argumentos el fenómeno, tanto de modo tácito como expreso. Midón, con elocuente precisión terminológica, considera que:

⁸ M. E. Demaría Massey: «La delegación en la Constituciones provinciales argentinas», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 44, Buenos Aires, 1989, pp. 6 ss. Sobre el mismo tema recomendamos también Alberto B. Bianchi: «La delegación de funciones legislativas en el derecho constitucional de las provincias», en *ED*, 21.11.1988.

⁹ Alberto Zarza Mensaque: «Delegación de facultades legislativas en el derecho constitucional comparado», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 42, Buenos Aires, 1989, p. 16.

el panorama que se ofrece no es sino el fruto de haber tronchado las manifestaciones de delegación y en su génesis debe conectarse —fundamentalmente— a la rigidez de nuestra Constitución, pero por sobre todo al hiperbólico papel jugado por el sistema de control que, mientras negaba toda perspectiva de transferencia, convalidaba con disfraces jurídicos sucesivas delegaciones operadas en favor de la administración. Los repertorios de fallos del más alto tribunal revelan, casi sistemáticamente, que ante el inequívoco planteamiento de un «caso» cuyas notas patentizaban delegación de poderes, el cuerpo optó por negar dicha «autorización» y, rehusando ese objeto, acordó cobertura jurídica a la atribución ejercida reconociéndola con fundamento en el artículo 86, inciso 2.º; es decir, invocando la potestad presidencial de dictar reglamentos ejecutivos.¹⁰

Midón cita a Bianchi, quien comparte su opinión. Pero sus argumentos cobran toda su significación ante el minucioso análisis que realiza sobre veintisiete casos, sobre los cuales en veintiuno de ellos «—a pesar de configurarse manifiestas delegaciones— el alto tribunal confirió validez al decreto objetado aduciendo, generalmente, que el mismo había sido dictado en ejercicio de la atribución presidencial que habilita el artículo 86, inciso 2.º». Los casos estudiados son sumamente representativos y comienzan con *Delfino*, de 1927, considerado un *leading case* en la materia, primera oportunidad en que la Corte da comienzo a esta suerte de jurisprudencia engañosa.

Vanossi, por su parte, en el trabajo que ya hemos citado efectúa una síntesis de la línea doctrinaria de la Corte. Para ello toma el caso *Domínguez, Luis contra S. A. I. C. F. Kaiser Aluminio (Fallos, 280: 25)*, en el cual el alto tribunal hace referencia a otras decisiones suyas tomadas con anterioridad. El citado jurista extrae las siguientes partes del mencionado fallo:

a) [...] ciertamente el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos;

b) [...] desde luego, no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándola sobre ella;

c) [...] existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido, aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución;

d) [...] no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. Y ello habida cuenta de que, en tales supuestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad

¹⁰ Mario A. R. Midón: «Los reglamentos con nombre prestado y falsa identidad», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 44, Buenos Aires, 1989, pp. 5 ss.

reglamentaria que le es propia (artículo 86, inciso 2), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo.

En razón de lo antedicho Vanossi considera que para la Corte solo está prohibida la delegación que implique «el traspaso total del poder en sí, pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial, en los que un poder —el Legislativo— comisiona al otro —el Ejecutivo— para la implementación o complementación de un determinado régimen legal».

Sin embargo, poco antes de la reforma constitucional la actitud de la Corte en el caso *Cocchia* convalidó un decreto del Poder Ejecutivo¹¹ que de manera abierta dejaba sin efecto beneficios laborales para los trabajadores portuarios dejando para ello en suspenso la vigencia de un convenio colectivo de trabajo. Esta sorprendente decisión se basaba en una curiosa interpretación de tratados internacionales, como así también en la leyes de reforma del Estado y de emergencia económica que habían sido sancionadas varios años antes, encontrando que ellas admitían implícitamente la delegación.

5. El contenido de la reforma

La constitucionalización de la institución de la delegación legislativa ha sido presentada por los actores del Pacto de Olivos como un modo de contener desde la letra de la ley fundamental un instituto que ya formaba parte de la Constitución material argentina. Pues bien, tomando como punto de partida ese razonamiento, veamos de qué modo se limita esta facultad legislativa del presidente. Merece destacarse que la reglamentación constitucional tuvo por finalidad principal y casi exclusiva, la limitación del uso de la delegación legislativa. Apuesta por demás riesgosa, pues se basa en la supuesta necesidad de acotar prácticas inconstitucionales y contrarias al Estado de derecho, a través de mecanismos de dudosa efectividad. Por ello, en las tres disposiciones en que están incorporadas las mencionadas modalidades —artículos 76, 80 y 99, inciso 3.º—, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general por el cual queda prohibido el ejercicio de la correspondiente facultad.

La solución que trae aparejada el artículo 76 arriba transcrito ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de setenta años y, por lo tanto, la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de la doctrina. Ante todo queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un

¹¹ Decreto 817/92 del presidente Menem.

principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. En el mismo sentido, Balbín¹² sostiene que

el principio general es que los conceptos de administración o de emergencia pública no pueden interpretarse en un sentido amplio ya que configuran una limitación o restricción material a la potestad de delegación, en efecto, las materias que no fueren de administración o de emergencia no pueden ser delegadas por el Congreso en el presidente. Es decir que, en verdad, el convencional incorporó en el texto constitucional dos limitaciones relevantes respecto de la situación anterior. Así, por un lado, previó el principio de prohibición de la delegación propia y, por el otro, su admisión por vía excepcional pero solo en materias determinadas o en situaciones especiales. De manera tal que el principio es el de la prohibición y, por lo tanto, su permisión solo procede por vía excepcional y con carácter relativo en razón de la materia —administración— o de acaecimiento de un estado de cosas —emergencia pública—, toda vez que ante cualquier otro supuesto el principio de prohibición es de carácter absoluto.

Queda claro que esto debe ser así, en tanto a través de esta innovación consistente en constitucionalizar facultades legislativas excepcionales del titular del Poder Ejecutivo cobran estatus constitucional los llamados reglamentos delegados que, conjuntamente con los de necesidad y urgencia, tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierta disparidad con los postulados del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico. Debe destacarse que, antes de la reforma constitucional, la Corte —como se ha visto— ya había establecido que estaba prohibida la delegación que implique el traspaso de una esfera íntegra de Poder Legislativo pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial en los que el Legislativo le concede al Ejecutivo la implementación o complementación de un determinado régimen legal. Ello, sobre la base del marco legislativo general que necesariamente debe estar contemplado en la norma delegante que, de esa manera, fija por un plazo determinado y breve los estándares dentro de los cuales deberán ejercerse estas facultades delegadas.

Como desde la restauración democrática en nuestro país los abusos en el ejercicio de facultades legislativas por el presidente fueron adquiriendo una alarmante recurrencia, quienes reformaron la Constitución en 1994 establecieron una serie de requisitos que el primer mandatario debe cumplir para poder dictar decretos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados o promulgaciones parciales, sin los cuales estos carecen de validez. Pero el ejercicio del control legislativo específico sobre esta actividad excepcional del Ejecutivo requiere de la sanción de una ley especial por el Congreso de la Nación, el que ha dado cumplimiento a ese mandato constitucional cuando ya habían transcurrido más de doce años de la reforma. Así se creó finalmente la Comisión Bicameral Permanente, encargada de ratificar o de dejar sin efecto los decretos leyes firmados por el presidente de la Nación, tal como lo determinan los artículos 99, inciso 3.º; 100, inciso 12; y 80, de la Constitución nacional. Debe

¹² Carlos Balbín: *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 287.

destacarse que se trata del único mecanismo genuino de control político del ejercicio de estas potestades excepcionales del presidente. Ello, en tanto y cuanto los otros tienen lugar en el interior del mismo Poder Ejecutivo y están a cargo de funcionarios cuya continuidad depende de la voluntad del primer mandatario y por ende no existe al respecto independencia entre controlado y controlante.

Pero, dado que no se le han puesto plazos a la comisión para que cumpla con su cometido, ni tampoco existe esta exigencia para el plenario del Congreso, el mero transcurso del tiempo sin que se lo examine jugará como una suerte de sanción ficta, a pesar de que el artículo 82 CN la prohíbe expresamente. En la actualidad estamos asistiendo a una práctica que no imaginábamos, la que consiste en la ratificación de un *paquete* de setenta decretos legislativos *a libro cerrado*. Se trata de burlar todo tipo de control de la manera más torpe y menos disimulada. Esto confirma que el órgano legislativo parece no presentar la más mínima vocación de controlar a los presidentes que, cada vez con menos vergüenza, siguen legislando por decreto en abierto desafío a la ley fundamental, agravando la deformación institucional que conlleva el dictado de decretos con contenido legislativo. Con razón se ha expresado que:

si comulgamos con el principio de que la división de poderes importa una división equilibrada del poder estatal, el ejercicio del control no significará que el órgano controlante tenga más poder que el órgano controlado, sino que se encuentra habilitado por la Constitución para ejercer su poder con mayor intensidad en esta relación. De lo contrario, se reconocería que en la ingeniería constitucional proyectada se ha privilegiado un órgano sobre otro u otros.¹³

Se está violentando seriamente la división de poderes, y así atentando contra la república como sistema de gobierno, poniéndose en peligro la garantía que para los habitantes significa la descentralización del poder en diferentes autoridades. Asimismo, se impide que la deliberación, la transparencia y la participación de la oposición sean una regla en el debate y posterior dictado de normas generales y abstractas, tal como lo prescribe la ley fundamental. De ese modo desaparecen el control y la información como notas esenciales del funcionamiento de todo sistema democrático.

Algunos especialistas han tenido una visión más optimista de la enmienda, como lo expresa Manili, quien considera que

el artículo 76 ha despertado muchas críticas en la doctrina argentina, de parte de quienes entienden que la delegación legislativa solo es posible en un sistema parlamentarista y no en uno presidencialista como el nuestro, ya que en aquel los controles son más estrechos y el Parlamento posee la facultad de destituir al gobierno.¹⁴

Por nuestra parte entendemos que esta crítica queda inerte frente a lo reseñado más arriba con respecto del sistema norteamericano. También ha sido criticada en

¹³ Carlos I. Salvadores de Arzuaga: «Los controles institucionales en la Constitución argentina 1853-1994», Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 3.

¹⁴ Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución de los argentinos*, 2.ª edición, Buenos Aires, Errepar, 1994, nota al artículo 76.

el sentido de que la Constitución ahora permite algo que antes no permitía, a lo cual debemos replicar que no lo permitía la Constitución formal pero —lamentablemente— sí lo hacía la material desde 1927, y con una notoria ampliación desde 1993, como surge de los fallos que hemos analizado. Por último, se la ha criticado por no haber aclarado la oscuridad que siempre existió en nuestro medio acerca de los límites de la delegación,¹⁵ crítica con la cual coincidimos. No obstante esas críticas creemos que, nos guste o no nos guste, la norma recoge y refleja la doctrina jurisprudencial preexistente y que es preferible que el tema se encuentre regulado a que no lo esté, para que no vuelvan a permitirse jurisprudencialmente disparates tales como los tolerados por la Corte Suprema en *Cocchia*.¹⁶ Más adelante, agrega que

hasta el presente, el ejercicio por el Congreso de la facultad que le confiere este artículo ha distado de ser el deseable: la ley 25414, sancionada a principios de 2001 y denominada vulgarmente *ley de superpoderes*, confirió un marco normativo excesivamente lábil para el accionar del Ejecutivo y carente de límites precisos, lo cual motivó que, cuando el Ejecutivo hizo uso de esas facultades, invadió ámbitos de competencia exclusiva del Congreso, con una sensible lesión del Estado de derecho.¹⁷

Este llamado de atención se ha ido agravando cada vez más como resultado de las subsiguientes leyes de delegación en materia presupuestaria; han ido consumando la inobservancia del principio de legalidad en la materia. Resulta revelador de este estado de cosas la reciente sanción de la ley 26124 que, al sustituir el artículo 37 de la ley 24156, le concede al Jefe de Gabinete la facultad de compensar cualquier tipo de partida presupuestaria, independientemente de su naturaleza o finalidad, quedándole al Congreso solamente la determinación del aumento en el total del presupuesto y en el endeudamiento previsto. Solo quedan exceptuados de este régimen el incremento de partidas correspondientes a gastos reservados y de inteligencia. Desaparece la potestad del Congreso de determinar los gastos distribuidos de conformidad con sus finalidades, como también la de incrementar gastos corrientes o de capital (trátese de salarios, obras públicas, entre otros rubros) en perjuicio de aplicaciones financieras (por ejemplo, amortización de deuda). Todo esto le posibilitará al Jefe de Gabinete disminuir el resultado financiero previsto en el presupuesto nacional. Por último, también se ha saltado el límite temporal que con claridad prescribe el mencionado artículo 76, ya que en esta ley no se establece un plazo para la delegación.

¹⁵ Carlos Colautti: «La delegación de facultades legislativas (Reflexiones con motivo de la ley 25414)», en *Temas de Derecho Constitucional, Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n.º 18, 2001, p. 10.

¹⁶ Pablo L. Manili: «La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo», en Daniel Sabsay: *Colección de análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 761.

¹⁷ El tratamiento pormenorizado de esta ley y de los decretos delegados excede el marco trazado para este trabajo, pero digamos que un ejemplo acabado del margen de discrecionalidad dejado por la ley y del abuso efectuado por el Ejecutivo es el decreto n.º 1570, de diciembre de 2001, por el cual el Poder Ejecutivo creó el vulgarmente llamado *corralito* restringiendo el retiro de depósitos por los ahorristas.

Queda visto que en la cuestión de los *superpoderes* se le está delegando al Jefe de Gabinete nada menos que la reasignación de las partidas tal como han sido establecidas en la ley de presupuesto. A su vez, este funcionario puede subdelegar esa facultad en otros funcionarios de la administración pública nacional. Todo ello en abierta oposición a la letra y al espíritu de nuestra ley fundamental. Se trata nada menos que la renuncia del Congreso a una porción importantísima de sus facultades en la esfera económico-financiera. Esta increíble dimisión se agrega a las ya efectuadas en materia de deuda externa y hasta en cuestiones de naturaleza impositiva, ya que en diferentes normas de emergencia se le ha concedido al Ejecutivo, de manera exorbitante, este tipo de atribuciones. Además, las subdelegaciones no están autorizadas. De esta manera, y por más contradictorio que ello parezca, el Legislativo se va despojando de manera alarmante de una porción crucial de sus funciones. Ello, haciendo caso omiso a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, que califica de «infames traidores a la patria» a quienes desde el Congreso concedan al Ejecutivo «facultades extraordinarias» o le otorguen «sumisiones o supremacías por la que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna». En suma, los argentinos estamos frente a una seria disyuntiva, o bien de hacer lo necesario para que nuestra ley fundamental se cumpla o, de lo contrario, deslizarnos hacia una nueva modalidad autoritaria de gobierno.

Mario A. R. Midón*

DNU: una ley más próxima al desencanto que a la ilusión

1. Una nueva decepción

Como era de prever, el solo anuncio del dictado de la ley llamada a reglamentar el trámite y la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia generó marcada expectativa en punto a sus contenidos.

Factores jurídicos, políticos y sociales contribuyeron sobremanera a ampliar el marco de ese interés, entre otras cosas por las siguientes:

- Se suponía que la sanción permitiría superar muchos de los desacuerdos existentes en el seno de la Convención Constituyente de 1994, en punto a cruciales cuestiones que hacen a la legislación necesitada, diferencias que en aquella ocasión quedaron diferidas al porvenir.
- Asociada a esa conjetura la realidad exhibía un desmesurado abuso del instituto que, al importar detracción de atribuciones del órgano representativo, podía encontrar en el instrumento un medio adecuado con el que podría ponerse coto a aquellas demasías.
- Siempre en el terreno de las creencias, la sociedad esperaba una ley a través de la cual el Congreso recuperara una parte del protagonismo perdido,

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

toda vez que su intervención —se presumía— sería un reaseguro en favor de los derechos ciudadanos.

- En suma, en estrecha conexión con ese último parecer, sintetizando todo cuanto llevamos dicho, la sociedad política aspiraba a contar con una herramienta que, en lo sucesivo, permitiera un efectivo control de la energizada potestad presidencial.

Desafortunadamente la sanción realizada está más próxima al desencanto que a la ilusión y desde el punto de vista crítico habrá de evocarse no solo por lo que hizo, sino también por lo que dejó de hacer.

Lo antes expresado explica por qué razones, al menos desde nuestra visión, la calificamos como contradictoria, omisiva y claudicante.¹

Si bien la ley 26122² ha comprendido en su contenido regulatorio el rol que le cabe al Congreso en materia de decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada y promulgación parcial de leyes —tres instituciones que tras las innovaciones constitucionales de 1994 ampliaron considerablemente el espectro de poder del Ejecutivo, en correspondencia con el título del trabajo, centraremos nuestro análisis en la reglamentación que atañe al instituto establecido por el artículo 99, inciso 3.º, de la ley mayor de la nación.

2. Lo que debía regularse y no fue objeto de legislación

Creyendo obrar en correspondencia con lo establecido por la Constitución, que en el último párrafo del artículo 99, inciso 3.º, prescribe que «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», el legislador ordinario —aferrado a una exégesis literal del precepto y como colocándose guantes para una intervención puramente aséptica— se circunscribió exclusivamente a reglar pormenores procedimentales conectados a la intervención del Congreso en el proceso de formación de un decreto de necesidad y urgencia.

El mensaje del órgano representativo así ordenado parece sugerir a contrario sensu que a él le estaba vedado ingresar al terreno de los límites de fondo contenidos en la primera parte de la disposición constitucional.

No compartimos tal interpretación porque la atribución específica de legislar en el caso no borra la potestad genérica de hacerlo y, frente a cualquier duda que se presente, siempre está disponible la facultad congressional para «[...] hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes

¹ Mario A. Midón: «Una ley contradictoria, omisiva y claudicante», columna de opinión en *La Ley*, 29.8.2006.

² Sancionada el 20 de julio de 2006. Promulgada el 22 de julio de 2006. Publicada en el *BO*, el 28 de julio de 2006.

antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al gobierno de la nación argentina» (artículo 75, inciso 32).

Además, la competencia del Congreso está siempre latente, es anterior y preexistente al mandato del reformador, porque también está llamado a «[...] proveer lo conducente a la prosperidad del país», (artículo 75, inciso 18). Naturalmente que esta reivindicación de facultades aspira sumar alientos para que el Congreso, en algún momento, vuelva sobre sus pasos y frente al marcado déficit reglamentario que exhiben las indebidas sanciones que realizó respete la supremacía constitucional que no preservó en la ocasión.

No era, ni es la apuntada, una cuestión menor, porque alojaba a temas de enorme significación institucional reflejadas en los interrogantes de varios convencionales quienes, como Ibarra, se preguntaban durante las sesiones de la Convención: ¿serán nulos los decretos de necesidad y urgencia que dicte el Poder Ejecutivo si no son tratados por el Parlamento en un plazo determinado? ¿Podrá ser vetada la decisión del rechazo de un decreto de necesidad y urgencia por el Parlamento? ¿Podrá ser vetada la ley que regula la intervención del Congreso?³

En el mundo político, la falta de voluntad de los operadores del poder explica sin justificar esta indolencia del Congreso, la razón por la cual se ha perdido una buena oportunidad para intentar reencauzar un instituto cada vez más desmadrado. En el mundo jurídico esta reglamentación patentiza, una vez más, nuestra pertenencia al club del subdesarrollo cultural.

3. Ventajas procedimentales de la legislación necesitada con relación a las leyes ordinarias

En la teoría constitucional siempre estuvo fuera de toda discusión que un decreto de necesidad y urgencia es un acto emitido en estado de necesidad, al que echa mano el Ejecutivo ante el evidente apremio que enfrenta con el fin de resolver en forma expedita una situación apremiante que requiere, con carácter impostergable, de un acto legislativo.

De la naturaleza misma del instituto surge una caracterización obvia. El decreto de necesidad y urgencia es un acto que se emite para superar las contingencias de un mal que sólo puede evitarse apelando a un acto normativo, que en condiciones normales lo emite el Congreso pero dadas las circunstancias extraordinarias se autoriza su producción al Ejecutivo. Es manifiesto, por ende, que si la situación pudiera

³ Versión taquigráfica de la séptima reunión de la Comisión de Coincidencias Básicas, pp. 78-97.

conjurarse a través de los medios ordinarios, la excepcionalidad de la determinación quedaría sin sustento.⁴

Sentado tan abecedario axioma, es notorio que con la sanción tratada el Congreso ha desatendido esa regla al crear condiciones que ordinarizan el acto y facilitan su producción, al extremo que aparecen ponderados en desmedro de la ley.

Veamos el porqué de la afirmación. En nuestro sistema constitucional, el proceso que regula la formación de la ley ordinaria (artículos 77 a 84 CN) le confiere a cada una de las Cámaras suficiente autonomía durante todo el trámite de elaboración de la voluntad legislativa.

Así, por ejemplo, las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso (artículo 77); aprobado un proyecto de ley por la Cámara de origen, pasa para su discusión a la otra Cámara (artículo 78); cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto (artículo 79).

Las referencias normativas, entre otras, se inscriben en la justificada necesidad de parificar la incumbencia de cada uno de los órganos que componen el Poder Legislativo, a fin de evitar la primacía de uno con relación al otro.

En inequívoca prueba de esa igualdad legislativa, potenciando justificadamente el rol de una Cámara durante el proceso de producción de la ley, la Constitución de la Nación contempla el supuesto de que ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año (artículo 81).⁵

El efecto que produce tal rechazo se refleja, dice Ubertone, en el hecho de que el proyecto resistido pasa al archivo.⁶ Pues bien, la sana regla de equilibrio legislativo entre Cámaras, oriunda de 1853 y que no experimentara modificación alguna en 1994, se ha fracturado a través de la ley 26122. Los artículos 24 y 26 prescriben que el rechazo de un decreto de necesidad y urgencia requiere de la aquiescencia de ambas Cámaras.

La distorsión no puede ser mayor. Así, cuando el Congreso está tratando un proyecto de ley, en pleno uso de sus facultades, basta con que uno de los órganos que lo componen se oponga al proyecto de ley para que este no prospere.

⁴ Mario A. R. Midón: *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional y los ordenamientos provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 48.

⁵ La hipótesis del rechazo total de un proyecto de ley por la Cámara revisora, y la prohibición de repetirlo en las sesiones de ese año —e insistir en el rechazo en las sesiones del año siguiente— consagra la atribución de cualquiera de aquellas Cámaras de bloquear, por razones de conveniencia u oportunidad política, propuestas normativas con las que disiente. La solución constitucional armoniza con el criterio de la doble e igual representatividad institucional en el Congreso: la democrática y la federal. Véase María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 565.

⁶ Citado por Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 767.

En cambio, en la oportunidad en que alguna de las ramas del Congreso examina la validez o invalidez de un acto precario emanado del Ejecutivo, ella está constreñida —para oponerse a su vigencia— a cuantificar su voluntad, sumando a su propósito contrario a un decreto de necesidad y urgencia, análoga apetencia de la otra Cámara. En otras palabras, es indispensable que el rechazo de la legislación provisoria emane de ambas Cámaras. Mayúsculo absurdo es imposible.

Ocurre que cuando un tercero —Poder Ejecutivo— usa de un atributo que no le es propio y por antonomasia pertenece al Poder Legislativo, es menester que ambas ramas del Congreso coincidan en su descalificación. En cambio, cuando se trata del proceso normal, ordinario, de formación de la ley, una sola Cámara puede fulminar con su negativa la vigencia del acto legislativo en preparación.

Esta ventaja procedimental que se acuerda al Ejecutivo para la emisión de un decreto de necesidad y urgencia —con toda seguridad— se verá reflejada en el devenir. Si con antelación a la vigencia de esta ley, en nuestras vernáculos prácticas se usó y abusó de la potestad, no hay que forzar mucho la imaginación para suponer que en lo sucesivo esta herramienta se constituirá en la mejor invitación para reiterar consabidas profanaciones constitucionales. ¿O acaso —con la simplificación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia— tenemos que creer en la autolimitación del Ejecutivo? El ensueño es válido para quien crea que, en lo sucesivo, ese poder para el dictado de los grandes lineamientos políticos que hacen a su gestión, apelará a los riesgos de un proyecto de ley que puede ser rechazado por una Cámara. Mas como la idea responde a una fantasía ajena a nuestras realidades, ella solo sirve para demostrar que las utopías muchas veces van de la mano de la ingenuidad.

4. Otro silencio que dice mucho

Una de las impugnaciones que mereció la reforma de 1994 en cuanto al punto concierne, fue la relativa al hecho de que el artículo 99, inciso 3.º, no había establecido término para que el Congreso tratara un decreto de necesidad y urgencia. Obviamente que el mutismo reformista estaba acompañado de la ausencia de sanción para los supuestos en que el Congreso no ejerciera el control de la potestad que le incumbe.⁷

⁷ El paradigma inverso lo ofrecen las Constituciones de Italia y Brasil. La primera dispone: «Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el gobierno adopte bajo su responsabilidad medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el mismo día para su convalidación a las Cámaras, que incluso si se hallan disueltas, serán convocadas al efecto y se reunirán dentro de los cinco días. Los decretos perderán toda eficacia si no son convertidos en ley dentro de sesenta días de su publicación [...]» (artículo 77). A su tiempo, la ley mayor de nuestro vecino estatuye: «En caso de relevancia y urgencia, el presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso nacional, que estando en receso será convocado extraordinariamente reunirse en el plazo de cinco días. Las medidas provisionales perderán eficacia,

No obstante, la Convención reformadora incluyó un precepto en virtud del cual se dispuso que: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta» (artículo 82).

Los alcances de tal disposición merecieron diversa lectura. Hubo quienes, en la misma Convención, celebraron su sanción en el entendimiento de que a partir de ella el Congreso estaba obligado a pronunciarse en forma expresa y que no habría posibilidad de que su silencio se interprete en forma positiva.⁸

Otro constituyente sostuvo que un decreto de necesidad y urgencia no tratado expresamente por el Congreso, sin aprobación ni rechazo, es un decreto rechazado en forma ficta.⁹

Parecida propuesta formuló la doctrina cuando Bidart Campos¹⁰ y Gil Domínguez¹¹ afirmaron que si el Congreso no asumía el tratamiento del decreto, y ni lo rechazaba ni lo aprobaba, esta omisión debería equipararse al rechazo, con el efecto de que el decreto quedaría derogado.

Temperamento con los que disintió —en juicio que compartimos— Alejandro Pérez Hualde.¹² Lanzada hacia el devenir, al exigirse la expresa voluntad del Congreso para aceptar o descalificar el acto, la norma no hace otra cosa que impedir que se perfeccione un decreto de necesidad y urgencia respecto del cual el órgano legislativo no se expidió, sin constituir, como veremos, impedimento alguno para la vigencia de aquel.

La innovación representa un avance cotejada con el penoso precedente sustentado por la Corte a principios de los noventa en el caso *Peralta* y, por ende, en los hechos la disposición ha resuelto una parte de la problemática, pero no todo lo que debía, ni era deseable.

El precepto es útil en cuanto el silencio del Congreso no puede interpretarse como aceptación del acto emitido por el Ejecutivo. Mas lo cierto es que, en correspondencia con esa directriz, desde 1994 en adelante todos los Ejecutivos al usar de la facultad que le confiere el artículo 99, inciso 3.º, operaron especulando con la apatía congresional, sea porque estaban en condiciones de impedir el tratamiento en ese

desde su edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso nacional reglamentar las relaciones jurídicas de las transcurridas».

⁸ Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Susana Liliana Aguirre: *Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional de 1994*, Córdoba, Marcos Lerner, 1995, p. 117.

⁹ Humberto Quiroga Lavié: *Decretos de necesidad y urgencia en la Reforma de la Constitución nacional*, La Ley 1994.D-876.

¹⁰ Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 196.

¹¹ Andrés Gil Domínguez: «Potestades legislativas del Poder Ejecutivo», en «Búsqueda de una interpretación constitucional», *La Ley*, 1996-D, p. 1651.

¹² Alejandro Pérez Hualde: «El silencio del Congreso», en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 497.

ámbito o porque les resultaba previsible que los órganos deliberativos mantuvieran el statu quo como históricamente lo hicieron con relación a estos actos.

Pues bien, la ley en tratamiento en nada ha modificado la situación preexistente. El Congreso, ratificando su crónica anemia institucional, vuelve a abdicar de sus deberes omitiendo fijar término alguno para examinar la validez de un decreto de necesidad y urgencia y, lo que es más grave, consagra la impunidad absoluta de su potencial inactividad cuando se niegue a aprobar o rechazar actos del Ejecutivo que está llamado a controlar.

En suma, el artículo 82 no impide que un decreto de necesidad y urgencia entre en vigencia y continúe en esa calidad hasta que ambas Cámaras lo descalifiquen.

En visión ontológica, la ley comentada ha consagrado la existencia de dos tipos de decretos de necesidad y urgencia, a saber:

a. los perfectos —categoría casi desconocida en nuestra praxis—, que son aquellos revisados por el Congreso y aprobados expresamente por ambas ramas del Poder Legislativo; y

b. una segunda clase que reviste la calidad de imperfecto, estándar que se compeadece con aquellos que dictados por el Ejecutivo no fueron aprobados ni rechazados por el titular de la potestad legislativa, es decir los no tratados por el Congreso de la Nación.

Sin embargo, uno y otro están alcanzados por el común denominador de su vigencia.

En el contexto descrito, la distinción realizada luce como puramente académica y en alguna medida lo es para el poder de turno, porque lo que interesa a su emisor es el hecho consumado de la positividad de la norma producida, antes que su calificación.

Al reiterar la fórmula constitucional que fuera objeto de cuestionamientos, en cuanto se expresa que «las Cámaras [...] deben darle [al decreto de necesidad y urgencia] expreso tratamiento» (artículo 21), sin establecer término ni consecuencias para la inacción del Legislativo, el mensaje del Congreso parece orientado a que la historia se repita.

Como ella es por demás conocida, resulta innecesaria reproducirla.

5. Claudicación congresional con la renuncia a declarar la nulidad de un decreto inexistente para el derecho

Una abdicación sin precedentes es la que, en lo relativo a la facultad de declarar la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia, realizó el Congreso de la Nación a través de la ley que nos ocupa.

Ante todo, debe quedar en claro que hablamos de renuncia porque partimos del presupuesto de que el Congreso de la Nación —al igual que la jurisdicción, pero en su propio ámbito— tiene facultades para declarar la nulidad de la legislación necesitada.

Si tal actividad congresional inclusive se ha extendido a leyes,¹³ ¿cómo podría cuestionarse ese laboreo del cuerpo de representantes inspirado en una obvia incumbencia de control de una competencia que por antonomasia es del Legislativo pero que en circunstancias excepcionales se presta a ser usada por el Ejecutivo?

En correspondencia con ello, viene al caso recordar que un lugar común en el universo de la juricidad, destinado a tornar viables los presupuestos del derecho, es el estigma exteriorizado con el simbolismo de una declaración que tiene por no sucedidos o inexistentes hechos que realmente se han producido. A esa categoría pertenece lo que en lenguaje grandilocuente, pero sabio, la Constitución da en llamar *nulidad insanable*.

En visión retrospectiva, la sanción de nulidad, desde la mismísima carta constitucional, no es una novedad en el derecho público nacional. Ya los padres fundadores, cuando incluyeron el artículo 29 en nuestra ley de leyes, declararon que los actos que conceden poderes tiránicos (facultades extraordinarias, suma del poder público, sumisiones o supremacías) llevan consigo una nulidad insanable.¹⁴

Luego, el reformador del 94 condenó las conductas de quienes interrumpieren la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático, reprobando esos actos con la tacha de insanablemente nulos (artículo 36).¹⁵

En todos estos casos donde se prevé sanción de nulidad, incluyendo la previsión del artículo 99, inciso 3.º, que adiciona el calificativo de *absoluta*,¹⁶ el constituyente se ha propuesto no solo invalidar los efectos de actos producidos al margen del ordenamiento, sino también condenar públicamente episodios que por su naturaleza institucional conspiran contra el funcionamiento regular del Estado de derecho. De modo que si la magnitud de la pena conminada no se detiene en la mera abolición de los actos indebidos, es porque detrás de ella asoma un mensaje público dirigido a la sociedad para que conozca la dimensión de la mácula que cabe a los actos de quienes incurren en tamaño entuerto.¹⁷

¹³ Tal situación se verificó primero con la declaración de nulidad de las leyes 23040 y 22632 y, más tarde, con análoga sanción para las leyes conocidas bajo el nombre de Obediencia Debida y Punto Final, 23492 y 23521. Véase Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, 2.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 250 ss.

¹⁴ Sobre las razones de este precepto y su aplicación práctica véase Mario A. R. Midón: *Apuntes de la Constitución. Comentarios a su texto*, Córdoba, Lerner, 1989, pp. 368 ss.

¹⁵ Véase Juan Fernando Segovia: «La defensa de la Constitución», en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, tomo I, obra colectiva del Instituto de Estudios Constitucionales Argentinos, Buenos Aires, Depalma, 1995.

¹⁶ Pablo Manili: «Las nulidades en el derecho constitucional (Un debate pendiente)», en *La Ley*, 2005-C, p. 1000.

¹⁷ Los decretos de necesidad y urgencia pasibles de tal sanción son aquellos que se emiten en ausencia del hecho habilitante, que no respetan los demás límites expresos o implícitos y la que no observa algunos de los límites de forma. Así, en principio, caen bajo esa tacha:

Naturalmente que desprenderse de una potestad de esta naturaleza empobrece la silueta institucional del Congreso, razón por la cual para formalizar su dimisión debió apelar al embozo de vestir con diverso atuendo su determinación.

Un desprevenido observador que leyera el texto de la ley quizá no caiga en la cuenta de que en su artículo 24, cuando ella prescribe que «el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2.º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia», estipula por vía de sus efectos la renuncia que referimos.

Si toda vez que el Congreso rechaza un decreto de necesidad y urgencia debe dejar a salvo los derechos adquiridos por sus beneficiarios, ello implica que en lo sucesivo las ramas legislativas no podrían declarar la nulidad de la legislación emanada del presidente, pues resulta absolutamente imposible conciliar ese atributo con el de nulidad.

En efecto, nulificar un acto —en el lenguaje constitucional— no es otra cosa que consagrar su inexistencia. Entonces, ese simulacro de acto que la Constitución estigmatiza es incompatible con la entidad jurídica que la ley acuerda, al disponer el salvataje de los derechos que se dicen adquiridos por terceros beneficiados con la inconstitucional emisión.

Lo cierto es que, al no realizar siquiera mención de la potestad de sancionar con «nulidad absoluta e insanable» la legislación necesitada, nuestros legisladores

— los decretos de necesidad y urgencia cuando, a pesar de invocarse tales extremos, ellos son inexistentes;

— los decretos de necesidad y urgencia dictados sin que concurra la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes;

— los decretos de necesidad y urgencia que regulen materia penal, tributaria, electoral o sobre régimen de partidos políticos;

— los decretos de necesidad y urgencia que restringen las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la parte dogmática de la Constitución nacional;

— los decretos de necesidad y urgencia que restringen derechos y garantías que no se suspenden durante las emergencias;

— los decretos de necesidad y urgencia que no contienen motivación explícita y suficiente;

— los decretos de necesidad y urgencia irrazonables;

— los decretos de necesidad y urgencia que no fijan término de vigencia;

— los decretos de necesidad y urgencia que no fueran dictados por el presidente de la Nación;

— los decretos de necesidad y urgencia que no sean decididos en acuerdo general de ministros o no fueran refrendados por ellos con el Jefe de Gabinete;

— los decretos de necesidad y urgencia que una vez emitidos no son presentados a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días de su producción;

— los decretos de necesidad y urgencia que se ocultan bajo el atributo de decretos reglamentarios, autónomos o delegados;

— los decretos de necesidad y urgencia secretos.

Véase Mario A. R. Midón: *Decretos de necesidad y urgencia...*, o. cit., p. 109.

retrocedieron en el tiempo acuñando una fórmula con arreglo a la cual el Congreso aparece facultado, solamente, para derogarla y producir respecto de ella efectos *ex nunc*.

6. La Comisión Bicameral Permanente

En el ámbito del Congreso, es sabido, la reforma del 94 instituyó una Comisión Bicameral Permanente que tiene a su cargo aconsejar a las Cámaras sobre el curso a seguir frente a un decreto de necesidad y urgencia.¹⁸

La creación de tan especial cuerpo es una originalidad del constituyente argentino que tiene su más próximo antecedente —posiblemente el único— reflejado en los reglamentos de las Cámaras italianas cuyo texto, a partir de 1981, asigna a la Comisión de Asuntos Constitucionales la facultad de dictaminar sobre la existencia de los requisitos constitucionalmente exigidos de urgencia y necesidad.

Por lo pronto, a nadie escapa que la calidad de bicameral que ella ostenta coloca en un pie de igualdad a ambas Cámaras. Esta paridad se traduce en una composición numérica de análoga representación para cada rama legislativa en esa comisión.

La idea rectora de la conformación de este cuerpo permanente con las características señaladas se ha explicado —en términos de práctica política y a la luz de las razones que inspiraron al constituyente— en que el presidente de la Nación o su Jefe de Gabinete de Ministros cuenten con la posibilidad, si lo entienden conveniente, de efectuar consultas a los líderes parlamentarios (que se presupone integrarán esta comisión) en forma previa al dictado de los decretos de la especie examinada. De tal forma podría conocerse anticipadamente el parecer de los líderes de las principales fuerzas políticas representadas en el Congreso, respecto a una medida que las circunstancias le imponen al Ejecutivo adoptar en uso de sus atribuciones legislativas.¹⁹

Se supone, por otra parte, que el ámbito de una comisión conformada por un reducido número de diputados y senadores genera un clima más propicio para discutir cuestiones de Estado, como la que presume el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

¹⁸ Análogo cometido cumple este minicuerpo frente a la legislación delegada, artículos 76 y 100, inciso 12, y la promulgación parcial de leyes, artículo 80.

¹⁹ Alberto M. García Lema: «Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes», en AA. VV.: *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, p. 250, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994. Naturalmente que la consulta que refiere el autor tiene algún significado cuando el Poder Ejecutivo no cuenta con mayoría en los órganos legislativos. En cambio, a tenor de lo que se estilaba en nuestras prácticas políticas, cuando el presidente tiene un número suficiente de legisladores afines con su política, la hipótesis de que este busque consejo en la Comisión parece poco probable.

La Constitución hizo hincapié en tres notas esenciales vinculadas a ese minicuerpo que han sido respetadas por ley, a saber: su carácter de permanente, su composición y el término para emitir despacho.

El sentido de continuidad que se desprende de su nota de *permanente* indica que la comisión está llamada a cumplir funciones también en épocas de receso parlamentario. En su momento pensamos que la actividad aparecía justificada, ya que esas ocasiones pueden servir como pretexto para que el Ejecutivo abuse de la competencia asignada. Sin embargo, la proliferación de estos actos, multiplicados como panes y peces en el milagro bíblico, evidencia que entre nosotros el Ejecutivo no necesita esperar receso alguno, porque es normal que legisle aun cuando se halla reunido el órgano congresional. Al respecto, el artículo 6.º ha dispuesto que ella «cumple funciones aun durante el receso del Congreso».

Otra cuestión regulada la configura el hecho de que la comisión debe estar integrada de tal manera que en ella se respete la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Se colige de ello que el constituyente ha querido que la comisión sea una suerte de espejo en miniatura del cuerpo legislativo. El mandato legislativo se ha inclinado por conformar esa comisión con ocho diputados y análogo número de senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de la representación política (artículo 3.º).

El tercer aspecto tiene que ver con el hecho de que dentro de los diez días de recepción la medida emanada del presidente, la comisión debe pronunciarse sobre la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento (artículo 19).

Dimos por sentado, desde un principio, que si bien el despacho de la comisión no es vinculante para las ramas legislativas, la emisión de este constituye un deber ineludible del minicuerpo, al extremo de que la omisión en que incurra autoriza a que las Cámaras se avoquen de oficio a su consideración.²⁰ Tal solución fue acogida por la ley que tratamos que así lo estipula en el artículo 20, cuando fenece el término de diez días hábiles que se acuerda a la comisión para pronunciarse.

Al igual que la Constitución, la ley reglamentaria no ha previsto sanciones para la eventual reticencia de la Comisión Bicameral Permanente, pero ella podría ser establecida en el reglamento interno que ese minicuerpo se dé, conforme a lo dispuesto por el artículo 9.º

Schinelli destaca que esta comisión para funcionar requiere de un quórum superior al de otros minicuerpos, que en el caso es el de la mayoría absoluta (artículo 7.º), previsión que hace no aplicable lo contemplado por las normas internas de las Cámaras, que permiten la existencia de sesiones de comisiones válidas en segunda convocatoria si hay más de un tercio de los integrantes presentes. Resulta sintomático,

²⁰ Mario A. R. Midón: *Decretos de necesidad y urgencia*, o. cit., pp. 137 ss.

asimismo, que el artículo 8.º requiera, para la emisión de dictamen por la Comisión Bicameral Permanente, del voto de la mayoría absoluta, pero de los presentes.²¹

7. Las Cámaras circunscritas a rechazar o aceptar el decreto

Otra cuestión que desde la incorporación del artículo 99, inciso 3.º, al código fundamental motivó encontradas respuestas, fue la relativa al rol que debían cumplir las Cámaras en ocasión de recibir un decreto de necesidad y urgencia, con vistas a discernir si el órgano legislativo podía alterar el contenido del acto emanado del Ejecutivo.

El primer problema que ofrecía el tratamiento de la cuestión era el referido a determinar si para la consideración del acto legislativo de urgencia las Cámaras debían sesionar simultáneamente o si una de ellas oficiaba de iniciadora y la otra de revisora. Esto es, si a ese fin debe seguirse o no el trámite para la formación de la ley ordinaria.

En su momento, el tema fue ardorosamente debatido a instancias de las inquietudes planteadas por Miguel Padilla, quien dedicó a la cuestión dos artículos publicados en la revista *El Derecho*.²²

Ortíz Pellegrini, quien tuvo un papel decisivo en la redacción de la norma, opina que no estamos ante un trámite legislativo propiamente dicho, sino ante un decreto que debe ser ratificado o desechado y, como tal, no existe prioridad de Cámara iniciadora, porque este trámite es el trámite normal para las leyes. No podemos mezclar este tipo de trámites y hacer un «refrito» y decir que el trámite de la Comisión Bicameral debe tener una Cámara iniciadora.²³

Del mismo tenor fue la respuesta de Sagüés. Para el profesor de Rosario y Buenos Aires, el trámite de aprobación o rechazo de un decreto de necesidad y urgencia no tiene que ser el proceso normal de aprobación de una ley. No cabe confundir, en efecto, un decreto de necesidad y urgencia con un proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo a una Sala del Congreso. En definitiva, bastaría la simple aprobación (por medio de una resolución, declaración, etcétera) de las dos Cámaras, para otorgar al decreto fuerza de ley.²⁴

²¹ Guillermo Carlos Schinelli: «Derecho parlamentario. La Comisión Bicameral Permanente de la ley 26122: cuestiones instrumentales», en *ED*, 13.10.2006.

²² Miguel M. Padilla: «El incierto trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia», en *ED*, 178, p. 1147, y «Más sobre el incierto trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia», en *ED*, 179, p. 1134.

²³ Miguel Ángel Ortiz Pellegrini: «Mesa redonda organizada por el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 18 de agosto de 1998», en *ED*, 179, p. 1134, con nota de Miguel M. Padilla: «Más sobre el incierto trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia».

²⁴ Néstor Pedro Sagüés, citado por Padilla en el segundo trabajo de la nota 22.

En esa dirección, los proyectos de los diputados Fayad y Torres Molina impulsaban la consagración legislativa del tratamiento simultáneo por ambas Cámaras.

Otro sector de la doctrina auspició la necesidad de que el procedimiento que conduce a la aprobación o rechazo de un decreto de necesidad y urgencia observe el trámite de formación de las leyes, en punto a la existencia de una Cámara de origen y otra revisora.

El citado Padilla, por ejemplo, propuso que el Ejecutivo sea quien elija la Cámara de origen. A ese efecto, este debería instruir al Jefe de Gabinete para que presente en la Comisión Bicameral el decreto cuya aprobación legislativa se busca, haciéndole saber que deberá enviarlo con su despacho o dictamen a una determinada Cámara. De aplicarse este mecanismo, el decreto puede ser modificado por cualquiera de las Cámaras y en definitiva prevalecerá la de origen si cuenta con necesaria mayoría.²⁵

A su vez, García Lema sugirió que debía ser Cámara iniciadora la que primero se pronuncie sobre el decreto, porque si mantenemos la conexión que existe en esta materia entre la necesidad de legislar, que se expresa en el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, y la necesidad consiguiente de que el Parlamento, provocado por la comunicación del Ejecutivo, emita de una vez por todas su parecer, entonces el hecho de la simultaneidad del envío a las dos Cámaras, y que cualquiera de ellas pueda convertirse en iniciadora, es una consecuencia lógica de la urgencia en legislar.²⁶

El legislador argentino, por su parte, al definir qué competencia tiene el Congreso juzgó conveniente prescribir que «las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes» (artículo 23).

La solución —aunque opinable— puede reputarse ajustada porque, al cerrar la posibilidad de que el Congreso introduzca nuevas disposiciones al decreto que debe controlar, evitará engorrosas consecuencias, como pasamos a demostrarlo.

En efecto, si el Congreso tuviera facultades para alterar un decreto de necesidad y urgencia a través de modificaciones normativas y ejercitara tal atributo en un caso concreto, ello daría pie a que el Ejecutivo pudiera usar de la facultad constitucional de veto para las innovaciones incorporadas por el órgano legislativo al acto primigenio.

Si esto fuera poco, hasta podría disponer del atributo de promulgación parcial de esos nuevos contenidos, convirtiendo al decreto en un intrínquil susceptible de frustrar los propósitos que la emergencia desea conjugar.

Reafirma nuestra convicción la circunstancia de que el Poder Ejecutivo es co-legislador, artículo 99, inciso 3.º, y, como tal, tributario de la facultad de repeler una iniciativa de ley emanada del Congreso. Si puede oponerse a la sanción de una ley,

²⁵ Alberto García Lema citado por Padilla en el segundo trabajo de la nota n.º 22.

²⁶ Alberto García Lema, «Decretos de necesidad y urgencia...», o. cit., p. 326.

¿por qué no va a poder hacerlo con los hipotéticos agregados que el legislador sume al decreto de necesidad y urgencia?

Si la solución contenida en la ley tratada hubiese sido distinta, ¿cuál sería el fundamento constitucional a que podría echarse mano para privar al Ejecutivo de la facultad de vetar la eventual propuesta normativa emanada del Congreso?

Por nuestra parte no encontramos ninguno, porque el único caso en que el Ejecutivo está impedido de vetar una ley es en el supuesto de consulta popular dispuesta por el Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados (artículo 40 CN).

Lo dicho, vale la pena aclararlo, es distinto de proponer que el Ejecutivo pueda vetar el rechazo que el Congreso hace de un decreto de necesidad y urgencia. Tal acto, obviamente, por ser de control no es susceptible de veto alguno. Prestigiosa doctrina ha dado las razones que fundan tal negativa.²⁷

8. El Ejecutivo encarnando el síndrome del fumador empedernido

La sensación que nos deja la ley es frustrante. Ella ha elevado a la jerarquía de legal prácticas que ordinarizaron una herramienta excepcional concebida para el diseño de alta política, es decir políticas de Estado. Por eso, el mandato del reformador del 94 no se compadece con la desacertada lectura que del instituto realizó el Congreso en el 2006.

De cara a la realidad argentina, con Ejecutivos que a los fines de ejercitar el atributo conferido por el artículo 99, inciso 3.º, apelan a una lectura parcial de la Constitución —aprehendiendo únicamente la parte de la norma que les confiere la facultad, pero omitiendo cumplir los línides sustanciales y de forma— la ocasión era propicia para oponer una barrera legal contra tales desbordes.

²⁷ La doctrina está conteste en que el Ejecutivo no puede vetar esa determinación del Congreso porque la facultad de veto, en orden a lo preceptuado por la ley mayor, se acuerda a aquel en los supuestos de una ley sancionada por el Congreso (artículo 83). Cuando el Congreso se pronuncia desestimando un decreto de necesidad y urgencia no ejecuta un acto naturaleza legislativa, aunque tenga efectos de ese tipo, sino de índole política y, con más especificidad, de control al Ejecutivo.

Ese contralor se encarna en el Congreso en orden a su doble calidad de órgano representativo por excelencia y titular del atributo que por razones de necesidad y urgencia ha sido usado por el Ejecutivo.

Las consecuencias de admitir el veto para este tipo de actos serían funestas y fueron oportunamente advertidas por Sagüés, ya que así el Ejecutivo podría legislar con el tercio de una Cámara. Esto ocurriría porque: 1) el presidente dicta un decreto de necesidad y urgencia; 2) el Congreso sanciona un proyecto de ley derogatorio o modificatorio del decreto; 3) el presidente veta dicho proyecto; 4) una sala del Congreso no reúne los dos tercios para superar el veto; 5) en resumen, quedaría en vigor el decreto con la sola voluntad del titular del Poder Ejecutivo y el tercio de una sala que ha compartido aquel veto. Véase Néstor Pedro Sagüés: «Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino», en *La Ley*, 1985-E, p. 798.

Desaprovechada la oportunidad nuestros presidentes, como lo hicieron regularmente desde principios de los noventa en adelante, pero con mayor intensidad luego de la admisión constitucional de la figura, volverán a padecer el síndrome del fumador empedernido.

Después de haber imitado a un célebre pensador y dejado de fumar muchas veces, tomamos la alegoría del sujeto dependiente de la nicotina, cuyo desarrollo vital depende del hábito de fumar. De modo que lo vemos con tabaco porque está solo o porque está acompañado; porque está alegre o porque está triste; porque está nervioso o porque se encuentra calmo; porque tomó alcohol o porque no ha bebido; porque celebra la concreción de un objetivo o porque se consuela con su no realización; porque es el último o porque es el primer cigarrillo del día; porque hace buen rato que no fuma o porque recién fumó; porque es de tarde o porque se hizo la noche; porque ha fumado poco o porque ha fumado mucho, etcétera.

El listado de las ocasiones en que el dependiente de la droga es llamado a consumirla se extiende hasta el infinito, como aquellas en que nuestros Ejecutivos sienten la irrefrenable necesidad de convertirse en legisladores.

Daniel Fernando Baraglia*

Reglamentación legislativa de los DNU. La consagración del poder, la alternativa unicameral o la consulta popular

En una comunidad política sólida y bien constituida que actúa de acuerdo con su propia naturaleza, es decir, para salvaguarda de la comunidad, no puede existir sino un poder supremo único, el legislativo, al que todos los demás se encuentran y deben estar subordinados.

*John Locke*¹

1. Prólogo

Un homenaje a los cien años del Palacio Legislativo no podría sino iniciarse con esta cita.

Ahora bien, el tema de este trabajo trata sobre el control del Poder Legislativo sobre los actos legislativos del Poder Ejecutivo que la Constitución en forma limitada, circunstanciada o excepcional le ha concedido, en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, respecto a los decretos de legislación delegada y en cuanto a los decretos de promulgación parcial de leyes.

2. Introducción

A fines de julio de 2006 se dictó la ley que reglamenta la Comisión Bicameral Permanente, prevista en los artículos 99, inciso 3.º, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional. Esta ley pone fin a una discusión prolongada respecto al con-

* Profesor titular de Derecho Político y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón. Profesor adjunto de Derecho Público del Departamento de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Matanza. Asesor en la Cámara de Diputados de la Nación.

¹ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Londres, 1690. Desde ya advierto que voy a utilizar citas de John Locke como una suerte de diálogo con el autor.

tenido de aquella, que se inició con la misma reforma constitucional. Completamos las citas de la Constitución con los involucrados artículos 76 y 80.

La presunción de legitimidad y consecuente ejecutoriedad de los actos administrativos y reglamentos del PE, siguiendo antecedentes jurisprudenciales argentinos y extranjeros, quedó extendida en la reforma de la Constitución de 1994 incluso a los decretos por delegación legislativa, los decretos de promulgación parcial de leyes y los decretos de necesidad y urgencia, que encontraron así plena vigencia. Este principio fue hasta ahora aplicado por la CSJN. Aunque no estaba reglamentado el funcionamiento de la Comisión Bicameral, se dijo también que la falta de reglamentación no obstaba a la posibilidad derogatoria que tenía el Congreso, mediante el simple dictado de una ley y que a la vez estos decretos se encontraban sujetos al control de constitucionalidad del Poder Judicial, lo que aparecería como suficiente garantía.

El artículo 17 de la ley 26122 reitera la vigencia de estos decretos desde que se publican, la que se mantiene a menos que reciba el rechazo de ambas Cámaras y claro está que no reciba del Poder Judicial una declaración de inconstitucionalidad.

Las novedades más significativas que trae la ley son:

- la falta de pronunciamiento de la Comisión Bicameral Permanente no es óbice para el tratamiento de los decretos por las Cámaras;
- las Cámaras deben pronunciarse *de inmediato* circunscribiéndose a su aprobación o rechazo;
- con la aprobación de una sola de las Cámaras queda firme el decreto en examen;
- en caso de rechazo por ambas Cámaras quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia anterior por más efímera que fuera.

El 25 de octubre de 2006 quedó constituida la Comisión Bicameral. La primera presidencia ha correspondido al Senado, la siguiente corresponderá a un Diputado, así alternadamente.

El reglamento de la Comisión es semejante al de la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Emergencia Económica, con la variable del mantenimiento del quórum de la mitad más uno de sus miembros para sesionar cualquiera fuera el tiempo de espera transcurrido.

La vicepresidencia correspondió a un diputado del Frente para la Victoria PJ. Cuando llegó el turno de cubrir la Secretaría, esta fue ofrecida al radicalismo. Una senadora miembro de la comisión alegó que esta secretaría le correspondía al bloque de los partidos provinciales, por tener mayor proporción. El oficialismo le replicó que se trataba de un acuerdo político.

La respuesta participa sin dudar de la misma naturaleza política que los decretos de necesidad y urgencia.

La *necesidad* de mantener un referente válido de oposición en el nivel nacional dentro del sistema democrático, la *circunstancia* de encontrarse esa fuerza política

disminuida con relación al número y el tener en cuenta el papel que tradicionalmente ha desempeñado, determinaron la *excepcionalidad* del acuerdo, siendo que ambas fuerzas han discrepado en parte del contenido de la ley.

La discrepancia versó en las reuniones de comisión de la Cámara de Diputados sobre la falta de fijación de un plazo para el pronunciamiento de las Cámaras pedido por la oposición; el oficialismo sostenía que la fórmula «de inmediato» era suficiente garantía de tratamiento. Y en cuanto el efecto que se debía dar a la falta de aprobación por ambas Cámaras, la oposición se pronunciaba por la derogación.

Jorge Horacio Gentile consideró, mucho antes, inconstitucional esta última posición porque, según interpretó, el rechazo de los DNU por silencio de las Cámaras entraría en contradicción con el artículo 82 CN, que prohíbe expresamente y en todos los casos las sanciones tácitas o fictas.²

Cabe a la vez apreciar la maduración democrática en el diálogo político de los legisladores, al poder expresar que, según se estuvo en los últimos años en el oficialismo o en la oposición, varió el sentido de la opinión, antes durante y después del gobierno de la Alianza.

3. Antecedentes fácticos

Hecha esta introducción pasará a analizar algunos antecedentes fácticos.

Debemos al gobierno del doctor Alfonsín la inauguración, en la actual democracia, de la costumbre del dictado de los DNU y su justificación, aun antes de ser incorporados formalmente a la Constitución nacional, sobre todo en dos casos y contra el expreso texto constitucional. Tales son la creación de un nuevo signo monetario, el *austral*, el 13 de junio de 1985, fijando su valor en 0,83 centavos de austral cada dólar, y estableciendo el *desagio* para las deudas del Estado con sus proveedores. Y la declaración del Estado de sitio por el Poder Ejecutivo (DNU 714/89), mediando en sesiones ordinarias en el Congreso.

En ambos casos, la doctrina constitucional se limitó a señalarlos y a decir que habían sido luego convalidados.³ En ambos casos no pesó una sanción de nulidad absoluta e insanable, sino que la posterior convalidación por el Congreso fue interpretada como suficiente para salvar su nulidad y a sus artífices del juicio político por violentar la letra constitucional.

La entidad y trascendencia fue tal en cuanto se trataba de un gobierno que hacía gala de la democracia y el respeto a la Constitución que, en adelante, salvo

² Jorge Horacio Gentile (coord.): «La comisión bicameral permanente», en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996.

³ Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

contados casos la doctrina constitucional en general expresó su crítica solo respecto a la cantidad.

La debacle económica del fin del gobierno de Alfonsín adelantó la entrega del poder al presidente Menem, con él y a gusto del FMI, para superar la hiperinflación, vino la delegación legislativa de las leyes 23696 y 23697 de privatizaciones y reforma del Estado.

Aunque distintos decretos de legislación delegada no respetaron el espíritu de la delegación, estos tuvieron vigencia. De manera tal, un acto legisferante del Poder Ejecutivo no autorizado por la Constitución nacional, o en contra del espíritu de la delegación, de nulidad manifiesta, no resultan nulos de nulidad absoluta e insanable, sino que pueden perfeccionarse mediante una convalidación del Congreso o de la CSJN (caso *Peralta*). Y que, mientras alguno de estos órganos (legislativo o judicial) no se pronuncie expresamente por su rechazo o inconstitucionalidad, mantienen su vigencia.

Sin estos antecedentes quizás no hubiera sido posible que otros gobiernos democráticos avanzaran posteriormente en temas de gravedad para los argentinos, como el corralito y la pesificación de los depósitos.

La múltiple salvaguarda de la Constitución nacional, artículos 14, 17 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su amparo efectivo al derecho de propiedad y el principio de justa indemnización en caso de privación ante un interés social superior, la ley que garantiza la intangibilidad de los depósitos bancarios, la palabra dada por el presidente Duhalde, el fallo de la CSJN en el caso San Luis no resultaron suficientes para garantizar el patrimonio de los depositantes.

¿Acaso no habíamos vivido antes los cimbronazos sobre el valor del dólar? Un dólar de \$ 37 en el gobierno del doctor Frondizi para poner en marcha la economía y pasar el invierno de Alsogaray, el dólar de \$ 253 a \$ 350 con Krigger Vasena y Onganía, el *rodrigazo*, la tablita de Martínez de Hoz, el que apuesta al dólar pierde, de Sigaut.

Jean Bodin escribía, allá por 1576, que en verdad no hay nada que más aqueje al pobre pueblo como el envilecimiento de la moneda o la alteración de su curso.⁴

Alfonsín lo había echado a rodar... Menem lo recogió, los gobiernos siguientes lo continuaron.

La reforma de 1994 puso un límite requiriendo formalidades y circunstancias, y excluyendo materias, pero por largos años no se logró un consenso para dictar la reglamentación prevista por el artículo 99, inciso 3.º de la Constitución nacional.

4. La revolución continua

Así escribía John Locke en una nueva cita:

Las cosas de este mundo se hallan sujetas a tan continuas vicisitudes y mudanzas que ninguna subsiste mucho tiempo en el mismo estado.

⁴ Jean Bodin: *Los seis libros de la República*, (1576), Madrid, Aguilar, 1973.

Tomando una serie continuada y significativa, al menos desde 1945 hasta ahora, vivimos los argentinos una serie de revoluciones, contrarrevoluciones y nuevas revoluciones en forma permanente. Las más largas han durado diez años: Perón 1945-1955 y Menem 1989-1999. Dos movimientos históricos han coincidido en ser el tercer movimiento histórico; así denominaba Bidart Campos⁵ al gobierno del Frondizi, así se autotituló el gobierno de Alfonsín. Las autodenominadas revolución «libertadora» y revolución «argentina» se caracterizaron por pretender ser golpes militares que cambiarían la Argentina. La vuelta a las libertades y la renacionalización de los hidrocarburos del gobierno de Illia, la «Argentina potencia», el camino hacia el socialismo de Perón a Renovación y Cambio, la Argentina productiva y la entrada al primer mundo, de los noventa, la vuelta por «el camino correcto». El fin, la crisis, la salida de la convertibilidad.

Hoy, una nueva esperanza: la reconstrucción nacional, una nueva revolución.

Todos los gobiernos argentinos de los últimos sesenta años nos presentan contenidos revolucionarios.

El siglo XX ha sido un siglo de sociedades en cambio, de revoluciones, de replanteos, de guerras mundiales, de guerras por la independencia, de reivindicación social y de globalización de las conductas a favor del cambio social, político y económico.

Quizá el ejemplo más significativo del carácter revolucionario de los gobiernos del siglo XX está en la revolución continua en Mao Tse Tung. De tal forma, agotada una revolución se inicia la siguiente, de manera que el concepto incluye las distintas fases (y fracasos) por las que pasa dialécticamente la revolución permanente.⁶

La esperanza está en el cambio. En el mundo actual —escribía Charles Bourdeau para 1958—⁷ la fe de la gente está en el cambio.

El comienzo del siglo XXI aparece como continuando este tema y como contradictorio en cuanto al significado del cambio, si es algo más allá o un retorno, una vuelta al pasado.

En las *sociedades en cambio* —escribía Samuel Huntington para 1968—, el cambio se establece a través de un poder centralizado.⁸

Antes, en 1934, Herman Heller⁹ escribía que es ciertamente imposible imaginar un poder estatal sin la solidaridad política de un núcleo de poder. Sin embargo, el poder del Estado no aparece condicionado solamente por el núcleo de poder sino por todas las relaciones de las fuerzas políticas internas y externas.

⁵ German Bidart Campos: *Historia constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1984.

⁶ Paul Johnson: *Tiempos modernos*, Buenos Aires, Javier Vergara, 1991.

⁷ Charles Bourdeau: *Método de la ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1969.

⁸ Samuel P. Huntington: *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

⁹ Herman Heller: *Teoría del Estado*, México D. F., FCE, 1992.

Entiendo que estos contenidos van delineando el porqué de los comprendidos de la ley 26122.

5. Decretos de necesidad y urgencia

¿Estamos frente a una nueva modalidad del antiguo derecho de prerrogativa? John Locke escribía:

[...] el poder legislativo no funciona constantemente y es además, [...] numeroso, lo que lo hace también [...] lento para que las cosas se ejecuten con la debida rapidez. [y] es además imposible prever todas las incidencias y necesidades que puedan afectar al interés público.

La prerrogativa es una autorización otorgada por el pueblo a sus gobernantes (PE) para adoptar diferentes iniciativas en casos no previstos por la ley, y, en ocasiones, para obrar directamente en contra de la letra de la ley, mirando por el bien del pueblo, y a reserva de la aprobación ulterior de este último, [...] con el objeto de que provea al bien público en aquellas situaciones derivadas de circunstancias imprevistas e indeterminadas y que, por esa misma razón, es imposible reglamentar con seguridad mediante leyes fijas e inmutables.

Samuel Huntington¹⁰ plantea que el fundamento de la representación del Congreso norteamericano es la representación territorial de las distintas regiones o estados de la Unión. Este tipo de representación lo heredaron, las colonias, del sistema Tudor.

Mientras Norteamérica mantuvo y desarrolló luego este sistema en su Constitución, Europa evolucionó hacia la concentración del poder, a través del llamado absolutismo monárquico y su interacción con la Corte Real o el Consejo de Estado, discontinuando una regularidad en las reuniones del Parlamento o Asambleas legislativas, dictando este la ley o designando a representantes que se hallaran en la capital del reino.

La Argentina siguió el modelo de Constitución norteamericana con un Congreso bicameral formado por los diputados y senadores elegidos en los distritos de provincia, con la obligación de residir o haber nacido en ellos.

La elección de este modelo no quita olvidar la corriente hispánica autonomista y federativa asentada también en las regiones de nuestro país durante toda la colonia. No solo con motivo de las distancias, sino probablemente por el mismo sentido hispánico que vemos resurgir en las autonomías regionales en la España del siglo XX. Por esa coincidencia quizás seguimos el ejemplo norteamericano.

No es entonces que el trabajo sea lento por desidia, sino por su propia estructura y pluralidad de número. Continuamente, los legisladores se trasladan a su lugar de origen. Semanalmente alternan su trabajo entre la capital de la Nación y su lugar de origen, para informarse, recabar inquietudes, mantener reuniones, hacerse presentes

¹⁰ Samuel Huntington: *El orden político...*, o. cit.

y actuar en la comunidad que representan, repartiendo su tiempo con las tareas del Congreso.

Por otra parte, el sistema hace que deban aprobarse los proyectos por una Cámara y luego pasar a la aprobación de la Cámara revisora.

Cuando el proyecto es extenso o cuando la revisora es el Senado, es frecuente que devuelva con enmiendas a la Cámara de origen, lo que dilata más su sanción u ocasiona en casos la pérdida de su estado parlamentario.

Es sabido además que en general los proyectos se resuelven en el Congreso con mayor rapidez cuando provienen del Poder Ejecutivo, porque se trabaja y responde en bloque; en cambio, si el proyecto proviene de un legislador, este debe encontrar consenso en el propio bloque y además en el Ejecutivo.

Maurice Duverger ha relacionado esta situación con la dependencia de las estructuras de los partidos políticos.¹¹ Pero los proyectos marchan más rápido cuando nacen del Poder Ejecutivo, siempre que se apoyen en una mayoría parlamentaria, pero si esta no es tal, la oposición suele bloquear los proyectos oficiales, como el oficialismo dilatar los de la oposición, sobre todo en los años electorales.

Por otra parte, cuando no alcanza o se pierde una mayoría parlamentaria, los procesos legislativos son más trabajosos ante el juego de los bloques de afinidad y de la oposición. Esto vale para todas las democracias.

No solo el bloqueo puede partir del Congreso, sino que puede ser más tarde bloqueado por el Poder Judicial. En el caso norteamericano, el bloqueo ha partido también de planteos conservadores de la Corte como en el caso del *New Deal* del presidente Franklin D. Roosevelt, que llevó a este a procurar una renovación en la Corte o el de los tribunales, como en el caso del bloqueo a la reforma administrativa del gobierno de Richard Nixon.¹²

En el sistema federal norteamericano, los gobiernos oscilan a favor de la concentración o la descentralización federal del poder. Estos movimientos son provocados por las fuerzas centrípetas y centrífugas del poder, según la expresión utilizada por un panelista norteamericano ante una pregunta del público en la reunión internacional de Córdoba, de 2002, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Si como hemos dicho, en el mundo la concentración ha contribuido a afirmar las acciones que promueven el cambio, y en nuestro país la gente y los gobiernos se muestran proclives a venerar el cambio, y muchas veces en verdad lo necesitan, ¿por qué iba a ser distinto en nuestro país?

El bloque de emergencia o necesidad está compuesto por una continuidad o un suceso de acciones de lo cual entonces no resulta un DNU, sino un paquete de medidas relacionadas en el tiempo. Esta composición aumenta la predisposición a su número, así como también se ha señalado que muchos de los DNU que se han

¹¹ Mauricio Duverger: *Partidos políticos*, Barcelona, Ariel, 1969.

¹² Paul Johnson, *Tiempos modernos*, o. cit.

dictado no serían por su contenido tales sino que se ubicarían dentro de las facultades ordinarias del Poder Ejecutivo y han sido mal calificados por este.

La necesidad es fruto entonces de la realidad. El consenso democrático encuentra otros caminos. La opinión pública juega su papel.

¿No es este acaso el principio del Pacto de Olivos? ¿Participa el Pacto de Olivos de una naturaleza semejante a los DNU? El acuerdo de gobernabilidad Duhalde-Alfonsín ante la crisis y la fórmula de ministros compartidos, ¿participa también de una naturaleza semejante a los DNU?

La oportunidad y excepcionalidad están más cerca de lo cotidiano en los sucesivos gobiernos de lo que en teoría se hubiera pensado y el dictado de la ley reglamentaria es un avance hacia la regularización del sistema, hasta ahora sostenido únicamente por la CSJN en el sentido de reconocer su vigencia mientras el Congreso no disponga lo contrario y no afecte derechos protegidos por la CN, o sea sujetos al control de constitucionalidad.

También como se dijo, cabe reconocer que el Congreso siempre estuvo facultado para dictar una ley derogatoria o modificatoria de un DNU, sin necesidad del dictado de la actual reglamentación, y que esta facultad no se ha perdido pese a no haberse utilizado.

Esta última cuestión, «no haberse utilizado» o no haber tenido eficacia de actuación marca uno de los rasgos característicos de nuestra moderna democracia. Mientras se grita a voces el exceso en la cantidad, no se actúa.

Lo cierto es que estamos frente a una nueva forma de adoptar las leyes, por excepción. O a una vieja forma ahora institucionalizada democráticamente. No por nada nos rigen en materias importantes como por ejemplo las leyes 17711, 19549, 19550, 19551, 20337 y tantas otras que conforme al artículo 36 incorporado a la Constitución por la reforma de 1994, no merecerían el término de ley y deberían considerarse nulas.

Con el resultado además de haber obtenido escasa proporción de fallos que decretaran su inconstitucionalidad tanto por las Cortes Supremas adictas, como las que le siguieron en democracia. De la misma manera es escasa la proporción de declaraciones de inconstitucionalidad de los DNU dictados. Me refiero en todos los casos a su contenido sustancial.

Por otra parte, algunos gobiernos democráticos o en alguna de sus etapas han sido criticados por su inacción o el grado de capacidad para producir un cambio.

La sociedad ha estado o ha sido puesta en la esperanza del cambio.

¿Contribuyen los DNU a paliar el problema?

1. Como principio se ha establecido, en la doctrina y la jurisprudencia, la presunción de validez de una ley o un decreto, hasta que no se disponga lo contrario. Este principio otorga seguridad jurídica a los ciudadanos y a las relaciones jurídicas de estos y del Estado.

2. Los DNU se encuentran contemplados por la Constitución nacional. Su dictado ha de ser por excepción, pero están autorizados. Gozan de la presunción de validez arriba indicada. Por tanto deben entenderse válidos mientras no se deroguen por el Congreso, se dicte otro decreto en contrario del Poder Ejecutivo o se declaren inconstitucionales por el Poder Judicial (es el criterio que adopta la CSJN).

Al control jurisdiccional se agrega ahora el control legislativo, con aprobación de una cualquiera de las Cámaras —que es más de lo que había—. En definitiva, con el debido control, los DNU parecen contribuir a otorgar al gobierno un mayor dinamismo.

Pero el problema parece estar, como dice Midón, desde el inicio en calificar las circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.¹³ Este autor se refiere a ellas en este mismo libro, por lo que he de ser breve al respecto, absteniéndome del debate.

La Constitución nacional trae al respecto de los DNU, como de la legislación delegada y decretos de aprobación parcial requisitos formales y sustanciales. La Comisión Bicameral debe verificar que se encuentren cumplidos los primeros y que los fundamentos sustanciales, así como el contenido normativo, se correlacionen con el fondo de la excepcionalidad.

Las circunstancias excepcionales por las que ha pasado el pueblo argentino han sido tantas que hemos vivido de excepción en excepción. ¿Con qué vara vamos a medir las excepcionalidades, con qué ojo vamos a apreciar el impedimento para legislar, con qué tiempo vamos a medir las urgencias y en qué circunstancias? La respuesta a boca de jarro suena simple: las del oficialismo de turno y las de la oposición. Habrá que esperar. ¿Qué posición tomará la Corte ante esta nueva perspectiva?

6. Delegación legislativa

En las comunidades políticas en que el poder legislativo y el político se encuentran en manos distintas, el bien de la sociedad exige que deje varias cosas al buen juicio de la persona que ejerce el poder ejecutivo.

John Locke

En cuanto a la delegación legislativa, hay amplia bibliografía sobre el tema tanto de autores de derecho constitucional como de administrativistas, por lo que tratándose la presente de una obra colectiva que debe un espacio breve para permitir la mejor exposición de todos, me limito a decir que hasta 1973 la CSJN encaró la cuestión de la delegación legislativa, no reconociéndola expresamente sino encuadrándola dentro

¹³ Mario A. R. Midón (coord.): «Propuestas en torno a la reglamentación de los DNU», en Asociación Argentina de Derecho Constitucional: *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional*, Buenos Aires, AADC, 1996.

de la facultad presidencial de dictado de decretos reglamentarios. La reforma constitucional de 1994 la reconoce y establece como excepción, en el artículo 76 CN, en materias determinadas y por plazo determinado, sujeto a los términos de la delegación que establezca el Congreso, siguiendo, a decir de García Lema, en su calidad de diputado constituyente, principios o antecedentes de la Corte norteamericana.

La Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones, ley de delegación 23296, y de la ley 23297 de Racionalización de la Administración, poco pudo hacer al aplicarse el principio de que sus dictámenes no eran vinculantes. Por tanto, no impidió por ejemplo que se produjera desempleo en vez de la reubicación de los trabajadores en nuevas tareas, en contra de las bases de la legislación delegada, lo que contribuyó al empobrecimiento de las familias una vez consumidos los montos indemnizatorios. En otro ejemplo, la CSJN en el caso *YPF*, puso al descubierto el manejo viciado de la autoridad de aplicación sobre los programas de propiedad participada, cuestión que motivó posteriormente la sanción de la ley indemnizatoria 25471.

En consecuencia es un avance, en pos de evitar iniquidades como las mencionadas, que los temas de naturaleza delegada se encuentren ahora sometidos al control efectivo de las Cámaras del Congreso.

7. Promulgación parcial de leyes

Con relación a la promulgación parcial haremos un breve comentario. La reforma de la Constitución de 1994 optó por favorecer la vigencia de la ley y excluir las partes no observadas, sin aguardar una nueva insistencia por el Congreso.

No se invocan aquí razones de urgencia, emergencias o circunstancias que tornen imposible el tratamiento por el Congreso. Se da la siguiente situación: si el bloqueo por veto provoca que el proyecto no pueda repetirse en la sesión de ese año cuando las Cámaras difieren en las objeciones (artículo 83 CN), con la ley 26122, una Cámara acepta el veto o sea la promulgación parcial que es su anverso-reverso, y la otra no lo acepta, el proyecto ahora queda firme, en vez de no poder volver a repetirlo en las sesiones de ese año, porque se necesita el rechazo de ambas Cámaras para derogarlo. Como acabamos de ver, se trata de una nueva alternativa en la sanción de las leyes.

8. Una observación a las novedades que trae la ley

Dijimos en la introducción que una de las novedades que trae la ley es que, en caso de rechazo por ambas Cámaras, quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia anterior por más efímera que fuera.

Esta apreciación fue hecha sobre la base de argumentos extraídos de los artículos 17 y 24 de la ley 26122, en concordancia con el artículo 76 *in fine* CN. Esta cuestión se presta a su análisis desde distintos ángulos.

El artículo 99, inciso 3.º, cuando se refiere a las materias prohibidas objeto de los DNU, legislación penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, expresa que tales contenidos son de nulidad absoluta e insanable. Otra cosa sería el rechazo legislativo de un DNU con objeto permitido.

En cuanto a la delegación legislativa prevista por el artículo 76 CN, si la materia del decreto no fuera delegada o no se encontraran sus contenidos entre las bases de la delegación, estos decretos parecerían ser más proclives a padecer de una nulidad insanable, arrastrando consigo los actos que se hayan ejecutado. Otra cosa son las consecuencias de la caducidad prevista por el artículo 76 CN.

¿Cuáles son? Cuando el rechazo se base en que los contenidos de los decretos son ajenos a la materia y a las bases de la delegación, o al plazo fijado para su ejercicio. Estos temas deben ser analizados según el artículo 13 de la ley 26122.

Para los casos de promulgación parcial, si no tuviera autonomía normativa y se alterara el espíritu de unidad del proyecto, tales contenidos serían nulos. Nuevamente, ¿qué pasa con los derechos adquiridos? ¿Que pasaría con las ventajas obtenidas que hayan sido logradas, en el plazo efímero de su vigencia?¹⁴

9. Una propuesta de legitimación cuando las Cámaras no se pongan de acuerdo

En el libro *A 10 años de la reforma de la Constitución nacional*, Adrián Ventura titula su trabajo «El ejecutivo concentró el poder con los DNU».¹⁵ Este ha sido en verdad el efecto del reconocimiento constitucional de la capacidad del Poder Ejecutivo para dictar DNU, promulgar parcialmente las leyes y dictar decretos de legislación delegada.

Si en el mundo la concentración ha contribuido a afirmar las acciones que promueven el cambio, si la sociedad argentina ha estado y tiene en forma permanente la ilusión de un país mejor, esperanza que se plantea alcanzar con el cambio prometido, si ese cambio debe acelerarse en los gobiernos democráticos, de manera tal que debe ser logrado al menos parcialmente, en un periodo breve, antes de la segunda elección legislativa... diría que estamos hechos.

¿Constituye la ley 26122 un recurso suficiente para volver la cuestión a su justo medio? Diría que ayuda a calmar la ansiedad de la oposición y a legitimar al oficialismo.

¹⁴ Por ejemplo, podría darse una situación buscada, como cuando se establecieron los controladores fiscales; en este caso la reglamentación habilitó unas marcas y se demoró la aprobación de las demás, mientras tanto los inspectores comenzaron la campaña de fiscalización, lo que posibilitó una gran demanda de las primeras.

¹⁵ Adrián Ventura: «El ejecutivo concentró el poder con los DNU», en Asociación Argentina de Derecho Constitucional (comp.): *A 10 años de la reforma de la Constitución nacional*, Córdoba, Advocatus, 2005.

En el juego democrático, la oposición rechazará los fundamentos, el oficialismo aprobará los decretos. O ambos llegarán a un acuerdo, otorgándose concesiones recíprocas.

10. ¿Pero qué pasará cuando una Cámara apruebe y otra rechace?

Sabemos que tendrá vigencia. Pero desde el punto de vista político y de la opinión pública, según las circunstancias por las que atraviere el gobierno, puede ser un duro golpe. Llegado el caso de que las Cámaras no se pongan de acuerdo, la propuesta que traigo como alternativa es una consulta popular no vinculante, que puede ser convocada por el Poder Ejecutivo. De tal forma, obteniendo el consenso del pueblo logrará una mayor legitimación.

De más está decir que entiendo que la solución que trae la ley 26122 y esta alternativa plebiscitaria se prestarán a críticas de quienes confían más en los magistrados de la Corte que en la representación popular del Congreso, y de quienes renieguen del voto popular.

Me parece legítimo mantener la esperanza del pronunciamiento del pueblo. Así, el pueblo puede ser custodio de sí mismo, de sus legisladores e indirectamente aun de los magistrados, toda vez que, como dice John Locke, en la última cita:

[...] como tal (el) poder legislativo es únicamente un poder al que se ha dado el encargo de obrar para la consecución de determinadas finalidades, le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar los legisladores, si considera que actúan de una manera contraria a la misión que se les ha confiado.

Andrea Mensa González*

La atribución presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia como violación al principio de división de poderes

Antes de entrar al estudio del tema enunciado es conveniente efectuar una breve introducción respecto de las facultades legislativas que tiene el Poder Ejecutivo nacional antes y después de la reforma de nuestra Constitución nacional.

En una república como la nuestra rige el principio clásico de división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para evitar que la concentración de poder atente contra los derechos y garantías fundamentales del hombre. En este marco, como regla, el presidente de la Nación no puede emitir disposiciones de carácter legislativo; solo reviste carácter de colegislador.

La función legislativa recae exclusivamente en el Parlamento, órgano encargado de realizar la tarea legislativa. Únicamente en los casos en que este no pudiere cumplir su función, o cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible la solución de situaciones de extrema gravedad a través de su actuación, el Poder Ejecutivo podría excepcionalmente, y sujeto a convalidación por el Congreso, emitir decretos de tipo legislativo.

Desde una perspectiva revisionista, los decretos de necesidad y urgencia se vinculan históricamente con el ejercicio de poder en nuestro país, principalmente desde el abrupto final del gobierno de Raúl Alfonsín, en 1989.

* Doctoranda de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Empresarial Siglo XXI.

Antes de la reforma constitucional del año 1994, la Constitución nacional no brindaba al Poder Ejecutivo la atribución de dictar decretos de necesidad y urgencia. El texto constitucional decía: «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo».

Sin embargo, a pesar de no haber sido receptados, el dictado de este tipo de decretos se convirtió poco a poco en práctica habitual ya que fueron reconocidos tanto por un sector de la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; esto, claro, en evidente violación del principio de división de poderes. El Poder Ejecutivo asumió por sí competencias legisferantes atribuidas por la Constitución al Poder Legislativo. Con el fundamento de la facultad de colegislador del presidente, se fueron dictando decretos de necesidad y urgencia sobre distintas materias.

Desde el año 1853 y hasta 1983, esto es durante 130 años, se dictaron 18 decretos de necesidad y urgencia por 23 presidentes constitucionales. Si bien es cierto que la práctica del órgano ejecutivo de asumir facultades legislativas en excepcionales oportunidades registra antecedentes desde 1855, no lo es menos que la cuestión de los decretos de necesidad y de urgencia recién aparece como un problema institucional grave durante la gestión presidencial de Carlos Menem ya que, luego de restaurada la democracia en 1983, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo ello se convirtió en una rutina institucional.

Durante la gestión del presidente Alfonsín se los había utilizado solo para resolver verdaderas crisis económicas y sociales, con una duración temporaria y con una pronta comunicación al Congreso de la Nación, que los confirmaba o no (por ejemplo, el caso del lanzamiento del Plan Austral).¹ En total, desde el año 1983 hasta el año 1989 (seis años de gobierno) Raúl Alfonsín dictó diez decretos de necesidad y urgencia, un promedio de 0,7 decretos por mes.

Carlos Menem, durante su presidencia del año 1989 hasta el año 1999, dictó 545 decretos de necesidad y urgencia, un promedio de 4,4 decretos por mes.

Durante esta gestión presidencial se llevó a cabo en el año 1994 la reforma de nuestra Constitución nacional. Ahora bien, antes de producirse este hecho, la Corte Suprema de Justicia convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia; lo hizo en el año 1990, en el recordado caso *Peralta*, en el contexto de la crisis hiperinflacionaria y para asegurar la supervivencia de la sociedad argentina.²

Allí la Corte, si bien reconoció jurisprudencialmente la facultad presidencial, resaltó el carácter excepcional de la medida y estableció, como requisito para la validez de estos decretos: a) la existencia de una situación de grave riesgo social que

¹ Néstor Sagüés: «Decretos de necesidad y urgencia», en *La Ley*, 1992-B.

² Carlos Colautti: «El control sobre los decretos de necesidad y urgencia», en *La Ley*, 1998-B, p. 1041.

pusiese en peligro la existencia misma de la nación y el Estado; b) la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto; c) la inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados; y d) la convalidación del Congreso.

Como vemos, se confirmaba que la validez del dictado de los decretos de necesidad y urgencia solo tiene carácter excepcional, restringida a situaciones que importan una verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario; de lo contrario se estaría ante un avance injustificado del Poder Ejecutivo sobre las potestades del Poder Legislativo.

A la luz de los números antes mencionados, queda claro que estos límites fueron obviados por el ex presidente Menem en múltiples oportunidades y se instaló en nuestro país una suerte de *decretocracia*³ como forma de gobernar.

Finalmente, la reforma constitucional del año 1994 incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para acordar su uso.

Así, luego de afirmar que «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo», el inciso 3.º del artículo 99 señala que:

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren 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.

Con lo mencionado vemos que el dictado de los decretos de necesidad y urgencia se permite desde la reforma de la Constitución del año 1994, pero con límites claros y precisos, esto con el objetivo de poner límites a la práctica abusiva de legislar, por el Poder Ejecutivo.

En primer lugar, se debe recalcar que como regla nuestra carta magna establece la prohibición de emitir disposiciones de carácter legislativo al Poder Ejecutivo. Ahora bien, únicamente pueden dictarse cuando «circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, como excepción. Como señala Quiroga Lavié,

la norma viene, con toda claridad, a establecer que frente a una imposibilidad funcional por parte del Congreso para desempeñarse como tal, es que se puede utilizar el instrumento de excepción, pero no en el caso de que se trate de una imposibilidad

³ Entiéndase por *decretocracia* no el gobierno republicano democrático en donde impera el respeto y sujeción a la ley, el respeto a la división de poderes —Estado de derecho—, sino un gobierno en donde el poder se ejerce avasallando las funciones determinadas constitucionalmente a cada uno de los poderes del Estado y donde se gobierna mediante el dictado de decretos, y los auténticos representantes del pueblo no son tenidos en cuenta.

política, por parte del Ejecutivo, de conseguir los votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya.⁴

Por su parte, la Constitución establece que se deben dar en un estado de necesidad. Se entiende que se configura esta situación, por ejemplo, en casos de colapsos económicos que por su gravedad no permitirían someter al debate del Congreso las medidas a adoptar, o bien, frente a situaciones de guerra o cualquier otro tipo de catástrofe que mantenga al Congreso cerrado o impida la espera del debate legislativo por la inminencia y gravedad de los daños a reparar; solo en estas circunstancias se habilita el dictado de decretos de este tipo, ya que la Constitución nacional establece que se dan cuando es «imposible de seguir los trámites legislativos ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes». Según Bidart Campos, «la necesidad es algo más que conveniencia, en este caso parece ser sinónimo de imprescindible».⁵

En segundo lugar, existe una prohibición absoluta para el dictado por el presidente de decretos de necesidad y urgencia. Nunca podrán dictarse decretos de este tipo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos.

Asimismo, los decretos de necesidad y urgencia tendrán que estar siempre motivados y suficientemente fundados, principalmente en lo referente a las necesidades y las urgencias que llevaron a su dictado. Ello es requisito de su legalidad y legitimidad, en función del principio republicano de gobierno de división de poderes y a fin de justificar el apartamiento de la premisa que establece que las normas son dictadas por el Congreso de la Nación. Por ello, en el mensaje que da cuenta del dictado del decreto, el Poder Ejecutivo debe precisar siempre qué acontecimientos han producido la causa constitucional o hecho habilitante para su emisión, cuáles son los bienes que desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no puede resolver la emergencia mediante mecanismos ordinarios y sí mediante el decreto que se emite.

Para ser válido el acto, también debe verificarse proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la medida y razonabilidad respecto de las circunstancias que dan lugar a su dictado (las razones de necesidad y urgencia).⁶

Por último, en tanto el dictado del decreto, este solo es válido por existir razones de necesidad y urgencia, y en razón de que ellas tienen una duración determinada, el acto legislativo del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia limitada, es decir, debe estar sujeta a un plazo de vigencia que será el que se presuma durará la emergencia.

A estas limitaciones sustantivas para el dictado de decretos de necesidad y urgencia se suma la regulación procedimental. La Constitución prevé que los decretos sean

⁴ Humberto Quiroga Lavié: *La Constitución de la nación argentina. Comentada*, Buenos Aires, Zavallía, 1996.

⁵ Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

⁶ Andrés Gil Domínguez: «Potestades legislativas del Poder Ejecutivo», en *La Ley*, 1996-D, p. 1651.

convalidados por una ley del Congreso nacional, luego de que dictaminara sobre su validez o invalidez una Comisión Bicameral Permanente dedicada a su contralor.⁷

Al respecto, y según un relevamiento de Poder Ciudadano, desde 1994 se presentaron en el Congreso 87 proyectos de creación de la comisión bicameral permanente de control de los DNU, pero nunca hubo acuerdo político para transformarlos en ley.

Recién el pasado 20 de julio del corriente año y con doce años de demora, fue sancionada la ley 26122 que instaura el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, dando así y a través de la mencionada norma cumplimiento a lo dispuesto por los convencionales constituyentes de 1994. La reciente norma, a decir de numerosos autores, contiene algunas disposiciones que a primera vista contrarían aspectos primordiales de la Constitución y de la jurisprudencia del máximo tribunal federal.

1. De la Rúa y Duhalde

Si se tiene en cuenta que el ex presidente Menem dictó, durante sus dos primeros años de gestión, 128 decretos de necesidad y urgencia, debemos decir que el ex presidente De la Rúa, en el período 1999-2001 dictó 73, promediando los tres decretos por mes, y Eduardo Duhalde, durante los años 2002 y 2003, dispuso 158, con un promedio de 9,3 por mes en un contexto de verdadera crisis económica y social.

Este último, basándose en la crisis económica y social del año 2002, abrió las puertas al uso indiscriminado de los decretos de necesidad y urgencia. En ese período, el Poder Legislativo delegó, a través de la ley 25561, en el Poder Ejecutivo importantes facultades en la materia legisferante.

Llegamos por fin a la gestión del presidente Néstor Kirchner que, en primer lugar, logró por las leyes 25790 y 25820 que los legisladores prorrogaran la emergencia dispuesta por el gobierno de Duhalde y, más aún, en esta prórroga se le amplió la delegación de facultades.

Desde que asumió en el año 2003 hasta el 7 de julio de 2006, el Poder Ejecutivo dictó 201 decretos de necesidad y urgencia, con el promedio más alto de todos los gobiernos desde la restauración de la democracia: cinco decretos por mes, superando en este aspecto y durante igual período a su antecesor Carlos Menem. La cifra resulta a todas luces exagerada, en tanto se trata de una facultad que solo puede ejercerse excepcionalmente, en circunstancias de especial gravedad que lo ameriten. Una inmensa mayoría de las normas emitidas por el presidente Kirchner lo han sido en manifiesta violación de la división de poderes, en desmedro de las facultades legislativas del Congreso nacional y en trasgresión del principio republicano de gobierno, que exige razonabilidad, proporcionalidad y motivación, a más de la verificación de

⁷ Calógero Pizzolo: *Constitución nacional. Comentada, anotada, concordada*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

la existencia de las razones fácticas que permitan el dictado de la medida de excepción. Es un claro caso de utilización de las facultades legislativas por el Poder Ejecutivo para desplazar al Congreso del ejercicio de lo que es su atribución específica e indelegable: hacer la ley. Los decretos son en su gran mayoría inconstitucionales, en tanto no se adecuan a las exigencias que fueran desarrolladas.

Se han dictado decretos de toda clase, sobre materias diversas. La mayoría de ellos refieren a variaciones en sueldos, jubilaciones, subsidios, asignaciones familiares e indemnizaciones. El resto de los decretos presidenciales están relacionados con la ley de presupuesto, los fondos fiduciarios y la deuda pública, entre otros temas. Tenemos uno que le cambió el nombre al Ministerio de Salud por Ministerio de Salud y Ambiente, otro que le aumenta el sueldo al presidente y a los ministros en un cien por ciento.

Entre mayo de 2005 y mayo de 2006, el presidente envió al Congreso 57 proyectos de ley, de los cuales solo 35 se referían a políticas públicas, mientras que los otros 22 eran meras ratificaciones de acuerdos y tratados internacionales; en cambio, en el mismo período firmó 61 decretos de necesidad y urgencia. Es decir que cuando el presidente estimó que era necesario dictar una ley para llevar adelante una política de gobierno, en 61 casos decidió actuar solo (mediante los DNU) y nada más que en 35 oportunidades recurrió al Congreso, haciendo uso de su facultad de proponer proyectos de ley.

Si se excluyen los proyectos de ratificación de tratados y acuerdos internacionales, que deben ser enviados al Congreso como parte del trámite parlamentario obligatorio para su vigencia, en su primer año de gestión el presidente firmó 67 DNU y envió al Parlamento 56 proyectos de ley. Al año siguiente, la diferencia se amplió: dictó 73 decretos y mandó 45 iniciativas al Congreso. Y esa tendencia se ratificó en este último año, con 61 DNU contra 35 proyectos de ley.

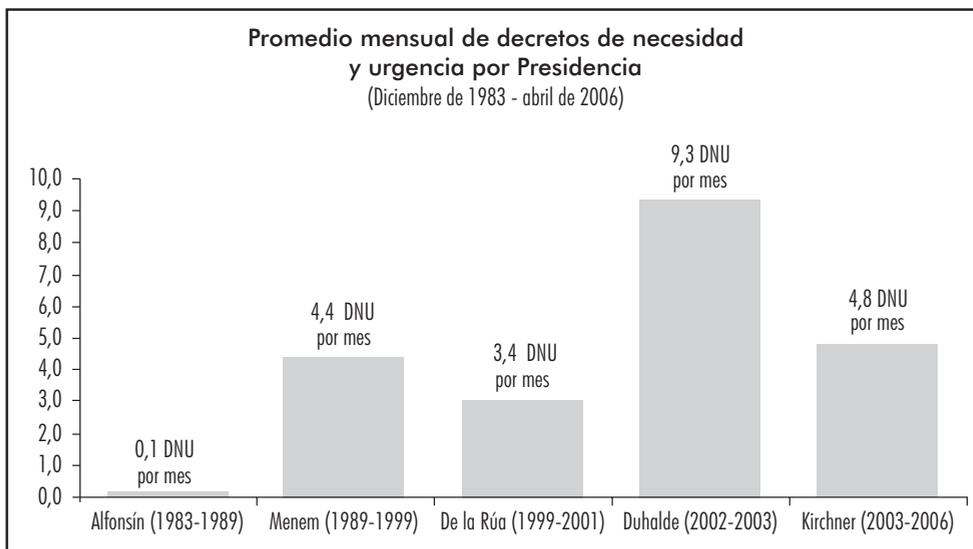
En realidad, se supone que los decretos de necesidad y urgencia son medidas excepcionales para circunstancias también excepcionales, como ya vimos, pero en la práctica esto no siempre es así.

Decretos de necesidad y urgencia por períodos presidenciales (1983-2006)

Presidencia*	Período	DNU	Meses	Decretos por mes
Alfonsín	10.12.1983-7.7.1989	10	67	0,1
Menem	8.7.1989-9.12.1999	545	125	4,4
De la Rúa	10.12.1999-20.12.2001	73	24	3,0
Duhalde	1.1.2002-24.5.2003	158	17	9,3
Kirchner	25.5.2003-25.4.2006	169	35	4,8
Promedio	10.12.1983-31.3.2006	955	268	3,6

* No se consideran los gobiernos provisionales de Puerta, Camaño y Rodríguez Saá.
Fuente: Centro de Estudios Nueva Mayoría, con datos de Dirección de Información Parlamentaria.

La cifra relevada por el Centro de Estudios Nueva Mayoría se vio superada, ya que a julio del 2006 la Presidencia de Kirchner había dictado 201 DNU.



Fuente: Centro de Estudios Nueva Mayoría, con datos de Dirección de Información Parlamentaria.

A continuación tomamos algunos ejemplos que permiten comprender con facilidad lo expuesto y demuestran que por medio de este instrumento se dispusieron medidas diversas:

1. Decreto de necesidad y urgencia n.º 1192, del 4 de diciembre de 2003. Es el ejemplo más claro de la arbitrariedad en que se incurre al dictar este tipo de normas. Otorga un verdadero cheque en blanco al Ministerio del Interior al autorizarlo a entregar subsidios y subvenciones a personas físicas y jurídicas que se dediquen a la atención de la necesidad de la población.
2. Decreto de necesidad y urgencia n.º 140, del 3 de febrero de 2004. Tiene como objetivo incluir obras de la red vial en la provincia de Santa Cruz con la financiación a cargo del Fondo Fiduciario del Sistema de Infraestructura de Transporte.
3. Decreto de necesidad y urgencia n.º 202, del 10 de junio de 2003. Se aprueba el texto de la farmacopea argentina a fin de normalizar el mercado farmacéutico.
4. Decreto de necesidad y urgencia n.º 792, del 22 de setiembre de 2003, y DNU 1366, del 14 de enero de 2004. Estos decretos modifican el presupuesto de la administración pública nacional ya que implican un incremento en la partida presupuestaria denominada «Contratos especiales», en la cual se registran las contrataciones de servicios profesionales. Ello fue solicitado

por el Ministerio del Interior invocando como fundamento, en ambos casos, «compromisos ineludibles de las reparticiones con las actividades de apoyo al señor presidente de la Nación».

5. Decreto de necesidad y urgencia n.º 1216, del año 2004. Instauró la realización del Censo Económico Nacional.
6. Decreto de necesidad y urgencia n.º 721, del año 2004. Creó la constitución de una sociedad anónima para hacerse cargo del Correo Argentino.
7. Decreto de necesidad y urgencia n.º 557/05. Otorgó un aumento exclusivo a secretarios y jueces, lo cual provocó un reclamo del gremio judicial. Este DNU afectó el presupuesto del Consejo de la Magistratura y la Ley de Autarquía Judicial n.º 23853. No se invocaron para ello razones de necesidad y urgencia, ni de circunstancias excepcionales que hubieran impedido que el Congreso de la Nación siguiera con el trámite ordinario para la sanción de las leyes.

Como ejemplo, y a decir de Rodolfo Terragno, «este presidente firmó 16 decretos de necesidad y urgencia modificando los presupuestos del ejercicio anterior y del actual, incluido un decreto por el cual él, el presidente de la Nación, le otorgó facultades especiales al Jefe de Gabinete, que ni siquiera le habían sido delegadas por el Congreso de la Nación».⁸

En todos los casos citados, las decisiones podrían haber sido tomadas por el Poder Legislativo, ya que en los considerandos de los decretos no se invocan en ningún caso circunstancias que configuren *necesidad y urgencia*, ni existían razones que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución nacional para la sanción de las leyes.

Y como dice el legislador socialista Rubén Giustiniani:

[...] la mayoría de los DNU que dictó Kirchner tienen que ver con el manejo discrecional de los recursos públicos. [...] la constitucionalización de estos decretos otorga al Poder Ejecutivo una herramienta legislativa que lo coloca por encima del resto de los actores institucionales, alterando el principio de separación de poderes.⁹

A lo antes expuesto se debe agregar que el presidente Kirchner, pese de tener el control de ambas Cámaras, utiliza la vía de los decretos, que son facultades delegadas para gobernar, produciendo así un agudo deterioro de la calidad institucional y operando desde la aconstitucionalidad.

Como se desprende de lo antes mencionado, son claros los indicadores que llevan a pensar que existe una intencionalidad política evidente y una forma de gobernar muy precisa que apunta a concentrar el poder en la figura del Poder Ejecutivo y a vaciar de contenido al Congreso de la Nación, lo cual se ve facilitado no solo por

⁸ Rodolfo Terragno, en su actividad parlamentaria, en el debate del informe bimestral del Jefe de Gabinete de Ministros, 14 de octubre de 2004.

⁹ Rubén Giustiniani, en el debate parlamentario de la sanción de la ley 26112 reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia.

la personalidad del presidente, sino por la existencia en el Poder Legislativo de un oficialismo complaciente, en ambas Cámaras, y una oposición fragmentada. Claro es que el Poder Ejecutivo debería abandonar esta práctica de quitarle espacio a uno de los poderes del Estado.

La práctica de gobernar vía decretos de necesidad y urgencia vacía de facultades al Congreso de la Nación. Esto no fortalece a ningún poder y claro está que bajo la apariencia de celeridad en la gestión, lo que se construye en cambio es discrecionalidad y el consecuente peligro de arbitrariedad en el ejercicio de poder.

Con el uso y abuso de los institutos de la emergencia, desde los decretos de necesidad y urgencia hasta la delegación legislativa en todas sus gamas, la emergencia, en vez de ser curada, se ha transformado en una enfermedad endémica. Hemos llegado así a tener en la Argentina, en los hechos y en la práctica, un sistema de altísima concentración del poder en que la forma republicana de gobierno prácticamente es letra muerta en la Constitución. La República ha sido avasallada en sus dos notas principales: el gobierno de las leyes y el principio de separación de poderes. Lo que se buscó en su origen con la forma republicana fue limitar los poderes absolutos del monarca dándole a un cuerpo de representantes del pueblo la facultad de dictar normas generales aplicables por igual a todos los que estuvieren en igualdad de situaciones. De esta manera se construyó una enorme valla para evitar el abuso del poder.

Por último, esta más que claro que en cuestiones que hacen a la preservación y fortalecimiento de las instituciones es fundamental que este gobierno, y cualquier otro, le dé al Congreso la oportunidad de que cumpla con su función de contralor sobre las acciones del Poder Ejecutivo. Para ello, un primer paso sería contar con una ley que regule la sanción de los decretos de necesidad y urgencia, ya que en un sistema republicano no es posible seguir gobernando por decreto y convirtiendo día a día a la Argentina en un país que no solo está al margen de la ley, como decía Carlos Nino, sino en el cual los gobernantes socavan los cimientos del Estado de derecho mediante el dictado de normas que, llevadas por su extensión fuera de los límites constitucionales, desconocen el derecho mismo.

Adriana Tettamanti de Ramella*

Juicio político: ¿mecanismo de control o factor de distorsión?

1. Introducción

La responsabilidad de los gobernantes es una de las bases primordiales del sistema representativo republicano y esta responsabilidad, en nuestro sistema constitucional, se hace efectiva mediante el juicio político.¹ El reconocimiento de los principios constitucionales de la soberanía popular y de la representación política trajo como consecuencia directa la responsabilidad de los gobernantes, presupuesto necesario para la eficacia de toda clase de control, sea político o judicial. El control que encomienda la Constitución es ejercido por el Poder Legislativo, como órgano eminentemente representativo y político.²

* Abogada. Especialista en Derecho Procesal con mención en Procesal Civil (2002) y Especialista en la Enseñanza de la Docencia Superior (2006), Universidad Católica de Cuyo. Profesora asociada de Derecho Constitucional y de Práctica Procesal Civil, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo. Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e integrante de su comité de redacción. Directora del Instituto de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Foro de Abogados de San Juan. Vicedirectora del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo.

¹ La Constitución no hace referencia expresa a esta denominación; utiliza los términos *causas de responsabilidad* (artículo 53) y *juicio público* (artículo 59). No obstante, es aceptado uniformemente el uso de la terminología *juicio político*.

² En tal directriz señala Bielsa que: «En un Estado en que rige una Constitución que establece un gobierno *representativo* y *republicano*, todos los que ejercen funciones públicas responden de sus

La normativa y el propio acontecer histórico de nuestro país nos permite aseverar que, entre los mecanismos de control político, se destaca el juicio político como procedimiento idóneo para determinar la responsabilidad de los funcionarios superiores del Estado. En nuestro país, señala Armagnague, «desde los albores de la emancipación, este principio fue considerado uno de los pilares para el afianzamiento de las libertades públicas».³

Para González Calderón, el juicio político es:

un procedimiento solemne, iniciado por los representantes directos de la Nación y por ellos promovido ante el Senado, como supremo tribunal de justicia política, para verificar y hacer efectiva la responsabilidad constitucional de los funcionarios que comprende el artículo 45 [actual artículo 53 CN].⁴

Bielsa apunta que:

El juicio político, dentro de la concepción del mandato, sería el procedimiento dirigido a la revocación del mismo, pues tiene por objeto privar al funcionario de su función pública, sin perjuicio de someterlo a la jurisdicción judicial, según sean los hechos generadores de su responsabilidad jurídica.⁵

Para Badeni, «la institución del juicio político es un instrumento mediante el cual los legisladores pueden velar por la efectividad de uno de los principios básicos del sistema republicano de gobierno: la idoneidad requerida por el artículo 16 de la ley fundamental».⁶

El juicio político reconoce como antecedentes mediatos al *impeachment* inglés y el juicio de residencia de nuestra época colonial, aun cuando ofrece notables diferencias con uno y otro, y como antecedentes inmediatos al *impeachment* estatuido por la Constitución norteamericana y a las Constituciones de 1819 y 1826.⁷ Observa Gelli que:

actos realizados en ellas, es decir, responden de las extralimitaciones de su mandato, no en el sentido del derecho civil sino del derecho público». Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, 3.ª edición aumentada, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, p. 595.

Según Alberdi, una de las características y principios inherentes al sistema republicano de gobierno es «la responsabilidad de los mandatarios ante el país que les ha confiado la gestión de su libertad o poder soberano». Juan B. Alberdi: *Estudios políticos, Obras selectas*, tomo XVII, pp. 201-202, citado por Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1956, p. 173.

³ Juan F. Armagnague: *Juicio político y jurado de enjuiciamiento*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 1.

⁴ Juan A. González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, 6.ª edición, reimpresión inalterada, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 504.

⁵ Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 2, p. 596.

⁶ Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, 1.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1170.

⁷ Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo 9, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 450.

La institución del *impeachment* es de origen anglosajón. Su aplicación en Inglaterra evidenció más que controles democráticos una de las formas de lucha política entre la Corona y el Parlamento en la que este no solo destituía sino que aplicaba penas. La finalidad perseguida por aquel instituto, su aplicación y efectos distan mucho de ser trasladables a nuestro país bajo las normas y los principios constitucionales hoy vigentes y a la vista de la experiencia vivida en la República Argentina acerca de la inestabilidad judicial en general y de la integración de la Corte Suprema en particular. Las características del juicio político que estableció y reguló la Constitución histórica de nuestro país provienen de la versión *tamizada* por la Constitución de los Estados Unidos [...], [aunque] la historia y las circunstancias de aplicación de las reglas del llamado juicio político en los Estados Unidos muestran muy disímiles con las de nuestro país.⁸

No es el propósito de este trabajo recorrer los antecedentes de esta institución, de los cuales se ha ocupado la doctrina constitucional con minuciosa atención; no obstante, compartimos la síntesis que aporta Salgado Pesantes:

La idea de ejercer un control político sobre el Estado y particularmente sobre el Ejecutivo tiene antecedentes antiguos. Quizá la concepción más conocida sea la de Montesquieu, quien al establecer la necesidad de que los tres poderes fueran ejercidos por órganos distintos, señaló que cada uno tendrá la facultad de impedir (*empêcher*) y de detener (*arrêter*) al otro u otros poderes. «El poder —escribió— detiene al poder». Se trataba de una mutua limitación. [...] El constitucionalismo contemporáneo, fortalecido con el concepto de democracia, ha consolidado la institución del control político.⁹

2. Control político y control jurídico

En nuestro país, el control del poder surge de la misma Constitución. Es decir que el mismo ordenamiento jurídico estatal crea, regula y legitima el control del poder.¹⁰

No obstante, la regulación constitucional no opaca la naturaleza política de este mecanismo de control. González Calderón sostiene esa postura cuando acepta la opinión del senador norteamericano Summer, en el caso del presidente Johnson:

El juicio de destitución o remoción de los funcionarios y magistrados sometidos a ese control es político, con propósitos políticos, promovido por culpas políticas, cuya

⁸ María Angélica Gelli y Marcelo A. Sancinetti: «Escrito de defensa del ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Prof. Dr. Don Antonio Boggiano (Primera parte. Principios fundamentales: Juicio político y Estado de derecho. § 4. El juicio político, ap. b)», Buenos Aires, mayo de 2005.

⁹ Hernán Salgado Pesantes: «Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana», en *Justicia, libertad y derechos humanos, Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, tomo I, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p. 157.

¹⁰ Cf. Diego Valadés: *El control del poder*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 123.

consideración incumbe a un cuerpo político y con efectos políticos. Aun en los casos de traición y soborno, el juzgamiento es político y nada más.¹¹

En igual dirección, observa Sánchez Viamonte que el juicio político, cuyo origen remonta al *impeachment* inglés, «no se trataba de una institución jurídica propiamente dicha, sino de una *institución política* y, por eso, no estaba sujeta a normas estrictas de carácter judicial»¹² (énfasis agregado).

Bielsa aporta que «[...] esta jurisdicción parlamentaria, que consiste en conocer y decidir en las causas de responsabilidad, es política, y el juicio se llama por eso *juicio político*».¹³

En sus comentarios, advierte Aristóbulo del Valle que:

el principio de división de los poderes no se aplica con una estrictez tal que no admita la ponderación y equilibrio entre ellos, y aceptando la teoría de que «para que los poderes se mantengan realmente divididos es preciso que no estén enteramente separados», según la frase de Mounier, se confiere a los Parlamentos, atribuciones ejecutivas y judiciales.

El autor añade que si bien

se considera al juicio político como el caso más típico de atribución judicial, [...] del texto del código fundamental de la República, surge que el juicio político conduce a una medida administrativa, la destitución, que podrá ser o no ser una pena, según las circunstancias, pero que no reviste los caracteres precisos que la ciencia criminal aconseja en la represión.¹⁴

Salgado Pesantes advierte que la doctrina se divide respecto de la naturaleza y características de este control, donde el derecho y la política parecen confundirse,¹⁵ y afirma que

[...] la doctrina italiana (autores como Ferrari, Galeotti) y española, en parte (García Morillo y Santaolalla), sostienen que se trata de un control jurídico.¹⁶ Su argumento

¹¹ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo III, 2.ª edición, Buenos Aires, Librería Nacional, 1926, p. 344, citado por María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 559; Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, 2.ª edición actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 676; Héctor F. Hronchich y Carlos A. Novaro: *Derecho constitucional argentino y comparado*, 2.ª edición, Buenos Aires, Talleres Gráficos de Nemesio A. Ferrari, 1939, p. 420.

¹² Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Kapelus, 1959, p. 277.

¹³ Rafael Bielsa, *Derecho constitucional*, o. cit., p. 603. Observa, no obstante, que «aunque el juicio es político, no es el carácter de la función, sino la causa y jerarquía del afectado lo que la Constitución ha considerado para hacer pasible de él al responsable (p. 600).

¹⁴ Aristóbulo del Valle: *Nociones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 190.

¹⁵ *Ibidem*, nota 9, p. 163.

¹⁶ O se señala al control parlamentario como una subespecie concreta del control jurídico, adscribiéndole a algún tipo específico de los controles constitucionales. Cf. J. R. Montero Gubert y J. García Morillo: *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 25.

esencial está en que si una institución es regulada por el derecho, esa institución es jurídica. Al respecto, dice García Morillo, que no se puede negar la naturaleza jurídica «a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos».¹⁷

En contraste con el control jurídico, algunos autores destacan como una nota distintiva del control político su carácter subjetivo, pues «no se da necesariamente la independencia ni la imparcialidad en el órgano que juzga; puede haber, como de hecho existe, la disciplina partidista, los compromisos o alianzas políticos, a lo que se suma el sentido de oportunidad»,¹⁸ lo que permite concluir que existe una «libertad de valoración» en el criterio del órgano que ejerce el control.¹⁹ En ese orden de ideas, se ha señalado que

[...] del examen de la reforma de la Constitución nacional del año 1994 surge, sin lugar a dudas, la reafirmación del carácter esencialmente político que tiene el enjuiciamiento de los magistrados de la Corte Suprema, frente a lo que podría denominarse como una judicialización del procedimiento de remoción de los jueces de instancias inferiores.²⁰

Esta controversia doctrinal también es resaltada por Sagüés:

Se discute si el juicio político tiene carácter de proceso jurisdiccional o exclusivamente político. En principio, es un mecanismo de saneamiento institucional, destinado a desplazar a magistrados y funcionarios no idóneos para desempeñar un cargo, de ahí su matiz político (Tocqueville, Brossar, Tucker). Pero también puede conllevar sanciones de carácter penal, como la inhabilitación para ocupar aquel cargo en el futuro.

Ello permite concluir al autor que «por eso, su naturaleza es mixta: *político-judicial* (Lessa, Guimaraes y Natal en Brossard)».²¹

¹⁷ J. García Morillo: *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, p. 63, citado por Manuel Aragón Reyes: «El control parlamentario como control político», en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, tomo I, México, UNAM, 1998, p. 13.

¹⁸ Salgado Pesantes, «Teoría y práctica del control político...», o. cit., p. 160. Estrechamente vinculado con este carácter subjetivo, el autor destaca el elemento «voluntarista» en el control político, en el sentido de quien controla decide cuándo y cómo ejercer dicho control (p. 162).

¹⁹ Resulta atinada esta interesante reflexión: «Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico». Manuel Aragón Reyes: «El control parlamentario...», o. cit., p. 9.

²⁰ CSJN, *Fallos*, 327:1967, del voto del señor conjuce Dr. Javier María Leal de Ibarra, considerando 10).

²¹ Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, 3.ª edición ampliada y actualizada, 1.ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 688 y 689.

3. La regulación normativa del juicio político

Desde la sanción de la Constitución de 1853, las innovaciones que incorporaron las reformas posteriores —y algunas modificaciones por vía legislativa—, se ciñen a dos aspectos: los *sujetos* pasibles de enjuiciamiento político y las *causales* que habilitan este mecanismo de control.

Evolución normativa del juicio político

Año	Sujetos	Causales
1853 (art. 41) ²²	Presidente de la Confederación Vicepresidente de la Confederación Ministros Miembros de ambas Cámaras Miembros de la Corte Suprema de Justicia Gobernadores de provincia	Delito de traición; concusión; malversación de fondos públicos; violación de la Constitución; otros que merezcan pena infamante o de muerte.
1860 (art. 45) ²³	Presidente Vicepresidente Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia; Miembros de los tribunales inferiores de la Nación	Mal desempeño; delito en el ejercicio de funciones crímenes comunes.

²² En el despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853 no se incluían, entre los sometidos al juicio político, a los gobernadores de provincia. González Calderón relata que «el convencional Martínez, de La Rioja, argumentando que si el Congreso constituyente “quería hacer desaparecer del suelo argentino esos bárbaros gobiernos irresponsables que han talado a la República en veintidós años de absolutismo”, era preciso someterlos al juicio político del Congreso nacional, porque “el tribunal que necesitaban debía ser fuerte, imparcial, libre de las influencias del poder e independiente en sus relaciones”», posición que finalmente se impuso. En sentido opuesto, el miembro informante, Gorostiaga, dijo que lo propuesto «era un ataque a la tolerancia (*sic*) e independencia de cada provincia, base esencial del sistema federal que la Constitución establece». Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 2, p. 505. Una reseña de las posiciones encontradas de los convencionales se puede consultar en Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 11, p. 674.

Recordemos que, en el marco constitucional histórico, las provincias también debían someter sus propias Constituciones al control político del Congreso de la Nación (artículo 5.º). La previsión tuvo corto alcance, ya que la revisión constitucional de 1860, con un sesgo federalista, excluyó a los gobernadores de provincia del control político del Congreso y los sujetó al enjuiciamiento ante las legislaturas locales. Se sostuvo, entonces, que «se excluye a los gobernadores en concepto de que el Gobierno de Estado es un mecanismo político completo que debe bastarse a sí mismo; el juez de esos funcionarios debe ser y es hoy la legislatura local». A. Del Valle, *Nociones de derecho constitucional*, o. cit., nota 14, p. 502.

²³ En 1860, entre los funcionarios sujetos a juicio político, se excluyeron los gobernadores de provincia (véase cita precedente) y los miembros de las Cámaras del Congreso, en cuanto estos últimos podían ser expulsados por las mismas Cámaras que integraban, según lo prescrito en el artículo 66 de la Constitución nacional. Se incorporaron como sujetos enjuiciables políticamente a los «demás miembros de los tribunales inferiores de la Nación». Se sustituyeron las causales originariamente previstas, que quedaron reducidas a tres, aunque se señala la textura abierta del concepto de *mal desempeño*, que admite una amplia discrecionalidad para el encuadre de la falta.

continuación

Año	Sujetos	Causales
1949 (art. 46) ²⁴	Presidente Vicepresidente Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia	Mal desempeño; delito en el ejercicio de sus funciones; crímenes comunes.
1956 (art. 45) ²⁵	Presidente Vicepresidente Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia Miembros de los tribunales inferiores de la Nación ²⁶	Mal desempeño; delito en el ejercicio de funciones; crímenes comunes.

²⁴ En la reforma constitucional de 1949 se sustrajo del juicio político a los magistrados de tribunales inferiores, que quedaron sujetos al enjuiciamiento por sus propios pares (artículo 91), de acuerdo con la ley n.º 13644 que ese mismo año reglamentó el procedimiento.

²⁵ La proclama del 27 de abril de 1956 del gobierno de facto «emanado de la Revolución Libertadora» declara «vigente la Constitución nacional sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y *exclusión de la de 1949*» (artículo 1.º). El 12 de abril de 1957, mediante decreto n.º 3838 del gobierno provisional declara la necesidad de la reforma parcial de la Constitución, convocando a una Convención constituyente —integrada por doscientos cinco miembros—, que debía iniciar su labor el 1.º de septiembre de 1957 y finalizar el 1.º de octubre del mismo año, pudiendo la Convención misma prorrogar sus sesiones hasta el 14 de noviembre. El producto de esa revisión fue la incorporación del artículo 14 *bis* (o 14 nuevo) y la modificación del artículo 67, inciso 11 (actual artículo 75, inciso 12), ampliando la atribuciones del Congreso para dictar los Códigos del Trabajo y Seguridad Social.

²⁶ En 1966, el gobierno de facto, en el artículo 8.º del Estatuto de la Revolución Argentina del 28 de junio de ese año, suscrito por la Junta Revolucionaria, estableció que: «A los efectos previstos en los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución nacional, en lo referente a los miembros de la Corte y Tribunales Inferiores, el Gobierno dictará una ley para promover la integración y funcionamiento de un jurado de enjuiciamiento para los magistrados nacionales». Señala Ramella que: «al efecto, se dictó la ley 16937/1966 para el enjuiciamiento de los magistrados nacionales y la ley 17642/1968 relacionada con el enjuiciamiento de ministros de los superiores tribunales de provincia. Esta última fue declarada inconstitucional de oficio por la Corte Suprema en razón de que los propios miembros del alto Tribunal debían integrar el jurado de enjuiciamiento». Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, o. cit., p. 675.

El 24 de agosto de 1972, el Estatuto fundamental de la Junta de Comandantes en Jefe dispuso la modificación transitoria de algunas disposiciones del texto constitucional. El artículo 96 establecía que: «Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, por las causales de responsabilidad previstas en el artículo 45 y con los efectos del artículo 52, serán juzgados en juicio público por acusación ante un jurado, que será integrado por igual número de miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y abogados [...]».

continuación

Año	Sujetos	Causales
1994 (art. 53) ²⁷	Presidente Vicepresidente Ministros Jefe de Gabinete de Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia	Mal desempeño; delito en el ejercicio de funciones; crímenes comunes.

La Constitución de la nación argentina es sobria en el tratamiento del juicio político. Los aspectos particulares del procedimiento han sido regulados por ambas Cámaras del Congreso, en sus reglamentos internos y mediante el dictado de los reglamentos especiales en esta materia. Además, el Congreso sancionó la ley n.º 25320 (*BO*, 13.9.2000), que aprueba un nuevo régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político, que impacta en el trámite en caso de enjuiciamiento penal.

El texto constitucional, en la segunda parte «Autoridades de la Nación», título primero «Gobierno federal», sección primera «Del Poder Legislativo», capítulo primero «De la Cámara de Diputados», establece en el artículo 53:

Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al Jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema,²⁸ en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber

²⁷ En la reforma de 1994 se excluyó del juicio político a los magistrados de tribunales inferiores, que quedaron sujetos al jurado de enjuiciamiento establecido en artículo 115 del texto constitucional, previa acusación que deberá formular el Consejo de la Magistratura (artículo 114, inciso 5.º). Estas disposiciones constitucionales fueron reglamentadas, originariamente, por la ley n.º 24937 y su correctiva, ley n.º 24939 (*BO*, 6.1.1998) (t. o. dec. 816/99), que fue reformada parcialmente por las leyes n.ºs 25669 (*BO*, 19.11.2002) y 25876 (*BO*, 22.1.2004). El texto fue modificado sustancialmente, en fecha reciente, mediante la ley n.º 26080 (*BO*, 27.2.2006).

Al mismo tiempo se incorporó el Jefe de Gabinete de Ministros, funcionario que, si bien es nombrado y removido por el presidente, y sujeto al juicio político, también puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (artículo 101 CN). Esta disposición, incorporada en la reforma constitucional de 1994, se desprende del «Núcleo de Coincidencias Básicas» (punto A.b), que expresa «la finalidad, el sentido y el alcance» de la revisión que se habilitaba, de acuerdo con lo prescrito en la ley n.º 24309, que declaró «necesaria la reforma parcial de la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957» (*BO*, 31.12.1993). Lógicamente, este funcionario, que es designado por el presidente de la Nación, puede ser removido por este (artículo 99, inciso 7.º, CN).

²⁸ La ley n.º 24309, en el artículo 2.º, señala en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas, punto J «Remoción de magistrados federales»: 1. Los miembros de la Corte Suprema serán

conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.²⁹

Recordamos que esta cláusula fue modificada en la reforma de 1994, que sustituyó el artículo 45 de la Constitución histórica por la actual redacción del artículo 53.

El reglamento interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (RHCD) establece, en el capítulo IX, artículo 90, que:

Compete a la Comisión de Juicio Político investigar y dictaminar en las causas de responsabilidad que se intenten contra los funcionarios públicos sometidos a juicio político por la Constitución y los previstos en la ley 24946 y en las quejas o denuncias que contra ellos se presenten en la Cámara. Cuando el pedido de remoción se dirige contra un funcionario público no sujeto a juicio político, la comisión podrá disponer su archivo o remisión al órgano competente. Esta comisión reglamentará el procedimiento a seguir en las causas sometidas a su dictamen.

En cumplimiento del cometido enunciado, la Comisión dictó el reglamento interno de la Comisión de Juicio Político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que establece su integración y funcionamiento, disponiendo expresamente que «la comisión carece de iniciativa para promover juicio político a los funcionarios y magistrados incluidos en el artículo 53 de la Constitución nacional» (artículo 7). Reunidas las actuaciones sumariales, se cita al denunciado a fin de que informe a la comisión sobre los cargos formulados agregándose al expediente la versión taquigráfica de la declaración. También podrá el denunciado presentar un informe escrito, que se agregará a lo actuado, sin perjuicio de la oportuna defensa que podrá ejercer ante el Honorable Senado de la Nación (artículo 13). En la etapa resolutive, luego de producidas las pruebas y agotada la instancia sumarial, las actuaciones pasan a estudio para su dictamen definitivo (artículo 14). Se presentan dos alternativas: a) la comisión resuelve que es improcedente el juicio político y aconseja su rechazo al plenario de la Honorable Cámara de Diputados (artículo 14), y b) la comisión estima que existen motivos fundados para el enjuiciamiento, en cuyo caso lo hará constar en su dictamen, pronunciándose sobre cada uno de los cargos. En este supuesto, debe elevar lo resuelto a la Cámara de Diputados acompañando un anexo donde hará constar los antecedentes del caso (artículo 15).

La deliberación y decisión de la Cámara de Diputados debe ser adoptada en sesión pública (cf. artículo 31 RHCD). A fin de evitar la dilación del enjuiciamiento político, los proyectos de resolución por los cuales se solicita la promoción de un

removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes».

²⁹ El reglamento interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación establece, en el artículo 15, que: «Para formar quórum legal será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes».

juicio político que no sean aprobados o rechazados en el término de tres períodos parlamentarios, se tendrán por caducados.³⁰

En el capítulo segundo de la segunda parte, señala el constituyente en el artículo 59:

Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.³¹

Corresponde a la Comisión de Asuntos Constitucionales:

dictaminar en [...] las causas de responsabilidad que se intenten contra el presidente, vicepresidente, Jefe de Gabinete de Ministros y jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sometidos a juicio político y en las quejas que contra ellos se presenten en la Cámara. (Reglamento Interno del Senado, artículo 61, 2.º párrafo.)

El Reglamento Interno del Honorable Senado constituido en tribunal para el caso de juicio político establece, con minuciosa previsión, los siguientes pasos procedimentales:

- a) Constitución del Senado en tribunal. Designación del presidente³² y juramento de los miembros del Senado ante él de «administrar justicia con imparcialidad y rectitud conforme a la Constitución y a las leyes de la Nación».
- b) Comunicación a la Cámara de Diputados manifestando que está dispuesto para recibir la acusación.
- c) Lectura de la acusación en sesión pública, por el secretario del tribunal.
- d) Traslado de la acusación por quince días (prorrogables solo en razón de la distancia).

³⁰ Resolución de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobada el 30 de abril de 1992, orden del día n.º 137 (expediente n.º 6102-D-90 s/ Caducidad de pedido de juicio político).

³¹ Con relación al quórum, el reglamento interno del Senado dispone que «La mayoría absoluta del número constitucional de senadores hace Cámara» (artículo 16). Recordamos que la Constitución, en el artículo 64, cuando se refiere a las disposiciones comunes a ambas Cámaras, establece que «[...] Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros [...]».

³² Cuando el acusado es el presidente de la Nación, preside el Senado el presidente de la Corte Suprema y no el vicepresidente de la Nación (presidente nato del Senado) (artículo 59 CN). Bielsa resalta la sabiduría de esta previsión constitucional, pues «en esa función, podría él inclinar la autoridad del cargo y los recursos de la dirección del debate contra el acusado, para sucederle», e ilustra con el célebre caso del presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Andrew Johnson, en 1868, señalando la lamentable actuación de «[...] parlamentarios sin escrúpulos que agotaron todos los recursos, apelaron a todas las pasiones y prejuicios y atropellaron todo obstáculo legal, en su afanosa tentativa de castigar al presidente por haberse opuesto a sus planes» (R. Bielsa: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 69, p. 604).

- e) Presentación de la defensa,³³ por sí o por apoderado y ofrecimiento de prueba.
- f) El Senado, en sesión pública o secreta, determina si corresponde o no la apertura a prueba;³⁴
- g) Designación del día para los alegatos, una vez vencido el término de prueba y producida esta.³⁵
- h) Deliberación del tribunal, en sesión secreta, acerca de la procedencia de los cargos que se imputan al acusado.
- i) Votación, en sesión pública, sobre la culpabilidad del acusado de los cargos que se imputan, por cada cargo que contenga la acusación. El sentido y resultado de la votación ofrece dos alternativas:
 1. absolución del acusado, si no se reúnen dos tercios de los sufragios, sobre ninguno de los cargos que se imputan. Se redacta el fallo definitivo y queda terminado el juicio;
 2. destitución del acusado, en el caso que resultare mayoría de dos tercios de votos sobre los cargos, o sobre alguno de ellos, conforme artículo 60 CN.
- j) Sanción accesoria: en el supuesto precedente, el presidente preguntará a cada senador si el acusado debe ser declarado incapaz de ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación. Si hubiere dos tercios por la afirmativa, así se declarará en la sentencia.
- k) Delimitación de la extensión temporal de la sanción accesoria: acto continuo se preguntará igualmente a cada uno de los senadores si la declaración de inhabilidad será por tiempo indeterminado o determinado, entendiéndose que esta es por tiempo determinado si no han concurrido los dos tercios para establecer lo contrario (artículo 15). Si resultare que es por

³³ Si bien la defensa debe ser presentada por escrito, el acusado —si lo solicita— puede ampliarla en forma oral ante el tribunal (cf. artículo 4, párrafo 3, del Reglamento Interno del Honorable Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político).

³⁴ En el caso de abrir el juicio a prueba, el término máximo para la producción de esta es de treinta días. El procedimiento se ajustará a lo que dispone el Código Procesal Penal de la Nación. La prueba se sustanciará ante la Comisión de Juicio Político. El tribunal, por mayoría absoluta de los miembros presentes, puede establecer que su producción se realice también ante los miembros de otras comisiones vinculadas con el tema o ante el tribunal en pleno. Todos los miembros del tribunal y de la comisión acusadora de la Cámara de Diputados podrán formular preguntas a los testigos y peritos. También lo podrán hacer el acusado y sus apoderados y letrados (artículo 6 del reglamento).

³⁵ El procedimiento de prueba se desarrollará en audiencias públicas diarias hasta su terminación. El tribunal podrá disponer excepciones cuando el trámite así lo requiera (artículo 7 del reglamento). La versión taquigráfica que se labre de las audiencias servirá como acta de estas. Se deberá dejar constancia de los comparecientes y deberá ser suscrita por las partes, testigos, peritos y por el secretario. Cuando la prueba se realice ante la Comisión de Juicio Político, podrá actuar como secretario del tribunal y a ese único efecto quien se desempeñe como secretario de dicha comisión (artículo 8).

tiempo limitado, una comisión de tres miembros, nombrada por el presidente del tribunal propondrá, en la misma sesión, el lapso, que deberá ser aceptado por dos tercios de los votos.

- I) Redacción de la sentencia (por una comisión de tres miembros nombrada por el presidente), que deberá ser aprobada por simple mayoría;
- II) Notificación de la sentencia a la Cámara de Diputados, al acusado, al Poder Ejecutivo y a la Corte Suprema.

El artículo 60 establece que «su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios».

Señala Vanossi que «el efecto de la condena en juicio político es segregativa: la separación del cargo o función desempeñada».³⁶

Otras disposiciones, en forma fragmentada, se refieren al control político y sus efectos:

- El artículo 88 establece: «En caso de [...] “destitución del presidente”, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. [...] En caso de “destitución” [...] del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia [...]».³⁷
- El artículo 99 dispone: «El presidente de la Nación [...] 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe el gobierno y *responsable político* de la administración general del país» (énfasis propio).

³⁶ Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, tomo II, p. 358.

³⁷ El 28 de noviembre de 2002, el Congreso de la Nación sancionó la ley n.º 25716 (BO, 8.1.2003; ADLA, LXIII-A-2003, p. 53), que modifica la Ley de Acefalía Presidencial n.º 20972, disponiendo en su artículo 1.º que: «En caso de acefalía por falta de presidente y vicepresidente, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente por: 1) el presidente provisorio del Senado de la Nación; 2) Por el presidente de la Cámara de Diputados de la Nación; y a falta de estos, por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea haga la designación a que se refiere el artículo 88 de la Constitución nacional», y que «en caso de existir presidente y vicepresidente de la Nación electos, estos asumirán los cargos acefalos», agregando que «el tiempo transcurrido desde la asunción prevista en este artículo hasta la iniciación del período para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 90 de la Constitución nacional». Recordamos que, con motivo de la crisis institucional desencadenada en el año 2001, y ante la situación de acefalía total que se suscitó (artículo 88 CN), el Dr. Eduardo Duhalde (entonces gobernador de la provincia de Buenos Aires) fue electo presidente de la Nación argentina por la Asamblea Legislativa, el 1.º de enero de 2002. Los episodios que precedieron y sucedieron este interregno exceden el análisis propuesto en este trabajo. El tema ha sido abordado en: Adriana Tettamanti de Ramella: «Elecciones presidenciales 2003 en la República Argentina: crónica de un resultado anunciado», en *Revista de Derecho Político*, n.º 61, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2004, pp. 323-356.

- El artículo 102 establece: «Cada ministro *es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.*
- El artículo 110 dispone: «Los jueces de la Corte Suprema [...] conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [...]». El artículo 112 señala que prestarán juramento «[...] de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución [...]».

4. Control judicial de las decisiones del juicio político

En la inteligencia que proporciona el artículo 116 de la Constitución nacional, suscribimos a la tesis amplia de revisión judicial, que postula la inexistencia de materia constitucional exenta del control de los jueces. Las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que goza de expresa jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22)—, contenidas en el artículo 25, incisos 1.º y 2.º, apartados *a* y *b*, fortalecen esta posición. Y si bien la doctrina jurisprudencial no descarta, en términos absolutos, la subsistencia de cuestiones no justiciables, ha evolucionado notoriamente en el sentido de acotarlas a una mínima expresión.

Vanossi destaca el papel moderador del Poder Judicial, señalando que:

La función morigerante que hoy cumple el Poder Judicial en los sistemas que admiten su jerarquía institucional como Poder de Estado es la última garantía en la que aún se confía después de observarse la atrofia de los demás resortes previstos en la mecánica de nuestro Estado de derecho. Y ya fue percibido por Bartolomé Mitre, cuando en oportunidad de su mensaje legislativo del 1 de mayo de 1863 pudo declarar enfáticamente que el gobierno «se había penetrado de la necesidad de completar nuestro sistema político e instaló la Corte Suprema de Justicia Federal, que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejecutar en el desenvolvimiento de las instituciones, como un poder moderador».³⁸

Concluye el autor que «en América, el poder moderador ha coincidido orgánicamente con la figura del “guardián de la Constitución”».³⁹

La propia Corte Suprema ha recalcado que la interpretación de las facultades privativas de los otros poderes del Estado es una potestad inherente de ese tribunal. Ello por cuanto «esclarecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones, exige interpretar la Constitución [...] tal misión permitirá definir en qué medida —si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial».⁴⁰

³⁸ Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, o. cit., p. 59.

³⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰ *Fallos*, 324: 3358 (2001), en la causa *Bussi, Antonio Domingo c/ Estado nacional (Congreso de la Nación – Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados* (cf. Carlos S. Fayt: *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 95).

Si bien los constituyentes de 1853 no incluyeron en forma expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizaron, a través del artículo 18, la protección del *debido proceso adjetivo* y del *derecho a la defensa en juicio* que si bien, en principio, estas garantías fueron concebidas para el proceso penal, es indiscutible que deben observarse en todo tipo de proceso judicial o administrativo, como lo ha señalado la propia Corte (*Fallos* 310: 1797; 312: 1132, entre otros).⁴¹

La garantía de inamovilidad de los magistrados ha contribuido a la estabilidad y permanencia de los miembros de la Corte, de modo tal que la mayoría de las mutaciones en el más alto tribunal de justicia se han producido por renuncia, jubilación o deceso de sus integrantes.⁴² La destitución mediante juicio político a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registra novedades en nuestra historia institucional a partir del año 1947. Durante la primera presidencia de Juan D. Perón, se promovió juicio político contra todos los ministros de la Corte Suprema y el procurador general de la Nación, doctor Juan Álvarez.⁴³ Se formularon quince cargos contra los acusados. Uno de los principales fue el de haber dictado las acordadas de los

⁴¹ Adriana Tettamanti de Ramella: «Homenaje a la Constitución nacional. Evocación de los objetivos del Preámbulo desde una perspectiva jurisprudencial», en *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales* (UCES), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 2005, p. 224.

⁴² «La inamovilidad de los jueces, según la Constitución, no es, ni lógicamente podría ser, absoluta, sino relativa, en el sentido de que solo les asegura permanencia en sus cargos “mientras dure su buena conducta”, como dice el artículo 96 (actual artículo 110 CN) (*quadiu bene se gessserint*). El principio constitucional de la inamovilidad no implica una situación de impunidad para los magistrados judiciales, a cuyo amparo puedan cobijarse los ineptos, los prevaricadores, los venales, con perjuicios irreparables para la sociedad. No significa que puedan sin responsabilidad cometer los mayores desaciertos, iniquidades, escándalos o errores de mala fe, sin que el pueblo tenga la facultad inmanente y propia del régimen representativo-republicano de revocarles el mandato que indirectamente les ha dado para administrar justicia. Una inamovilidad así entendida sería demasiado repugnante a la moral y al derecho para detenerse siquiera un momento en refutarla, y no ha sido jamás propiciada por los autores» (Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, pp. 552-553).

⁴³ El senador Pablo A. Ramella, que votó por el rechazo del juicio político por considerar que no existían motivos para la destitución de los funcionarios acusados, señalando que el procurador general no podría ser responsable de sentencias dictadas por la Corte, en algunos casos en contra de su propio dictamen; en cuanto a la «intervención activa en política» por haber aceptado en el encargo del presidente Farrell para constituir un gabinete, «la comisión acusadora no ha aportado prueba tendiente a demostrar los verdaderos propósitos del doctor Álvarez al aceptar tal misión» [...], advirtiendo que «no debe perderse de vista la profunda conmoción que sufría el país en esos momentos de octubre de 1945»; que «se pensaba formar un gabinete apolítico y se tenía en vista solamente el bien del país»; y que «si bien lo prudente y lógico hubiera sido que renunciara a su cargo al momento de aceptar las tareas que le encomendó el general Farrell», el cargo debe desecharse teniendo en cuenta lo expresado por la comisión acusadora: «No ponemos en duda la alta inspiración patriótica que lo guió, su afán de servir al país, su empeño de que él salvara el escollo. No dudamos de su capacidad probada para conseguir tal propósito, ni de sus títulos para lograrlo y para que se lo encargara de ello» (Pablo A. Ramella: *Labor parlamentaria*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 268. El autor fue senador nacional en el período 1946-1952).

años 1930⁴⁴ y 1943⁴⁵ (CSJN, *Fallos*, 158: 290 y 196: 6) por las cuales reconocieron los gobiernos de facto surgidos de las revoluciones, y haberse pronunciado sin mediar un caso contencioso (cf. ley 27, artículo 2.º). El doctor Tomás D. Casares fue el único ministro que se mantuvo en el cargo. Fueron destituidos mediante este mecanismo los ministros doctores Francisco Ramos Mejías, Benito Nazar Anchorena y Antonio Sagarna. El doctor Roberto Repetto había renunciado con anterioridad, y su renuncia había sido aceptada el 22 de mayo de 1946 por decreto firmado por el ex presidente Farrell y el ex ministro Astigueta, por lo que no prosperó su enjuiciamiento.⁴⁶

La nueva Corte fue integrada, entonces, con la incorporación de los doctores Justo Álvarez, Luis Longhi, Felipe Pérez y Rodolfo Valenzuela.

Como anticipa el título de este acápite, particular atención dispensamos a dos casos recientes: *Moliné O'Connor* y *Boggiano*. Vale la pena hacer un sucinto repaso por las variaciones que impactaron en el máximo tribunal de justicia desde la restauración de la democracia, en el año 1983. En aquel entonces, bajo la presidencia del doctor Raúl Alfonsín, la Corte, compuesta por cinco ministros, fue renovada totalmente, con la incorporación de los doctores Genaro Carrió (que renuncia en 1985 y es sustituido por el doctor Jorge Bacqué), José Severo Caballero, Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Augusto Belluscio. Durante el primer mandato presidencial del doctor Carlos S. Menem, se sanciona la ley n.º 23774, que aumenta el número de ministros a nueve. De este modo, en 1990 se incorporan al máximo tribunal los doctores Julio Nazareno, Julio Oyhanarte, Eduardo Moliné O'Connor, Rodolfo Barra, Ricardo Levene (h) y Mariano Cavagna Martínez. En 1994, los doctores Barra, Levene (h) y Cavagna Martínez se alejan del tribunal y son reemplazados por los doctores Gustavo Bossert, Guillermo López y Adolfo Vázquez. En 1989 asume la presidencia de la Nación el doctor Fernando de la Rúa y no se producen cambios. No obstante, la situación de acefalía total que se suscitó en el año 2001 ante la renuncia, primero, del vicepresidente, doctor Carlos Álvarez, y la dimisión del propio presidente, en diciembre de ese año desencadenó una serie vertiginosa de sucesores a cargo del Poder Ejecutivo, que culminó con el nombramiento del doctor Eduardo Duhalde. De inmediato, en febrero de 2002, se puso en marcha el juicio político contra todos los

⁴⁴ Suscrita por el Dr. Antonio Sagarna.

⁴⁵ Firmada por los Dres. Sagarna, Nazar Anchorena, Ramos Mejías y Álvarez.

⁴⁶ En la votación del Senado, señaló el Dr. Pablo A. Ramella que «el Dr. Roberto Repetto articula como defensa previa que, a la fecha de iniciación del juicio político ya no pertenecía al Tribunal. [...] Ante esta circunstancia, existe la imposibilidad jurídica de que el juicio político contra el doctor Repetto pueda prosperar, ya que no habría materia para dictar el pronunciamiento. Si la Constitución establece que el efecto del fallo es destituir al acusado, es obvio que tal efecto no puede cumplirse no siendo funcionario público el acusado a la fecha de la iniciación del juicio y aún podría discutirse si el juicio político es procedente cuando la renuncia se ha producido luego de iniciado. [...] La finalidad política del juicio es separar al acusado de su cargo, y si hubiere cometido delitos, quedar sometido a los jueces comunes. La renuncia coloca al funcionario en esta situación y sería inútil un pronunciamiento en este caso» (Ramella, *Labor parlamentaria*, o. cit., p. 263).

ministros de la Corte Suprema⁴⁷ que finalmente no prosperó, al no lograr la mayoría de dos tercios de los miembros presentes de la Cámara de Diputados que se requiere para la acusación,⁴⁸ y culminó con su rechazo en octubre de ese mismo año. No obstante, se desencadenó un proceso de renovaciones que se inició con la renuncia del doctor Gustavo Bossert, en octubre de 2002. La vacante fue cubierta por el doctor Juan Carlos Maqueda.

En su discurso de asunción, el presidente Kirchner había anunciado «su compromiso reiterado con el mejoramiento de la calidad institucional», y dejó abierto dos frentes: uno, el de las Fuerzas Armadas; el otro, el de la justicia. El presidente reclamó al Congreso, en su discurso del 4 de junio de 2003, la renovación de la Corte.⁴⁹ Poco después, el 19 de junio de 2003, dictó el decreto n.º 222,⁵⁰ que reglamenta el ejercicio de la atribución presidencial para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 99, inciso 4.º, CN).

En ese contexto, que conmovió a la organización institucional de la República, renunciaron los ministros Julio Nazareno,⁵¹ Guillermo López y Adolfo Vázquez, que fueron sustituidos, respectivamente, por los doctores Eugenio Raúl Zaffaroni,

⁴⁷ La denuncia había sido formulada por los señores diputados Araceli Méndez Ferreyra y otros (expediente n.º 7944-D-01). La Comisión de Juicio Político, en su dictamen del 7 de febrero de 2002, había resuelto declarar la admisibilidad y apertura de sumario de investigación, por considerar que se encontraban reunidas las causales graves que indica el reglamento interno de la comisión, que configurarían los supuestos de mal desempeño de sus funciones y posible comisión de delito.

⁴⁸ En aquella oportunidad se señaló que: «Se trata de una mayoría difícil de conseguir si previamente no se teje un amplio acuerdo en la Cámara baja. De hecho, en octubre último (2002), los diputados opositores (al PJ) y un puñado de justicialistas fracasaron en su intento de enjuiciar a los nueve miembros del alto tribunal, también por mal desempeño en sus funciones. En aquella oportunidad, fue el propio bloque del PJ el que boicoteó el proceso, a pesar de que lo avaló en un principio. El entonces gobierno de Eduardo Duhalde temía que la Corte emitiera fallos que desestabilizaran su frágil política económica» (diario *La Nación*, Buenos Aires, 28.5.2003, p. 7).

⁴⁹ En una entrevista con un diario de circulación nacional, el Dr. Rafael Bielsa (ex síndico general de la Nación durante el gobierno de De la Rúa, y luego designado canciller por el presidente Kirchner) había sostenido: «Con respecto a la Corte Suprema, creo en una relación de comunicación sin cohabitación. En toda la maquinaria de remoción de un juez de la Corte, el Poder Ejecutivo no tiene nada que hacer; la acusación es un resorte de una de las Cámaras del Congreso (Diputados) y el juicio de la otra (Senado). Tampoco me parece bien como Gobierno confrontar públicamente en función del contenido de los fallos; no puede ser que cuando la justicia nos favorezca sea considerada correcta, y cuando nos perjudique, sea menemista o adicta. [...] Así como fue malo diez años atrás que en cinco minutos 45 segundos se votara la ley de ampliación de miembros de la Corte [se refiere a la ley n.º 23774 referida en la nota 26 de este trabajo] y los cinco nuevos integrantes, sería igualmente malo intentar institucionalmente hacer lo mismo. Soy partidario de un cambio progresivo del plantel de la Corte. No puede modificarse bruscamente» (*La Nación*, Buenos Aires, 11.5.2003, p. 6).

⁵⁰ Decreto n.º 222/2003, publicado en el *Boletín Oficial* del 20.6.2003.

⁵¹ El 27 de junio de 2003 presentó su renuncia, encontrándose en ejercicio de la Presidencia de la Corte Suprema. La Comisión de Juicio Político había aceptado nueve denuncias presentadas contra el ministro.

Carmen Argibay y Ricardo Lorenzetti, quienes debieron transitar el procedimiento instituido en el decreto n.º 222/2003.

El Dr. Carlos S. Fayt debió enfrentar tres pedidos de juicio político en la Cámara de Diputados de la Nación, que no prosperaron. El 29 de abril de 2003 presentó su descargo ante la Comisión de Juicio Político de esa Cámara, declarando con firmeza que no renunciaría a su cargo «aunque avance el pedido de juicio político en el Congreso, porque no tiene ningún fundamento para suspenderlo o destituirlo».⁵²

La destitución del doctor Eduardo Moliné O'Connor desencadenó la designación de la doctora Elena Highton de Nolasco. El doctor Augusto Belluscio renunció a partir del 1.º de septiembre de 2005. El 28 de setiembre de ese año se produjo la destitución del ministro Antonio Boggiano. Los dos cargos vacantes no fueron cubiertos y, luego de un año de tribulaciones y aplazamientos, se anunció una vía de solución para la integración de la Corte: la reducción de su composición, de nueve a cinco ministros y un sistema transitorio de mayorías hasta la definitiva integración del tribunal.⁵³

4.1. El caso Moliné O'Connor

a) *Acusación.* La Cámara de Diputados de la Nación formuló acusación contra el ex ministro de la Corte Suprema, doctor Eduardo Moliné O'Connor, por mal desempeño en sus funciones, en la tercera sesión del Senado de la Nación, constituido en tribunal de enjuiciamiento, que se desarrolló durante los días 3 y 4 de septiembre de 2003. Se imputaron nueve cargos en su contra, vinculados con las causas *Meller*⁵⁴ y *Macri*,⁵⁵ y con un expediente administrativo —*Magariños*.⁵⁶

⁵² Algunos medios especulaban que «No es un secreto que el gobierno de Néstor Kirchner pretende cuanto antes oxigenar la Corte y neutralizar la llamada “mayoría automática” de sus miembros, a los que considera afines al menemismo. La decisión de acelerar el enjuiciamiento a Fayt es un síntoma claro de esa decisión; si bien el juez no integra esa mayoría automática, el gobierno imagina que su eventual destitución del cuerpo originaría un efecto dominó entre sus pares, que buscarían su retiro» (*La Nación*, 29.5.2003, p. 7).

⁵³ Adriana Tettamanti de Ramella: «Reducción de la Corte», en *Diario de Cuyo*, sección «Opinión», San Juan, 14.11.2006, p. 14.

⁵⁴ CS, *Fallos*, 325(3): 2893, in re *Meller Comunicaciones S. A. UTE c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones*, sentencia del 5-1-2002.

⁵⁵ CS, *Fallos*, 325(2): 1932, *Macri, Francisco y otro*, sentencia del 8.8.2002.

⁵⁶ La Comisión de Juicio Político había solicitado a la Honorable Cámara de Diputados que formulara la acusación en la reunión n.º 13, 5.ª sesión ordinaria, celebrada el 13.8.2003. En su extenso informe, el presidente de la Comisión, diputado nacional Sr. José Ricardo Falú, expresa: «Muchas veces me han preguntado cuál era la causa más grave y tengo que reconocer que no lo sé. En todo caso, depende de la mirada que tenga cada uno sobre los valores en la democracia y en la República. Para algunos, el más grave es el caso *Magariños*, porque afecta la libertad de expresión y la independencia que debe tener un juez, que es sancionado por opinar (en su calidad de profesor de la Universidad de Buenos Aires)» (recordamos que la Corte Suprema había aplicado, mediante resolución n.º 59/02, al Dr. Héctor Mario Magariños —juez del Tribunal Oral en lo Criminal n.º 23 de la Capital Federal— una

b) *Defensa*. Además del extenso descargo, en el cual plantea la violación de sus derechos y garantías constitucionales (entre otras: debido proceso, rechazo de las recusaciones deducidas, inamovilidad, independencia judicial [imposibilidad de destituir a un magistrado por el contenido de sus sentencias]),⁵⁷ el acusado amplió en forma oral su defensa ante el Senado, acompañado por los doctores Aguirre Obarrio, Gregorio Badeni y Santiago Moliné O'Connor (Senado de la Nación, 25.^a reunión, 5.^a sesión en tribunal, 8 y 9 de octubre de 2003, versión taquigráfica).⁵⁸

c) *Sentencia*. El Senado de la Nación, en su 13.^a sesión constituido en tribunal, dispuso la destitución del Dr. Moliné O'Connor por dos de los cargos formulados con relación a la causa *Meller* y la absolución por los siete cargos restantes. Por resolución DR 116, del 3.12.2003, el Senado denegó la concesión del remedio federal intentado por el magistrado destituido.⁵⁹ Contra esa decisión el recurrente se alzó en

multa equivalente al treinta por ciento de su remuneración). Continúa exponiendo el informante: «Para otros, la causa más grave es la del caso *Macri*, porque significa torcer la ley para favorecer a un grupo económico que quizás sea causa de muchos de los males que padecemos hoy los argentinos. Otros consideran que la causa más grave es el caso *Meller*, que es el paroxismo de la corrupción en la Argentina, ya que muestra que había una verdadera cofradía de depredadores del Estado argentino confabulados administrativamente para despojar a nuestra ciudadanía de una *entente* connivente (*sic*) de abogados, peritos, auditores, empresarios, funcionarios y ex funcionarias, todo ello avalado por un juez del más alto tribunal de la Nación argentina». Y más adelante y, en el contexto de alto voltaje en que se desarrolló el procedimiento, afirma: «En estos últimos años se ha construido una especie de teoría de la impunidad a favor de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No se los puede juzgar por los actos de su vida privada; no se los puede juzgar por el contenido de sus sentencias, aunque sean un disparate y contengan arbitrariedades [...] esto se asemeja más a los personajes de una monarquía que a los funcionarios de una República».

⁵⁷ En el dictamen de la Comisión de Juicio Político, la diputada nacional Sra. Nilda Garré sostuvo: «Esta Cámara no tiene la atribución de revisar jurisdiccionalmente las sentencias de la Corte, pero sí tiene la atribución y la obligación de auditar a través de ellas el desempeño de los magistrados que las han suscrito, y evaluar sus conductas».

⁵⁸ En la introducción de la defensa, concluye el Dr. Badeni, citando a Linares Quintana: «[...] el juicio político deja de servir a su elevada finalidad institucional cuando interfiere con el no menos importante principio de división de poderes, que es el baluarte de la libertad. Asimismo, el juicio político contradice los propósitos que lo inspiran cuando sirve de instrumento a la pasión, a la baja política, a la venganza o no se respetan en su tramitación los sagrados mandatos de la justicia y la seguridad jurídica del individuo».

⁵⁹ En la sesión convocada para dar tratamiento al recurso extraordinario federal interpuesto por el Dr. Moliné O'Connor —que fue rechazado por el Senado—, la señora presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales, senadora nacional Dra. Fernández de Kirchner, afirmó: «[...] soy partidaria de la no revisabilidad de los fallos del Senado constituido en tribunal de juicio político». La senadora Negre de Alonso sostuvo «[...] que es la decisión política final y absolutamente discrecional del cuerpo y que, como nos hemos pronunciado en el fallo por el mal desempeño, todos coincidimos en el supuesto de que es absolutamente irrevisable». El senador Yoma expresó: «creo que no corresponde entrar en la revisabilidad de las decisiones del Senado, que es un terreno un poco árido» (Cámara de Senadores de la Nación, reunión de la Comisión de Asuntos constitucionales, Salón Eva Perón, 23 de febrero de 2004, versión taquigráfica).

queja y la Corte Suprema, integrada por conjuces, en su fallo del 4.3.2004,⁶⁰ resolvió correr traslado a la Cámara de Diputados de la Nación del recurso extraordinario cuya denegación había originado el recurso de hecho. El 1.º de junio de 2004, el máximo tribunal de justicia, integrado por conjuces, rechazó la queja y confirmó la destitución del Senado.⁶¹ El pronunciamiento destaca:

[...] que, para la destitución del recurrente se pronunciaron en función acusatoria las dos terceras partes de la Cámara de Diputados y adoptaron la decisión de destituirlo las dos terceras partes del Senado de la Nación; desconocer la voluntad de tal abrumadora mayoría implica desconocer la voluntad popular expresada en sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas

Y señala, como colofón:

no hubo violaciones al derecho de defensa, en los términos en que esa garantía es exigible a un órgano político que conoce en el juicio público previsto por los artículos 59 y siguientes de la Constitución nacional.⁶²

d) *Suspensión preventiva sin goce de haberes*. El 8 de octubre de 2003, el Senado de la Nación, constituido en tribunal de enjuiciamiento, dictó la resolución DR-JP(M) 14-03, mediante la cual suspendió preventivamente al acusado en el ejercicio de sus funciones, sin goce de haberes, según lo solicitado por la Comisión Acusadora de la Cámara de Diputados de la Nación y conforme lo dispuesto por el artículo 4.º del reglamento del Senado de la Nación constituido en tribunal para el caso de juicio político. La Corte Suprema, integrada por conjuces, acogió favorablemente el recurso extraordinario deducido por el doctor Moliné O'Connor y revocó la resolución del Senado, antes referida, «solo en cuanto dispone que la suspensión preventiva establecida respecto del recurrente lo fue sin goce de haberes», ordenando, al mismo tiempo, que por conducto de la Dirección de Gestión y Habilitaciones de la Corte Suprema de Justicia se dispusiera de forma inmediata el pago de las compensaciones suspendidas. Entre los argumentos, sostuvo el tribunal que:

[...] si bien podría postularse que la cuestión concerniente a la suspensión del señor ministro de la Corte Suprema carece de objeto actual, al haber sido ulteriormente destituido y rechazarse, mediante sentencia de esta Corte del martes 1.º de junio del corriente, el recurso extraordinario planteado contra esa remoción, cabe subrayar la necesidad de que la cuestión sea resuelta mediante pronunciamiento expreso, en razón de que la resolución impugnada decidió la suspensión del recurrente sin goce de haberes, privación esta que importa, en el caso, una sanción con entidad suficiente para poner en marcha el control de validez constitucional [y que por ello] el Tribunal no comparte la opinión del señor Procurador General subrogante en cuanto afirma que la decisión del Senado de la Nación de suspender al magistrado enjuiciado configura, por su

⁶⁰ Fallo publicado en *LexisNexis, Jurisprudencia Argentina*, suplemento del fascículo n.º 08, «Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», Buenos Aires, 26.5.2004, p. 80.

⁶¹ CS, Fallos, 327: 1967, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Moliné O'Connor, Eduardo s/ remoción*.

⁶² *Ibidem*, considerandos 22, 2.º párrafo, y 23 del voto de la mayoría.

naturaleza cautelar y secundaria, una cuestión excluida del control judicial encomendado a esta Corte.⁶³

Y señala que «toda remuneración tiene carácter alimentario y al suspenderse el pago de todos los rubros salariales priva al recurrente de la cuota o base mínima de subsistencia tanto para él como para su familia pudiendo afectarse, incluso, los beneficios sociales».⁶⁴

Coincidimos con los autores que sostienen la imposibilidad de suspender al funcionario acusado durante la tramitación del juicio político,⁶⁵ salvo que estuviere expresamente contemplado en el texto constitucional⁶⁶ o que la causal fuera de una entidad tal que impidiera el ejercicio de la función. La suspensión sin goce de haberes, fundada en el artículo 4.º del Reglamento Interno del Senado para Juicio Político, constituye una verdadera sanción anticipada y lesiona las garantías de debido proceso, la presunción de inocencia y, en el caso de los jueces, las de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones.

En el sentido que apuntamos, señala Baeza:

[...] el caso se agrava aún más en el supuesto de los integrantes del Poder Judicial. En efecto, el artículo 110 de la Constitución consagra las dos garantías indispensables para mantener la independencia de dicho poder: la inamovilidad en los cargos y la irreductibilidad de sus remuneraciones. De aceptarse la medida que se cuestiona, el Senado estaría violando dicha cláusula, toda vez que procedería a suspender a un magistrado que aún está en actividad, privándole del ejercicio de su función judicial sin haberse demostrado que se encuentre incurso en causal alguna de destitución».⁶⁷

⁶³ CS, *Fallos*, 327: 2205, sentencia del 9.6.2004, «Recurso de hecho deducido por Eduardo Moliné O'Connor en la causa *Moliné O'Connor, Eduardo s/ recurso de queja*» (considerandos 4.º y 5.º).

⁶⁴ *Ibidem*, considerando 18.

⁶⁵ En tal sentido, se ha sostenido que «durante la tramitación del juicio político no puede ser el acusado suspendido en sus funciones, como alguna vez se ha creído. No hay, por la Constitución, otro medio para separar de sus cargos a los que son pasibles de juicio político que el fallo del Senado. El presidente y el vicepresidente y los demás funcionarios que menciona el artículo 45 no pueden ser suspendidos porque la Constitución dice que los primeros son elegidos por un período de seis años [*a partir de la reforma de 1994, de cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata consecutiva por un período de igual extensión*], salvo la remoción por el referido juicio; y los jueces conservan sus empleos mientras dure su buena conducta, si no son separados de sus puestos de igual modo [...] En cuanto a los ministros, son nombrados por el presidente y sólo él puede removerlos, a no ser que el Senado, en dicho juicio político, lo haga al dar su fallo» (cursivas agregadas, Juan A. González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, p. 508). A esa enunciación debemos añadir la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, a la cual aludimos en la nota 27, 2.º párrafo.

⁶⁶ Así, por ejemplo, la Constitución de San Juan contiene una previsión expresa en su texto constitucional. El artículo 223 establece que: «Desde el momento en que la sala acusadora admita la acusación, el acusado queda suspendido en el ejercicio de sus funciones sin goce de sueldo». La Ley de Juicio Político n.º 5496 (*BO* de San Juan, 15.5.1986) establece en el artículo 5.º que: «Cuando la Sala Acusadora admita la acusación debe informarlo al Poder Ejecutivo o a la Excelentísima Corte de Justicia según corresponda a los fines del artículo 223 de la Constitución Provincial».

⁶⁷ Carlos R. Baeza: *Cuestiones políticas. El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 308.

Esta argumentación fue utilizada en la sentencia de la Corte —integrada por conjuces— que revocó la suspensión sin goce de haberes dispuesta por el Senado.⁶⁸

4.2. *El caso Boggiano*

El 20 de abril de 2005 la Cámara de Diputados de la Nación acusó ante el Senado al ex ministro de la Corte Suprema, Dr. Antonio Boggiano, por catorce cargos vinculados a tres causas: dos judiciales y una administrativa-disciplinaria. De la imputación, seis cargos se basan en la causa *Meller*,⁶⁹ cinco en el caso *Macri*⁷⁰ (las mismas causas que sirvieron de fundamento para el enjuiciamiento contra el Dr. Moliné O'Connor); y tres se relacionan con la causa *Dragonetti de Román*.⁷¹

⁶⁸ Sentencia citada en nota 63. Señaló la Corte que «la suspensión sin goce de haberes resulta, en el caso, innecesaria y excesiva por ir más allá de lo institucionalmente indispensable, al no guardar relación con la decisión definitiva, privando al recurrente de todo ingreso, privación que se agrava aún más en atención a las incompatibilidades que los magistrados del Poder Judicial tiene para el ejercicio de cualquier profesión» (del voto de los conjuces, Dres. Wagner Gustavo Mitchell y Ernesto Clemente Wayar, considerando 17); y que «constituye una medida innecesaria e infundada» (del voto de los Dres. Javier María Leal De Ibarra y Jorge Oscar Morales, considerando 13); «innecesaria y excesiva por ir más allá de lo institucionalmente indispensable» (del voto de la Dra. Mirta Delia Tyden de Skanata, considerando 7.º).

⁶⁹ En la acusación sostuvo el diputado Falú: «En el caso Meller, por ejemplo el voto del ex juez Nazareno [= Boggiano] se limitó a un rechazo frontal de las actuaciones de la ingeniera María Julia Alsogaray, porque sostuvo que no se trataba de una materia federal, mientras que el ahora juez acusado Moliné O'Connor planteó el rechazo con otro argumento: sostuvo que efectivamente se trataba de una materia federal y que se podría entrar a considerar el tema, pero consideró que no había arbitrariedad [versión oficial de la 3.ª sesión en tribunal, 3 y 4 de septiembre de 2003]». Señalan Gelli y Sancinetti, en su defensa: «La aclaración entre corchetes [= Boggiano] no es del original y solo pretende dejar constancia de que la comparación hecha explícita por el acusador alcanzaba por igual a la conducta del ex juez Nazareno y del juez Boggiano —pues estos dos jueces suscribieron el mismo voto, distinto al voto de Moliné—, como diferentes a la del juez Moliné» (Gelli, escrito de defensa, *ibidem* nota 8, capítulo I, § 2.II, b, nota 3 a pie de página).

⁷⁰ La defensa sostuvo que «constituye ya una anomalía —una de enorme gravedad, aunque no la más grave del segundo proceso— el hecho de que por una misma conducta de ambos acusados (uno en cada juicio) le hayan sido formulados al primer acusado (Moliné O'Connor) tres cargos, y al segundo, en el juicio posterior, cinco cargos», teniendo en cuenta de que se trata «*exactamente del mismo hecho atribuido*, origen de los cargos» (énfasis del original, Gelli, *idem* nota 8, capítulo I, § 2.II, a).

⁷¹ Se refiere a la sanción impuesta a la jueza en lo laboral Haydée Dragonetti de Román, mediante acordada n.º 52/98. El Consejo de la Magistratura de la Nación había advertido a la Corte la injerencia en sus atribuciones disciplinarias (resolución n.º 123/99). La acusación se sostuvo en los siguientes cargos: «1) Invasión de la esfera de competencias propias del Consejo de la Magistratura de la Nación, arrogándose facultades de otro órgano del Estado. Ello así toda vez que, conforme al artículo 114, inciso 4.º, de la Constitución Nacional, es atribución del Consejo de la Magistratura “ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados”; 2) Afectar garantías constitucionales, vulnerando el principio del debido proceso y el derecho de defensa (artículo 18 CN); 3) Violar la independencia del Poder Judicial, amedrentando a una jueza de la Nación a través de una sanción administrativa».

b) *Defensa*. Es tarea ímproba sintetizar el meduloso escrito de defensa que presentaron ante el Senado los doctores María Angélica Gelli y Marcelo A. Sancinetti. El extenso recorrido de sus 275 páginas, y las limitaciones de este trabajo, nos condicionan a reproducir solo la estructura de aquel. Luego del exordio, en el que plantea los defectos de representación de la Comisión Acusadora, analizan los siguientes tópicos: *Primera parte*: Principios fundamentales: juicio político y Estado de derecho; *Segunda parte*: Excepciones de previo y especial pronunciamiento fundadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, párrafos 1 y 2, CADH). Capítulo I: Nulidad de la acusación en su total alcance; Capítulo II: Recusación de senadores que no satisfacen el estándar objetivo de la «garantía de imparcialidad del tribunal»; Capítulo III: Excepción parcial de «cosa juzgada»; Capítulo IV: Nulidad parcial de la acusación; *Tercera parte*: Réplica a los cargos de la acusación. Capítulo I: Las sentencias de la Corte Suprema y su relación con los cargos atribuidos; Capítulo II: Consideración de los cargos correspondientes al caso *Meller*; Capítulo III: Consideración de los cargos correspondientes al caso *Macri*; Capítulo IV: Consideración de los cargos correspondientes al caso *Dragonetti de Román*; *Cuarta parte*: Consecuencias institucionales de este juicio político y de la eventual destitución del juez Boggiano; *Quinta parte*: De la prueba; *Sexta parte*: Petitorio. Cada uno de los capítulos despliega un abanico de temas relacionados con los cargos formulados al ministro acusado.

c) *Sentencia*. El Senado de la Nación, por las resoluciones DR-JP(B) 6/05 y 7/05, resolvió rechazar las recusaciones deducidas contra treinta y cuatro senadores, desestimó el planteo de la nulidad de la acusación y suspendió preventivamente al doctor Boggiano, con goce de haberes. En su 13.^a sesión constituido en tribunal, del 27 de junio de 2005, mediante la resolución DR 1128/05, dispuso la destitución del Dr. Moliné O'Connor por la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, por dos de los cargos formulados con relación a la causa *Meller* y la absolución por los siete cargos restantes. Al mismo tiempo declaró su inhabilitación por tiempo indeterminado para ocupar en adelante empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación.

d) *Suspensión preventiva con goce de haberes*. El 22 de junio de 2005, el Senado dispuso la suspensión del ex ministro del máximo tribunal de justicia. La Corte Suprema, integrada por conjueces, no compartió los argumentos del procurador general doctor Esteban Righi y, en su fallo del 27.6.2005, admitió el recurso extraordinario contra el magistrado suspendido y ordenó la restitución en el cargo. El efecto de la decisión judicial fue efímero,⁷² pues el mismo día, como anticipamos, el Senado dispuso la destitución del magistrado. Recientemente, la Corte Suprema,

⁷² No obstante, se destacó un claro sentido institucional del pronunciamiento (Adrián Ventura: «Una clara señal de alerta», *La Nación*, «Temas de Justicia», 28.9.2005, p. 6.)

integrada por conjueces, declaró abstracta la cuestión y desestimó la queja deducida por el doctor Boggiano.⁷³

5. Observaciones finales

5.1. *La politicidad del juicio político no excluye su legitimidad*

El poder en el Estado está jurídicamente regulado por el ordenamiento constitucional y legal y está condicionado por el derecho debido al elemento moral que tiene la escritura consistente en la idea de dominación legal o imperio de la ley;⁷⁴ por lo tanto, la actuación de los órganos políticos debe ajustar su cometido a las directrices de la Constitución y al marco normativo infraconstitucional.

Esta premisa no es ajena al procedimiento de juicio político, el cual debe respetar las garantías del debido proceso. La legitimidad y la razonabilidad son estándares de valoración que no pueden estar ausentes en el procedimiento de juicio político y en la decisión de la Cámara de Diputados cuando acusa, y del Senado, si prospera la destitución del funcionario encausado.

Destaca Badeni que:

El carácter político que se atribuye a este procedimiento no responde a una concepción de política agonal, sino de alta política arquitectónica, que queda sujeta al imperio de la ley. El solo hecho de que tal procedimiento esté impuesto por una ley —la Constitución—, quiere decir que no puede transitar por carriles políticos arbitrarios, sino de conformidad a los preceptos legales.⁷⁵

La Corte ha señalado que:

La condición de órganos de aplicación de la Constitución nacional que les cabe a quienes tienen la carga de impartir justicia en un sistema republicano —*aun tratándose de un juicio político*— va entrañablemente unida a la obligación de preservar las garantías que hacen al debido proceso —así lo entendió esta Corte, desde antiguo, aun en el caso de los procedimientos administrativos (*Fallos*, 198: 78)— y que en virtud

⁷³ Sentencia del 16 de agosto de 2006, B.1695.XLI, *Recurso de hecho deducido por Boggiano, Antonio s/ juicio político seguido por el Honorable Senado de la Nación*. El pronunciamiento señala: «[...] con base en que, a diferencia de lo que sucedió en el enjuiciamiento político del doctor Moliné O'Connor (*Fallos*, 327: 2205), la suspensión cuya inconstitucionalidad se postula en el *sub lite* fue dispuesta con goce de haberes del interesado, todo pronunciamiento del Tribunal sobre este punto es inoficioso por haber devenido abstracto el planteo [...]» (considerando 4.º). En disidencia votaron los conjueces Horacio E. Prack y Carlos Antonio Müller, para quienes correspondía hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, declarando la inconstitucionalidad del artículo 4 del Reglamento del Honorable Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político y, en consecuencia, revocar la resolución del Senado de la Nación que suspendió preventivamente al Dr. Antonio Boggiano en el cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁴ Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo I, 11.ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 201.

⁷⁵ Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, o. cit., p. 1177.

de estas, esos órganos se hallan alcanzados por el deber de fundar sus decisiones. Ello no solamente porque los ciudadanos pueden sentirse mejor juzgados, sino porque esa exigencia tiende a lograr que la decisión final será derivación razonada del derecho no producto de la individual voluntad de los órganos juzgadores.⁷⁶

La jerarquización constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por conducto del artículo 75, inciso 22, de nuestra ley fundamental, vigoriza el estricto apego a las garantías que consagran los artículos 8⁷⁷ y 25 de ese instrumento internacional.⁷⁸

⁷⁶ CS, *ATE San Juan c/ Provincia de San Juan*, sentencia del 18.8.1994 (*Fallos* 317: 885, considerando 11), suscrita por los ministros Carlos S. Fayt, Julio S. Nazareno y Guillermo A. López (por su voto), Eduardo Moliné O'Connor (por su voto) y Antonio Boggiano. Votaron en disidencia los ministros Ricardo Levene (h), Enrique S. Petracchi y Gustavo Bossert. En el caso, se examinaba la destitución del ex gobernador de la provincia de San Juan, Lic. Jorge A. Escobar, por la Sala juzgadora de la Cámara de Diputados local (que, además, dispuso la inhabilitación por el término de cuatro años para ejercer cargos públicos), en el juicio político promovido por la Asociación de Trabajadores del Estado. El funcionario destituido sostuvo que las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa en juicio y el principio del debido proceso (artículo 18 de la Constitución nacional) habían sido vulnerados: a) en el trámite del juicio político; b) en el fallo de la Sala juzgadora de la Cámara de Diputados de San Juan; c) en la sentencia del superior tribunal provincial. Esa indefensión se verificaría en el planteo de diez supuestos de arbitrariedad: 1. introducción en el proceso de pruebas ilegítimas; 2. admisión de pruebas ofrecidas extemporáneamente; 3. utilización de falsos testigos; 4. falta de lectura en el debate de la prueba documental; 5. omisión de juramento de la Sala acusadora; 6. falta de juez imparcial; 7. el tribunal no estuvo permanentemente integrado; 8. la Sala juzgadora resolvió cuestiones en secreto; 10. el proceso de juicio político había caducado.

⁷⁷ El derecho a la tutela judicial efectiva encuentra su fundamento —en su concepción más amplia— en el debido proceso adjetivo, que comprende el acceso irrestricto (para todos) a la jurisdicción, la garantía cierta de disponer de un proceso justo, con legitimación para postular, ser oído, proponer prueba, desarrollar un trámite en igualdad de armas, con observancia del principio de audiencia, a probar, a alegar, a que la sentencia se encuentre adecuadamente motivada, a poder impugnarla y que llegue a la situación de firmeza, esto es, a que los resultados plasmados en el fallo se realicen de forma útil o, dicho en otros términos, que de manera real y pronta se haga efectiva la satisfacción de la condena. Y todo ello, de manera continua, al menor costo posible y sin demoras indebidas (Víctor Bazán y Adriana Tettamanti de Ramella: «Control de la actividad administrativa y pública, potestad sancionatoria estatal y una adecuada respuesta jurisdiccional del Tribunal Constitucional a la tensión autoridad-libertad», en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, AECI, 2003, p. 451).

⁷⁸ Es que, como enseña Bidart Campos, «desde el derecho internacional de los derechos humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución», y añade que «un derecho internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal» (resaltado del original) (Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 468).

En la misma tónica, señala Petracchi que: «Si bien la reforma dejó inalterada la primera parte de la CN, relativa a los derechos y garantías —parte dogmática— el nuevo texto debe interpretarse como un todo coherente, una unidad normativa que, merced al enriquecimiento operado por la incorporación del derecho internacional humanitario de los tratados, ha comportado la *resignificación de los derechos fundamentales* ya contemplados en el texto histórico» (énfasis añadido) (Enrique S. Petracchi: «Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina», en

En tal sentido, vale la pena destacar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señaló que:

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.⁷⁹

5.2. *La discrecionalidad o libertad de valoración del órgano encargado de juzgar no autoriza el criterio arbitrario*

La organización republicana exige la transparencia y fundamentación de los actos de gobierno. La apreciación o criterio discrecional de los funcionarios para la adopción de las decisiones de gobierno se moviliza dentro de un margen que oscila entre lo razonable y lo conveniente. En tal sentido, se ha señalado que «el criterio de la Cámara al acusar no depende de limitaciones teóricas, sino de su prudencia, de su esclarecido espíritu colectivo, de su concepto sobre lo que exigen los intereses públicos y de su patriotismo para preservarlos».⁸⁰

Es evidente que, en el juicio político, no puede prescindirse de las garantías propias de todo proceso en que hay acusación y un fallo que puede implicar una grave sanción. Señala Bielsa que «esas garantías deben establecerse en la ley, si bien se han instituido en un reglamento especial, que como tal *autolimita* lo discrecional de la potestad de la Cámara»⁸¹ (cursivas del original).

Si bien el juicio político revista una naturaleza esencialmente política, «ello no significa que en el mismo el Senado deba seguir un criterio discrecional y hasta arbitrario cuando se trata de determinar la culpabilidad del acusado. Precisamente, se ha escogido al Senado como tribunal —dejándose de lado al Congreso en asamblea, o a la misma Cámara de Diputados—, sobre la base de la idea de que este cuerpo, por sus características, asegura una mayor serenidad e imparcialidad en el juzgamiento que le corresponde».⁸²

Pablo A. Ramella, en el voto que pronunció en el Senado de la Nación con motivo del juicio político promovido en 1947 contra los ministros de la Corte Suprema de Justicia y el procurador general de la Nación, sostuvo:

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, 12.º año, tomo II, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, p. 1268).

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de enero de 2001, en el caso *Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs. Perú*.

⁸⁰ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, p. 506.

⁸¹ Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 2, p. 605.

⁸² Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, o. cit., nota 2, pp. 453-454.

Es enorme la responsabilidad del Senado en esta circunstancia, pero ello no puede hacer alterar la firmeza y serenidad con que se dicte la sentencia, ni ha de moverlo otro objetivo que la recta conciencia, considerando todos los aspectos jurídicos y políticos de la cuestión, entendida esta palabra en su alto significado, es decir, que no se viole la justicia ni se perjudique al Estado. Son de aplicación al caso las rectoras palabras de Couture, que hube de citar en otra oportunidad, de que el juez no debe tener miedo, y tanta cobardía es decir sí cuando se debe decir no, como decir no cuando se debe decir sí. Con absoluta libertad moral he de pronunciar mi voto.⁸³

Gelli afirma con certeza que:

El hecho de que el juicio de remoción sea considerado político y por lo tanto diferente de los procesos criminales; que exista un cierto grado de discreción en la apreciación de la causal de mal desempeño, formulada en el artículo 53 mediante una típica expresión indeterminada; que no se requiera ley penal previa para especificar todas y cada una de las posibles hipótesis; que no se requiera ley penal previa para especificar todas y cada una de las posibles hipótesis de mal desempeño —y, en el caso de los jueces, de mala conducta— y que el proceso sea sustanciado por un organismo eminentemente político [...] no significa que en el desarrollo de la causa deba tolerarse la ausencia de la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio, ni que se permita arbitrariedad alguna en la acreditación de los hechos configurativos del mal desempeño. En otras palabras, la discrecionalidad puede darse en la valoración de la conducta, pero no en los hechos que se imputan pues estos deben ser probados para que den por producida la causal de remoción.⁸⁴

En forma coincidente, Cayuso sostiene la naturaleza política del procedimiento instituido en los artículos 53, 59 y 60 de la norma fundamental, advirtiendo no obstante que «[...] por aplicación de los principios constitucionales, la tramitación debe respetar el debido proceso legal adjetivo y sustantivo. [...] En términos de una interpretación constitucional, la discrecionalidad política no debería ser identificada con la arbitrariedad.⁸⁵

Como cierre, compartimos la elocuente síntesis de Sagüés: «La discrecionalidad no significa, en resumen, un *bill* de indemnidad para la arbitrariedad».⁸⁶

5.3. *El juicio político debe servir a los altos fines del buen funcionamiento republicano y no como mecanismo de revancha político-partidaria*

La propia Corte Suprema ha establecido que el juicio político «importa una exención acordada a ciertos funcionarios por razones de orden público, relacionadas con la marcha regular del gobierno, creado por la ley fundamental o consagra, como se ha dicho acertadamente, una garantía de buen gobierno, establecida para defender

⁸³ Pablo A. Ramella: *Labor parlamentaria*, o. cit., nota 43, p. 263.

⁸⁴ María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., nota 11, p. 559.

⁸⁵ Susana G. Cayuso: *Constitución de la Nación argentina: claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 227.

⁸⁶ Néstor P. Sagüés: «Revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el juicio político», en *La Ley*, Buenos Aires, 6 de junio de 2006, p. 3.

el principio de autoridad»⁸⁷ y que «constituye un recurso extremo, que trae una gran perturbación en el servicio público y al que solo se debe recurrir en casos de gravedad excepcional».⁸⁸

Con esclarecida pluma, González Calderón nos legó una sabia enseñanza:

Hay que tener presente siempre que el juicio es *político*, aunque esto no debe entenderse como un incentivo para apartarlo de los dictados permanentes de la razón y de la justicia, ni para emplearlo como innoble arma de oposición o de venganza si los cargos que se formulan no están suficientemente probados.⁸⁹

Sagiés plantea que:

Desde el ángulo político, los interrogantes rondan en torno a la legitimidad misma del instituto, muy bastardeado en la práctica por su frecuente manipulación partidista o caudillesca. En el caso argentino, por ejemplo, es significativo que desde que se sancionó la Constitución de 1853, ningún presidente, vicepresidente o ministro fuera siquiera acusado por la Cámara de Diputados (los únicos acusados y destituidos han sido jueces). Esto se explica porque aquellos integrantes del Poder Ejecutivo, habitualmente miembros del partido oficialista o mayoritario y en el Poder Legislativo, poseen así un blindaje político que les permite impedir que se reúna en la Cámara acusadora el número de sufragios necesario para instrumentar el juicio, igualmente de tipo político, contra ellos.⁹⁰

⁸⁷ CS, *Fallos*, 113: 317, sentencia del 6.9.1910 en el caso *Urdániz y Cía. c. Ezequiel Ramos Mexía p/ daños y perjuicios*. La Corte señaló que: «[...] sin entrar en el examen de si ha existido o no usurpación de facultades por parte del ministro nacional Ramos Mexía, del punto de vista de los artículos 74, 86 y 92 de la Constitución nacional, invocados en la demanda, se limita a resolver que dicho funcionario no puede, por actos cometidos en el desempeño de su cargo, ser traído ante los tribunales sin que previamente haya sido despojado del fuero en juicio político» (considerando 2.º).

⁸⁸ CS, *Fallos*, 27: 389, sentencia del 13 de enero de 1885 en la causa *c. Carlos Hadley*, en la cual se había apercibido a un juez de sección. La Corte señaló la necesidad de evitar las perturbaciones que implica un juicio político, «que serían frecuentes si a cada paso hubiera de recurrirse al Senado para la reparación y castigo de las faltas leves de los jueces; nada mejor, digo, justifica la necesidad de depositar en alguna autoridad, que no puede ser otra que el más alto tribunal de la nación, la facultad de velar por el buen desempeño de la justicia, mediante la imposición de ligeras penas disciplinarias, evitando así conmociones que perturbarían con demasiada frecuencia la marcha ordinaria de la administración». Idéntico criterio adoptó en *Fallos*, 125: 217, sentencia del 29.3.1917. En esta causa se presentó Francisco Aybar Sobrecasas ante la Corte Suprema de Justicia, acusando a los miembros de la Cámara Federal de La Plata por prevaricato.

⁸⁹ Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, p. 506.

⁹⁰ Néstor P. Sagiés: «Revisión judicial de las sentencias destitutorias...», o. cit., p. 1. En nota al pie añade el autor: «Así, en el lenguaje popular, el “juicio político” termina por ser llamado algunas veces “juicio partidista” o, más irónicamente, “circo político”». Salgado Pesantes afirma con contundente convicción que: «La experiencia demuestra que el juicio político contribuye a debilitar al Poder Judicial cuya función —a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo— es eminentemente técnica y jurídica. El juicio político ha sido una espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los magistrados de la Corte Suprema y cuando en el Legislativo la actividad política pierde de vista sus altos objetivos se desprende la espada y subordina a aquellos magistrados a los cálculos políticos, proselitistas y coyunturales», y señala como una medida saludable para la preservación de la independencia del Poder Judicial, la exclusión del enjuiciamiento político a los magistrados de la Corte Suprema, en la

En la misma directriz se señalan algunos elementos que «han determinado la ruptura de la base representativa del Congreso»:

[...] el sometimiento del legislador a la directiva del partido, privándolo en los hechos de su libertad de representación del ciudadano; el abuso de los compromisos interpartidarios alcanzados fuera de los ámbitos naturales de discusión política (las Cámaras legislativas), que transforman al Congreso en un mero ratificador de decisiones tomadas fuera de su ámbito; y las relaciones de subordinación existentes entre la mayoría congressional y el jefe del partido mayoritario —ordinariamente el presidente de la Nación.⁹¹

5.4. *El Poder Judicial, guardián final*

La naturaleza política de este procedimiento, como anticipamos, no excluye el cumplimiento de las garantías del debido proceso y la sujeción al control judicial ulterior.

La misión del Poder Judicial es interpretar la ley y los principios fundamentales sobre los que está basada, con independencia e imparcialidad, de la mejor manera posible y de conformidad con su conciencia, de modo que le permita controlar las normas y actos estatales, debiendo descalificarlos en caso de ilegitimidad o arbitrariedad, y expulsarlos del mundo jurídico para sostener la observancia de la Constitución. La propia Corte Suprema dejó establecido, en diversos fallos, su carácter de intérprete final de la Constitución.⁹² Resalta Fayt que:

[...] esta atribución moderadora es uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.⁹³

Constitución ecuatoriana de 1998 (Salgado Pesantes, o. cit., p. 180). Egües expresa que: «al cabo, no puede olvidarse que si algún juez olvida interesadamente la decisiva misión que la Constitución y la sociedad le otorgan, no han sido estos sino casos excepcionales cuya vergüenza no puede culminar en la sospecha masiva e infundada de quienes, con dignidad y vocación, escasamente compensada, asumen la misión casi divina de “juzgar” a sus semejantes» (Alberto José Egües: «La remoción de jueces y otros funcionarios», en *La Ley*, tomo 1992-C, p. 891).

⁹¹ Alfredo M. Vítolo: «La crisis del sistema constitucional de control del poder», en la obra colectiva Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 197.

⁹² En tal sentido, se ha señalado que esta tarea es cardinal para fijar el derecho público de la Nación, es decir, establecer a través de la interpretación constitucional, el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales. «La elección de las premisas a nivel constitucional involucra elementos políticos, económicos, sociales y culturales, que solo pueden percibirse a través de la experiencia y sensibilidad del juez constitucional». Jorge Ulises Carmona Tinoco: «Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. - Porrúa, 2002, p. 2637.

⁹³ Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo II, 11.ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 23.

Según Oyhanarte, el control que ejerce la Corte tiene influencia decisiva en el ordenamiento jurídico y su coparticipación en el ejercicio del poder estatal pone

a su cargo funciones que son materialmente «políticas», en el más elevado sentido del vocablo, al extremo que podría decirse sin error, que las principales decisiones del Estado están expuestas a riesgo de invalidación mientras no han recibido el exequátor de la Corte Suprema.⁹⁴

En la misma orientación de la precedente afirmación, puntualiza Bidart Campos que:

Cuando un juez revisa un acto del Poder Ejecutivo o del Congreso, y lo descubre como lesivo de la Constitución [...] no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división, sino que todo lo contrario, *controlando la supremacía constitucional* para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la Constitución» (énfasis del original).⁹⁵

Es que —acertadas o no— las sentencias de la Corte interesan fundamentalmente, tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuanto a la estabilidad de las instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquellas se sustentan.⁹⁶

Gelli califica ese rol institucional de la Corte Suprema como una oportunidad para recrear la República, «a través de su papel moderador de la multiplicidad social, incorporada a la Constitución, desarrollando principios doctrinarios de largo alcance que armonicen los derechos y *afiancen el control*» (la cursiva no es del original).⁹⁷

El juicio político es un proceso orientado a administrar justicia. Ese juicio se encuentra reglamentado por normas de procedimiento y, a su término, es dictada una decisión —*fallo*— por parte de un órgano —*Senado*— constituido en *tribunal*. Por tanto,

nada hay —afirma Fayt— desde el punto de vista sustancial, que obste a que el Senado de la Nación constituido en «tribunal», sea equiparable a «tribunal de justicia a los fines del recurso extraordinario». Se estaría de este modo en presencia de una clara cuestión federal, toda vez que se pretende poner en juego la inteligencia de los artículos 18, 53 y 59 de la Constitución nacional, en los términos establecidos por el artículo 14, inciso 3, de la ley 48.⁹⁸

⁹⁴ Julio Oyhanarte: «Historia del Poder Judicial», en *Folletos*, n.º 143, fasc. 6, citado por Carlos S. Fayt: *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el siglo XXI*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 303.

⁹⁵ Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 453.

⁹⁶ CS, 13.8.1998, *Sisto, Ricardo Aníbal y otros c. Dirección Nacional de Vialidad*.

⁹⁷ María Angélica Gelli: «Relación de poderes en la reforma constitucional de 1994», en *La Ley*, 1994-D, Buenos Aires, p. 1086.

⁹⁸ Carlos S. Fayt, *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico...*, o. cit., p. 305.

La Corte Suprema de Justicia, a partir del precedente *Graffigna Latino*,⁹⁹ ha tenido una visión aperturista sobre la revisión jurisdiccional del enjuiciamiento político de magistrados, en la consideración que configuran cuestión judicial cuando se invoca la violación del debido proceso. Los lineamientos trazados por el máximo tribunal desvanecen la concepción estricta mantenida hasta entonces, que posicionaba las cuestiones políticas como materias inescrutables, confinadas en un coto impenetrable para el Poder Judicial. En el caso *Moliné O'Connor*, la mayoría de la Corte —integrada por conjueces— sostuvo que la facultad de revisar el fallo del Senado destituyendo a un magistrado judicial se limita a la cuestión de si hubo o no ejercicio efectivo del derecho de defensa.¹⁰⁰

No obstante, se ha advertido que:

Dada la especificidad del juicio político, el criterio de revisión judicial debe ser riguroso. Solo violaciones esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante la Corte Suprema y siempre y cuando sea acreditado no solo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso (CSJN, *Fallos*, 316: 2940).¹⁰¹

En ciertos casos, si bien el juicio político no avanza hasta su desenlace final, ejerce una *presión* de tal entidad que provoca la renuncia del encausado y, en definitiva, logra su cometido: la separación del funcionario.

No arriesgamos una opinión crítica acerca de la justicia de estos procesos. Se requiere una gran perspectiva histórica para apreciar los hechos. En nuestro orden jurídico político, cada poder ejerce las facultades que le están determinadas por la Constitución, y ningún poder puede ensanchar la esfera limitada de las atribuciones que le han sido conferidas.¹⁰² Es de buena interpretación constitucional y más aún,

⁹⁹ CS, *Graffigna Latino y otros s/ acción de amparo*, sentencia del 19 de junio de 1986 (*Fallos*, 308: 961 y 310: 2845). La Corte confirmó la destitución de los ex ministros de la Corte de Justicia de San Juan, doctores Carlos S. Graffigna Latino y Eduardo Aguiar Aranciva, y del procurador general, doctor Ventura Mario Manrique, y la sanción accesoria de inhabilitación que había sido impuesta por el término de cinco, tres y dos años, respectivamente.

¹⁰⁰ CS, *Fallos*, 327: 1967, sentencia del 1.º de junio de 2004.

¹⁰¹ El máximo tribunal resolvió que: «la destitución dispuesta por el Senado, sobre la base de hechos ajenos a los que motivaran la acusación de la Cámara de Diputados no solo violaba el derecho de defensa del acusado, sino que asimismo importaba una invasión del Senado en las facultades exclusivas de la restante».

¹⁰² El *Estado de derecho*, señala Fayt, «fue concebido por Roberto Von Mohl como una de las cinco formas de organización estadual en la cual el imperio de la ley se erige como pauta rectora del ordenamiento político y donde las esferas de actividad, tanto del Estado como de los individuos, se hallan jurídicamente determinadas. Se garantizan así las libertades individuales y la actividad estatal, en un régimen en el que no gobiernan los hombres sino las leyes» (Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 305). El mismo autor destaca que: «Este concepto del Estado jurídico, sometido a las normas jurídicas, es equivalente a la noción de Estado constitucional» (Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo I, 11.ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 256). Por lo tanto, el poder en el Estado está jurídicamente ordenado por el ordenamiento constitucional y legal y

de buena práctica constitucional, que cada poder se ciña en el marco trazado por los constituyentes. De ese modo se evitan los conflictos de poderes y cada uno ocupa el lugar que le corresponde en el cuadro constitucional.

En particular perspectiva, la responsabilidad política de los funcionarios no es un tema que admita discusión ni tibiezas. La labor del Poder Judicial ha lanzado señales, abriendo camino al abandono de la tesis de la autorrestricción (*self restraint*) y consolidando su función revisora; el tiempo responderá las dudas que se ciernen sobre los criterios laxos o estrictos que se impondrán en el alcance de su intervención; auspiciamos que se privilegien en el sentido de ampliar el elenco de materias sujetas a su control y en el respeto incondicionado de las garantías constitucionales.¹⁰³

El juicio político es, por ahora, el mecanismo de control estatuido y aceptado, pero ello no obsta repensar el rol y la eficacia del sistema.¹⁰⁴ El escenario político, siempre complejo, enriquece el panorama en el cual se desenvuelve. El reto es, entonces, que la práctica institucional no desaire el propósito constitucional, y que la política no sea antepuesta como valla infranqueable frente al derecho y la justicia, con el propósito de que el juicio político funcione como un eficiente sistema de control y no como un factor de distorsión en el delicado y frágil equilibrio de los poderes. En la superación de ese desafío, que nos permitirá edificar saludablemente la arquitectura constitucional de nuestro Estado democrático,¹⁰⁵ deben comprometerse los esfuerzos.

está condicionado por el derecho debido al elemento moral que tiene la escritura consistente en la idea de dominación legal o imperio de la ley (p. 201).

¹⁰³ Con acierto reflexiona Ciuro Caldani que: «La garantía última surge de la *Constitución material*, con el juego adecuado de los factores de poder» (énfasis del autor). Miguel Ángel Ciuro Caldani: «Las garantías constitucionales y su problemática cultural en la Argentina», en *Defensa de la Constitución...*, o. cit., nota 74, p. 233.

¹⁰⁴ En la búsqueda de soluciones superadoras, Luna afirma que: «Se ha observado que sería preferible otorgar esta función de control político a un órgano especial y ubicado fuera de la tríada de los poderes, lo que ofrecería mayor idoneidad e independencia, asegurando de este modo total imparcialidad para juzgar. En este sentido, José Manuel Estrada consideraba que podría adoptarse el sistema de Bélgica con una “Corte de Casación” o un tribunal similar, y escribía que “la única solución que queda es la creación de un tribunal extraordinario, compuesto por individuos libres de las pasiones e influencias de las agrupaciones políticas, y capaces de sentir el peso tremendo de las funciones que se les encomiendan” (José Manuel Estrada: *Curso de derecho constitucional*, tomo 3, Buenos Aires, 1902, p. 268). Por cierto, nada nos asegura que los miembros de ese “tribunal” no puedan verse influidos por los distintos sectores políticos o libres de las pasiones que enciende la político, por lo que tan loable intención no pasaría de ser un importante aporte doctrinal para una realidad que podría echarlo por tierra a poco de andar» (Eduardo Fernando Luna: «El juicio político», en la obra colectiva de Pérez Guillhou y otros: *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos - Depalma, 1986, p. 539).

¹⁰⁵ Sin dudas, existe un flujo y reflujo entre democracia y Constitución. Si la democracia opera en el entorno del sistema, es el propio sistema el que la encauza y desde cierto punto de vista intenta su aseguramiento (Raúl Gustavo Ferreyra: «Poder, democracia y configuración constitucional», en la obra colectiva Jorge Bercholz (dir.): *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 64).

Susana N. Vittadini Andrés*

Pasado y presente del juicio político

Desde hace siglos la preocupación, exteriorizada o no, de controlar la actuación de instituciones y autoridades ha sido un tema importante de debate. A las luchas sucedieron las negociaciones y de ellas surgió la institución del juicio político o *impeachment*, en su versión inglesa, como el medio más adecuado para hacer efectiva la responsabilidad de las autoridades más importantes.¹ Nuestro país no ha sido ajeno a esa preocupación y por ello el juicio político ya ha estado presente desde los proyectos constitucionales primigenios. De allí que la finalidad del presente trabajo es el análisis evolutivo de esa institución para tener una idea acabada de cómo ha ido desarrollándose en el pasado y presente de la República Argentina.

En nuestro país los antecedentes hispánicos y de los Estados Unidos han tenido una influencia importante. Respecto de los primeros, el juicio de residencia instituido para hacer efectiva las posibles responsabilidades de los funcionarios constituyó un importante antecedente. Sin embargo, esa institución tuvo serios inconvenientes desde el momento mismo en que debía de activarse. El primero de ellos era que establecía como elemento destacado la denuncia anónima de los funcionarios, lo que dio

* Ex profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y titular, también en Derecho Constitucional, de la Universidad de Belgrano. Profesora asociada en la Universidad Tamkang y se desempeña en la Universidad Fujen, ambas en Taiwán. Catedrática en posgrados de la Universidad Americana en Managua.

¹ Si bien en sus orígenes también se utilizó respecto de personas que no formaban parte de las instituciones bajo la causal de traición.

lugar a venganzas o alegaciones falsas de hechos y acciones. En segundo lugar, se realizaba una vez finalizadas las funciones, por ello no pocas autoridades dejaban intempestivamente la región, en tanto otras quedaban en ella con un gasto considerable de su propio peculio dado que ya carecían del cargo que les posibilitara una entrada económica; a ello se sumaban las eventuales sumas que debían oblar en carácter de indemnizaciones por las acusaciones comprobadas. Esto sin perjuicio de otras cuestiones como el tipo de infracciones o delitos que muchas veces estaban ligados a faltas de tipo religioso, todo lo cual hizo que poco a poco cayera en desuso. Una de las últimas veces que fue puesto en marcha ese juicio ocurrió en la década de 1810, como consecuencia de diversas asonadas; posteriormente se hablaba de él pero no se lo efectivizaba.² Al presente no está contemplada en la Constitución nacional pero sí en la de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.³

La institución del *impeachment* contemplada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 ha sido la que más influyó en los proyectos constitucionales patrios. En ella la acusación constitucionalmente partía, y aún lo hace, del Poder Legislativo,⁴ institución también encargada de su efectivización. Los acusados eran, y son, los integrantes del Ejecutivo y Poder Judicial. Son numerosos los documentos organizativos y proyectos constitucionales que han hecho referencia a ella,⁵ hasta que fue instituida en el texto constitucional de 1853, pero con algunas diferencias importantes. Algunas de estas tuvieron raigambre doctrinaria, en tanto otras atendían a situaciones conjunturales y políticas del momento. En efecto, el texto constitucional de 1853 es un reflejo de muchos antecedentes nacionales, sin embargo no ocurrió lo propio respecto de la obra *Bases*, de Juan Bautista Alberdi. El mencionado célebre pensador incluyó entre las causales para hacer efectivo el juicio político el «haber dejado sin ejecución las promesas de la Constitución en el término fijado por

² La Asamblea General Constituyente de 1813 dictó una resolución el 9 de marzo de ese mismo año a efectos de llevar adelante el juicio de residencia respecto de todos aquellos que habían estado frente al gobierno entre el 25 de mayo de 1810 y el 20 de febrero de 1813. Vicente Gallo, *Juicio político: Estudio histórico y de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1897, pp. 211-213.

³ Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, de 1991, «Juicio de residencia», artículo 19.º: «Los funcionarios que ocupen cargos electivos, así como los ministros, secretarios y subsecretarios, tanto provinciales como municipales y comunales, no podrán abandonar la Provincia hasta después de cuatro meses de terminadas sus funciones, salvo expresa autorización de la Legislatura Provincial o de los cuerpos deliberativos municipales, por estar sometidos a juicio de residencia».

⁴ La Cámara de Diputados lo plantea a requerimiento o pedido de los mismos integrantes del cuerpo o de terceros; pero habrá de ser el Senado quien lo cumplimente.

⁵ Por ejemplo: el Estatuto de 1815 donde se hablaba de esa institución pero no se incluían las pautas procedimentales; algo similar aconteció con el Reglamento Provisorio de 1817. A diferencia de los anteriores, en el proyecto de Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819 se incluyó el juicio político siguiendo los patrones de la Constitución de los Estados Unidos de América. Para más detalles véase Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político al presidente de la República: caso Martínez de Perón», tesis doctoral, Buenos Aires, 1992, pp. 65-66.

ella, por haber comprometido y frustrado el progreso de la República». ⁶ De allí que a continuación estableciera entre las causales los crímenes de «traición, concusión, dilapidación y violación de la Constitución y de las leyes». ⁷ De hecho, el texto alberdiano habría de resultar premonitorio y de incuestionable vigencia. Lo cierto es que en la Convención Constituyente la discusión se centró más en quiénes podían ser acusados, que en las causales. Finalmente se acordó que podían ser acusados el «presidente y vicepresidente de la Confederación y sus ministros, los miembros de ambas Cámaras, los gobernadores de provincia». ⁸ Pero las razones de esas inclusiones deben ser buscadas más en lo político que en lo jurídico.

Entre las relativas a problemas o cuestiones políticas, están las que se debieron a la problemática interna argentina donde los enfrentamientos entre las autoridades nacionales y provinciales dentro de un no totalmente definido sistema de Estado federal eran parte de los acomodamientos institucionales iniciales. Ante todo hay que recordar que el texto constitucional de 1853 evidenciaba una indeterminación importante respecto de la forma de Estado, pues si bien se declara que era federal existían rasgos más cercanos al centralismo con la designación inconsulta de la capital federal, en territorio de la entonces provincia de Buenos Aires, única ausente del proceso constituyente de 1853. A esto se le debe agregar, entre otras características, la revisión y aceptación previa de las Constituciones provinciales para su aprobación y posterior vigencia. Eso también se extendió al juicio político, ya que entre las autoridades pasibles de este se incluían además del presidente y vicepresidente de la República, ministros del Poder Ejecutivo e integrantes del Poder Judicial, a los legisladores e integrantes del Poder Legislativo nacional hasta llegar a los gobernadores de las provincias. ⁹

Si bien entre 1853 y 1860 existieron intentos para hacer efectiva la responsabilidad mediante esta institución, las circunstancias históricas por las que atravesaba el país con la separación de la provincia de Buenos Aires y su posterior reincorporación, así como las desinteligencias entre Buenos Aires y el Interior frustraron la continuidad y conclusión de esos intentos.

⁶ Véanse Juan Bautista Alberdi, *Bases, Plus Ultra*, impreso en Brasil, 1984, p. 292, y Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político...», o. cit., pp. 67-68.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Estatutos, reglamentos y Constituciones argentinas*, Buenos Aires, Librería Platero, 1972, p. 198.

⁹ Esa misma tendencia ya se había presentado en proyectos anteriores como la Constitución de las Provincias de Sudamérica, de 1819, donde se incluía a los «Ministros de Estado, Enviados a las Cortes Extranjeras, Arzobispos u Obispos, Generales de Ejércitos, Gobernadores, Jueces Superiores de las Provincias y demás empleados de no inferior rango a los nombrados», artículo VIII, *Estatutos, reglamentos y Constituciones argentinas*, Buenos Aires, Librería Platero, 1972, p. 125.

Posteriormente, con la revisión constitucional realizada por la provincia de Buenos Aires como consecuencia de los denominados Pactos de Unión¹⁰ y del Pacto de San José de Flores, el texto de la Constitución nacional quedaría finalmente enmarcado dentro del sistema federal. Como consecuencia directa de ello, el juicio político habría de sufrir nuevas modificaciones. Estas se centraron principalmente en la exclusión de los gobernadores provinciales y de los integrantes del Poder Legislativo nacional como posibles acusados. En lo relativo a las causales, tres fueron las que, en definitiva, se dejaron, a saber: mal desempeño de las funciones, delitos en el cumplimiento de las funciones y crímenes comunes, siguiendo de esta manera el modelo norteamericano. En lo atinente a las mayorías necesarias se estableció el voto de las dos terceras partes de los miembros totales para llevarlo adelante, siendo el Senado el encargado del juzgamiento y determinación de los alcances de la sentencia, ya sea absolviendo o separando del cargo, con similares mayorías a las anteriores.¹¹ Ello sin perjuicio de la eventual acusación por ante el Poder Judicial por delitos acusables.

De manera tal que, con la reforma de 1860, solo autoridades nacionales de los Poderes Ejecutivo y Judicial pudieron ser pasibles del juicio político. El presidente, vicepresidente de la República, sus ministros, así como los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e integrantes de los tribunales inferiores fueron por mucho tiempo los únicos que podían ser constitucionalmente acusables. A partir de ese momento habría de sucederse una serie de juicios políticos, principalmente a los integrantes del Poder Judicial.¹²

En los casos planteados respecto del Poder Ejecutivo, si bien se presentaron numerosos intentos, ninguno de ellos logró llegar a concluirse debido a la falta de las mayorías necesarias. Respecto de los juicios políticos a integrantes de ese mismo poder es interesante marcar su evolución, ya que existieron casos netamente diferenciados. En primer lugar, es importante destacar que el primer pedido de juicio

¹⁰ En esos pactos se dejaba sentado que la separación de Buenos Aires respecto del resto de la Confederación era solo temporaria dado que ambas partes reconocían pertenecer a una misma entidad.

¹¹ Los artículos referidos al juicio político según el texto 1853-1860, sin las reformas de 1994 son: Artículo 45. «Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes». Artículo 51. «Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes». Artículo 52. «Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios».

¹² Para un detalle de ellos véase Susana J. Facorro y Susana N. Vittadini Andrés: *Temas de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 287-297.

político incluido en el *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados de la Nación corresponde al diputado Alfredo Palacios en el año 1904, en el cual se llegó hasta la etapa de votación, en la que no se alcanzaron las mayorías necesarias. La fundamentación del pedido fue de tipo legal, por incumplimiento de disposiciones normativas.¹³ Sin embargo, con posterioridad los cuestionamientos jurídicos habrían de ir cediendo, en el caso del presidente o vicepresidente de la República, a causales más emparentadas con lo político. De igual manera, las votaciones iniciales para la aceptación o rechazo del pedido en muchos casos no se llegó a realizar, sobre todo cuando el pedido partía de un civil, ya que las peticiones particulares estaban admitidas, y aún también lo están. Pero justo es reconocer que durante largos períodos no existe mención alguna de estas, hasta el año 1986 en que reaparecen.¹⁴

En lo relativo a los tipos de causales para acusar al presidente o vicepresidente, existen algunos parámetros interesantes. Cuando los cargos han sido poco numerosos, las causales referidas a violaciones legales o normativas, eran, por lo general, la mayoría. Pero cuando el número de causales aumentaba, la presencia de lo político dentro de la expresión «mal desempeño en el ejercicio de las funciones» era predominante. Es que la definición de *mal desempeño* no es fácil de delimitar objetivamente pues la amplitud de la palabra *mal* hace que dentro de ella pueda quedar contemplado un amplio espectro de situaciones que van desde lo ético o religioso hasta lo político o normativo, pasando por toda una amplia gama de patrones culturales, incluyendo los sociales y los morales. En definitiva se ha alcanzado un consenso respecto de la interpretación amplia de esa expresión, lo que presenta aspectos positivos y negativos al mismo tiempo. Positivos pues agranda el espectro de elementos para hacer efectivo el contralor, pero negativos pues, por lo general, lo político en la sociedad argentina constituye la nota más relevante. Por esa misma razón, el accionar de los sectores políticos de oposición ha sido determinante en los pedidos de juicio político al presidente de la República. Respecto de ellos es interesante destacar que a los iniciales cuestionamientos de tipo legal, como el antes mencionado de 1904, le han sucedido otros de incuestionable y casi exclusivo tinte político, como fueron los planteamientos correspondientes a la primera presidencia de Hipólito Yrigoyen, 1916-1922.¹⁵ Ese período pertenece a la época en que los partidos de tendencia conservadora, que habían ejercido el poder durante décadas lo habían perdido frente a un nuevo partido, la Unión Cívica Radical, dieron lugar a enfrentamientos por momentos feroces. Debe destacarse que es particularmente difícil para aquellos que han ostentado mucho poder durante décadas «acostumbrarse» a dejar de tenerlo, por ello, por lo general, generan una oposición violenta y descarnada, muchas veces en

¹³ Se trataba de la «ley del puerto y la del 14 de setiembre de 1863», y durante la discusión se consideró que el pedido carecía de entidad suficiente. Cf. *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1904, II, pp. 253-254.

¹⁴ Véase Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político...», o. cit., p. 103.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 211-222.

desmedro de las propias estructuras partidarias y sociales. Por ello, el clima político se enrarece y muchas veces no es fácil deslindar lo real de lo planeado o artificial, ni lo relevante de lo secundario. Ese anhelo por recuperar el poder perdido ha llevado a los pueblos a más de una situación trágica, donde los autores difícilmente reconocen su intervención o influencia en los hechos. Debe recordarse siempre que a mayor cargo, mayor es la obligación de actuar conforme a derecho, y a tratar de lograr que cada persona evolucione armónicamente. No hay que confundir venganza con justicia, ni odios propios con derechos sociales o individuales.

Retonando el análisis del juicio político en sí, es interesante mencionar que durante la década de 1960 la presencia de causales relativas a la posible ideología del presidente de la República ocupó un lugar destacado en los pedidos, tanto de particulares como de legisladores.¹⁶ En esa época, en lo internacional, la guerra fría hacía que se establecieran dos tendencias opuestas: el pensamiento capitalista enfrentado al comunista. En el caso de los países latinoamericanos, la estrecha vinculación militar con los Estados Unidos así como propias tendencias ideológicas de las fuerzas armadas argentinas inclinaban la balanza en contra del comunismo, y se llegó a situaciones extremas como las apuntadas en los pedidos de juicio político a algunos presidentes.

Otro aspecto destacable es cómo ha evolucionado la disposición de las bancadas al momento de cumplir los requerimientos constitucionales para llevar adelante esta institución cuando los acusados eran el presidente o vicepresidente de la República. Durante las primeras épocas, el debate constituía un paso que no se eludía, más allá de cuál fuera la votación consecuyente. Pero desde inicios de la década de 1930 las cosas habrían de modificarse radicalmente, pues el tratamiento parlamentario era dejado de lado. Es posible que los continuos golpes de Estado y movimientos populistas hayan modificado las costumbres políticas. Años después, en 1949, tuvo lugar una importante reforma constitucional respecto del juicio político, que lo aproximó más a la reforma de 1994, al excluir a los integrantes de los tribunales inferiores¹⁷ como pasibles de ser acusados.¹⁸ Posteriormente, en 1974, tuvieron lugar dos

¹⁶ La cuestión ideológica estuvo presente en los pedidos de juicio político a los presidentes Arturo U. Illía y Arturo Frondizi; en el caso del primero solo se hacía referencia a que permitía la *injerencia comunista*, sin hacer mención específica de hechos. Este pedido correspondió al diputado Isaías Juan Nogués, de tendencia nacionalista. Cf. Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político...», o. cit., pp. 243-249.

¹⁷ CN 1949, artículo 91: «Los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación son inamovibles, y conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. Recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida, en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones. Los jueces de los tribunales inferiores serán juzgados y removidos en la forma que determine una ley especial, con sujeción a enjuiciamiento por los propios miembros del Poder Judicial».

¹⁸ CN 1949, artículo 46: «Solo la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la

pedidos de juicio político a la entonces presidente Estela Martínez de Perón. En este caso hubo ardientes debates, en el cual más que discusiones sobre el fondo del asunto se destacó el debate sobre la existencia o no de venganzas políticas. Respecto de los pedidos, los presentados estaban basados en *mal desempeño de las funciones* pero, en el caso del correspondiente al FUFPEO,¹⁹ se realizaba un análisis pormenorizado de causales políticas y normativas. Sin embargo, tampoco se pudo llevar adelante el juicio político, y al poco tiempo, en marzo de 1976, acaeció el último golpe de Estado.

La interrupción constitucional también llegó a las instituciones donde el Poder Legislativo debía estar presente. Fue recién con el reinicio del camino democrático, en 1983, que el juicio político volvió a estar presente. La diferencia en estos casos está en que volvieron a asentarse pedidos de particulares y, en algunos casos, se produjeron interesantes debates. Sin embargo, en ningún caso llegó a tener fortaleza suficiente para hacerse efectivo respecto del Ejecutivo; diferente ha sido la evolución en lo que respecta al Poder Judicial. Hasta principios de la década de 1990, alrededor de doce jueces federales fueron pasibles del juicio político, y solo en un caso lo fueron los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁰ Con relación a los jueces, la mayoría de las causales fueron de tipo jurídico, y solo en contados casos de tipo médico. Respecto de las causales hay que tener presente que en el caso de los jueces se agrega una que es la de tener *buena conducta* (actual artículo 110 CN). Esta causal está relacionada directamente con la actividad judicial en su aspecto normativo y ético en general.

El juicio político a algunos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al procurador general, en 1946, se llevó adelante en virtud de un procedimiento parlamentario diferente al de la Constitución 1853-1860, con las reformas de 1866 y 1898. El procedimiento fue en esa oportunidad escrito, y sobre la base de pautas procesales, pero con limitaciones en el ejercicio de las defensas. No todos los jueces fueron acusados, pues en el caso del doctor Tomás Casares, autor de la ampliación de la doctrina de las facultades de los gobiernos de facto, no existió acusación alguna en su contra, y continuó en el cargo; diferente fue la situación respecto del presidente de la Corte Suprema, doctor Roberto Repetto, quien se acogió

Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido en ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros».

¹⁹ FUFPEO, sigla que correspondía al bloque de la Fuerza Federalista Popular de la Cámara de Diputados, integrada por representantes del Pacto Autonomista Liberal de Corrientes, Movimiento Federal Pampeano, Movimiento Popular Jujeño, entre otras fuerzas. Cf. *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1975, VIII, p. 6131.

²⁰ Véanse detalles en Susana J. Facorro y Susana N. Vittadini Andrés, *Temas de derecho constitucional*, o. cit., pp. 293-294, y *Diario de Sesiones* de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 1946 y 1947, tomo VI.

a la jubilación, por lo cual no pudo efectivizarse la sentencia respecto de él. Con posterioridad a 1983, es decir con la restauración democrática, el juicio político a integrantes del Poder Judicial habría de adquirir gran vigencia. Así, son numerosos los casos que se plantean, muchos de los cuales concluyen con la destitución de los magistrados judiciales, y en no pocos casos con su renuncia previa, con el fin de evitar la eventual sanción.

En 1994, el juicio político sufrió una nueva e importante reforma. A partir de esa fecha solo el presidente y vicepresidente de la República, los ministros del Poder Ejecutivo, incluyendo el Jefe de Gabinete, así como los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrían ser acusados. Los restantes integrantes del Poder Judicial habrían de estar excluidos del juicio político, pero enmarcados dentro de la actividad del llamado jurado de enjuiciamiento para magistrados judiciales, institución creada a partir de esa reforma.²¹ Con la inclusión de nuevos artículos y funcionarios acusables, lo relativo al juicio político resultó contemplado en el artículo 53 CN,²² relativo a las facultades de la Cámara de Diputados para impulsar el juicio político respecto de los antes nombrados por las causales de mal desempeño de las funciones, crímenes en el ejercicio de estas y crímenes comunes, es decir las mismas que se habían establecido en 1860. Tampoco ha variado lo relativo a las mayorías necesarias para su impulso y concreción. Al presente son los artículos 59 y 60 CN los que se refieren a la actuación del Senado para el juzgamiento, si bien las mayorías no han variado, ni siquiera en el caso del juicio político al presidente de la República, en que el Senado habrá de ser presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tanto, el artículo 60 CN hace referencia a la extensión del juzgamiento, es decir su remoción o no, y eventual descalificación para ser designado en cargo de honor, confianza o probidad para la Nación, ello sin perjuicio de la acusación, juicio y eventual condena por ante los tribunales comunes en lo relativo a las causales en que fuera declarado culpable. En pocas palabras, se puede concluir que solo los acusables han sido modificados, mas no las cuestiones restantes. Si bien en lo relativo al procedimiento dentro del Poder Legislativo las formas procesales ahora constituyen la base más relevante, es decir que el procedimiento judicial es el parámetro requerido para la protección de las garantías constitucionales respecto de los acusados, esto obliga a un necesario e imprescindible conocimiento de los recursos y formas procedimentales legales, y hacen muy difícil la presentación de una parte en juicio sin un representante legal, esto es, un abogado.

Así, en los últimos años, nuevamente han sido presentados una serie de pedidos de juicio político a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; sin

²¹ También es posible encontrar algunas raíces de la institución en los tribunales establecidos durante algunos gobiernos de facto.

²² Véase nota al pie n.º 11, donde se transcriben los artículos anteriores, siendo la única diferencia los nuevos acusables y la exclusión de los miembros de los tribunales inferiores.

embargo, dado que los casos se llevaron adelante en forma individual, existe una gran diferencia con el caso de 1949. Así, el doctor Julio Nazareno renunció con el fin de evitar el juzgamiento, similar actitud adoptaron los doctores Adolfo Vázquez y Guillermo López después de tomar conocimiento de la decisión de la Cámara de Diputados de llevar adelante las acciones pertinentes. Ambos casos acaecieron en el año 2003.

El caso del doctor Antonio Boggiano fue diferente a los anteriores, ya que su acusación data de fines del año 2004, y en este caso no hubo renuncia del magistrado llevándose adelante la totalidad de las actuaciones. Las causales fueron en total catorce, pero solo respecto de seis se lo habría de encontrar culpable. Uno de los aspectos del juicio fue su suspensión previa en el ejercicio de sus funciones. En su posterior destitución, e incluso durante el juicio, existieron planteos iniciados por el ahora ex miembro del máximo tribunal. La destitución se decretó el 28 de setiembre del 2005. Ello ocurrió cuando se reunieron dos tercios de votos de los 56 integrantes de la Cámara de Senadores. Los cargos en que se lo encontró culpable corresponden a una causa del año 2002 en que convalidó el laudo arbitral en una controversia entre la empresa Meller Comunicación y la antigua telefónica estatal ENTEL por deudas en contratos de publicidad e impresión de guías telefónicas. Ese laudo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas había condenado en 1998 al Estado a pagar a Meller deudas que, con los intereses, crecieron de 28 a 400 millones de pesos (por entonces, igual cantidad de dólares). Los antes mencionados ex integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación eran conocidos por sus estrechos vínculos con el máximo poder político de ese momento.²³ De manera que si bien existía una cuestión de lealtades políticas, la base de las acusaciones fueron en la mayoría de esos casos planteamientos de tipo legal o de procedimiento, donde la parte más dañada, en no pocas ocasiones resultaba el Estado mismo. Finalmente, con el voto favorable de 38 diputados fue inhabilitado para ocupar cargos públicos.

Otros integrantes de la Corte Suprema, los doctores Gustavo Bossert y Augusto César Belluscio presentaron sus renuncias pero sin existir pedido de juicio político en trámite respecto de ellos.

Es interesante analizar sucintamente lo ocurrido respecto de los integrantes de los tribunales inferiores con posterioridad a la reforma de 1994. La importancia de ello radica en la necesidad de determinar si la exclusión de estos ha tenido fundamento real y efectivización adecuada, sobre todo si se tiene en cuenta la poca

²³ Asimismo debe recordarse que, como consecuencia de la crisis económica del 2001, fueron numerosas las demostraciones populares de repudio a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (véase, entre otros, el diario *Políticas Río Negro On Line*, «La Corte Suprema, muy cerca del juicio político», 31.1.2002, donde se decía: «La manifestación se realizará a las 17 y en ella volverá a exigirse la renuncia de los ministros de la Corte. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y sus nueve integrantes aferrados a sus sillones son la imagen patética del viejo orden social que se desmorona”, sostuvieron los abogados»).

cantidad de juicios políticos a jueces hasta 1983 y el notorio aumento de los casos con posterioridad a esa fecha. En lo que al procedimiento hace están involucrados la institución del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, es decir instituciones estrechamente vinculadas a lo judicial, donde prima facie lo político debería estar ausente.²⁴ Así, podemos concluir que desde 1998 hasta el 2005 hubo doce magistrados destituidos por el Consejo de la Magistratura. El primero fue la causa de la ex jueza de Morón, Raquel Morris Dloogatz, de noviembre de 1999, quien no llegó a ser removida, pues renunció a su cargo. El segundo caso tuvo como protagonista al juez federal de la provincia de Santa Fe, Víctor Hermes Brusa, quien acusado de atropellar y abandonar a una persona en una laguna de esa misma provincia.²⁵ Respecto del último, con relación a las causales se estableció en una parte del fallo del 30 de marzo del 2000, que:²⁶

esa conducta posterior al accidente, inmediata y mediata contiene un elemento profundamente antiético que repugna a la sociedad y que no puede ni debe ser tolerado. No solo la conducta omisiva por parte del autor de prestar el auxilio inmediato a la víctima, sino también el hecho de intentar eludir su responsabilidad y obstaculizar la investigación.

Como se puede apreciar la expresión *buen conducta* también posee un amplio contenido y diversas formas de conceptualización, si bien ha sido la de *mal desempeño* la que finalmente fue determinante en la «Conclusión» definitiva, en cuya redacción se agregó:

que los cargos derivados de la conducta del juez desarrollada con posterioridad al accidente que ocasionó lesiones al señor Héctor Miguel Pedernera, revelan un

²⁴ Esto, sin embargo, es de difícil concreción. Por ejemplo, lo dictaminado en el caso *Bustos Fierro*; allí se dijo que: «1) Que por resolución n.º 254/99 el plenario del Consejo de la Magistratura acusó al doctor Ricardo Bustos Fierro, titular del juzgado federal n.º 1 de la ciudad de Córdoba, por las causales de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones y presunta comisión del delito de prevaricato por la decisión jurisdiccional dictada en los autos *Carbonetti, Domingo Ángel, Partido Justicialista, Distrito Córdoba c/ Estado Nacional y Convención Constituyente, acción declarativa de certeza*, y suspendió al magistrado en el ejercicio de sus funciones. *La causal de mal desempeño, sustentada en la falta de independencia del magistrado por sumisión a la voluntad del presidente de la Nación, se basó en la ignorancia del derecho, debido a los graves errores de que adolecería la resolución impugnada, especialmente el desconocimiento de la supremacía constitucional. La causal de delito cometido en el ejercicio de las funciones se fundamentó en que los graves vicios de la resolución cuestionada —en contra de disposiciones constitucionales y legales— harían incurso al juez en la figura de prevaricato, descrito en el artículo 269 del Código Penal*». El énfasis nos pertenece y es para apreciar el alcance de la causal en lo político y normativo.

²⁵ El hecho ocurrió el 8 de noviembre de 1997, cuando una lancha atropelló a Héctor Miguel Pedernera, quien se hallaba nadando en la laguna santafesina de Setúbal. El juez federal de Santa Fe, Víctor H. Brusa, fue acusado de haber atropellado y posteriormente abandonado al nadador.

²⁶ Todos los párrafos corresponden a texto completo del fallo del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación que removió como juez federal en Santa Fe al Dr. Víctor H. Brusa. Véase el sitio web de AABA, <<http://www.aaba.org.ar/inst0088.htm>>.

intolerable apartamiento de la misión confiada a los jueces, con daño evidente del servicio público y la administración de justicia y menoscabo de la investidura.

Ello deriva de los actos que realizó el enjuiciado en ejercicio de sus funciones al:

- a) haber instigado al personal de la Prefectura Naval Argentina para evitar su incriminación;
- b) omitir disponer de inmediato las medidas procesales pertinentes;
- c) no haberse apartado inmediatamente de la causa luego de haberle comunicado la secretaria que resultaba involucrado;
- d) interferir en la investigación de la causa penal; y
- e) fuera de la función judicial, haber logrado el apartamiento de la juez subrogante Dra. Tessio mediante maniobras impropias del proceder que debe presidir las acciones de un magistrado.

En suma, con total independencia de que el juez Brusa, en definitiva, resultare autor o no del hecho que damnificara al señor Pedernera, lo cierto es que —en cualquiera de las dos hipótesis—, la conducta observada por el enjuiciado con posterioridad a tal suceso resulta impropia e incompatible con el comportamiento que corresponde desplegar a un juez de la Nación, en esas circunstancias.

En consecuencia, este jurado entiende que el juez Brusa ha incurrido en la causal de mal desempeño, prevista en el artículo 53 de la Constitución nacional.

En mayo del año 2002 fue apartado de su caso el juez federal de Mendoza, Luis Leiva, quien había investigado la caída de los bancos República y Mendoza.²⁷ La destitución de la jueza en lo laboral Mirta Torres Nieto tuvo lugar ese mismo año, y en el siguiente se produjo la del juez de instrucción Roberto Murature y del magistrado comercial Rodolfo Herrera.²⁸

Otro magistrado removido de sus funciones fue el juez federal de San Isidro, Roberto Markevich, quien en su momento dispusiera la detención de la dueña de *Clarín*, Ernestina Herrera de Noble. Los jueces Rodolfo Echazú,²⁹ jujeño, y el magistrado de ejecución penal Andrés Narizzano,³⁰ este último por «pereza»,³¹ también

²⁷ Este caso fue particularmente conflictivo debido a los diferentes intereses en pugna. *La acusación culpaba al magistrado* de «una permanente maniobra para lograr sus propios objetivos, sean estos mediáticos, de amistad o de favorecimiento», colocando «su voluntad personal por encima de los principios jurídicos». En tanto la defensa sostenía que se habían «acumulado cargos nimios» contra Leiva, tras lo cual inscribió las acusaciones entre lo que consideró “conductas ajenas” a la del magistrado, responsabilizando de ellas al otro juez federal y a los empleados del juzgado de Leiva por los errores procesales cometidos y los casos “opinables”, es decir, aquellos en los que es factible que existan distintas interpretaciones jurídicas frente a un mismo hecho» (*Los Andes on line*, 12.4.2002).

²⁸ *BO*, 28.3.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 14.3.2005. Remoción del titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n.º 3, doctor Rodolfo Antonio Herrera.

²⁹ *BO*, 10.6.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 7.6.2005. Remoción del juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, doctor Rodolfo Echazú.

³⁰ *BO*, 9.6.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 30.5.2005. Remoción del juez doctor Néstor Andrés Narizzano, titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n.º 3.

³¹ *Ibidem*.

fueron pasibles de destitución. A ellos se agrega la de Juan José Galeano,³² juez que interviniera en el caso AMIA, y de Juan José Mahdjoubian,³³ juez de instrucción, ambos destituidos en agosto del año 2005.

Con relación a la causa *Andrés Narizzano*, se dejó sentado, transcribiéndose unos párrafos del estudio del profesor Alfonso Santiago (h) sobre «El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales» (*ED*, suplemento de «Derecho constitucional», 4.7.2003, p. 77). En primer lugar alude al trabajo de los magistrados judiciales, que todo lo que es actividad laboral «está sujeto a pautas cuantitativas y cualitativas de trabajo», por ende su incumplimiento grave redundaba en un mal desempeño. Además, «la falta de contracción al trabajo, las ausencias injustificadas, el incumplimiento de los plazos procesales, el no ordenar diligencias procesales a su cargo, las irregularidades judiciales en la tramitación de la causa, la falta de investigación de los delitos, etcétera, son algunos concretos ejemplos de esta falta de la diligencia».

Es interesante destacar algunas conceptualizaciones realizadas por los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento respecto de principios rectores en los juzgamientos. Así, en el caso *Ricardo Bustos Fierro*,³⁴ de 26 de abril del 2002, el Consejo de la Magistratura determinó en la «Conclusión» fundamentaciones que sirvieron, entre otras cosas, para desestimar la acusación. Por ejemplo:

1. *Caracter político del juicio de responsabilidad:*

El proceso de remoción es un juicio de responsabilidad política con sujeción a las reglas del debido proceso legal, en el que el fallo debe tener fundamentación suficiente por exigencia constitucional y que son los hechos objeto de acusación los que determinan el objeto procesal sometido al Jurado y sus causales las que taxativamente establece el artículo 53 de la carta magna: mal desempeño, delito cometido en el

³² *BO*, 9.8.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 3 de agosto de 2005. Remoción del juez doctor Juan José Galeano, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 9.

³³ *BO*, 9.8.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 3.8.2005. Remoción del juez doctor Juan José Mahdjoubian, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n.º 29. *Antecedentes del caso*: Se lo acusó por «mal desempeño de sus funciones» por no denunciar la existencia de causas previamente arregladas con abogados dentro del juzgado a su cargo, y además por permitir «maltratos y humillaciones» a los empleados de ese tribunal. A criterio del tribunal tal conducta fue lo «suficientemente grave para conformar causal de mal desempeño» y que hubo «un serio desmedro de su idoneidad para seguir en la magistratura». La prueba, mostrando al secretario del juzgado, fue mayoritariamente obtenida por medio de una cámara oculta realizada por el programa «Telenoche investiga». Otro de los implicados era un abogado con estrechas conexiones con la familia del juez, que por medio de un ardid lograba que todas sus denuncias penales fueran al juzgado del juez ahora destituido. La existencia de esa cámara oculta había sido conocida por el juez, quien también omitió hacer la denuncia correspondiente por el ilícito que se cometiera. Con relación a las medidas previas tomadas, se puede mencionar que el 9 de febrero del 2005 fue suspendido en sus funciones.

³⁴ Véase nota al pie n.º 24.

ejercicio de las funciones o crímenes comunes. También expresó que las pruebas deben ser valoradas con un criterio de razonabilidad y justicia con miras a la protección de los intereses públicos.

2. *Alcance del principio del artículo 110 CN:*

En cuanto al mal desempeño señaló que si bien dicha causal, considerada a la luz de lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución en cuanto establece que los jueces conservarán sus empleos «mientras dure su buena conducta», posibilita valorar la mala conducta del magistrado a los fines de su permanencia en el cargo, ello también presupone que el enjuiciamiento se lleve a cabo sobre la base de la imputación y demostración de hechos o sucesos concretos y no de apreciaciones difusas, pareceres u opiniones subjetivas, sean personales o colectivas. El texto del artículo 53 exige así interpretarlo, pues de otro modo se llegaría a una conclusión que significaría prescindir de sus orígenes y de su letra (Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, *Dr. Víctor Hermes Brusa, s/ pedido de enjuiciamiento*, 30 de marzo de 2000).

3. *Hechos o presunciones. Remisión a la doctrina de la causa Nicosia:*

18.º: Que en cuanto al objeto procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en forma reiterada que el enjuiciamiento de magistrados debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en presunciones serias que sean idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función y que está fuera de toda duda que «son los hechos objeto de la acusación» los que determinan la materia sometida al juzgador (doctrina de la causa *Nicosia* y jurisprudencia allí citada, *Fallos*, 316: 2940).

De lo antes referido se puede concluir, entre otras cosas, que existen criterios casi idénticos en la conceptualización de las causales y elementos del juicio político en el seno del Poder Legislativo y lo decidido hasta hace poco por el Consejo de la Magistratura durante las acciones correspondientes al jurado de enjuiciamiento. La limitación hasta lo explicitado en el presente se debe a una reforma llevada a cabo recientemente dentro del Consejo de la Magistratura que fuera y es aún muy discutida ya que eleva el número de miembros provenientes del Poder Ejecutivo, excluye al presidente de la Corte Suprema y reduce los integrantes dejando a las minorías parlamentarias, prácticamente, fuera de la institución. Todo ello podría desembocar en una forma de controlar a la institución desde lo político. La manipulación del Poder Judicial ha sido uno de los objetivos importantes para todos aquellos que han querido sentar o aumentar sus bases de poder en detrimento de la sociedad. Tampoco es menos cierto que, dados los planteos analizados, muchos jueces han caído bajo la seducción del poder para insertarse en una estructura de poder que les aseguraría una holgada vida económica y de respetabilidad institucional, ya que socialmente se encuentra un tanto desprestigiada. De manera tal que solo se puede opinar hasta lo analizado dejando para más adelante llegar a establecer si el jurado de enjuiciamiento constituye la opción adecuada para la sociedad, y no solo para las aspiraciones

políticas personales o sectoriales. Sin perjuicio de las acotaciones realizadas, podemos concluir que hasta antes de la reforma del año 2006, del Consejo de la Magistratura, la actividad del Jurado de Enjuiciamiento ha sido positiva.

Con relación al juicio político, es lamentable que no se hayan adentrado en las causales, como lo hacía el proyecto de Alberdi. La inclusión del Jefe de Gabinete a partir de la reforma de 1994 es de relativa importancia, ya que en la misma reforma se ha establecido una forma más rápida y expeditiva para su remoción, que es el «voto de censura»³⁵ para el cual solo se necesitan la mayoría absoluta de todos los miembros de las Cámaras y no los dos tercios de Diputados o Senadores, según la etapa de que se trate para el juicio político. Por lo tanto, ese agregado se puede calificar como una mera formalidad o algo para dar una impresión de mayor control, pero que en los hechos carecería de relevancia. Por supuesto que siempre constituye un parámetro para evaluar la propia actuación presidencial, constituyéndose en una especie de «aviso previo», pero que en forma alguna favorece a la sociedad ya que tal llamado de atención, por lo general, no es escuchado como tal sino como un artilugio de la oposición. De manera que respecto de las últimas reformas poco se puede agregar ya que las cosas parecen seguir los parámetros anteriores. La reforma que sí ha sido destacable es la de 1860, cuando se completa el proceso constituyente argentino por su trascendencia institucional y política.

Cabría preguntarse si el juicio político constituye en realidad un efectivo medio de contralor. Para responder a ese planteo habría que acotar que el juicio político es una institución que depende de su efectivización de las personas que integran la sociedad, ya sean ellos legisladores o personas comunes que presionen o hagan explícitos sus requerimientos. Baste recordar en lo social lo ocurrido en diciembre del 2001 cuando la gente llevó adelante una manifestación que determinó una seria crisis institucional; lamentablemente, con posterioridad muchos políticos usaron tales hechos en beneficio propio para alcanzar puestos importantes en los estratos del poder. Sin embargo, la sola circunstancia de haber acaecido implica su posible reiteración. En lo formal institucional es evidente que su mera presencia obliga a ciertos recatos en el uso del poder, pero también es cierto que las lealtades políticas muchas veces han sido más determinantes que las sociales. En ese orden de cosas sería de aprender la lección de la República Federativa del Brasil cuando llevó adelante y finalmente destituyó al presidente Collor de Melo, precisamente por causales de responsabilidad constitucionales.

³⁵ Constitución argentina, artículo 101: «El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras».

Mientras no exista otra forma de hacer efectiva la responsabilidad de ciertos funcionarios públicos, el juicio político sigue siendo la alternativa más adecuada. Los funcionarios le temen, pero no tanto, la ciudadanía la aprecia pero sabe sus limitaciones, y los integrantes del Poder Legislativo en no pocas oportunidades deben enfrentar el dilema de sus propias conciencias como ciudadanos o de sus lealtades políticas. Sería muy interesante que la gente pudiera recordar más ciertos hechos y sus protagonistas para tratar de evitar que se puedan llegar a perpetuar en el poder, que poco o mucho poseen, pero ejercen en contra de los intereses de la sociedad argentina.

Sin lugar a dudas, el problema de la efectivización de la responsabilidad de los funcionarios públicos constituye uno de los puntos neurálgicos para el desenvolvimiento y mejoramiento social y político. Tampoco existe duda respecto de la falta de límites que muchos evidencian en sus ambiciones. Estamos en una época en que ciertas pautas éticas anteriores se han modificado, pero sin duda a mayor conocimiento mayor exigencia, y cuanto mayor es el traspaso de los límites legales, mayores deberían ser las exigencias para retornar a las pautas correctas. En este sentido, el juicio político sigue poniendo a prueba el reconocimiento o desconocimiento de esos límites por los representantes; por ello deberíamos recordar más los nombres y los hechos para que no se reiteren.

