

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
“SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

ESTUDIOS DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

Director: Alfonso Santiago

Pablo M. Garat - Juan V. Sola - Alfredo M. Vítolo - Emilio M. Ibarlucía - Daniel
A. Sabsay - Jorge A. Amaya - Enrique Zuleta Puceiro - Sergio Díaz Ricci



BUENOS AIRES
2016

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA

La Ley Sociedad Anónima

Tucumán 1471

C.Pág. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Argentina

Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *CENTENARIO 1908 — 7 de octubre — 2008*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

SERIE I — ANUARIOS

Anales — Primera época, N° 1 (1915) — Segunda época, N° 1 a 54.

SERIE II — OBRAS

- 1.— *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.— *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.— *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.— *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.— *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.— *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.— *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.— *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.— *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.— *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.— *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.— *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.— *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.— *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.— *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.— *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.— *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
- 18.— *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías Pág. Guastavino (2 tomos).
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor Pág. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías Pág. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.— *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.— *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.— *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.— *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.— *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.— *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.— *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.

- 29.— *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.— *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.— *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.— *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.— *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.— *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III — COMUNICACIONES

Comunicaciones — N° 1.

SERIE IV — INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.— *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.— *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.— *Estudios sobre daño moral.*
- 6.— *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.— *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.— *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.— *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*
- 10.— *Los vicios de la voluntad.*
- 11.— *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.— *Capacidad civil de las personas.*
- 13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.— *Sociedad Conyugal.*
- 15.— *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.— *Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

— *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

— *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

— *Las Reglas de Rotterdam.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

— *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

— *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Vicepresidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Secretarios

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

Tesorero

Académico Dr. Daniel Funes de Rioja

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 septiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio Pág. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h.)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Argentina	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho Acta n° 1 del 7-10-1908
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Juan M. Garro
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan Álvarez	Dr. Elías Pág. S. Guastavino
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dra. Margarita Argúas	Dr. Roberto Guyer
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Héctor Pág. Lanfranco
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Hilario Largaúa
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Ricardo Levene
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Mario Justo López
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Francisco Canale	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio Pág. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma
Dr. Horacio Pág. Fargosi	Dr. Julio César Otaegui
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Lino E. Palacio
Dr. Guillermo Garbarini Islas	Dr. Jesús H. Paz
Dr. Juan Agustín García	Dr. José M. Paz Anchorena

Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan Pág. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas

Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmar de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavala
Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

DOCTRINA

Prólogo POR ALFONSO SANTIAGO.....	17
El escenario de la relación fiscal a partir de los Fallos “Santa Fe”, “San Luis” y “Córdoba” de la C.S.J.N. del 24/11/15 POR PABLO M. GARAT.....	19
La Constitución y los contratos POR JUAN V. SOLA	63
El federalismo y el principio de separación de poderes desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad de los Estados POR ALFREDO M. VÍTOLO.....	93
Reflexiones sobre el contenido esencial de los derechos funda- mentales POR EMILIO M. IBARLUCÍA.....	103
El estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Su posible incorporación en Argentina POR DANIEL A. SABSAY.....	135
Tensiones entre decisiones de los órganos del sistema interameri- cano de derechos humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos POR JORGE A. AMAYA.....	159
La problemática de la evaluación de la calidad de las leyes POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO	177
Control de constitucionalidad local: sentencias con efecto expansivo POR SERGIO DÍAZ RICCI	225

PRÓLOGO

Como lo hiciera en años anteriores, me es muy grato prologar —en mi carácter de director del Instituto de Derecho Constitucional— esta publicación que contiene las exposiciones que efectuaron miembros del Instituto en las distintas reuniones llevadas a cabo durante el año 2016.

Considero importante dar a conocer —cada año— la tarea llevada a cabo que ha sido continua, sin altibajos y que muestra cabalmente el esfuerzo realizado. Los temas han sido variados, de mucha actualidad y abarcan contenidos importantes de la temática que el Instituto tiene como objeto de estudio. De no menor importancia es destacar el nivel académico de cada una de las exposiciones como también el interés y participación generado. En efecto, luego de la intervención de cada expositor se originó un interesante cambio de opiniones, para acordar con el autor, para hacer algún aporte novedoso y en muchos casos para disentir. El disenso es también positivo, máxime cuando se realiza en un marco de respeto a la persona y a sus ideas y alejado de todo espíritu confrontativo. Se trata de asumir la vida universitaria como búsqueda conjunta y apasionada de la verdad.

Debo también destacar que la asistencia a las reuniones ha sido importante y siempre ha permitido generar un clima apto para el desarrollo de la actividad emprendida, teniendo siempre presente no desvirtuar los fines propuestos en la etapa fundacional del Instituto. Es de esperar que podamos crecer cada año y exhibir productos que sean un aporte a la ciencia del derecho constitucional.

Acad. Prof. Dr. Alfonso Santiago
Director

EL ESCENARIO DE LA RELACIÓN FISCAL A PARTIR DE LOS FALLOS “SANTA FE”, “SAN LUIS” Y “CÓRDOBA” DE LA C.S.J.N. DEL 24/11/15

RESUMEN DEL ESBOZO DE EXPOSICIÓN DEL TEMA. REUNIÓN DEL 19-04-2016

POR PABLO MARÍA GARAT

Sumario: I. El acuerdo fiscal federal del 12 de agosto de 1992.- II. Doctrina de la CSJN sobre la naturaleza y jerarquía constitucional de las leyes convenio y los pactos y acuerdos fiscales federales.- III. Somero análisis de los fallos “Santa Fe”, “San Luis”, “Córdoba” y “Formosa”.- IV. Hechos y actos posteriores a los pronunciamientos de la Corte Suprema analizados.- V. Reflexión final.

Se presenta a continuación un resumen para el seguimiento de la exposición del tema.

I. El acuerdo fiscal federal del 12 de agosto de 1992

I.1. Los antecedentes

Para comprender la génesis e implicancias de la cuestión del denominado “15 por ciento” como detracción de los recursos coparticipables que corresponden a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante la CABA) y del decreto 1399/2001 para el financiamiento

de la AFIP, entiendo que resulta necesario reseñar la vinculación entre el desfinanciamiento del régimen previsional de reparto —manifiesto a partir de la década de los años 80 en el siglo pasado— y la decisión de producir una reforma del mismo. Entre el 1 de enero de 1988, año de entrada en vigencia de la ley convenio de coparticipación federal 23.548, y el 12 de agosto de 1992, fecha de celebración del Acuerdo Fiscal Federal o “Pacto Fiscal I”, transcurrieron solamente tres años y medio pero en el contexto de la hiperinflación de 1989, la ley de emergencia 23.697 (1989) y la reforma monetaria que introdujo la ley de convertibilidad 23.928 (1991), así como la adopción de un conjunto de medidas de política económica que incluían la *reforma del sistema previsional*.

El 12 de agosto de 1992 se suscribió el *Acuerdo Fiscal Federal* y, concordantemente con el compromiso asumido en el mismo por las provincias en la Clausula Séptima, el 27 de agosto ingresa en la H. Cámara de Diputados de la Nación el Proyecto de *Ley de Reforma Previsional* que terminaría sancionado el 23 de septiembre de 1993 como ley nacional 24.241 estableciendo el sistema previsional mixto (“*Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones*”) que sería sustituido en el año 2008 por el retorno al régimen previsional de reparto mediante la ley 24.625.

A partir de aquella fecha, el llamado “laberinto de la coparticipación” —dentro del cual la autorización al Estado Nacional para efectuar la retención del 15 % para “*atender el pago de las obligaciones provisionales nacionales y otros gastos operativos que resulten necesarios*” constituye el componente más relevante— ha sustituido el régimen de coparticipación federal que, desde agosto de 1994 exige la Constitución Nacional. Todo lo que ocurrió desde el 12 de agosto de 1993, en que se celebra el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, también denominado *Pacto Fiscal II*, a través del cual se concreta la primera prórroga del Acuerdo de 1992, no ha alterado dos evidencias: *la concentración de recursos coparticipables en el Tesoro Nacional*, con el argumento primero de atender el déficit previsional y luego de todo el sistema de Seguridad Social, por una parte, y la *casi nula intención del Gobierno Federal y las Provincias para cumplir con la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución Nacional*.

II. Doctrina de la CSJN sobre la naturaleza y jerarquía constitucional de las leyes convenio y los pactos y acuerdos fiscales federales

Con ocasión de decidir acerca de admitir o no su competencia originaria, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de su doctrina sobre la jerarquía constitucional de la ley convenio de coparticipación federal y los pactos fiscales que la modifican y/o complementan.

Dos interrogantes se presentaron desde siempre y hasta el 24 de noviembre de 2015 subsistían.

El primero: *¿es definitiva la doctrina de la Corte en cuanto a la naturaleza de la ley convenio como parte del derecho intrafederal pero, al mismo tiempo con jerarquía constitucional federal?*

La segunda: *¿los pactos o acuerdos fiscales celebrados entre el Gobierno Federal y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires complementarios y/o modificatorios de la ley convenio, tienen la misma naturaleza y jerarquía que esta, formando parte del llamado derecho intrafederal?*

Ocurre que en los precedentes que citaremos el tribunal, para resolver una cuestión de orden procesal —la competencia originaria—, estableció una doctrina de fondo que se proyectaba con enorme relevancia sobre la vigencia de la Constitución Nacional en la materia, especialmente sobre la interpretación de la distribución del poder de imposición y de la renta tributaria federal como su consecuencia.

1. *“Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, 1 A. 95. XXX. ORIGINARIOS. 19 de agosto de 1999.*

2. *“El Cóndor Empresa de Transportes S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa”, CSJN 07/12/2001. E. 115. XXXIV. ORIGINARIO (Fallos 324:4226).*

En estos dos precedentes la Corte modificó su doctrina anterior a la reforma de 1994 (cfr. “Transportes Chevallier” y “Expreso Cañuelas”) en el marco del conflicto entre una ley local cuestionada por agraviar el régimen de coparticipación federal y la que, siendo también local, estableció la adhesión al mismo. Así, el tribunal *afirmó su doctrina acerca de la naturaleza y ubicación de los Pactos Fiscales a la par de la ley convenio de coparticipación federal a partir de 1994 con rango constitucional.*

3. *“Matadero y Frigorífico Merlo S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”, M. 903. XXXIX. ORIGINARIO 27 de mayo de 2004” (fallos 327:1789).*

Con este fallo se produce un cambio en la doctrina de estos precedentes, *en tanto se efectúa sin duda una distinción de jerarquía constitucional entre la ley que instituya regímenes de coparticipación federal y los pactos o acuerdos que define “como actos complejos dentro del sistema normativo federal” y que hacen parte en primer lugar del derecho local.*

4. *“Cuyo placas S.A. c/ La Pampa, Provincia de s/ ordinario”. C. 2418. XXXIX. ORIGINARIO. 5 de mayo de 2009.*

Este precedente ya insinúa el cambio jurisprudencial que distingue la jerarquía de la ley convenio de coparticipación federal de los pactos o acuerdos fiscales, y que se confirma en otro pronunciamiento de la misma fecha que analizamos seguidamente.

5. *"Papel Misionero S.A.I.F.C. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa"*. Pág. 582. XXXIX. ORIGINARIO. Buenos Aires 5 de mayo de 2009.

En la misma fecha que el pronunciamiento anterior se dicta este precedente donde el voto de la mayoría (ministros Carlos F. Fayt, Enrique S. Petracchi, Juan Carlos Maqueda (según su voto), Elena I. Hígton de Nolasco y Carmen M. Argibay) expresa:

3°) *Que la decisión que se adopta importa dejar de lado la solución establecida en Fallos: 324:4226 ("El Cóndor), en la medida en que por el presente se restablece la tradicional doctrina con la excepción indicada, con arreglo a la cual el régimen de coparticipación federal forma parte integrante del plexo normativo local (Fallos: 314:862; 316:324 ("Transportes Chevallier" y "Expreso Cañuelas" respectivamente y sus citas).*

Con este fallo se abandona claramente la doctrina que había receptado el rango constitucional de la ley convenio de coparticipación federal, además de tener por vigente la que distingue a esta norma de los pactos o acuerdos fiscales.

Ello retrotrae a la jurisprudencia del tribunal en "Transportes Chevallier" y "Expreso Cañuelas" anteriores no solamente a la reforma, sino a la misma ley convenio 23.548.

6. *Fallo "Pan American Energy LLC. Sucursal Argentina c/ Chubut, Provincia del y otro (Estado Nacional) s/ acción declarativa"*. Pág. 2738. XXXVIII. Originario. 19 de junio de 2012.

Finalmente, en el último precedente inmediato, referido a la supuesta violación de la ley convenio de coparticipación federal 23.548 y el Pacto Fiscal II, la Corte no ingresa en la cuestión y previo a abocarse a resolver la cuestión sobre la analogía del tributo provincial con otro nacional coparticipable y a si se ha incumplido con las cláusulas del citado Pacto, decide solo el aspecto procesal acerca de su competencia originaria.

Efectuada esta reseña y volviendo a los dos interrogantes planteados resulta en mi opinión que el estado de la doctrina de los autores y de la Corte Suprema se encontraba al momento de concretarse estos nuevos pronunciamientos, en un punto de preocupante divergencia.

Como veremos, después de estos nuevos fallos no caben ya dudas en cuanto a la naturaleza contractual e idéntica jerarquía constitucional de

la ley convenio de coparticipación federal y los pactos y acuerdos fiscales complementarios y/o modificatorios de ella celebrados entre el Gobierno Federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III. Somero análisis de los fallos “Santa Fe”, “San Luis”, “Córdoba” y “Formosa”

III.1. *“San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos;” CSJ 191/2009 (45-S) / CS 1*

III.2. *“Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.” CSJ 538/2009 (45-S)/CSl ORIGINARIO. Buenos Aires, 24 de noviembre de 2015*

Se trata de dos planteos solicitando se declare la inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 26.078 en cuanto prorroga el Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992 sin la adhesión de dichas provincias y reclaman el cese en consecuencia de la retención del 15 % de los recursos coparticipables de la ley convenio 23.548, destinado a atender el pago de obligaciones previsionales y otros gastos operativos, así como la devolución de los importes detraídos desde el 1° de enero de 2006.

Atento a que en el primero de los pronunciamientos, la Corte Suprema remite al segundo dictando sentencia en idénticos términos analizaremos solamente este.

Posiciones de las partes

En el consid. 2) la Corte afirma de modo liminar *“Que de los términos en que ha quedado trabada la controversia, y de las exposiciones de las partes en la audiencia pública celebrada ante esta Corte, se desprende que la Provincia de Santa Fe fundamenta su impugnación constitucional al art. 76 de la Ley N° 26.078 en un doble orden de razones: **por un lado, sostiene que la nueva prórroga de la detracción dispuesta en esa norma, no tuvo el necesario respaldo o adhesión provincial, por lo cual constituye una modificación unilateral del derecho intrafederal, y por otro, afirma que se ha producido una modificación fundamental de las circunstancias que le dieron origen a partir de la vigencia de Ley N° 26.425 que instauró un sistema previsional absolutamente distinto, en cuyo marco aquella extracción perdió su finalidad.***

Por su parte, el Estado Nacional sustenta su defensa en la circunstancia de que la norma cuestionada cumpliría las exigencias previstas en el inc. 3° del art. 75 de la Constitución Nacional para realizar asignaciones específicas de tributos coparticipables, y en la votación afirmativa de la

ley por parte de los diputados y dos de los senadores de la Provincia de Santa Fe; invoca también la necesidad de la ANSeS de contar con los fondos provenientes del 15 % de la masa de recursos coparticipables para mantener el esquema actual de financiamiento de las coberturas previstas en el sistema sin tener resultados deficitarios, y plantea la prescripción de la acción de cobro interpuesta.

Esas posiciones antagónicas e inconciliables que han asumido las partes en relación a la cuestión sometida a decisión, exigen establecer el marco jurídico en el que debe dirimirse la contienda”.

Interpretación y características del marco jurídico constitucional de nuestro sistema fiscal federal

En los consids. 3) a 9) la Corte efectúa un análisis del marco jurídico constitucional —y su evolución— para la distribución del ejercicio del poder de imposición y, consecuentemente, de la renta fiscal federal entre el Gobierno Federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Invoca así, implícitamente, el criterio de interpretación dinámica de la Constitución para afirmar en el consid. 3) *“Que la distribución de potestades tributarias entre la Nación y las provincias diseñada por los Constituyentes de 1853-1860, respondió a la realidad política y social imperante al tiempo de su sanción. Los sucesos históricos posteriores pusieron de manifiesto la insuficiencia de los recursos asignados por la Constitución a la Nación para hacer frente a las funciones que le fueron delegadas por los estados provinciales”.*

En esa perspectiva analiza las etapas que, en su consideración, atravesó la *“evolución histórica de la distribución de la renta tributaria federal... desde la sanción de la Ley Fundamental hasta la actualidad”* identificando *“tres períodos que pueden diferenciarse en: el de separación de fuentes (1853-1891); el de concurrencia ‘de hecho’ (1891-1935), y el de coparticipación impositiva (desde 1935 en adelante)”.*

Aquí cabe destacar que, por no extenderse en mayores precisiones, podría inferirse que la recepción constitucional en 1994 del instituto de la *“coparticipación impositiva”* implicaría para la Corte una derogación implícita de los sistemas de separación y concurrencia de fuentes de los arts. 4 y 75, incs. 1 y 2 que no se han alterado por el constituyente.

Existe un consenso unánime en la doctrina especializada en que ello no puede concluirse así y que se ha decidido por el constituyente del 94 la convivencia de los tres sistemas, bien que con la obligación de tenerse

por coparticipables las contribuciones directas e indirectas que establezca el Congreso de la Nación, no así las que pudieren, eventualmente, las provincias.

Amén de ello, cabe destacar que nada ha dicho la Corte sobre el denominado —por la doctrina nacional e internacional— sistema de coordinación fiscal de “*transferencias condicionadas o incondicionadas*”. Esto es relevante señalarlo pues, como veremos en la exposición del presente, la misma evolución histórica que adopta el más alto tribunal como criterio de interpretación, acredita que entre 1988 y la actualidad —a pesar de la clara manda constitucional de la Disposición Transitoria Sexta y lo dispuesto por el art. 75, incs. 1 y 2 de la Constitución Nacional— se ha producido en la legislación infraconstitucional un deslizamiento progresivo y constante hacia la adopción de estos sistemas en desmedro de los tres enumerados por la misma Corte.

Luego de zanjar, definitivamente en mi opinión, la jurisprudencia cuando menos ambigua del mismo tribunal en los precedentes sobre la materia analizados en el punto II del presente, con relación a la naturaleza jurídica de la ley convenio de coparticipación federal, se extiende en lo que también integra en su doctrina el cuerpo del denominado *derecho intrafederal*: los pactos y acuerdos fiscales precisando que “...*además de lo ya señalado, ‘el marco jurídico del sistema de distribución de la renta tributaria federal se integra —en lo que aquí interesa— con el “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992, el “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” del 12 de agosto de 1993, el “Compromiso Federal” del 6 de diciembre de 1999, el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal” del 17 de noviembre de 2000 —entre otros—, y las leyes nacionales y provinciales que los ratificaron y los prorrogaron*” (consid. 6).

Por razones que se explicaran más adelante, vale observar que la Corte no menciona expresamente en esta enumeración al Acuerdo Federal del 27 de febrero de 2002. De otros precedentes (*en primer lugar el fallo “infra” analizado S- 539 “Santa Fe, sobre el decreto 1399/01*) puede concluirse que no por ello lo interpreta fuera del llamado “derecho intrafederal”, en todo caso quizá ello se derive de que dicho Acuerdo no se encuentra en la línea de las prorrogas del Pacto Fiscal I y ello por decisión manifiesta de los firmantes (el Gobierno Federal, todas las provincias con excepción de San Luis, y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Luego, y en el mismo consid. 6), encontramos dos afirmaciones cuya proyección para la interpretación constitucional en la materia revisten en mi opinión particular relevancia y abren ciertos interrogantes.

Dice nuestra Corte: ***“Es dable señalar que los pactos fiscales suscritos antes de la reforma constitucional del año 1994, han sido el mecanismo empleado para superar —en el marco del régimen de la ley-convenio 23.548— los inconvenientes propios del sistema rígido de separación de fuentes tributarias”***

Relacionando esto con lo que observáramos en cuanto a que las distintas etapas de la evolución histórica de la distribución de la renta tributaria federal no se han receptado en la reforma de 1994 mediante una derogación de los sistemas de separación y concurrencia de fuentes ni su sustitución por el de coparticipación, cabe sin embargo preguntarse: ¿atento a la analogía de naturaleza contractual entre la ley convenio y los pactos fiscales a que el tribunal hace referencia, corresponde concluir (otra vez) que la “constitucionalización” de la ley convenio de coparticipación federal implica la derogación implícita del “sistema rígido de separación de fuentes tributarias”? Y esto suponiendo que se admite —vía la interpretación sistémica— que también cabe admitir las mutaciones constitucionales implícitas.

Las consecuencias de admitir esto, lo adelanto, no son menores, porque —a modo de ejemplo— ello implicaría la renuncia de las provincias al ejercicio del poder de imposición reservado en los arts. 4 y 75 inc. 2° o, por caso, la inadmisibilidad del derecho de receso luego de haber aprobado la ley convenio en los términos del mismo art. 75 inc. 2.

Dicho de otro modo, el ejercicio del poder de imposición quedaría concentrado en el Gobierno Federal con la obligación de someter el producido del mismo a regímenes de coparticipación acordados con las provincias.

Pero aún más, expresa también la Corte que dichos pactos ***“han constituido la vía adecuada para estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se flexibilizó, en un contexto de participación igualitaria, la distribución de la recaudación coparticipable, eliminando de esta manera la situación de incertidumbre jurídica generada por la falta de sanción del nuevo régimen de coparticipación conforme a las pautas fijadas en el art. 75, inc. 2°”***

Entonces habría que concluir también que, además, ni siquiera se cuenta con el sistema formal previsto por la Constitución Nacional y a modo de sucedáneo jurídico se admite la recurrencia a este tipo de acuerdos fiscales que, obviamente, escapan a las precisas reglas formales que prevé el texto constitucional en relación con la ley convenio.

¿Es esto lo que ha querido interpretar nuestra Corte Suprema con estas consecuencias?

Evidentemente, no debiera ser esa la conclusión teniendo en cuenta el claro sentido exhortativo de esta sentencia en orden a no eludir con un nuevo “pacto fiscal” transitorio la manda constitucional de la DT Sexta.

Finalmente, en lo que, como veremos, representa un cambio sustantivo —tanto en este fallo como en el referido al decreto 1399/2001— en relación con la relevancia jurídica de los precedentes de la Comisión Federal de Impuestos, expresa *“Que a título de referencia es dable poner de resalto que en el mismo sentido ha emitido sus resoluciones la Comisión Federal de Impuestos con anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, al señalar que las modificaciones o excepciones a la Ley N° 23.548, o a sus porcentajes de distribución, solo pueden llevarse a cabo mediante leyes-convenio (resoluciones generales interpretativas 5/91, 6/92, 7/92, 8/92, 9/92, 12/92 y 13/92); e incluso, la propia Procuración del Tesoro de la Nación ha efectuado la misma interpretación (Dictámenes, 201: 36; 238: 569)”* (consid. 8).

Análisis del acuerdo fiscal federal de 1992 y sus prorrogas. Cuestión de la periodicidad de su cumplimiento

En los consids. 10) a 15) la Corte Suprema procede al análisis del Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992, también conocido como “Pacto Fiscal I”.

Dice así que *“para ello debe partirse de la cláusula primera del “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales del 12 de agosto de 1992 —ratificado por la ley nacional 24.130 y su par de la Provincia de Santa Fe 10.955—, en la que se convino que “A partir del 1° de septiembre de 1992, el Estado Nacional queda autorizado a retener un 15% (quince por ciento), con más una suma fija de \$ 43.800.000 mensual, de la masa de impuestos coparticipables prevista en el art. 2° de la Ley N° 23.548 y sus modificatorias vigente a la fecha de la firma del presente, en concepto de aportes de todos los niveles estatales que integran la Federación para los siguientes destinos:*

*a) El 15% (quince por ciento) para atender el pago de las **obligaciones previsionales nacionales** y **otros gastos operativos que resulten necesarios**.*

*Sin perjuicio de que su vigencia se estableció hasta el 31 de diciembre de 1993, las provincias y la Nación se comprometieron a seguir financiando mancomunadamente el Régimen Nacional de Previsión Social, asegurando el descuento del 15% de la masa de impuestos coparticipables **hasta tanto no existiera un nuevo acuerdo de partes o una nueva Ley de Coparticipación Federal (cláusula octava)”** (consid. 11).*

Continúa señalando que **“con posterioridad, el 12 de agosto de 1993 se suscribió el denominado ‘Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento’ —ratificado mediante el decreto PEN 1807/93 y la Ley N° 24.307, y por la ley provincial 11.094—, en cuya cláusula tercera se prorrogó hasta el 30 de junio de 1995 la vigencia del indicado en el consid. precedente.**

Asimismo, mediante las Leyes N° 24.468 (art. 5°), 24.699 (art. 1°) —a la que adhirió la actora a través de la ley local 11.466—, 24.919 (art. 2°) y 25.063 (art. 11), **se extendieron sucesivamente los plazos hasta el 31 de diciembre de 1999** (consid. 12)...

Que en la **cláusula primera del Compromiso Federal del 6 de diciembre de 1999**, las partes establecieron proponer al Congreso Nacional **prorrogar por el plazo de dos años la vigencia de una serie de leyes, entre ellas, la 24.130 —referida ya en el consid. 11 precedente—, siempre que con anterioridad no se sancionara la Ley de Coparticipación Federal prevista en el art. 75, inc. 2° de la Constitución Nacional.**

Tal compromiso, fue ratificado en la órbita nacional por la Ley N° **25.235**, y en la provincial por la Ley N° **11.725**. Luego mediante la Ley N° **25.239** (art. 17), **se prorrogaron expresamente los plazos hasta el 31 de diciembre de 2001** (consid. 13).

Que finalmente la provincia y la Nación suscribieron el 17 de noviembre de 2000 el **‘Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal’**, y en su art. 3° **requirieron nuevamente al Congreso Nacional la continuación por cinco años de varias leyes entre las que se encontraba la 24.130** (consid. 14).

Que en la reseña efectuada aparece un hecho y una conducta institucional indiscutible, cual es que **las partes respetaron aquel rango normativo superior del derecho intrafederal, expresión máxima de voluntad de los órganos superiores de nuestra organización constitucional**. Asimismo reconocieron implícitamente algo característico de los convenios que se habían firmado, esto es su **periodicidad**, hasta el vencimiento de la prórroga pactada en el **‘Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal’ (31/12/2005)**” (consid. 15).

Conforme se verá cuando analicemos lo resuelto por el tribunal para decidir la excepción de prescripción interpuesta por el Estado Nacional, la cuestión de la *periodicidad* destacada en este consid. entiendo opera en directa relación con ese punto.

Finalización de la prórroga del acuerdo fiscal federal. Invocación de la supuesta mutación de la clausula referida a la detracción del 15 % en una asignación específica

Reseñada así la secuencia de las prórrogas que, por acuerdo entre el Gobierno Federal y las provincias extendió la vigencia del Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2005, la Corte adelanta sin más:

“Que sin embargo, y a pesar de una conducta institucional prolongada que se extendió durante catorce años, con la sanción y promulgación del art. 76 de la Ley N° 26.078 se prorroga de manera unilateral la vigencia de la detracción del 15% de la masa coparticipable, y se pretendió mutar su naturaleza jurídica por la de una asignación específica; según la calificación que le asigna el Estado Nacional a esa decisión al contestar la demanda” (consid. 16).

Doctrina de la CSJN sobre la interpretación del art. 75, inc. 3 de la Constitución Nacional y su alcance

Entre los consids. 19) a 26) la Corte, por primera vez y con extrema precisión y claridad, efectúa la interpretación del inc. 3 del art. 75 de la Constitución Nacional referido al instituto de las *asignaciones específicas de impuestos (contribuciones) nacionales coparticipables*.

Esto representa un enorme avance en el campo de la seguridad jurídica de la relación fiscal federal. Hasta aquí no resultaba claro el alcance y modalidad que el Congreso de la Nación podía darle al ejercicio de esta atribución constitucional. Debe tenerse en cuenta que, desde 1994, se ha recurrido a este instituto para consolidar el llamado “laberinto de la coparticipación” en lugar de recurrir a él en circunstancias y por plazos excepcionales. Además, en general no se han respetado los requisitos constitucionales que ahora la Corte viene a identificar con total certeza. A partir de este fallo creo que la doctrina de la Corte Suprema torna indubitable la correcta interpretación que de la misma ha de hacerse la cual, hay que anticiparlo, señala el tribunal ha de ser siempre *restrictiva*.

Comienza por advertir que *“establecido entonces que no existe un nuevo pacto al respecto, y que la obligación tenía una fecha de vencimiento, la Corte debe determinar si la detracción que se mantiene hasta la fecha encuentra sustento legal en la atribución conferida por la última disposición constitucional citada* (se refiere al art. 75, inc. 3 mencionado); *y si dicha atribución ha sido ejercida dando cumplimiento a las exigencias impuestas por la Carta Fundamental”* (consid. 19).

Dice así que *“Por otra parte, es necesario destacar que **las asignaciones específicas de recursos coparticipables constituyen transferencias de ingresos de las provincias a favor de algún sector especial.** Es por esta razón, y a los efectos de poner a resguardo los intereses de las jurisdicciones locales, que los convencionales constituyentes destacaron tanto la **“integralidad” de la masa coparticipable,** como el carácter **excepcional de estas asignaciones,** disponiendo que **solo pueden ser fijadas por un tiempo determinado de duración y con una finalidad determinada** (confr. intervenciones del miembro informante por la mayoría convencional Marín, “240 Reunión – 30 Sesión Ordinaria [Continuación] 4 de agosto de 1994”, páginas 3176 y 3173). **De lo contrario, el Congreso Nacional podría, por regla y de manera unilateral e inconsulta, afectar la distribución de recursos tributarios consensuada por la totalidad de las jurisdicciones involucradas y disminuir las sumas que deberían percibir las provincias en concepto de coparticipación”...***

*“De manera que, a la hora de examinar **la validez constitucional de una asignación específica** dispuesta por el Congreso, así como de los **límites constitucionales** fijados al ejercicio de esa potestad, **se impone una interpretación restrictiva** pues, en definitiva, lo que se encuentra en juego es una facultad con una trascendente incidencia sobre el régimen de distribución de recursos y el sistema federal en su conjunto” (consid. 22).*

Recuerda también la Corte que *“la Ley Fundamental admite, como excepción, la posibilidad de detraer de los recursos coparticipables a las contribuciones cuya recaudación, en todo o en parte, tengan una asignación específica dispuesta por el Congreso, **estableciendo requisitos especiales para su validez** (art. 75, inc. 3°).*

*El establecimiento o la modificación de tales asignaciones deben tener **tiempo determinado,** deben realizarse mediante la sanción de **una ley especial,** y esa ley debe ser **aprobada por un quorum integrado por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”** (consid. 21).*

Resulta obvio que, además, debe expresarse el *destino específico* en la ley especial que las establece o modifica. Esto lo aclara el fallo en el párrafo arriba transcrito al recordar que *“solo pueden ser fijadas por un tiempo determinado de duración y con una finalidad determinada”.* Esta precisión tiene una enorme trascendencia como advertencia al Congreso de la Nación.

Pero esto se ve precisado aún más a través del pronunciamiento que venimos analizando, en tanto la Corte aclara que a los recaudos previstos por el inc. 3 del art. 75 citado, debe agregarse que *“la atribución conferida*

al Congreso por el constituyente en el citado art. 75, inc. 3º, **se limita a la posibilidad de establecer o modificar asignaciones específicas sobre una parte o el total del producido de la recaudación de impuestos determinados.**

Es menester, en consecuencia, dilucidar si esa facultad excepcional podría importar una suerte de autorización para detraer unilateralmente una proporción de la masa coparticipable en forma previa a la distribución primaria de los recursos que la integran, o si la atribución se debe ejercer y ejecutar, sobre las contribuciones propiamente dichas; vale decir sobre los impuestos (consid. 23).

Sobre tales premisas no cabe sino concluir que las asignaciones específicas (que por lo arriba señalado deben tener siempre una “finalidad determinada”) solo pueden ser establecidas por el Congreso Nacional sobre una parte o el total de la recaudación de impuestos indirectos o directos en particular, por tiempo determinado y mediante la sanción de una ley especial con las referidas mayorías agravadas de ambas Cámaras, y que esta es la única y excepcional facultad con la que cuenta la Nación para afectar los impuestos que integran la masa coparticipable, sin necesidad de contar con un Pacto o la previa conformidad de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (consid. 24).

Ha quedado así definida con extrema claridad la interpretación constitucional efectuada por la Corte Suprema sobre el instituto de las asignaciones específicas previsto en el art. 75 incs. 2 y 3 de la Constitución Nacional.

Pero para ahondar aún más en la cuestión —y agotarla en mi opinión— aborda la interpretación acerca de *cómo deben expresarse las mayorías agravadas que la Constitución exige.*

Esto, junto con la mayor o menor precisión de aquella “finalidad determinada” resulta decisivo a la hora de considerar la constitucionalidad de la mayoría de las leyes vigentes que establecen y/o modifican asignaciones específicas de impuestos nacionales coparticipables y sus prórrogas.

Señala la Corte que *“no empecé a lo expuesto el hecho de que la Ley N° 26.078 haya sido aprobada por la referida mayoría agravada de ambas Cámaras, pues ello no determina sin más —como lo esgrime el Estado Nacional— el establecimiento o la modificación de una asignación específica, en la medida en que no se cumplan con las restantes exigencias constitucionales establecidas como presupuesto de su validez.*

En su caso, la existencia de esa mayoría circunstancial no puede tener la virtualidad de transformar en letra muerta la escrita por los

constituyentes de 1994, con una previsión novedosa que, garantizando el federalismo, impone condiciones específicas para que esa legislación sea válida para la Constitución Nacional” (consid. 25).

Dicho de otro modo: la mayoría agravada que exige el art. 75, inc. 3 no puede darse accidental o circunstancialmente sino como consecuencia de la voluntad expresa de los senadores y diputados de integrar la misma. Lo que ocurre es que esto es natural cuando se respeta, además, el requisito de ley especial en el marco de cuyo debate no caben dudas acerca de lo que se discute y su marco constitucional. En cambio, si como se ha hecho costumbre legislativa, el establecimiento y/o prórroga de asignaciones específicas se ha sancionado en el marco de verdaderas “leyes ómnibus”, la advertencia cobra especial relevancia. Y esto se proyecta sobre todo el llamado “laberinto de la coparticipación” poniendo en cuestión la constitucionalidad de la mayoría de las leyes que lo estructuran.

Doctrina de la CSJN sobre el alcance de la votación de los senadores y diputados nacionales en la materia y la naturaleza del mismo. Representación natural de la provincia

Complementariamente a la doctrina arriba reseñada, referida a la cuestión de las asignaciones específicas de impuestos nacionales coparticipables, la Corte abunda todavía más en un aspecto que se proyecta más allá de la materia bajo análisis.

Es el referido a la representación de las provincias en el Congreso de la Nación y el alcance que debe darse al voto de sus senadores y diputados en relación con las potestades reservadas por ellas y la titularidad de la expresión de la misma ante el Gobierno Federal y las demás jurisdicciones locales.

Así, expresa que *“un párrafo aparte merece la importancia que el Estado Nacional le atribuye, entre sus defensas, a las conformidades dadas por los diputados y dos de los senadores de la Provincia de Santa Fe en el momento en el que se votó la ley.*

Esa conducta no tiene la relevancia que el demandado pretende asignarle.

No son ellos quienes revisten la condición de órganos superiores de nuestra organización constitucional, ni sus votos pueden traducirse en la expresión de voluntad del Estado provincial, pues en el marco del federalismo de concertación el representante natural de la provincia es su gobernador. No le corresponde entonces al Congreso legislar en nombre de una provincia, suplantando la representación de esa soberanía,

pues ello es atentatorio de los principios fundamentales de la asociación federativa en que la personalidad política de los pueblos no puede ser eliminada sino en todo aquello que corresponde al modo de ser exterior de cada estado (Ravignani, Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898, t. 4, pág. 773 y siguientes, citado en Fallos: 317:1195, voto del juez Fayt).

Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución Nacional. Entretanto ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137:47; 318:1967; 321:3236; 32 :1616 y 330:2222).

Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, y es del resorte de esta Corte juzgar 'la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes' (Fallos: 210:1095) y 'la excedencia de las atribuciones' en la que estos puedan incurrir (Fallos: 254:43).

De tal manera, la conformidad referida no sella el resultado de la prentensión, cuando el ejercicio de la facultad del Congreso de la Nación no se ajusta a lo que la Constitución Nacional impone”.

Este apartado conmueve particularmente la consideración acerca del alcance la representación de las provincias en el Senado de la Nación y subraya la que corresponde naturalmente a los gobernadores en el concierto de la relación federal. Y tiene su aplicación expresa cuando en la parte dispositiva (punto VI.) de la sentencia y con carácter exhortativo se dirige la Corte a ***“los órganos superiores de nuestra organización constitucional”***. Al menos con relación a las provincias debe entonces interpretarse que se refiere a los gobernadores y en relación con los acuerdos previos que deben celebrarse para la sanción de una nueva ley convenio de coparticipación federal. Y es natural también concluir que, respecto del Gobierno Federal, su exhortación está dirigida en primer lugar al Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio del rol del Senado como cámara originaria en la materia. Así señala en el consid. 39) que ***“...sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, corresponde que los poderes federales (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994, y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación”***.

Financiamiento de la Dirección General Impositiva (DGI). Relación con el financiamiento de la administración federal de ingresos públicos (AFIP) y el decreto 1399/2001

Teniendo en cuenta que en el mismo Acuerdo de Ministros, la Corte Suprema resolvió el expediente S-539 referido al decreto 1399/2001, en lo atinente al financiamiento de la AFIP con una detracción de la masa coparticipable de la ley convenio 23.548, no parece improcedente que en esta causa, iniciada solo destacando la provincia de Santa Fe la inconstitucionalidad de la prórroga del Pacto Fiscal I en relación con la retención del 15 %, haya resuelto referirse el tribunal a otro aspecto de la misma vinculado con su destino que, de ordinario, es identificado solamente con el financiamiento del sistema previsional.

Cabe recordar que, entre otras razones, este Acuerdo Fiscal Federal, como lo expresamos al principio, se produce como consecuencia del dictado por parte del PEN de los *decretos* N° 559/92 y 701/92 relacionados con el financiamiento de la DGI por decisión unilateral del PEN. Como hemos analizado, los mismo fueron motivo de las resoluciones generales interpretativas Nos. 6 y 7 y resolución declarativa N° 1 de la Comisión Federal de Impuestos, con carácter previo a la celebración del Pacto Fiscal I.

Esta cuestión del financiamiento de la Dirección General Impositiva en el contexto y letra de dicho Acuerdo Fiscal Federal y la de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) en las del decreto 1399/2001, motivo del otro fallo bajo análisis, exhiben una evidente conexión que, además, se proyecta como una cuestión compleja a resolver en el marco del futuro de la relación fiscal federal en tanto que, por una u otra vía (ambas sentencias) el cumplimiento acabado de las mismas lleva a la falta casi total de financiamiento del organismo recaudador nacional. Obviamente esto no es el resultado buscado por la Corte Suprema pero es lo que resulta necesariamente de no mediar los acuerdos para el cumplimiento de la Constitución Nacional a los que el tribunal ha exhortado formalmente en la sentencia del presente bajo análisis.

A esta cuestión habrá que regresar entonces, cuando analicemos los fallos “Santa Fe” y “San Luis” referidos al decreto 1399/2001.

La cuestión de la reestatización del sistema previsional y sus efectos sobre la materia de autos

Después la Corte aborda una de los aspectos más delicados del asunto sometido a su consideración.

Se trata de la legitimidad de la vigencia de la detracción del 15 % acordada, como se ha visto con una finalidad específica y en un contexto determinado cuando tal finalidad se ha alterado y el contexto modificado radicalmente.

Tenemos aquí, desde ya tres cuestiones a considerar:

a) La atención del déficit del sistema previsional, **supuesto que este exista.**

b) La atención de **otros destinos y/o contingencias de la seguridad social.**

c) El **procedimiento** para que una parte de los impuestos nacionales coparticipables se destine a uno o ambos fines.

Continua señalando que “...*corresponde reconocer que con la sanción de la Ley N° 26.425 se establecieron modificaciones sustanciales en el Sistema de Seguridad Social regulado por la Ley N° 24.241 y sus modificatorias, tales como la eliminación del Régimen de Capitalización y su absorción y sustitución por el régimen de reparto.*

...

Si bien el sistema previsional argentino adoptó la particularidad de financiarse con recursos adicionales a los aportes personales y contribuciones patronales —tales como la detracción del 15% de la masa coparticipable aquí cuestionada, o las asignaciones específicas de impuestos como ganancias e IVA, entre otros—, lo cierto es que el Estado Nacional no ha acreditado del modo en que le era exigible en estas actuaciones la incidencia que pudiera tener en el sostenimiento del sistema previsional la eliminación de la detracción cuya vigencia aquí fue cuestionada.

Tal circunstancia no se ve superada con el informe de fs. 286/307, en tanto la afectación que hubiera producido el hecho de no contar con el 15% de la masa de impuestos coparticipables durante los ejercicios a los que se refiere (2009 y 2010), debió calcularse solo en la proporción que aportan las provincias a aquel porcentaje de acuerdo a la distribución primaria, y dejar al margen la correspondiente al Estado Nacional.

Además en ese informe no se detalló la composición de los gastos figurativos incluidos en el punto V de fs. 301, razón por la cual no puede determinarse el destino de esos fondos y si son o no todos prestacionales.

A su vez, se desvinculó el informe del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS), cuya utilización para el pago de beneficios del Sistema

Integrado Previsional Argentino (SIPA) es viable cuando se cumplen los presupuestos legales del art. 11 del Decreto N° 2103/08.

Nadie se encontraba en mejores condiciones de demostrar tales extremos que el propio Estado Nacional, pues cuenta con toda la información necesaria a esos efectos” (consid. 31).

Sobre la invocada situación deficitaria del sistema de seguridad social y su alcance con la materia en discusión

Con relación al segundo aspecto de la fundamentación aludida, precisa la Corte *“en cuanto a las consideraciones generales formuladas en la contestación de demanda, en las que se intenta justificar la necesidad de mantener los fondos afectados al financiamiento de los regímenes de la seguridad social, en particular la detracción en examen, no puede dejar de insistirse en que no se encuentran corroboradas con elementos de prueba aportados en la causa.*

A ello debe agregarse que aun cuando —por hipótesis—, aquellas afirmaciones fueran tenidas por ciertas, su validez halla un escollo infranqueable en la inexistencia de un pacto suscripto por la Provincia de Santa Fe o de una ley-convenio a la que esta haya adherido, que prevea que esos fondos puedan ser detraídos con aquel destino.

...

*Tratándose, entonces, del válido ejercicio de atribuciones de naturaleza previsional que en forma primaria corresponden al Estado Nacional y son el resultado de una iniciativa instrumentada por esa jurisdicción, resulta razonable suponer que los fondos para hacer frente a esas erogaciones **deben emanar, prima facie, de rentas generales de la Nación.***

*Ello no empece a que esta pueda celebrar con las provincias acuerdos **intrafederales respecto del financiamiento de estas prestaciones que debe afrontar la ANSeS. Sin embargo, ni la movilidad de haberes del régimen previsional público, ni las asignaciones de la seguridad social allí previstas, fueron contempladas en el Pacto Fiscal del año 1992 o en alguna de sus prórrogas. Por lo tanto, su existencia no puede constituir el fundamento de la continuidad de la detracción cuestionada. Y los aludidos acuerdos tampoco han sido celebrados”** (consid. 32).*

Aparece aquí una cuestión poco considerada en el debate ante la opinión pública e incluso en el Congreso de la Nación al momento de sancionarse las leyes de movilidad previsional (26.417) y de las asignaciones familiares y la asignación universal por hijo (AUH) (27.160), entre otras,

en tanto la detracción del 15 % solo fue autorizada por las provincias con destino a atender las “obligaciones *previsionales*”, que constituye solo una de las contingencias de la Seguridad Social. Además, al autorizarse solo por tiempo determinado, esto debió advertirse al determinarse la fórmula para el cálculo de la movilidad de todas esas contingencias, por su componente impositivo, y el impacto que el cese del aporte del 15 % tendrá sobre la misma. Igualmente al no determinarse con exactitud la fuente de financiamiento de las mismas, que no puede ser la del 15 %.

Sobre la restitución de los fondos a la provincia y la cuestión de la prescripción invocada por el ENA

Determinada por la Corte la admisibilidad del planteo de la provincia y la inconstitucionalidad de la prórroga denunciada, el tribunal aborda la cuestión del quantum de la restitución y el procedimiento para ello.

Debe adentrarse así en el análisis de la excepción de prescripción interpuesta por el Estado Nacional al contestar la demanda.

Habiendo admitido la naturaleza contractual del derecho intrafederal y por ende de las leyes convenio y los pactos entre el Gobierno Federal y las provincias resulta de toda lógica el rechazo que efectúa a la pretensión de encuadrar la conducta del Estado Nacional dentro de la responsabilidad extracontractual por hechos ilícitos.

Sin embargo, aquel análisis no deriva en su criterio en la aplicación de la prescripción decenal del art. 4023 del antiguo Código Civil de la Nación, que podría corresponder atento a la verificación del contrato fiscal federal.

Así, señala en primer lugar que *“la obligación del Estado Nacional de restituir los recursos coparticipables detraídos ilegítimamente tiene su fundamento en un deber previo, específico y determinado, establecido en el Régimen de Coparticipación Federal, que surge tanto de la ley-convenio 23.548 como de la Constitución Nacional.*

Ello excluye al supuesto de autos del campo de aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual.”

Y luego continúa: *“Asimismo, es dable considerar el carácter fluyente o periódico de la obligación sub examine, que consiste en el deber de transferir diaria y automáticamente a cada provincia el monto de recaudación que les corresponda a medida que se cobran los impuestos, de acuerdo a los porcentajes establecidos en la Ley N° 23.548, por intermedio del Banco de la Nación Argentina (art. 6). Tales antecedentes*

determinan que la cuestión deba ser subsumida en la norma del art. 4027, inc. 3º, del Código Civil —aplicable de conformidad con lo dispuesto por el art. 2537 del Código Civil y Comercial— que establecía el plazo específico para este tipo de casos de prestaciones de naturaleza fluyente, y según la cual se prescribía por cinco años la obligación de pagar los atrasos de todo lo que debe pagarse por años, o plazos periódicos más cortos, con prescindencia de que dichos pagos tengan su fuente en un contrato o en la ley” (Fallos: 244:476) (consid. 35).

Quien esto escribe no comparte el criterio del más alto tribunal, pero como tal debe acatarse. Sin embargo, es la misma Corte la que prevé la dificultad para admitir sin más tal criterio y abunda en sus fundamentos al señalar que *“asimismo, y tal como lo ha considerado el Tribunal en otras oportunidades, no se puede pasar por alto la adecuación al orden de los hechos que tiene la adopción de dicho plazo si se tiene en cuenta que así se evitan una eventual acumulación desmedida de deuda y las consecuentes dificultades de su cobro y pago, previsión particularmente pertinente dada la ‘significativa gravitación económica de la detracción impugnada (CSJ 480/2002 [38-F] /CS1 “Formosa, Provincia de c/ Tecnicagua S.A. y otros [Estado Nacional]/ cobro de sumas de dinero”, pronunciamiento del 10 de febrero de 2015)” (consid. 36).*

Concordantemente con ello establece que *“en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas habrá de admitirse la demanda, y se establecerán las modalidades de cumplimiento de la condena.*

A tal fin es dable considerar la trascendencia institucional de este pronunciamiento y las particulares características de la jurisdicción que se insta a ejercer a la Corte Suprema a través de la demanda incoada, en las que el Tribunal no puede ceñirse a las previsiones legales aplicables a los comunes reclamos por el cobro de una suma de dinero (Fallos: 310:2478, consid. 69). La naturaleza de la cuestión sometida a decisión, que concierne a las relaciones políticas entre los Estados, y en particular al complejo régimen de la Coparticipación Federal de Impuestos, requiere para su solución que el Tribunal ejerza las facultades que supone la trascendente misión de resolver los conflictos interestatales; máxime cuando en el ámbito del derecho intrafederal, la Nación —como ya se señaló— no es sino uno de los Estados parte.

En su mérito, en cuanto a la pretensión concerniente a la plena coparticipación de los fondos coparticipables del quince por ciento (15 %) destinados a favor de la ANSeS, se dispondrá el cese de dicha detracción con respecto al porcentaje que a la Provincia de Santa Fe le asigna la Ley Nº 23.548. Ello, bajo aperebimiento de ordenar al presidente del Banco

de la Nación Argentina que cumpla con la manda en el término de diez días (arg. art. 513 del C.P.C.C. de la Nación). En cuanto a la devolución a la Provincia de Santa Fe de los fondos que fueron detraídos, una vez determinada su cantidad con más los intereses según la legislación que resulte aplicable (Fallos: 316:165), se fijará un plazo de ciento veinte días para que las partes acuerden la forma y plazos en que se reintegrarán las sumas debidas, bajo apercibimiento de determinarlo la Corte en la etapa de ejecución (arg. arts. 163, inc. 7°, 503 y 558 bis del citado ordenamiento procesal)."

Contenido exhortativo de la sentencia en relación con la manda de la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional

Finalmente, y después de resolver el caso concreto puesto a su consideración, la Corte Suprema asume por primera vez de un modo formalmente distinto su rol político institucional como garante de la Constitución en esta materia y transforma la segunda parte de la sentencia en una de naturaleza exhortativa.

Observa, en primer lugar, que *"finalmente, el Tribunal tampoco puede dejar de señalar que han transcurrido casi diecinueve años desde la fecha fijada en la Disposición Transitoria Sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2° del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal.*

Si bien esta Corte no desconoce la complejidad que presenta la cuestión, atento a la pluralidad de jurisdicciones comprometidas en su definición así como los múltiples aspectos económicos, políticos y culturales que involucra —que necesariamente demandan de un amplio y profundo ámbito de negociación, debate y consensos—, estas circunstancias no pueden resultar un justificativo para un inmovilismo que ya supera ampliamente los tres lustros y que conspira claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994.

En razón de ello, este incumplimiento exige de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, debe poner de manifiesto la imperiosa necesidad de la sanción de la ley-convenio en los términos del citado art. 75, inc. 2°, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, que instituya regímenes de coparticipación de las contribuciones directas e indirectas, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos y una distribución que contemple criterios objetivos de reparto; que sea equitativa, solidaria y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

En palabras del ya referido miembro informante del dictamen de la mayoría de la Comisión de Redacción ante el plenario de la Convención Constituyente del año 1994, la incorporación al texto constitucional de esos principios generales, lejos de ser meras expresiones de voluntarismo o de ingenuidad política, configuran criterios o postulados a los que el legislador, así como la Nación y las provincias, deben ajustarse imperativamente.

*A través de la cláusula transitoria sexta el legislador constituyente **ha definido un mandato explícito e inderogable por la voluntad política de sus partes**, es decir, la sanción de un nuevo régimen de coparticipación y la reglamentación del organismo fiscal federal de fiscalización y control antes de la finalización de 1996.*

Con esa norma reafirmó la inquebrantable decisión de salir de un régimen de distribución de recursos que lleva más de veinticinco años, y de ingresar definitivamente en un nuevo mapa de relacionales financieras y fiscales entre el gobierno federal y los estados provinciales.

Ese imperativo categórico —que no puede ser soslayado apelando a ningún subterfugio legal— exige que las partes emprendan cuanto antes el diálogo institucional que desemboque en el nuevo Pacto Federal Fiscal, que sentará las bases de la futura ley-convenio, y sería altamente positivo que el clima de respeto y la vocación de consenso que se ha gestado en el ámbito de esa Convención se sostenga para dar lugar a un sistema superador que contemple las exigencias de equidad y solidaridad que allí se postularon (conf. “Diario de Sesiones”, ob. y págs. citadas en el consid. 5°).

El conflicto aquí resuelto, y tantos otros análogos sometidos a decisión de esta Corte, se hubieran evitado si se hubiese cumplido con esa manda constitucional.

Esta exhortación a los órganos superiores de nuestra organización constitucional se impone, a fin de consolidar el proyecto federal de nuestra Constitución primigenia, reivindicado por los convencionales constituyentes del año 1994, en cumplimiento del fortalecimiento del régimen federal que les fue encomendado (art. 3°, apartado A, Ley N° 24.309).

Y, en este orden de ideas, y sin que ello implique relevar de responsabilidades a las jurisdicciones locales, corresponde que los poderes federales (Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional) asuman el rol institucional que les compete como coordinadores del sistema federal de concertación implementado con rango constitucional en 1994, y formulen las convocatorias pertinentes a los efectos de elaborar las propuestas

normativas necesarias para implementar el tan demorado sistema de coparticipación” (consid. 39).

III.3. *“San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional y otra s/ cobro de pesos”* CSJ 1039/2008 (45-S)/ CS1

III.4. *“Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”* CSJ 539/2009 (45-S)/ CS1

Se trata de dos planteos solicitando se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º, inc. a, y 4º del decreto 1399/01 del Poder Ejecutivo Nacional y de toda otra norma o acto concordante, la plena coparticipación de los fondos detraídos como consecuencia de la aplicación de dicho decreto, en los términos y porcentajes que le correspondan según la ley 23.548 y la restitución y/o reintegro de todos y cada uno de los recursos retenidos a la provincia por tal concepto. En el caso de la provincia de San Luis reclama además que para el reintegro solicitado se tome *“como piso la garantía establecida en el art. 7º de la ley 23.548, cuya aplicación también demanda”*.

Atento a que en el primero de los pronunciamientos la Corte Suprema remite al segundo dictando sentencia en idénticos términos analizaremos solamente este.

Posiciones de las partes

Como lo expresa el fallo S-539 al inicio *“la Provincia de Santa Fe promovió la presente acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º, inc. a, y 4º del decreto 1399/01 del Poder Ejecutivo Nacional y de toda otra norma o acto concordante; la plena coparticipación de los fondos detraídos como consecuencia de la aplicación de dicho decreto, en los términos y porcentajes que le correspondan según la ley 23.548; y la restitución y/o reintegro de todos y cada uno de los recursos retenidos a la provincia por tal concepto tomando en cuenta los cinco años anteriores a la intimación efectuada mediante nota del 17 de mayo de 2007 ante el Ministerio de Economía y Producción. Sostuvo que si bien la Nación ha dictado ese reglamento alegando la autorización contenida en el art. 1º de la ley 25.414, él importa una modificación unilateral del régimen de coparticipación federal de la ley 23.548 —mecanismo regulado por el art. 75, inc. 2º, de la Constitución Nacional—, como así también una violación a lo convenido en el Acuerdo Federal del 12 de agosto de 1992, dado que la provincia ve afectados sus ingresos al detraerse de la totalidad de la masa coparticipable el concepto indicado en la norma cuestionada.*

Puntualizó que los decretos 559/92 y 701/92 del Poder Ejecutivo Nacional impusieron una detracción unilateral de fondos coparticipables, para

afectarlos al funcionamiento de la entonces Dirección General Impositiva, motivo por el cual varias provincias promovieron demandas de inconstitucionalidad contra ellos ante la Corte, y que, posteriormente, en virtud de lo convenido en el “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales” del 12 de agosto de 1992, dichas normas fueron dejadas sin efecto, comprometiéndose la Nación a no detraer de la masa coparticipable porcentajes o montos adicionales a los allí indicados, ni a transferir nuevos servicios a las provincias sin su conformidad expresa.

Agregó que en cada oportunidad que las provincias aceptaron y conformaron que se detrajieran fondos coparticipables, dicha voluntad quedó formalizada mediante acuerdos fiscales comunes, celebrados entre la Nación y las provincias en función de la materia de derecho intrafederal de la cuestión, y de la expresa prohibición contenida en el art. 75, inc. 2º párrafo cuarto in fine, que veda las modificaciones unilaterales del régimen de coparticipación. En ese marco, expresó que el 4 de noviembre de 2001 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto 1399/2001, con el propósito de reordenar la Administración Federal de Ingresos Públicos y proveerla de fuentes de financiamiento, y que, en ese sentido, la norma dispuso que sus recursos se conformaran, entre otros, por un porcentaje de la recaudación neta total de los gravámenes y de los recursos aduaneros cuya aplicación, recaudación fiscalización o ejecución fiscal se encuentre a cargo del organismo. Señaló que en función de ello el Estado Nacional retuvo una alícuota inicial del 2,75 %, y durante los años 2005 al 2009 el 1,90 %. Añadió que según el art. cuarto del referido decreto 1399/2001 las sumas se retienen de la cuenta recaudadora del impuesto de la ley 23.349, en la parte correspondiente al inc. b del art. 52, y que la Administración Federal de Ingresos Públicos es la titular de los recursos resultantes de la aplicación del art. 10 inc. a; como contraprestación de los servicios prestados, y que a los efectos de dicha norma debe entenderse por recaudación neta total u las sumas que resulten de deducir de los ingresos totales, las devoluciones, repeticiones, reintegros y reembolsos dispuestos por las leyes correspondientes que recaude la Administración Federal de Ingresos Públicos. En base a ello concluyó en que el decreto 1399/01 importa una clara violación a la ley 23.548 y al citado ‘Acuerdo’, dado que si la Nación deseaba financiar a la Administración Federal de Ingresos Públicos mediante la asignación de recursos coparticipables, debió haberlo acordado con las provincias para arribar a una ley convenio al respecto, debido a la indisponibilidad unilateral del derecho intrafederal. Afirmó que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de dicho reglamento es la plena coparticipación de las sumas indebidamente detraídas de la masa, en la proporción que ordena la ley 23.548”.

Al contestar la demanda el Estado nacional “opuso la excepción de prescripción, indicando que el decreto 1399/01 fue publicado en el Boletín Oficial

el 5 de noviembre de 2001, y que la demanda fue incoada el 7 de agosto de 2009, razón por lo cual, al tratarse el presente de un supuesto encuadrable dentro de la responsabilidad extra contractual del Estado derivada de su accionar ilícito —en términos conjeturales, según afirmó—, debe aplicarse el plazo bienal del art. 4037 del Código Civil —en vigencia en esa fecha—, sin que haya habido procedimiento o recurso alguno anterior de la actora con aptitud suficiente para interrumpir su transcurso.

En cuanto al fondo del asunto en debate, sostuvo que el decreto delegado 1399/2001 **fue incorporado al Acuerdo Nación-Provincias, celebrado el 27 de febrero de 2002, ratificado por la ley 25.570, y que esta norma fue sancionada con las mayorías requeridas por el inc. 3° del art. 75 de la Carta Magna para establecer afectaciones específicas.** En ese sentido indicó que el referido Acuerdo fue suscripto con el propósito de cumplir con la manda constitucional del art. 75, inc. 2°, y que mediante sus cláusulas se ratificaron la totalidad de las asignaciones específicas vigentes a la fecha, como así también sus modos de distribución, y se dejaron sin efecto las garantías sobre los niveles a transferir por el Gobierno Nacional previstas en la normativa anterior y como el decreto 1399/2001 es anterior a la sanción de la ley 25.570, concluyó que la norma impugnada **quedó ratificada por las previsiones de los arts. 2° y 3° del Acuerdo Nación-Provincias del 27 de febrero de 2002.** Por otra parte, sostuvo que el decreto que establece la detracción fue dictado en virtud de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo Nacional por la ley 25.414, que tuvo como origen la situación de emergencia pública declarada en el art. 10 de la ley 25.344, y que **la provincia no cuestionó la constitucionalidad de la norma delegante.** Agregó que hasta el año 2006 el control y seguimiento del ejercicio de las facultades delegadas por la citada ley 25.414 era realizado por una Comisión Bicameral integrada por miembros del Cuerpo Legislativo (art. 5°), y que la actora no alegó, ni probó que dicha Comisión haya opuesto reparo alguno a lo actuado por el Poder Ejecutivo Nacional al sancionar el decreto impugnado, de modo que esta disposición —según aduce— debe ser equiparada a una ley en sentido formal. Luego de otras consideraciones vinculadas con la improcedencia de la pretensión, solicitó el rechazo de la demanda”.

La Administración Federal de Ingresos Públicos “solicitó la intervención voluntaria como tercero coadyuvante de la parte demandada, en los términos de los arts. 90, inc. 10, y 91, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, porque consideró que la decisión final a adoptarse podría afectarle, ya que **tendría virtualidad para conducir a la supresión del régimen de autarquía financiera del que goza, que calificó de imprescindible para el desenvolvimiento de su cometido...**”

Remisión a los fundamentos en S.538, provincia de Santa Fe. Detracción del 15 %. Consideración de los precedentes análogos de la comisión federal de impuestos

Afirmó también liminarmente el tribunal que *“las posiciones antagónicas e inconciliables que han asumido las partes en relación a la cuestión sometida a decisión, exigen establecer el marco jurídico en el que debe dirimirse la controversia, para lo cual resulta menester reiterar los fundamentos expresados por el Tribunal en ocasión de dictar sentencia en la causa CSJ 538/2009 (45-S)/CSI ‘Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad’, pronunciamiento de la fecha”*.

Y luego de ampliar dichos fundamentos recuerda que *“...con motivo de la sanción de la ley 25.085 que dispuso una afectación de un porcentaje del 2,5 % de la recaudación del régimen establecido por la ley 24.977 con destino a “atender las erogaciones resultantes de su administración”, la Comisión Federal de Impuestos se expidió en el sentido de que esa norma —que constituía una detracción de recursos coparticipables— no reunía los requisitos para ser tenida como ley-convenio modificatoria de la ley 23.548, ni los previstos por el art. 75, inc. 3º, de la Constitución Nacional para ser admitida como ley especial para el establecimiento de asignaciones específicas de recursos coparticipables. Por consiguiente, el Comité Ejecutivo de dicha Comisión resolvió interpretar, con alcance general —y frente a una situación que presenta analogía con la aquí examinada—, que la afectación específica de recursos coparticipables previstos como tales por una ley convenio solo puede establecerse por otra ley convenio, o por el procedimiento que contempla el art. 75, inc. 3º de la Constitución Nacional, y que la ley 25.085, en tanto disponía efectuar detracciones de recursos coparticipables con destino a la administración de su recaudación, se encontraba en pugna con la ley 23.548, sus modificatorias y complementarias, y el Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992 (Resolución General Interpretativa 20/1999, del 3 de junio de 1999)”* (consid. 7º).

Con relación a esta cita, cabe destacar en primer lugar que, como lo observamos al analizar el fallo S-538 en relación con la detracción del 15 %, la Corte claramente modifica su tradicional postura en relación con los precedentes de la CFI atendiendo especialmente en este caso a uno en particular en sustento de sus propios fundamentos.

Pero además, y a diferencia de la cuestión del 15 % en relación con la cual no ha existido pronunciamiento de dicho organismo, en este caso la Corte precisa que el emitido por el organismo tiene *“alcance general”*.

Este reconocimiento no es menor al momento de interpretar el efecto que tendrá un pronunciamiento definitivo de la CFI en el Expediente 523 que se encuentra en trámite en su sede, con dictamen de la Asesoría Jurídica, referido al decreto 1399/2001. Especialmente porque es difícil imaginar que resuelva en contradicción con lo que ha sentenciado la Corte en estos autos.

Luego de examinar la norma impugnada la Corte expresa que *“como se aprecia, el decreto impugnado establece una detracción de recursos coparticipables, previa a la distribución primaria de la masa de fondos coparticipables, que ha sido dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional para financiar la operatoria de la Administración Federal de Ingresos Públicos, sin que haya mediado ninguna manifestación de acuerdo o adhesión por parte de la provincia actora, ni norma dictada por el Congreso que reúna los recaudos exigidos por el art. 75, inc. 3° de la Constitución Nacional”* (consid. 9°).

El caso en el marco del acuerdo federal de 2002

Después, y en relación con el argumento del Estado nacional y la AFIP en cuanto a que el decreto 1399/2001 habría sido convalidado por el Acuerdo Federal del 27 de febrero de 2002 y la ley 25.570 de ratificación del mismo, señala la Corte que *“sin embargo, el contenido del referido convenio no permite corroborar tal argumentación. En efecto, el acto —según sus términos— tuvo como objetivo básico tres propósitos: a) sancionar un régimen de coparticipación de impuestos; b) hacer transparente la relación fiscal entre la Nación y las provincias; y c) refinanciar y reprogramar las deudas públicas provinciales...”*

Es decir, ninguna de las disposiciones de dicho convenio, ni de la ley 25.570 que lo ratificó, se vinculan con las normas cuya constitucionalidad se impugna, ni tampoco existe referencia expresa o implícita a la detracción en cuestión...”

Muy especialmente, y otra vez atendiendo a lo actuado ante la Comisión Federal de Impuestos en el trámite del citado expediente 523, la Corte observa que *“por lo demás, de los antecedentes obrantes en la causa surge que la argumentación vinculada a la ratificación tácita de la norma impugnada recién la introdujo el Estado Nacional en oportunidad de contestar la demanda, dado que tanto en la presentación efectuada ante la Comisión Federal de Impuestos en las actuaciones vinculadas con el decreto 1399/2001, como en la respuesta al requerimiento de devolución de los fondos detraídos que le efectuó la actora a través de la Fiscalía de Estado (conf. fs. 26), el demandado justificó la validez del referido decreto en el ejercicio de facultades delegadas por medio de*

la ley 25.514, y en que los porcentajes correspondientes a la alícuota anual fueron fijados por las leyes de presupuesto de la Administración Pública 25.967, 26.078 y 26.198...” (consid. 14).

La cuestión en el marco de la doctrina del fallo S.538 (Santa Fe) sobre las asignaciones específicas del art. 75, 3 de la Constitución nacional

Se hace cargo luego el tribunal del argumento del Estado Nacional en cuanto a que la detracción establecida por el decreto 1399/2001 puede ser considerada como una asignación específica y dice: *“Que aun cuando el Acuerdo no se refiere ni convalida la detracción, y por lo tanto la norma que lo ratifica tampoco la legítima, es dable añadir —en el supuesto más favorable al Estado Nacional y a la AFIP cuando intentan subsumirlo en el examen de una asignación específica— que si bien la ley 25.570 contó con las mayorías previstas en el art. 75 inc. 3° de nuestra Carta Magna (fs. 84 vta. y 104), igual reproche merecería la detracción **porque carece de las restantes condiciones que la Constitución Nacional exige para las asignaciones específicas de los recursos coparticipables** (consid. 15). Y remite luego a la doctrina desarrollada en el fallo “Santa Fe” S.538 relativo a la detracción del 15 %.*

La cuestión en el marco de la delegación legislativa

Analiza después la Corte la pretensión del Estado Nacional en cuanto a que el decreto 1399/2001 habría sido dictado en el marco del art. 76 de la Constitución Nacional y la delegación que, conforme al mismo, habría efectuado el Congreso de la Nación mediante la ley nacional 25.414.

Y dice que *“asimismo, corresponde desestimar el argumento que plantean el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos, que consiste en afirmar que el decreto 1399/01 fue emitido en forma legítima por el Poder Ejecutivo Nacional en virtud de las facultades delegadas por la ley 25.414, la que, a su vez, tuvo como origen la situación de emergencia pública declarada en el art. 1° de la ley 25.344... (consid. 19)... la norma transcripta (ley 25.414) **en ningún caso permite apreciar siquiera la intención de que el Poder Legislativo haya querido delegar en el Ejecutivo la posibilidad de asignar específicamente recursos coparticipables a la creación, organización o modificación de entes autárquicos.***

Por el contrario, el art. 3° de la misma ley 25.414 ratificó en todos sus términos el art. 11 de la ley 25.413, según el cual ‘los fondos correspondientes a provincias en concepto de coparticipación federal de impuestos, fondos específicos y acuerdos especiales (debían) transferirse en la forma y demás condiciones establecidas por las partes’”.

Agrega con énfasis para la interpretación de la cuestión que *“De cualquier manera la argumentación del Estado resulta inapropiada para fundar la legitimidad de la norma, porque en base a los caracteres esenciales y constitutivos del régimen de la coparticipación federal que fueron examinados en los consid. precedentes, deviene irrelevante examinar el carácter delegado del decreto —en cuanto dispone la detracción en cuestión—, porque en ningún caso resultaría sustituible la potestad legislativa de asignar específicamente recursos coparticipables, porque se trata de una facultad excepcional cuyo ejercicio por parte del Congreso de la Nación requiere de condiciones específicas (descriptas en el consid. 17 anteúltimo párrafo) que impiden que pueda ser delegada.*

Así, precisa el tribunal entonces que *“por consiguiente, la conclusión final a la que corresponde arribar es que el decreto 1399/01 constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el art. 10, apartado 1, incs. a y b de la ley 25.414 y, por consiguiente, violatorio de la prohibición contemplada en el art. 99, inc. 3º, segundo párrafo de la Constitución Nacional”* (consid. 26).

Relación con la detracción del 15 % por el destino

Habíamos anticipado al analizar el fallo S-538 que, teniendo en cuenta el destino que las partes que suscribieron el Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992 le dieron a la detracción del 15 %, existe una conexidad con lo dispuesto por el decreto 1399/2001 y aquel en lo referido al financiamiento de la DGI y la AFIP. Y que ello no ha escapado obviamente a la Corte Suprema que reconoce tal circunstancia.

Expresa en el consid. 27 que *“establecido todo lo expuesto, y en mérito a lo dictaminado por la Procuración General a fs. 275/277, corresponde reiterar aquí los fundamentos expresados en el pronunciamiento correspondiente a la causa CSJ 538/2009 (45-S) /CS1, en cuanto al destino que los firmantes del Acuerdo Federal del 12 de agosto de 1992 le asignaron a la detracción examinada, desde que se fijó ‘para atender el pago de las obligaciones previsionales y otros gastos operativos que resulten necesarios’... (consid. 27).*

Y luego *“Que cabe añadir —como elemento confirmatorio de la conclusión expresada— que el Estado Nacional indicó al referirse a los ‘otros gastos operativos’ que contemplaba el Acuerdo Federal de 1992, que esos fondos eran utilizados por la ANSeS solo para pagar gastos relativos a la seguridad social (fs. 194 de la causa citada CSJ 538/2009 [45-S]/CS1), e incluso negó expresamente ‘que los gastos que insumía la recaudación de tributos fueran financiados con los recursos provenientes*

del 15 % fijada' (conf. fs. 43 vta. de la causa CSJ 1039/2008 [44-S] "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional y otra s/ cobro de pesos")".

Concluye entonces en que "las razones expuestas determinan la procedencia de la **declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1º, inc. a) y 4º del decreto 1399/2001, así como la de toda otra norma que se haya dictado con sentido análogo a la aquí impugnada**".

Sobre la restitución de los fondos a la provincia y la cuestión de la prescripción invocada por el ENA

Determinado por la Corte la admisibilidad del planteo de la provincia y la inconstitucionalidad de la prórroga denunciada, el tribunal aborda la cuestión del quantum de la restitución y el procedimiento para ello.

Debe adentrarse así en el análisis de la excepción de prescripción interpuesta por el Estado Nacional al contestar la demanda.

Al respecto, y en tanto se resuelve en idéntica forma que en el expediente S-538 "supra" analizado, allí me remito en homenaje a la brevedad.

III.5. "Provincia de Córdoba c. Estado Nacional s/ medida cautelar. CSJ 786/2013 (49 C) / CS1.ORIGINARIO. 24 de noviembre de 2015

En el mismo acuerdo de ministros la Corte resolvió una medida cautelar innovativa interpuesta por la provincia de Córdoba, quien efectuó además un planteo de fondo fundado en los mismos argumentos que las provincias de Santa Fe y San Luis pero además en el hecho de que mediante ley provincial 10.077 de 2012 denunció el Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992.

Dejando pendiente el análisis de la cuestión de fondo, y consid. los argumentos de la provincia en punto a los requisitos procesales para su procedencia, la Corte admitió la medida cautelar con los siguientes fundamentos:

"Que es dable recordar que este Tribunal ha establecido que si bien, por vía de principio, medidas como la requerida no proceden respecto de actos administrativos o legislativos (en el caso el art. 76 de la ley 26.078), habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles" (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695) (consid. 2).

"Que en ese sentido, las constancias obrantes en el expediente permiten tener por configurados los presupuestos necesarios para acceder a la solicitud de la actora —con el alcance que se establecerá a continuación—, dado

que, en el limitado marco de conocimiento propio del instituto en examen, esos antecedentes resultan *prima facie* demostrativos de que la situación descrita en la demanda es sustancialmente análoga a la resuelta por esta Corte en los pronunciamientos correspondientes a las causas CSJ 538/2009 (45-S)/CS1 “Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, sentencias de la fecha, circunstancia que el Tribunal no puede dejar de ponderar y que determina que resulte aconsejable apartarse del señalado criterio restrictivo con que deben considerarse este tipo de medidas cautelares...” (consid. 3).

Luego analiza la cuestión en el marco de la ley 26.854 y, en lo que entiendo un importante precedente interpretativo, dice que “*no obstan a la solución que se adopta las disposiciones de la ley 26.854 (en especial sus arts. 4° y 9°), pues la jurisdicción originaria de esta Corte Suprema prevista en la Constitución Nacional se halla fuera de su alcance, en razón de que ella no puede ser ampliada o restringida por disposición alguna*”.

Conforme a lo anterior resuelve “*Ordenar con carácter de medida cautelar al Estado Nacional que suspenda de manera inmediata, los des-cuentos que se le efectúan a la Provincia de Córdoba sobre fondos de la coparticipación federal de impuestos en virtud de la aplicación del art. 76 de la ley 26.078, con relación a lo que es materia de este juicio. A fin de notificar la medida dispuesta, librese oficio al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación*”.

III.6. “Formosa, Provincia de c/ Estado Nacional”, CSJ 4783/2015 ORIGINARIO, del 9 de diciembre de 2015

El 9 de diciembre de 2015, quince días después de emitidos los pronunciamientos anteriores, la Corte Suprema desestima una solicitud de medida cautelar autónoma interpuesta por la *provincia de Formosa* para que se ordene el cese de la detracción del 15 % a su respecto. En lo sustancial, el fallo dice en los fundamentos:

“*Que el planteo efectuado debe ser rechazado in limine, dado que los términos de la presentación de fs. 5/8 impiden tener por configurados los presupuestos mínimos e indispensables para que, frente a la trascendencia institucional del caso, el Tribunal ejerza una de las jurisdicciones más eminentes que se le han conferido, cual es su misión de resolver conflictos interestatales...*”

La naturaleza de la cuestión planteada, que concierne a las relaciones entre los estados y en particular al complejo régimen de la coparticipación

federal de impuestos, requiere inexorablemente contar con los elementos de juicio necesarios que permitan al Tribunal valorar la conducta específica que asumió la Provincia de Formosa frente al dictado del art. 76 de la ley 26.078, tal como lo hizo esta Corte en los precedentes “Santa Fe” (CSJ 538/2009 (45-S)) /CS1, “San Luis” (CSJ 191/2009 (45-S)/CS1) y “Córdoba” (CSJ 786/2013 (49-C)/CS1).

Ello a los efectos de comprobar si efectivamente existe analogía con el presente. En ausencia de esos elementos, mal puede pretender la Provincia de Formosa que sobre la base de la previsión contenida en el arto 195 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sin el planteo de la demanda correspondiente ni mayores fundamentos, el Tribunal haga mérito de la situación particular que justificaría el dictado de la medida cautelar como la solicitada” (consid. 2).

...

Y luego precisa que “en consecuencia el Tribunal debe examinar en cada caso concreto los alcances y consecuencias de los comportamientos provinciales jurídicamente relevantes adoptados en el marco del derecho intrafederal por cada uno de los estados parte. También debe analizar los compromisos asumidos en los sucesivos convenios suscriptos por las provincias con la Nación desde la instauración del ‘Programa Federal de Desendeudamiento de las Provincias Argentinas’ (decreto 660/2010 y demás normas complementarias) y dilucidar aquello que hubieran resignado con el propósito de obtener el re financiamiento del universo de deudas provinciales contemplado en dicho régimen” (consid. 4).

Resuelto el caso en particular hasta tanto la provincia de Formosa reintroduzca la cuestión de conformidad a los criterios expuestos, el tribunal aprovecha la circunstancia, quince días después, como lo señalara, de su sentencia exhortativa en el fallo “Santa Fe” para recordar que “sin perjuicio del rechazo de la cautelar solicitada, el tribunal debe una vez más reiterar que la distribución de los recursos fiscales entre jurisdicciones debe consensuarse en el marco de acuerdos propios del federalismo de concertación.

En este sentido resulta necesario que el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires emprendan el diálogo institucional que desemboque en un nuevo Pacto Fiscal Federal para establecer un nuevo régimen de Coparticipación Federal” (consid. 7°).

Y concluye, de manera contundente advirtiendo que “ese inmovilismo no puede justificarse por la imposibilidad de lograr acuerdos políticos, en la medida en que la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos

deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto”.

A partir de este pronunciamiento, quedo en evidencia que se verificaba una posición diversa entre las provincias, todas firmantes del Pacto Fiscal I, como consecuencia de haber adherido o no a la prórroga del art. 76 de la ley 26.078 y/o haber desistido o no del derecho de reclamar la inconstitucionalidad del mismo, en el marco de los convenios de refinanciamiento entre esas provincias y el Estado Nacional. Esto como consecuencia de que este último exigía para obtener aquel que se concretase dicha renuncia.

Se abrió así el escenario a otro tipo de acciones por parte de estas provincias, la más directa de las cuales ha sido la denuncia del Acuerdo Fiscal Federal de 1992 y del prestado para su prórroga en 2006, que analizaremos luego.

IV. Hechos y actos posteriores a los pronunciamientos de la Corte Suprema analizados

A partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema en las cinco causas analizadas, más el precedente “Formosa”, se produjeron diversos hechos y actos que tuvieron por protagonistas a los tres poderes del Gobierno Federal, en su anterior composición y en la actual, así como a diversas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que configuran el escenario actual de la relación fiscal federal cuyo calificativo resulta difícil expresar. En todo caso, del análisis de estos hechos y actos descriptos a continuación, así como de la proyección que la doctrina de la Corte pueda tener en aquella, el lector tiene la posibilidad de extraer sus propias conclusiones.

Lo que resulta indubitable es que a cinco meses de aquellos pronunciamientos, y en medio del cambio de autoridades, todos los hechos y actos que se reseñaran parecen dirigirse en dirección opuesta a la exhortación expresa de la Corte para iniciar de inmediato el procedimiento establecido por el art. 75, inc. 2 y la Disposición Transitoria Sexta a fin de sancionar y aprobar una nueva ley convenio de coparticipación federal.

Veamos entonces lo ocurrido:

Decreto 2635 del PEN, del 30 de noviembre de 2015 publicado en el BO el 1 de diciembre de 2015.

Resolución en los autos “70.741/2015, Gioannini, Ruben Francisco y otros c/ ENA s/ medida cautelar (autónoma)”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 10 de esta Capital, del 9 de diciembre de 2015.

Decreto 73 del PEN del 11 de enero de 2016, publicado en el BO el 13 de enero de 2016.

Decreto 194 del PEN del 18 de enero de 2016, publicado en el BO el 19 de enero de 2016.

Decreto 399 del PEN del 24 de febrero de 2016, publicado en el BO el 25 de febrero de 2016.

Decreto 406 del PEN del 24 de febrero de 2016, publicado en el BO el 25 de febrero de 2016.

Demandas iniciadas por las provincias entre el 16 de diciembre de 2015 y el 8 de marzo de 2016, en relación con el 15 % del Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992 y/o el decreto 1399/2001. Se trata de las provincias de Formosa, Tucumán, Catamarca, Córdoba, San Juan, Neuquén, Río Negro, La Pampa, Chaco y Santa Cruz.

Denuncias por las provincias de Entre Ríos y Misiones del Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992, que se agregan a la que realizara la provincia de Córdoba.

Prorroga del Pacto para el Empleo, la Producción y el Crecimiento o Pacto Fiscal II. Ley 27.199.

Análisis en particular

Decreto 2635 del PEN, del 30 de noviembre de 2015 publicado en el BO el 1 de diciembre de 2015

Seis días después del pronunciamiento de la Corte Suprema en los expedientes citados y nueve días antes del cambio de autoridades, el Poder Ejecutivo Nacional, invocando las atribuciones del art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional emite el decreto de necesidad y urgencia N° 2635/15, publicado en el BO el día 1 de diciembre de 2015. Girado a la Comisión Bicameral tuvo dictamen el día 9 de diciembre de 2015 sin que a la fecha el mismo hubiese sido considerado por ninguna de ambas cámaras del Congreso de la Nación.

En su parte dispositiva establece:

*“Art. 1° — En virtud de lo resuelto por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en los fallos citados en el Visto (1), **dispónese el cese a***

(1) CSJ 538/2009 (45-S)/CS1 “Santa Fe, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 “Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional y otro s/ medida cautelar”, CSJ 539/2009 (45-S) CS1 “Santa Fe c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 1039/2008 (44-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional y otra s/ cobro de pesos”.

la detracción del quince por ciento (15%) de la masa de impuestos coparticipables pactada en la Cláusula Primera del 'Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales' del 12 de agosto de 1992 ratificado por la Ley N° 24.130 a la totalidad de las jurisdicciones, en la proporción que les corresponda de acuerdo a la distribución y a los índices fijados en la Ley N° 23.548.

Art. 2° — *En virtud de lo resuelto por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, en los fallos citados en el Visto, dispónese que la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS deberá cesar la retención de la cuenta recaudadora del impuesto de la Ley N° 23.349 a la totalidad de las jurisdicciones, del porcentual resultante de la aplicación del Decreto N° 1399/01 que a cada una de ellas le asigna la Ley N° 23.548.*

Art. 3° — **Ordénase al TESORO NACIONAL, con cargo a Rentas Generales, cubrir una suma equivalente a las sumas que se dejen de detraer por la medida dispuesta en el Art. 1°, las que seguirán siendo tenidas en cuenta como referencia a los fines de la movilidad dispuesta por la Ley N° 26.417”.**

Resolución en los autos “70.741/2015, Gioannini, Rubén Francisco y otros c/ ENA s/medida cautelar (autónoma)”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 10 de esta Capital, del 9 de diciembre de 2015

Encontrándose vigente el decreto 2635/2015 se inicia el 4 de diciembre de 2015 la actuación de la referencia, interpuesta por “... los señores Gioannini, Franke y Rodriguez, invocando ser titulares afectados de beneficios previsionales e integrantes de la Mesa Nacional de Jubilados Pensionados y Retirados de la República (Secretario General y Secretarios de Comisión, respectivamente)”.

A través de dicha interposición **“demandan al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) en defensa de los derechos colectivos de los beneficiarios de prestaciones de la ANSeS. Lo hacen por la vía de un proceso colectivo atento invocar la naturaleza colectiva de los bienes en juego y la imposibilidad material de respuesta individual a su pretensión.**

En forma urgente, solicitan que: a) se suspendan los efectos del DNU 2635/15 (impuestos coparticipables), hasta tanto se dicte sentencia en el juicio principal a promover; b) se provea la cautela aún en caso de incompetencia, sin requerirse informe previo, sin plazo y con caución juratoria, por tratarse de un sector socialmente vulnerable y sujeto a preferente tutela constitucional (art. 2 inc. 2, art. 4 inc. 3, art. 5 y art. 10 inc. 2 de la ley 26.854); y c) se habiliten días y horas, con urgente y preferente despacho.

Ante esta presentación la Sra. jueza interviniente, textualmente resolvió el 9 de diciembre de 2015:

“II) En tales condiciones considero reunidos los recaudos exigidos por el art. 4 de la ley 26.854, pues:

a) El DNU cuestionado no explica las únicas y excepcionales circunstancias que autorizan su especialísimo dictado, lo que prima facie, contrasta con lo prescripto por los arts. 109, 99 y 75 de la Constitución Nacional.

b) La sola emisión y publicación del DNU, podría consolidar efectos jurídicos de por sí. Es que, aún en el supuesto de su posterior rechazo por el Honorable Congreso de la Nación quedarían ‘... a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia’ (conf. ley 26.122, arts. 10, 13, 17, 22, 24 y 26 y art. 5 DNU 2635/15).

Urgencia que adquiere particular relieve si se tiene en cuenta que la cobertura que ordena el art. 3 del DNU 2635/15, nada articula de cara a la reciente ley 27.198 (Ley de Presupuesto Nacional para el ejercicio 2016).

Por todo ello, RESUELVO:

1º) Hacer lugar a la ‘medida interina’, en subsidio requerida, y consecuentemente, ordenar a la autoridad pública demandada PEN, que suspenda la ejecución del DNU 2635/15.

‘Interin, intímese al EN-PEN para que en el plazo de cinco (5) días produzca el informe exigido por el art. 4 de la ley 26.854’.

Conforme a ello desde el día 14 de diciembre en que se notificó la medida y hasta el día en que se emitió el decreto 73/16 que derogó su similar 2635/16 se suspendieron los efectos de este último y salvo para las provincias de Santa Fe, San Luis y Córdoba —en virtud de los fallos citados— se volvió a la detracción del 15 % y también de la prevista por el decreto 1399/2001, como consecuencia de la resolución en la causa bajo análisis; ello a pesar, con respecto al decreto 1399/2001, que no fue objeto de la cautelar interpuesta. Recién con fecha 23 de diciembre de 2015 se presenta a través de apoderado el Sindicato Único del Personal Aduanero de la República Argentina para interponer el reclamo en virtud del supuesto agravio que les ocasiona la supresión del decreto 1399/2001.

El 1 de febrero de 2016, a solicitud del PEN, en virtud del dictado del decreto 73/16, la jueza interviniente resolvió que la cuestión debatida había devenido abstracta, dejando sin efecto lo dispuesto en relación con la continuación del trámite para dar curso a las presentaciones efectuadas por la mayoría de las provincias recurriendo la suspensión del decreto 2635/01 dictada en su oportunidad.

Decreto 73 del PEN del 11 de enero de 2016, publicado en el BO el 13 de enero de 2016

Mediante el mismo, invocando el perjuicio que le ocasiona al financiamiento del Sistema de Seguridad Social, la necesidad de que todo lo referido a ello sea resuelto en el marco de acuerdos entre el Gobierno Federal y las provincias, citando la resolución en el caso “Gioannini” y el fallo de la Corte Suprema en el caso “Formosa”, interpretando que se trata en el caso de “materia tributaria”, procede a la derogación del decreto 2635/2015 a partir de la publicación. Invoca para ello el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

Girado a la Comisión Bicameral fue tratado de manera extemporánea y obtuvo un dictamen de mayoría favorable a su ratificación que, habiendo sido remitido a ambas Cámaras y a pesar de haberse reunido las mismas, no fue considerado por ninguna de ellas para su tratamiento hasta la fecha.

Decreto 194 del PEN del 18 de enero de 2016, publicado en el BO el 19 de enero de 2016 y decreto 399 del PEN del 24 de febrero de 2016, publicado en el BO el 25 de febrero de 2016

Interín de todo lo anterior, fueron dictados los decretos 194/16 y 399/16 (corrigiendo el anterior) en relación el primero al índice de coparticipación que, conforme al art. 8° de la ley convenio 23.548 debe establecer el PEN para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, asignando los fondos para cubrir las acreditaciones de la parte que corresponde a la Nación en la distribución primaria.

Decreto 406 del PEN del 24 de febrero de 2016, publicado en el BO el 25 de febrero de 2016

En la misma fecha que se emite este decreto “correctivo” se dicta otro, el 406/2016 que, con relación a todo lo vinculado con los efectos de los fallos analizados, se propone presentar un proceso de acuerdos entre el Gobierno Federal y las Provincias bajo lo que se da en denominar: *“PROGRAMA ACUERDO PARA EL NUEVO FEDERALISMO”*.

Analizando sus consids. cabe destacar:

A pesar de invocarse el fallo “Santa Fe” se ignora absolutamente la exhortación formal de la Corte para que el PEN, además de las Cámaras del Congreso, convoquen a los poderes provinciales para dar comienzo al proceso para la sanción de una nueva ley convenio de coparticipación federal. Es más, expresamente señala que ***“el Gobierno Nacional ha comenzado un proceso de diálogo con la totalidad de las Provincias y con***

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dar solución a la cuestión de fondo, dando cumplimiento a lo dispuesto por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en el precedente caratulado ‘Formosa Provincia de c/ Estado Nacional’ y que “en dicho marco, resulta pertinente crear el ‘PROGRAMA ACUERDO PARA EL NUEVO FEDERALISMO’ con el objetivo de alcanzar una propuesta para la eliminación de la detracción del QUINCE POR CIENTO (15%) de la masa de impuestos coparticipables pactada en la Cláusula Primera del Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales del 12 de agosto de 1992 ratificado por la Ley N° 24.130”.

También es llamativo que se invocan argumentos que expresamente la Corte ha rechazado en dicho pronunciamiento, como la validez —al menos respecto de varias provincias— de la prórroga del Pacto Fiscal I efectuada por la ley 26.078, o la expresa mención de la Cláusula Octava de dicho acuerdo de un modo que parece ignorar la interpretación que sobre ella el mismo tribunal ha decidido, desechando la opinión del Ministerio Público Fiscal.

Es más, para precisar que no solamente no hay propuesta alguna en la dirección a que exhorta la Corte, se indica que **“el CONSEJO ARGENTINO PARA EL NUEVO FEDERALISMO deberá arribar a una propuesta para la eliminación de la detracción del QUINCE POR CIENTO (15%) de la masa de impuestos coparticipables pactada en la Cláusula Primera del ‘ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO NACIONAL Y LOS GOBIERNOS PROVINCIALES’ del 12 de agosto de 1992, ratificado por la Ley N° 24.130, durante el tercer trimestre del año 2016; y el Gobierno Nacional, los Gobiernos Provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán suscribir y formalizar el ACUERDO PARA EL NUEVO FEDERALISMO en forma previa a la presentación formal del proyecto de ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2017 ante el HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN”.**

De esto se desprenden por lo menos los siguientes corolarios:

Para el PEN la eliminación de la detracción del 15 % no es consecuencia de su falta de sustento jurídico —al menos para una parte importante de las provincias— sino de que ello sea motivo de un nuevo acuerdo.

Esto solo ya abre un complejo escenario donde, por lo menos, habrá en el concierto fiscal federal y dentro del mismo marco de la ley convenio 23.548, tres clases de provincias: las que reciben los fondos del 15 % como efecto de las sentencias y resolución judicial; las que admitan acordar un nuevo esquema en relación con la detracción del 15 % y las que no lo hagan.

Pero además, dentro del segundo grupo parece insinuarse que esto puede ocurrir a través acuerdos bilaterales.

Todo ello sin contar con que, atento a la redacción de los consids. del decreto en relación con los argumentos del PEN desechados por la Corte en “Santa Fe” y “San Luis”, no resulta claro que las provincias que han iniciado planteos en sede judicial (once hasta el momento) puedan adherir a esta propuesta sin incurrir en una contradicción en sus actos.

Demandas iniciadas por las provincias entre el 16 de diciembre de 2015 y el 8 de marzo de 2016, en relación con el 15 % del Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992 y/o el decreto 1399/2001

También configuran especialmente el escenario actual de la relación fiscal federal, las demandas interpuestas por diez provincias ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, además de la pendiente de resolución definitiva en la causa donde se otorgó a Córdoba la medida cautelar y las desistidas por la provincia de Corrientes.

Ellas son:

Formosa, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - cobro de pesos (Expte. N° 4920/2015)

El 16 de diciembre interpone demanda solicitando la declaración de inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 26.078, y se ordene al Estado Nacional a restituir los fondos detraídos desde el año 2010 a la fecha, más intereses.

Tucumán, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - cobro de pesos (Expte. N° 4957/2015)

El 21 de diciembre de 2015, la provincia de Tucumán demanda al Estado Nacional, solicitando se declare inconstitucional el art. 76 de la ley 26.078, en relación a la detracción del 15 % para el financiamiento de A.N.S.E.S., junto a los arts. 1° inc. a) y 4° del decreto 1399/01. Requiere la restitución de fondos detraídos desde el 31/05/2005 hasta la fecha.

Catamarca, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - cobro de pesos (Expte. N° 4878/2015)

Esta provincia promueve acción declarativa el día 11 de diciembre de 2015, solicitando se declare inconstitucional el art. 76 de la ley 26.078, en lo vinculado a la detracción del 15%. Catamarca no adhirió en su oportunidad a la prórroga de esta ley.

Córdoba, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad – cobro de pesos (Expte. N° 4839/2015)

El expediente se encuentra reservado.

San Juan, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Expte. N° 4997/2015)

San Juan plantea una acción declarativa el 28 de diciembre de 2015, solicitando se declare inconstitucional el art. 76 de la ley 26.078 y los arts. 1 inc. a y 4 del dec. 1399/01. La provincia tampoco adhirió a la prórroga de esta ley.

Neuquén, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Expte. N° 4858/2015)

Interpone acción declarativa el 9 de diciembre de 2015, con objeto de solicitar se declaren inconstitucionales los arts. 1 inc. a y 4 del dec. 1399/01.

Neuquén, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Expte. N° 4857/2015)

Se plantea acción declarativa el día 9 de diciembre de 2015, por inconstitucionalidad del art. 76 de la ley 26.078.

Río Negro, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Expte. N° 5014/2015)

Inició demanda el 30 de diciembre de 2015, solicitando se declaren inconstitucionales el art. 76 de la ley 26.078 y los arts. 1 inc. a y 4 del dec. 1399/01. El 5 de febrero de 2016 amplían demanda, solicitando se extienda la declaración de inconstitucionalidad al D.N.U. N° 73/2016.

La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Expte. 232/16)

Se trataría de las acciones declarativas de inconstitucionalidad referidas a la ley 26.078, art. 76 y el decreto 1399/2001.

Chaco, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Expte. 258/16)

Se inició demanda el día 01/03/2016, solicitando se declaren inconstitucionales, el art. 76 de la ley 26.078, en lo que a la detracción del 15 % respecta, y los arts. 1° inc. a) y 4° del decreto 1399/01.

Santa Cruz, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (expediente 296/16)

Denuncias del Acuerdo Fiscal Federal del 12 de agosto de 1992.

Además de la denuncia del Pacto Fiscal I efectuada por *Córdoba* mediante ley provincial 10.077 en el año 2012, se ha producido la de la provincia de *Entre Ríos* por ley provincial 10.409 (21/12/2015). Además, la provincia de *Misiones* por el art. 32 de la ley VII-N°79 (2016) derogó la ley VII-N° 60 (antes 4397) y el nexo de la misma, por la cual había adherido al art. 76 de la ley 26.078.

Sobre la primera deberá resolver la Corte Suprema aunque la provincia de Córdoba, al encontrarse además en la misma situación que Santa Fe y San Luis y conforme a los fundamentos de su demanda, tiene dictada ya a su favor la medida cautelar innovativa comentada.

Sobre los otros dos casos existen de momento planteos ante la Comisión Federal de Impuestos y la manda de la ley respectiva en el caso de Entre Ríos para que se inicien las acciones administrativas y judiciales pertinentes.

En relación con esta cuestión cabe acotar que los efectos de las denuncias se extienden obviamente a todo el conjunto de obligaciones recíprocas del Acuerdo fiscal Federal de 1992, listadas “supra” y no solamente a la cláusula relativa al 15% y su doble destino, si bien esta es la más relevante desde el punto de vista patrimonial.

Prórroga del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” del 12 de agosto de 1993, o “Pacto Fiscal II” mediante la ley 27.199

La ley 27.199, denominada “Ley de Competitividad”, que es una típica ley “ómnibus” en materia tributaria, prorroga varios impuestos e incluso la asignación específica de alguno de ellos.

Sancionada el 28 /10/2015, promulgada el 03/11/2015 y publicada en el BO el 04/11/2015 en su art. 5 establece “*Prorróganse hasta el 31 de Diciembre de 2017 los plazos establecidos en el art. 17 de la ley 25.239. Invítase a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a esta prórroga*”.

La ley 25.239, art. 17 publicada en el BO el 31 de diciembre de 1999 dice “*Título XIV. Prórroga del Pacto Fiscal Federal. Art. 17. Prorróganse los plazos establecidos en la ley N° 24.699, que se cumplían al 31 de Diciembre de 1999, de acuerdo a lo dispuesto por la ley N° 25.063, hasta el 31 de Diciembre del año 2001 o hasta que entre en vigencia el Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, que reemplace al instituido por la ley 23.548 y sus disposiciones complementarias y modificatorias, lo que ocurra primero*”.

Esta disposición fue prorrogada anteriormente por el decreto 2054/2010 cuya inconstitucionalidad casi manifiesta en la materia ha sido planteada

en uno de los expedientes en trámite ante la Corte Suprema. En la medida que esto no prospere podrá llegarse hasta la ley 27.199, que establece esta nueva prórroga.

Aquí hay que hacer notar que el hecho de computar los plazos de prórroga del Pacto Fiscal I por dos vías, la segunda de las cuales resulta de modo indirecto por la prórroga de la ley 25.239 que, al referirse al Pacto Fiscal II puede llevar a concluir que implica automáticamente la del Pacto Fiscal I, no puede dejar de lado el hecho de que el art. 3° de la ley 25.400 —que ratificó el “Compromiso Federal para el Crecimiento y la Disciplina Fiscal” y su addenda—, ratificó a la vez la ley 24.130 y la ley 25.239. De tal manera que si la prórroga de esta última también alcanza al Acuerdo Federal de 1992, la efectuada directamente por dicho compromiso de la ley 24.130, habría devenido absolutamente innecesaria.

Para encontrar una respuesta coherente a dicho razonamiento solo cabe interpretar que la ley 25.239 ratificó determinadas normas del Pacto Fiscal II y no necesariamente el Pacto Fiscal I y, por ende, fue necesario en la ley 25.400 precisar expresamente que, además, se prorrogaba la ley 24.130.

Se solicita la adhesión de las provincias, ninguna de las cuales lo ha concretado hasta el momento. Ocurre que el Pacto Fiscal II se celebró con otros fines aunque incluyó la primera de las prórrogas del pacto Fiscal I de 1992.

El interés de muchas provincias en su prórroga esta dado porque a través de la misma pueden prorrogar a su vez el cumplimiento de compromisos relativos a los impuestos y tasas provinciales y municipales. Pero al mismo tiempo adherirían a la prórroga del Acuerdo Fiscal Federal de 1992 si se interpretase que el art. 17 de la ley 25.239 se encuentra en la línea formal de las sucesivas prórrogas del mismo.

V. Reflexión final

Se cumplirán en agosto veinte años de mora deliberada respecto de la vigencia de la Constitución Nacional en relación a lo dispuesto por la Disposición Transitoria Sexta. En estos 20 años solo se ha consolidado el llamado “*Laberinto de la coparticipación*”, despliegue manifiesto del ingenio dirigencial argentino para no resolver un problema estructural de su vida institucional —en este caso— nada menos que el referido al sistema de relaciones fiscales federales.

Tiene sentido seguir preguntándose ¿por qué esta situación se ha prolongado en el tiempo con el consentimiento de las fuerzas políticas

mayoritarias cada vez que les ha tocado gobernar tanto en el orden federal como provincial?

De lo expuesto en el presente pueden quizá surgir algunos aportes a una posible respuesta. En realidad, lo obvio es la falta de voluntad política generalizada desde 1989, año en que venció la ley convenio 23.548 cuyo título más que significativo es *“Régimen Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales entre la Nación y las Provincias”* (art. 1°).

Pues bien, la Corte Suprema, asumiendo su responsabilidad institucional, ha dado otra respuesta a ello: debe terminarse con la transitoriedad y cumplirse la Constitución.

Se dirá que el 2016 no es el mejor momento para este tipo de planteos, atento al contexto de crisis internacional y las dificultades que expresa la economía nacional. Ya hemos visto la respuesta de nuestra Corte ante este tipo de argumentos excusatorios.

Pensamos que, mirando hacia atrás, desde 1989 nunca se consideró que era el momento adecuado para dar y resolver este debate federal. A pesar de la bonanza de la convertibilidad entre 1993 y 1997 y de la recuperación posterior a la crisis de 2001, salvo por el intento del Acuerdo Federal del 2002 y el decreto 872/2003, frustrado en 2004.

Dos condiciones indica la experiencia se requieren para iniciar este proceso: la primera, que ninguna fuerza política tenga todo el poder para imponer un acuerdo, y la segunda, que no nos encontremos en un tiempo electoral. Ambas condiciones se dan actualmente, salvo porque hemos desperdiciado meses irrecuperables desde que el presidente se reunió con todos los gobernadores y el jefe de gobierno de la CABA apenas asumió.

Entonces solo queda reiterar que solamente si se resuelve definitivamente el diseño de un nuevo sistema fiscal federal, en el marco de las disposiciones constitucionales, el régimen político argentino tendrá entonces su verdadera expresión como régimen federal. Porque si el federalismo es un sistema de libertades que asegura la unidad en la diversidad y la aplicación plena de los principios de subsidiariedad y solidaridad, todo ello requiere los medios para ponerlas en ejercicio. ♦

LA CONSTITUCIÓN Y LOS CONTRATOS

POR JUAN VICENTE SOLA

Sumario: I. La Constitución como contrato de largo plazo.- II. El contrato de largo plazo.- III. El contrato constitucional.- IV. La Corte Suprema como “estructura de gobierno” de la Constitución.- V. La Constitución y el derecho privado.- VI. Los contratos en el derecho de propiedad.- VII. Principios básicos de las obligaciones contractuales.- VIII. El concepto de contrato.- IX. La autonomía de la voluntad.- X. Teorías económicas del contrato.- XI. Acuerdos autocumplidos o teoría contractual implícita.

I. La Constitución como contrato de largo plazo

Un modelo para describir la Constitución

El concepto de contrato social es un modelo de legitimización de la pertenencia del individuo dentro del Estado. Es una justificación de la existencia del gobierno. Como todo modelo, es una simplificación de la realidad y por lo tanto, las críticas en cuanto a su sencillez frente a la complejidad de la vida social, son infundadas. *Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones antes que por la realidad de sus presunciones* (Milton Friedman. “The Methodology of Positive Economics”. In *Essays In Positive Economics*. (Chicago: Univ. of Chicago Press, 1966), págs. 3-16, 30-43). Esta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió. La ventaja de un modelo es que nos permite simplificar la muy compleja realidad social y, de esta manera, *comprender mejor ciertos fenómenos y*

predecir comportamientos futuros. Esta capacidad de predicción de los modelos es lo que los hace particularmente útiles en las ciencias sociales. Se sacrifican ciertas variables para distinguir otras, pero si el modelo es útil nos permite predecir el comportamiento.

Un modelo no es simplemente una metáfora. Ésta es el desplazamiento de significado en los términos con una finalidad estética y permite la descripción de algo mediante una semejanza por analogía. Es decir, describe una palabra a través de su semejanza o analogía con otra palabra. Un ejemplo es la expresión de Ortega y Gasset “el Estado como piel” como forma de definir al liberalismo político. Un modelo en cambio es una hipótesis cuyo objetivo es explicar una situación o comportamiento y eventualmente prever su evolución. Los modelos son primordialmente positivos y no normativos, buscar describir y explicar los comportamientos pero no los imponen.

El modelo de contrato social es, en este sentido, sumamente útil porque a pesar de que falte rigor histórico, nos permite predecir la visión que tienen los miembros de la sociedad sobre la eficiencia del Estado. Cuando el modelo de contrato no se cumple, aparecen los riesgos de conflicto social, o si la que se encuentra desprotegida es una minoría, ésta emigra. Este voto con los pies es mucho más común de lo que parece a simple vista. No sólo se emigra físicamente mudándose con su familia a otro Estado, sino que pueden mudarse más fácilmente capitales o inversiones a otros espacios. Este fenómeno es evidente en la historia argentina, que se benefició de la gran inmigración a fines del siglo XIX y que ahora enfrenta un fenómeno inverso. El fenómeno ocurrió no sólo con el movimiento de personas sino también con el de capitales y de inversiones.

Las reglas del contrato social son mucho más estrictas y útiles de lo que una lectura puramente histórica podría suponer. El renacimiento de este modelo en las nuevas doctrinas contractualistas que van de Rawls a Buchanan, incluyendo los aportes de Hayek y de Edmund Phelps así lo demuestran.

El contrato social es un modelo para describir la Constitución. El contrato social es un elemento preconstitucional y si se cumple legitima la Constitución existente. Según la teoría de la *elección pública*, se puede analizar el comportamiento de las personas frente al gobierno en relación con sus actividades personales. Los gobiernos asignan los bienes llamados preferentes, que son aquellos que por una decisión política se ofrecen a una sociedad, mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. Esto requiere que en una democracia un grupo de personas decida a través de una votación cuáles son los bienes que el gobierno debe ofrecer y cuáles no, en cambio un individuo puede decidir por sí mismo si compra un producto

en el mercado. En la elección un individuo sólo tiene un voto mientras que en la decisión privada en el mercado puede concentrar sus recursos para obtener el bien que desea. Pero si aceptamos que el comportamiento racional habitual en quienes compran y venden en el mercado puede ser trasladado a las actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno se nos abre una nueva interpretación de los fenómenos políticos. En ella se analizan las preferencias de los votantes y la de los gobernantes y como éstas no coinciden, al mismo tiempo como el representante puede tener intereses que aunque sean legítimos no coincidan con los de sus representados. Es decir que expresiones como el “interés general” pueden resultar ejercicios metafísicos sin relación con situaciones concretas.

El término constitucionalismo incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que *la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria*, se requiere una mayoría calificada o una super mayoría. Esto también plantea la necesidad de establecer qué derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos, según la expresión del juez Marshall (en el caso *McCulloch vs. Maryland* de 1819). Es una situación similar a un contrato de largo plazo, o necesita de una estructura de gobierno de las normas en el tiempo (“Estructura de gobierno” es una versión castellana de la palabra “governance”, utilizada particularmente por la escuela neo institucional en economía, puede ser traducida asimismo como “buen gobierno”). Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y sólo tendrían los límites de las convenciones constitucionales (es decir un límite puramente cultural, según la expresión de Dicey. Pero nuestra tradición política no ha tenido un respeto generalizado de las normas constitucionales, sino todo lo contrario), o probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.

La estructura de gobierno en un contrato

La “estructura de gobierno” es utilizada para administrar los contratos de largo plazo, si los contratos no pueden, en principio, ser reformados o anulados sin el consentimiento unánime de las partes, cuando un contrato

es de largo plazo requeriría una revisión permanente. Como esto es muy costoso, originalmente se redactaron contratos con términos muy genéricos pero que dificultaban su interpretación y favorecían el incumplimiento. La solución fue la creación de las estructuras de gobierno que administran los contratos. En este sentido, el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Pero la falta de una estructura de gobierno nos llevaría a vivir en una convención constituyente en sesión permanente. La Corte Suprema es la estructura de gobierno que establece la Constitución.

Tradicionalmente, *el concepto de Constitución ha sido asociado al de contrato social*. Las doctrinas contractualistas clásicas han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo, las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea de que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por unos constituyentes históricos e impuesta a los ciudadanos. Nuestra propia Constitución establece los límites del contrato social cuando reconoce el límite de *las acciones privadas que se encuentran fuera de la autoridad del gobierno* según expresa el art. 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados con la idea contractualista de la Constitución. Probablemente la primera descripción eficaz de la Constitución como contrato de largo plazo y de la Corte Suprema como órgano de gobierno haya sido hecha por John Marshall en “*McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819)”, cuando señaló:

Nunca debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando... Una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para las épocas futuras y consecuentemente debe adaptarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos.

Marshall expresó que la interpretación de la Constitución es diferente a la de la ley o de los reglamentos, ya que la Constitución no tiene la verbosidad de un código. Es similar a un contrato de muy largo plazo.

II. El contrato de largo plazo

La pregunta central si imaginamos un contrato social es por qué los individuos eligen tener un gobierno. Un “gobierno” significa *un ambiente*

en el que cada uno no tendrá libertad para ejercitar todas sus preferencias, ya que existe algún elemento de control impuesto por esta estructura. El fundamento es que cada uno consentirá una pérdida de libertad actual o potencial cuando hay una maximización de utilidad en ella. La razón básica para dar una porción básica de la libertad propia es que es una parte necesaria del contrato social con otros que estarán igualmente limitados. Debemos entregar algo para inducir la cooperación de los demás.

El acuerdo para limitar la libertad propia no solamente constituye el elemento necesario en el contrato social para lograr la formación de un gobierno, sino que puede aumentar el poder propio para influir en los demás. El ejemplo es el de tener un sistema de gobierno que permita el cumplimiento de los contratos. La pregunta es saber ¿cómo la existencia del gobierno mejora la situación de los individuos? La razón básica está asociada al concepto de *externalidad*, tanto positiva como negativa. La imposibilidad para el productor de una obra de internalizar las externalidades positivas, es decir, la protección de lo producido por su trabajo, puede llevar a que el productor o inventor no lleve a producción algo que todos considerarán valioso, pero que no están dispuestos a producir esperando que alguien más se lo quite o lo lleve a la producción sin su autorización.

Las *externalidades negativas* son el opuesto de lo dicho. Si en las externalidades positivas el productor incurre en todos los costos pero es incapaz de capturar todos los beneficios, en las negativas el productor capta todos los beneficios de la producción pero los costos de producción son en parte asumidos por otros. Es el caso de la fábrica que contamina el aire o el agua pero no incurre en costo alguno por las consecuencias de su acción. Existe la posibilidad de que las externalidades puedan ser controladas por acuerdos privados, pero esto es difícil sin el paso crítico de determinar el derecho al uso del agua o los niveles de contaminación permitidos. La negociación requiere de una determinación de títulos de propiedad previa.

La existencia de bienes públicos sugiere que el bienestar de los individuos requiere de la cooperación. El problema es que la cooperación en larga escala es una difícil obtención y corre el riesgo de comportamientos oportunistas. Por ello, aun los maximizadores del interés propio consienten en la pérdida de la libertad que está asociada con la existencia de un gobierno.

Son circunstancias en las cuales el sistema de gobierno es más reciente que el “estado de naturaleza” o la ausencia de gobierno. La cantidad de libertad personal que los individuos están dispuestos a ceder estará determinada por la valoración que hacen de esa libertad frente al valor obtenido al asociar la libertad de cada persona al formar un gobierno.

Si utilizamos la medida de Pareto para determinar la eficiencia, diríamos que *no hay gobierno a menos que todos los que quedan sujetos a él presten su consentimiento*. Por otra parte, si se utiliza el criterio Hicks-Kaldor, también llamado de eficiencia de costo beneficio, en la medida que *los que se benefician del gobierno maximizan su utilidad más que los que pierden con su existencia, de tal manera que pudieran compensarlos aunque no lo hagan efectivamente*.

Un gobierno que establezca la coerción de los individuos no cumple con ningún criterio de eficiencia. Si el gobierno pudiera simplemente ser establecido por una mayoría del pueblo que mejora con ello y está de acuerdo en someter a la minoría. Esta subordinación de la minoría no sólo no sería eficiente en el criterio de Pareto, sino que no existe garantía que fuera eficiente en el criterio Hicks-Kaldor, ya que es imposible de saber si los beneficios obtenidos por la mayoría pueden ser superiores a las pérdidas incurridas por la minoría.

III. El contrato constitucional

El modelo de contrato de largo plazo describe a la Constitución mucho más que imaginarla como una ley fundamental. La idea de una Constitución impuesta por una decisión de una mayoría supone que no establece límites adecuados al gobierno. Por el contrario, la Constitución, como un contrato, resuelve el método de organización del gobierno que se crea, y le establece límites que debe aceptar.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como similares al consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran tenido una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. Como ciudadanos apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, que la Constitución es un contrato implícito, que aceptamos a través de nuestro consentimiento a través de actos expresos e implícitos que se suceden a través del tiempo. La diferencia con otros contratos implícitos como el uso común de un idioma, es que el contenido del contrato Constitución puede ser debatido en los tribunales. De esta manera podemos utilizar el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

Ahora bien, en un contrato el costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran presentarse es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido y gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es inmensa. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas específicas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por *un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta*. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa situación si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra alternativa es una *renegociación entre las partes*. Esta solución podría ser razonable si la situación es un acuerdo bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga cuando la contingencia ocurre el monopolio exclusivo del uso de la fuerza, como es el caso del gobierno, que debe enfrentar un conjunto de habitantes desorganizados en un futuro indefinido. Esta sería la situación si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos por los constituyentes en su texto, y dejara los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

La solución posible es que exista *una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos*, éste es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector de la ciudadanía que regula la solución de conflictos, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera, la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

IV. La Corte Suprema como “estructura de gobierno” de la Constitución

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como *usar*

y disponer de su propiedad o bienestar general han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces *describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación*, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato social que nos une en una sociedad de convivencia. Es decir que la Corte Suprema cumple con esta función antes que como el agente de los constituyentes. Esto último no sería realista porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron son extremadamente vagas, aun los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente del pasado. Tomemos como ejemplo de los riesgos de no tener un intérprete final de la Constitución la situación que se daría aun en una norma constitucional inexigible pero de fácil aplicación, la que establece tres senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si este tema se dejara a la política de voto mayoritario su determinación, esto llevaría a búsqueda de rentas y ventajas políticas muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. La existencia del requisito súper mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo a cuestiones de menor importancia, donde el riesgo para la libertad o los bienes de las personas es menor.

V. La Constitución y el derecho privado

La visión tradicional de la “doctrina de la acción de Estado” (*State action doctrine*) imaginaba a la Constitución como aplicable a los casos sobre la acción del gobierno. Las cuestiones entre las personas se resolvían por las normas de derecho común y los contratos entre ellos. Sin embargo, la Constitución no solo se aplica a las cuestiones sobre la acción gubernamental, sino también a todo el ordenamiento jurídico. Esta aplicación adecuada de la cláusula de supremacía fue confirmada ya en el caso Samuel Kot (Fallos 241:291) que extendió la recientemente creada acción de amparo a los actos entre particulares.

VI. Los contratos en el derecho de propiedad

Podemos hablar de los derechos de propiedad relativos. Generalmente surgen de los contratos o de las decisiones judiciales en los casos de responsabilidad civil. Incluyen los derechos de propiedad contractual y los que surgen en general de las obligaciones.

Hay *dos principios constitucionales convergentes en la libertad de contratar, la autonomía de la voluntad y la promoción del bienestar general*. La autonomía de la voluntad se asegura cuando las partes acuerdan el contenido de los contratos y el cumplimiento de las promesas contenidas en él. Definen ese contenido libremente con exclusión de cualquier pauta establecida en la regulación. Al mismo tiempo, el cumplimiento eficiente de los contratos aumenta el bienestar general al asegurar el objetivo de las partes y el crecimiento económico. Es decir, se asegura la autonomía de la voluntad y se promueve el bienestar general.

Ambas partes de una transacción económica se benefician siempre que la transacción sea bilateralmente voluntaria e informada. Es decir, *las características de legitimidad del contrato son el consentimiento informado de las partes*. Es decir, la libertad de contratar debe ser plena porque asegura que las partes se encuentran en una mejor situación luego de su conclusión de lo que estaban antes. La regulación debe dedicarse primordialmente a conceder a las partes el acceso a la información sobre el tema y evitar los riesgos que puedan surgir de la información asimétrica. Debe tenerse en cuenta asimismo que todos los contratos aún los más eficientes se concluyen con información imperfecta.

Teniendo en cuenta estos principios constitucionales de autonomía de la voluntad y de obtención del bienestar general podemos señalar dos visiones del contrato. La primera deóntica concentrada en la autonomía de las partes para analizar el contrato y la segunda consecuencialista analiza sus efectos. En el primer caso, busca determinar la voluntad de las partes a través de un análisis normativo de la teoría de contratos, realiza un análisis *ex post*. La resolución de las diferencias en el cumplimiento del contrato debe derivarse del acuerdo entre las partes.

El análisis consecuencialista busca analizar los efectos económicos del contrato, y realiza un análisis *ex ante*. Es decir, intenta predecir las consecuencias económicas de las diferentes alternativas que se presentan frente al cumplimiento del contrato. Son visiones diferentes: mientras la primera se concentra en el respeto de la autonomía y la intención de las partes, la segunda busca la eficiencia, es decir, asegurar que las partes estén mejor luego de la conclusión del contrato de lo que estaban antes de él. En este sentido el análisis consecuencialista considera al proceso de decisión como una “caja negra” y antes que buscar una teoría descriptiva del interior de la “caja” es preferible concentrarse en los resultados. Es decir, cubrir las lagunas existentes en el cuerpo del contrato a través de la predicción de su contenido. El análisis consecuencialista es fundamentalmente positivo, busca explicar y predecir el comportamiento. Ayuda a explicar el contrato

y sus efectos. No es una teoría normativa del contrato. No busca solamente indicar que el contrato es una institución con legitimidad moral y política sino además como la regulación de los contratos determina el comportamiento de los contratantes en diferentes casos.

Una regulación legal respetuosa de la libertad constitucional de contratar debe buscar los incentivos correctos para asegurar el cumplimiento del contrato. Para ello debe proveer a las partes de información adecuada para disminuir los riesgos de la información asimétrica favorecedora de comportamientos oportunistas. La inclusión en la Constitución de la defensa de la competencia y del consumidor imponen ese comportamiento. El comportamiento erróneo del legislador es intentar reemplazar la voluntad de las partes imponiendo un comportamiento obligatorio. Es ineficiente en cuanto no pone a las partes en una situación óptima luego de la conclusión del contrato, sino en una situación probablemente mejor que la anterior pero inferior a una alternativa posible. Es una negación de la autonomía de la voluntad y una disminución del bienestar general.

Esta mala reglamentación de la libertad constitucional de contratar lleva a los contratantes a buscar otro derecho aplicable si esto es posible. Si la regulación promueve el fenómeno de “votar con los pies” al contratar el sistema es ineficiente.

Las obligaciones contractuales

Desde un punto de vista institucional tiene particular interés en los casos en que tiempo pasa entre la promesa y su ejecución cuando el intercambio que surge de la transacción no ocurre inmediatamente. Esta falta de sincronización ocurre en el caso de muchos contratos, podemos imaginar todas las obligaciones de largo plazo o proyectos que requieran situaciones complejas a largo plazo, los mutuos, los contratos de servicios públicos, las participaciones en sociedades, etc. Las dificultades en materia de asignación de recursos que aparecen están asociadas generalmente a la información. Podemos hablar de dos problemas básicos:

1. *Es la falta de visión*: las partes de un contrato son incapaces de predecir con exactitud lo que depara el futuro. Por lo tanto en la medida que las obligaciones contractuales son adaptables a situaciones nuevas e inesperadas, se mejora la eficiencia en la asignación de recursos.

2. *La información asimétrica*: una parte conoce más que la otra, ya sea sobre el estado del mundo en general o sobre su propia posición en lo que se refiere al contrato. Por ejemplo, el vendedor puede estar mejor informado sobre la calidad de la mercadería que se ofrece en una transacción que lo

que está el comprador. El *oportunismo* es una cuestión importante. La falta de visión no sería un problema sin la posibilidad, y por lo tanto la existencia de un incentivo, para el comportamiento oportunista. La información asimétrica puede ser responsable, entonces, de los problemas serios del cumplimiento contractual, una cuestión central en la teoría económica de los derechos de propiedad relativos.

El comportamiento oportunista

Williamson define el oportunismo como “el interés propio buscado con astucia”. En otras palabras, los individuos no tienen habitualmente un comportamiento confiable, en el sentido que pueden ocultar preferencias, distorsionar información, confundir deliberadamente las cuestiones, etc., con el objetivo de obtener beneficios. La información asimétrica provee la base del comportamiento oportunista, como ocurre en los casos de selección adversa y riesgo moral. El concepto de comportamiento oportunista es de gran utilidad para comprender la teoría contractual neoinstitucional, podemos imaginar el comportamiento oportunista precontractual y postcontractual.

Ex ante: el oportunismo *ex ante*, o el oportunismo precontractual, surge porque los individuos, deseosos de obtener sus intereses especiales, no son plenamente confiables y pueden tomar ventaja de la existencia de información asimétrica cuando negocian sus contratos. Esto significa que la parte informada tiene un incentivo para dar, a la otra parte, una información incompleta o distorsionada sobre la calidad de la performance prometida. Los ejemplos van desde los buscadores de que dan una visión distorsionada de sus habilidades frente a un posible empleador, hasta las promesas electorales de los candidatos frente a sus electores.

Ex post: el oportunismo *ex post* o postcontractual ocurre en los casos en que juegan un papel las inversiones específicas de una transacción. Es el caso de un locatario que una vez ingresado en la vivienda no paga el precio de la locación. El político que una vez elegido no cumple con la plataforma política por la que fue elegido.

Las obligaciones contractuales. Hay un interés particular de la economía institucional en los casos en que hay un lapso de tiempo que transcurre entre una promesa y su ejecución. Así es en el caso del intercambio cuando las dos partes de una transacción no son llevados al mismo tiempo y simultáneamente. Esta falta de sincronización ocurre en el caso de compras a crédito, los contratos de locaciones y otras obligaciones a largo plazo, complejos proyectos a largo plazo como es el caso de la construcción de un aeropuerto, los contratos de servicios públicos, los mutuos, las sociedades

y demás. Son casos en los que surgen dificultades en la asignación de recursos se caracterizan por surgir en estos casos. Están asociadas al problema de la información, particularmente a la falta de previsibilidad. Las partes en un contrato son incapaces de prever cuál será el futuro. Por lo tanto en la medida que las obligaciones contractuales puedan adaptarse a situaciones esperadas y nuevas la e ciencia en la asignación de recursos puede mejorar.

La información asimétrica. Es el caso que una parte conoce más que la otra sobre la situación del mutuo general y su propia posición con relación al contrato. De esta manera un vendedor puede estar mejor informado sobre la calidad de la mercancía que se ofrece en una transacción de lo que puede ser el comprador, o el agente puede conocer el nivel de esfuerzo que puede mantener en el futuro mucho más que el principal. En estos casos se plantea la posibilidad de comportamiento oportunista. La falta de previsión no sería un problema sin la posibilidad y por lo tanto con la existencia de un incentivo al comportamiento oportunista. La información asimétrica puede ser responsable de problemas serios en el comportamiento contractual, una cuestión central en la teoría económica de los derechos de propiedad relativos.

Las personas operan entre sí a través de una red de obligaciones, algunas vinculantes y otras no, a la cual ingresan a través de decisiones voluntarias o impuestas. Las *obligaciones contractuales* son *voluntarias*, como es la obligación del vendedor del bien a entregar la mercadería apropiada al comprador en el tiempo y lugar convenidos, y la obligación que tiene el comprador de pagar el precio en el momento establecido, y son *vinculantes*. Hay obligaciones no vinculantes asumidas libremente, como son las obligaciones sociales, la promesa de visitar a un amigo, y las obligaciones morales, que tradicionalmente se asocian con un jugador que paga lo que debe pagar por deudas de juego. Las *obligaciones extracontractuales*, por una tradición romana se llama responsabilidad aquiliana, son producto de la responsabilidad por daños. En todos estos casos *desde el punto de vista económico, estamos tratando con derechos de propiedad, si bien son derechos de propiedad relativos.*

Los derechos de propiedad relativos consisten en el reclamo de un individuo contra otro u otros individuos y sólo puede ser ejercido contra ellos. Por lo tanto, en primer lugar, los derechos de propiedad relativos pueden ser violados o “robados” por la persona contra quien estos reclamos pueden ser dirigidos, es decir el que está obligado a cumplir. En la economía neo institucional se utiliza la palabra “*comportamiento oportunista*” en lugar de “robo” para referirse a la violación del cumplimiento de la obligación por quien asumió ese compromiso.

Hume. Las tres leyes fundamentales de la naturaleza

Las obligaciones contractuales se deducen de los fundamentos a los derechos expresados por *David Hume*. Las tres leyes fundamentales de la naturaleza según Hume son:

- la estabilidad de la posesión,
- la transferencia de la posesión por consentimiento,
- cumplimiento de las promesas.

(Las leyes fundamentales de la naturaleza son mencionadas en el *Tratado de la Naturaleza Humana* de David Hume de 1740).

Con relación al tema que consideramos se pueden expresar como la *libertad de contratar y el cumplimiento de las obligaciones*. En un mundo de transacciones sin costo, la observancia de estos dos principios puede cumplirse sin gastos de recursos. Sin embargo, la existencia de costos de transacción positivos y la racionalidad limitada de los actores hacen imposible la aplicación de las reglas de la economía neoclásica. Bajo estas condiciones la organización importa y hay que concentrarse en aquellas cosas como la organización de mercados, empresas y todos los compromisos jurídicos. En este contexto dos tipos diferentes de actividades deben ser reconocidos. El *establecimiento de organizaciones*, que supone actos de elección colectiva, y *la utilización de las organizaciones por los individuos*, que son cuestiones de decisiones individuales. En el primer caso, los costos de transacción están bajos y son costos hundidos, en el segundo son variables, es decir, dependen del volumen o número de las transacciones. El análisis económico de las instituciones sugiere que debe existir una tendencia dentro de los que toman decisiones para adoptar los arreglos institucionales más eficaces para resolver cualquier problema. Por lo tanto, podemos esperar que el mejor marco institucional sea elegido en el nivel constitucional o eventualmente legal y que dentro de este marco se observe la operación utilizando el tipo de contratos voluntarios que tengan el menor costo en recursos. La existencia de costos de transacción, sin embargo, hace que tanto el monitoreo, el cumplimiento de todas las obligaciones normativas y contractuales sea un problema siempre presente.

En el nivel de *elección individual* los individuos dirigen su atención al nivel de la ejecución de los contratos con el objetivo de suprimir cuanto más sea posible el comportamiento oportunista *ex post*, por parte de la otra parte contratante luego de que el contrato ha sido armado. De esta manera una orden judicial es complementada por una orden privada como

garantía dentro del contrato contra el oportunismo. Williamson habla en este contexto de *instituciones ex post de apoyo al contrato* (Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, cit., pág. 29).

En el nivel de *elección colectiva*, donde los individuos deciden sobre los marcos institucionales una atención particular, debe existir en el desarrollo de las estructuras institucionales que permitan a cierto tipo de transacciones empresarias evitar los problemas de errores de mercado. Claramente esta adaptación institucional es importante para resultados económicos prácticos.

VII. Principios básicos de las obligaciones contractuales

Dos principios de las obligaciones contractuales, juntamente con el de la propiedad privada, marcan el núcleo de los principios constitutivos de la economía constitucional.

El primero es la *libertad de contratar*.

El segundo es *la responsabilidad que pueda surgir del contrato*.

Eucken menciona además a los principios de la política de *defensa de la competencia*, en los que incluye, *moneda sana, mercados abiertos y estabilidad de la política económica*.

Libertad de contratar

El principio de libertad de contratar es central para la utilización eficaz de los recursos. Esta libertad permite al dueño del derecho de propiedad, que es en general un haz o conjunto de derechos, de transferir su derecho y entregar los bienes a los cuales ese derecho se refiere a quien lo valora más.

En suma la *libertad de contrato incluye*:

- La libertad de concluir el contrato o no hacerlo.
- La libertad de elegir las personas con las cuales se contrata.
- La libertad de determinar el contenido del contrato, es decir, que las partes no tienen que elegir dentro de una enumeración cerrada de contratos vigentes, sino que puede crear nuevos tipos de contratos.
- Elegir las formalidades del contrato.

La idea general subyacente en el principio de libertad de contratar es que cada individuo es libre de regular las circunstancias de su vida. Ya que los contratos pueden ser aplicados legalmente, los individuos crean ley en un

nivel menor, un micro nivel al concluir contratos particulares dentro del marco del sistema jurídico. La libertad de contratar y la autonomía de la voluntad resultante son el equivalente jurídico del principio de la descentralización de la decisión económica. La libertad de contratar es la condición previa para la existencia de la libre competencia. Pero también debe tenerse en cuenta que la libertad de contratar puede ser utilizada para establecer regímenes monopólicos. Por lo tanto, la *defensa de la competencia* es el fundamento principal para la regulación de la libertad contractual.

VIII. El concepto de contrato

Tanto constitucionalmente como en términos económicos, la palabra contrato describe un concepto ambiguo. Podemos recordar las palabras de Karl Llewellyn, que era un jurista del realismo jurídico distinguía cuatro usos del término contrato:

1) Arreglos de hecho en el medio empresario, y como tales, independientemente de sus consecuencias legales, o de si tienen consecuencia legal alguna.

2) Arreglos de hecho con consecuencias legales.

3) Los efectos legales de las promesas.

4) La escritura incorporada en un acuerdo que sea considerado que fuera a tener consecuencias legales (Llewellyn, Karl, "What Price Contract? An Essay in perspective", *Yale Law Journal* 40:704, 1931).

Tiene su origen el derecho contractual en la noción que los funcionarios deben aplicar, o al menos deben buscar la aplicación de algunos de los compromisos o promesas hechas por los hombres.

Podemos agregar un concepto que surge tradicionalmente de los códigos civiles y que nos daría un quinto concepto de contrato: un acto jurídico que normalmente consiste en dos declaraciones de voluntad.

La diferencia entre los conceptos de promesa y de privación de voluntad es que el primero supone que el tiempo está incluido de una manera esencial. Ya que las teorías jurídicas de contrato no son estrictamente temas constitucionales o económicos, utilizaremos una concepción más general y constitucional sobre las observaciones teóricas del concepto de contrato. *El concepto constitucional del contrato está cercano a la concepción planteada en Llewellyn en el sentido de los efectos legales de una promesa.* Una promesa en este contexto es comprendida como el compromiso para actuar más tarde. Esto incluye la confianza en las reacciones futuras de quien promete, y que compromete a quien dio esa promesa. Desde el

punto de vista evolutivo, prometer y comprometerse puede considerarse como una convención, como una costumbre. La costumbre de prometer tiene un significado muy general bajo el cual puede traerse un número muy importante de cuestiones. Al comprometerme, puedo facilitar el proyecto de los demás porque puedo hacer posible a los otros que cuenten con mis futuras conductas.

La teoría económica trata fundamentalmente de las situaciones de intercambio en la cual la ganancia es recíproca para las partes que se comprometen a una transacción. En un intercambio simultáneo no hay necesidad de compromiso, pero cuando el comercio tiene lugar a través del tiempo, la situación es diferente. Las condiciones deben ser tales como para permitirme hacer *A* para usted cuando usted lo necesite en la creencia de confianza que usted va a hacer *B* cuando yo lo necesite. Su compromiso pone su futuro también en mis manos en el presente, de la misma manera que mi compromiso pone mi futuro en sus manos. Un intercambio futuro se transforma en un intercambio presente, y con el fin de cumplir esto todos necesitamos un sistema convencional que podamos invocar las dos partes.

Existen costumbres, como *el lenguaje*, en el cual cada persona tiene interés en que los demás la cumplan, si todos los demás lo cumplen se utilizará, de lo contrario nadie se entendería. Estas costumbres tienden a ser formadas sin la necesidad de un mecanismo especial de cumplimiento. Sin embargo, el compromiso es diferente porque, a diferencia del lenguaje, puede ser en el interés de quien se compromete no cumplir con la costumbre cuando el tiempo llegue de cumplir con su promesa. Por lo tanto los contratos son promesas que pueden ser aplicables legalmente.

La aplicación legal no trae problemas si los términos del contrato son completos y verificables de todas las posibles contingencias que se han asumido. Este es el tipo ideal del contrato completo, que puede ser comprendido con los corolarios legales del modelo de los mercados perfectos, en los cuales las relaciones personales no tienen una función. Estas “transacciones discretas” son también los modelos de las doctrinas clásicas jurídicas del contrato. En la actualidad esas transacciones continúan, pero están superadas por contratos relacionales de largo plazo, como franquicias, negociaciones colectivas, contratos de muy largo término de provisión de materiales, contratos de servicios públicos, etc. Podemos agregar que las relaciones comerciales de largo plazo han cumplido una función a través de la historia económica, no solamente en el mundo real donde los contratos son incompletos, esto es, son incompletos más allá de los límites elementales que pueden ser cubiertos por los términos de incumplimiento asumidos por el sistema jurídico, esto es, los términos que las partes no han puesto en el contrato pero que la legislación suple. Las partes de un contrato no

pueden conocer todas las contingencias posibles, y en cualquier evento sería demasiado costoso intentar escribir disposiciones para cubrir todas las contingencias dentro del contrato. Por lo tanto, quienes toman la decisión pueden considerar ventajoso ingresar en un *intercambio cooperativo de relaciones* o buscar mecanismos contractuales para resolver esta situación. Estos *contratos relacionales* son relevantes para referirse a las relaciones de agencia. *Un contrato relacional existe en la medida que las partes son incapaces de reducir términos importantes del acuerdo a obligaciones bien definidas.* Los contratos de largo plazo entran más fácilmente en este concepto que los de corto plazo.

Es posible pensar en términos de un *espectro continuo* de diferentes tipos de contratos de nidos desde el punto de vista jurídico. En un extremo tendremos el contrato clásico, y en el otro extremo del espectro encontraríamos relaciones o arreglos más generales, como sería el matrimonio o las relaciones de trabajo. Los contratos en un extremo relacional disponen fuertes compromisos personales, son de largo plazo y anticipan la posibilidad de inconvenientes como parte normal de una asociación continua entre las partes al contrato. Cualquier dificultad que aparezca, ya sea tratada por medios de cooperación o técnicas relacionales.

IX. La autonomía de la voluntad

La importancia de la autonomía de la voluntad para determinar el contenido del contrato y como fuente para completar las lagunas en su interpretación ha sido señalada por la visión deóntica del derecho.

La autonomía de la voluntad en los contratos tiene su origen en Hegel. La exigencia racional del contrato viene dada para Hegel en cuanto que en él se reconocen mutuamente los participantes como personas y propietarios y las cosas no son consideradas como en sí mismas exteriores, sino en cuanto reflejan la voluntad libre de las personas (Hegel, *Filosofía del Derecho*, § 72). El contrato es la exteriorización de la voluntad. Quien concluye un contrato reconoce la exteriorización de la voluntad del otro.

En la Constitución la visión contractualista de la organización política está en el art. 19 sobre las acciones privadas. Una extensión de las acciones privadas es la de la autonomía de la voluntad. Esta visión contractualista de la organización constitucional va más allá del derecho a intimidad “...*la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el artículo 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*

(art. 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28)” (“Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”; voto del ministro Bacqué).

Ya que los contratos pueden ser afectados legalmente, los individuos crean derecho en un nivel menor al concluir contratos particulares, dentro del marco de los contratos existentes, del derecho de contratos existente en el sistema jurídico. La libertad de contratar y la autonomía personal resultante son la contraparte legal del principio de descentralización de la toma de decisiones económicas. Este principio es aparentemente una precondition de la realización de la libre competencia, pero la libertad de contratar también puede servir para abolir la libre competencia o crear un sistema monopólico. El principio de libertad de contratar, si se dejara íntegramente a sí mismo, puede establecer condiciones, en el cual el principio puede no mantenerse a largo plazo. Por esta razón, se puede decir que la libertad de contratar debe ser protegida a través de la creación de un orden de libre competencia. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en un mundo caracterizado por la disminución de los costos de información y de transporte, el problema del monopolio aparece menos peligroso que lo que probablemente pudiera temerse en un principio. En esta sociedad, las formas monopólicas subsisten cuando son sostenidas por la regulación. Las normas regulatorias de la actividad económica las que permiten la subsistencia de oligopolios que de por sí son inestables. Por lo tanto el principio del libre comercio y otras fuerzas que conducen a los mercados abiertos pueden ser una ayuda considerable en mantener un sistema de libre competencia.

Puede haber otras precondiciones y límites necesarios para asegurar la libertad de contratar y para que la misma funcione. En particular, el principio requiere la libre voluntad de las partes contratantes, y la protección de los intereses de terceros.

El principio de libertad de contratar está restringido por la ley y no todas las razones son buenas desde el punto de vista de la sociedad. Por ejemplo por el sistema de subsidios tradicionales en la Unión Europea de materia agrícola, no puede decirse que contribuyan al crecimiento de la riqueza. Otro lugar donde tradicionalmente aparece la restricción es en el área del empleo. Las condiciones de los contratos laborales son solamente libres para determinar el contenido de un contrato laboral dentro de los límites de un sistema de derechos extremadamente complejo y sobre la base de convenios colectivos de trabajo.

El debate sobre la protección constitucional de los contratos y su asociación con el derecho de propiedad para la plena protección de la propiedad

ha sido resuelto tempranamente por nuestra Corte Suprema en el caso "Bourdieu". Allí se estableció que la libertad de contratar sea un derecho constitucional, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de "propiedad".

Caso "Pedro Emilio Bourdie v. Municipalidad de la Capital". 10 de diciembre de 1925. Fallos: 145:325:

Que en cuanto al primer fundamento, debe observarse que las palabras "libertad" y "propiedad" comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término "propiedad", cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones que ese estatuto comprende. Como lo ha dicho esta Corte, "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad". Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de "propiedad".

Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. El art. 67, inc. 16 de la Constitución faculta al Congreso a emplear como medio adecuado el obtener lo conducente a la prosperidad del país, las concesiones temporarias de privilegios y habría visible inconsecuencia entre esa autorización que compromete la fe pública de la Nación y la conclusión consistente en afirmar que los derechos nacidos de aquéllas no benefician de las garantías y seguridades que otra parte del mismo estatuto asegura a la propiedad. El derecho, nacido de una concesión de sepultura con prescindencia de saber si forma o no parte del patrimonio del titular, cuestión ésta librada al derecho común, se encuentra, pues, comprendido por la garantía de los arts. 14 y 15. Mango c. Traba, sentencia de esta Corte de 26 de agosto próximo pasado (COOLEY, Principios generales, traducción Carrié, pág. 306, y Constitutional limitations, pág. 756, y nota 3; Willoughby, t. II, pág. 474).

Que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos derivados de los contratos, ha dicho esta Corte (t. 137, pág. 47), la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y la finalidad de la ley.

Que para juzgar del alcance de esta limitación impuesta a las legislaturas, de dictar leyes alterando las obligaciones nacidas de los contratos, ha de tenerse presente: a) que asumen el carácter de leyes, no sólo las sancionadas por el Congreso, sino también las constituciones de Estado o una ordenanza municipal con tal que el Estado le dé la fuerza de una ley (Williams v. Bru y, U.S., pág. 176); b) que reviste calidad de contrato todo convenio o concierto entre dos o más partes, sea que las obligaciones emergentes del mismo se hallen incumplidas o hayan sido ejecutadas. Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87; New Jersey v. Wilson, 7 Cranch 164.

Que además, la prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos, y los Estados o por los Estados entre sí. Willoughby, § 402, pág. 893. La jurisprudencia americana es concluyente sobre el punto, y salvo el caso de las licencias administrativas por las cuales se crean facultades revocables a voluntad del Estado, se ha entendido siempre, con la opinión de Marshall, emitida en el caso Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87, que cuando el Estado contrata o conviene con los particulares, no le es permitido revocar o anular sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad (COOLEY, Constitutional limitations, págs. 384 y 385 y nota).

La responsabilidad contractual

La libertad de contratar no excluye la actividad regulatoria. El principio de libertad de contratar funciona bien solamente si las obligaciones a las cuales se llegó libremente pueden ser hechas cumplir por el Estado en caso de incumplimiento por una de las partes. Una economía de mercado se caracteriza por la estricta observancia de este tipo de intervención estatal. La función de liquidez, es decir, la capacidad para cumplir el pago de las obligaciones, aparece claramente en este contexto. Se puede ver que la obligación de los individuos o empresas para permanecer líquidos por sus propios esfuerzos puede ser menos crucial si el Estado está dispuesto a intervenir en las actividades empresarias. El Estado puede tomar, a través

de compromisos a ir a la ayuda de empresas estatales con necesidad de liquidez. Pero el uso de aproximación de presupuestos blandos significa una desviación del sistema económico de los requerimientos de un sistema de mercado. Porque con la potencial intervención estatal, la asignación de recursos no está determinada exclusivamente por las reglas de la competencia. En general, en ese caso, la ayuda de organismos del Estado reemplaza al mercado como director de la asignación de recursos.

Esta “santidad de la promesa” concierne a todo tipo de obligaciones contractuales. Sin embargo, la situación financiera de los *contratos de largo plazo* es de interés particular. Es aquí donde entran los mercados financieros en la organización de la economía. El control de los medios financieros por bancos u otros intermediarios con intereses directos en el resultado del proceso de asignación de recursos es inevitable. A menos que haya una planificación centralizada, el sistema financiero se transforma en la parte central de la asignación de recursos. El sistema financiero es esencialmente un mecanismo para asignar recursos eficientemente, en el margen confía en la modificación de incentivos a los dueños de capital, por ejemplo subiendo o bajando la productividad marginal de capital real que viene a ellos a través de la modificación del costo de financiación.

X. Teorías económicas del contrato

Podemos distinguir tres teorías económicas del contrato: la teoría de la agencia, la teoría de los acuerdos autocumplidos y la teoría de los contratos relacionales.

Las teorías económicas del contrato exceden el marco del derecho privado, constituyen herramientas de análisis para todas las organizaciones, inclusive las de carácter político. Pueden utilizarse para la interpretación constitucional, siendo en ese caso, la Corte Suprema como estructura de gobierno de la Constitución; para el estudio de las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, y también del gobierno con la administración.

Se plantea en estas teorías los problemas del método económico, y dependerán de las herramientas que se utilicen. Los que utilizan la teoría económica más verbal evitan la rigidez de los modelos matemáticos y tienen mayor libertad para desarrollar y aplicar sus ideas en casos concretos. Pero esta exigibilidad está compensada por el costo de trabajar con conceptos menos precisos y en algunos momentos llegar a conclusiones con derivaciones o con limitaciones en cuanto al rigor. En cambio, los que utilizan modelos matemáticos llegan a una mayor claridad y precisión en la exposición, pero pagan el precio de tener un enfoque analítico más estrecho, y con alguna dificultad en su capacidad para ver nuevos temas. Es en este conflicto que Williamson ha prevenido contra los riesgos de una

teoría formal prematura. Williamson nos recuerda que una teoría formal prematura trata de analizar los fenómenos concretos y sin hacer el trabajo previo de un contacto serio con cada una de las cuestiones.

La Teoría de la Agencia

La relación de agencias es un hecho permanente en la vida económica. Se puede describir simplemente. Existen al menos dos actores económicos presentes en cada caso: el *principal* y el *agente*. *El principal contrata al agente para cumplir algún servicio en su lugar, y para facilitar el logro de la actividad que delega, alguna autoridad de toma de decisiones es delegada al agente*. Luego de la conclusión del contrato, la información es tomada en forma asimétrica en el sentido que la acción del agente no es observable directamente por el principal o el agente puede, de hecho, hacer alguna observación que el principal no ha hecho. Tomemos el ejemplo de una empresa en la cual el agente conoce exactamente la producción, pero el principal no la conoce. Más aún, es demasiado costoso para el principal monitorear o controlar directamente las acciones del agente o adquirir el conocimiento concreto de la información que el agente conoce directamente. En el primer caso se puede hablar de una *acción oculta*. En el segundo caso de una *información oculta*. Ambos son casos de *riesgo moral*, un concepto tomado de la teoría de seguros. La información es asimétrica luego de la conclusión del contrato. Al mismo tiempo de la presunción que la acción o la información del agente no puede ser observada directamente por el principal, el análisis principal-agente presupone que el resultado está determinado no sólo por la acción del agente, sino también por influencias exteriores. Bajo estas condiciones, *el agente puede siempre argüir que el resultado es atribuido a fuerzas más allá de su control, y por lo tanto no es su error*. De más está decir que casos de este tipo son de interés central para cualquier toma de decisiones. El modelo sugiere que el agente no actuará en el mejor interés del principal. La pregunta que surge es cómo esta situación puede ser moderada o superada.

Detrás de la acción oculta está el problema de la información oculta. Podemos considerar que debido a que el conocimiento de la productividad no puede ser centralizado, las unidades productivas individuales tienen información sobre las posibilidades de producción que no están a la vista de la unidad central. La unidad de producción puede tener incentivos para no revelar esta potencialidad, porque será más sencillo operar con menos requerimientos. El problema en este caso para la unidad central principal es como obtener la información del agente. Este problema ocurre habitualmente en cualquier organización descentralizada.

Otro tipo de relación llamada *selección adversa* se refiere a los problemas de información asimétrica antes de la conclusión del contrato, es lo que

ocurre típicamente en los casos de la industria de seguros. Si el mismo precio por el contrato de seguro es cobrado a todas las personas en el mercado, los individuos de alto riesgo comprarán un mayor seguro que las personas de bajo riesgo, que comprarán menos seguro y todos al mismo precio. La asignación ineficiente del riesgo generalmente permanece. En el caso de empresas de seguro es el principal y el cliente que posee una información superior sobre su capacidad de riesgo es el agente.

Riesgo moral

Se utiliza para identificar situaciones en las que luego de la conclusión de un contrato el agente está mejor informado que el principal (información oculta), o el nivel de esfuerzo del agente está fuera de la observación del principal (actividad oculta). En estas situaciones el agente está tentado de un comportamiento post contractual oportunista. Es el caso de la información que un departamento oculta de sus superiores o que la administración pública oculta a los legisladores. La acción oculta ocurre cuando el nivel de esfuerzo de los gerentes (agente) no es observado por los propietarios de la empresa (principal).

Selección adversa

El problema de la selección adversa surge si el principal, por ejemplo el oferente, tiene un conocimiento inferior sobre el agente, su cliente, que lo que el agente tiene sobre sí mismo. La existencia de esta información asimétrica provee al agente de una oportunidad para realizar comportamientos oportunistas. Es el caso del adquirente de un seguro de vida que tiene información privada sobre su estado de salud y está en una mejor situación para estimar su expectativa de vida residual que el vendedor de un seguro de vida y el individuo puede obtener una ventaja de este conocimiento.

XI. Acuerdos autocumplidos o teoría contractual implícita

Los contratos de agencia son por su propia presunción acuerdos aplicables legalmente, pero no todas las relaciones de agencia u otras relaciones de intercambio son de este tipo. El sistema legal puede ser imperfecto o la información relevante puede no ser verificable en los tribunales, sin embargo existen diversas formas para llegar a un acuerdo. Una posibilidad *para relaciones de largo plazo es el acuerdo autoejecutivo*. De esta manera, el único recurso de una parte que descubre una violación en el contrato por la otra parte es terminar el acuerdo. No interviene ninguna tercera parte, no hay reacción pública o participación pública de desacuerdo. El acuerdo autoejecutivo está designado de tal manera porque *los beneficios por el no cumplimiento siempre sean menores que los beneficios a largo término de*

cumplir el contrato. Esta situación supone que las personas son maximizadores estrictos de la utilidad individual, es decir, alguien que es honesto solamente si la honestidad o la apariencia de honestidad paga más que la deshonestidad. Este es el caso de que los precios que una empresa paga por un bien sean mucho más bajos que los del mercado, por lo tanto, si esa empresa que no pagara una partida se queda sin un proveedor mucho más ventajoso que la alternativa que le ofrece el mercado.

Los individuos pondrán racionalmente su confianza si la razón de la probabilidad que a quien se le ha otorgado esa confianza la mantendrá, que a la probabilidad de que no lo hará sea mayor que la razón de la potencial pérdida a la potencial ganancia. También surge que en cuestiones de confianza la relación bilateral tiende a demostrar una mayor estabilidad y productividad que las unilaterales. La confianza mutua hace más sencillo ponerse de acuerdo en sanciones mutuas.

En lugar de utilizar acuerdos autoejecutivos se puede utilizar como expresión sinónima el término contratos implícitos. El contrato implícito establece normas de comportamiento antes que normas sobre cómo compartir el riesgo. De esta manera, un contrato de empleo implícito es que las empresas además de comprometerse a obligaciones vinculantes tratan de influir en las expectativas de los que tengan voluntad de incorporarse, como de los que quieran irse, y hacen declaraciones no obligatorias sobre el futuro. Pero estas *declaraciones tienen alguna fuerza y alguna credibilidad ya que ponen la reputación de la empresa en riesgo.* En ese tipo de intercambios, los compradores están dispuestos a pagar más del mínimo por cual podrían comprar ese bien o servicio, por el efecto de los términos del intercambio sobre las normas. De la misma manera, los vendedores estarán dispuestos a aceptar menos que el máximo al que podrían vender bienes o servicios por los efectos de estos términos de intercambio sobre las normas. Existe la posibilidad de desequilibrios múltiples, algunos buenos y otros malos. Para lograr un equilibrio bueno se requiere un problema de coordinación que debe ser resuelto. Un buen equilibrio requiere un grupo particular de normas de coordinación, de esta manera un administrador puede inspirar confianza entre los empleados y traer otras condiciones que inducen a aplicar normas apropiadas. La confianza y la comunicación representan elementos claves en este programa que intenta lograr la cooperación.

Teoría contractual relacional

Los contratos relacionales son aquellos que *no tratan de resolver todas las contingencias futuras*, pero que sin embargo, son *acuerdos de largo plazo en los cuales las relaciones personales pasadas, presentes y probablemente futuras son cuestiones que importan a las partes contratantes.* Por lo tanto, estos contratos son de alguna manera *implícitos, informales y no vinculantes.*

El concepto de contrato relacional es utilizado para explicar la relación entre los individuos en un mundo de acontecimientos impredecibles. La autoejecución juega una cuestión importante aquí. En realidad, la mayor parte de las transacciones que se concluyen bajo contratos relacionales están más o menos firmemente establecidas en una estructura de relaciones que trasciende la transacción concreta. Las transacciones son normalmente parte de asociaciones vigentes de largo plazo. Y como tal cumplen una función importante en la vida económica moderna. Muchas veces *los contratos son necesaria e intencionalmente incompletos por los deseos mutuos para respuestas exigibles pero limitadas para condiciones oscuras sobre las que no se tiene certeza, y que limitan la extensión y la precisión de términos verificables*. Estos contratos incompletos existen muchas veces incluidos profundamente dentro de una relación subsistente. Las partes no son extrañas, mucha de su interacción tiene lugar fuera del contrato, mediada no por términos visibles que se deban cumplir en un tribunal, sino por un *equilibrio particular de cooperación y coerción, comunicación y estrategia*. La teoría del contrato relacional tiene una aplicabilidad directa a situaciones en las que existe una dependencia bilateral de las partes contratantes por *la existencia de inversiones específicas de transacción*. Williamson indica que existe una *transformación fundamental* que tiene lugar en el área de relaciones del trabajo cuando inicialmente trabajadores no calificados son obligados a adquirir un capital humano específico para esa empresa a través del tiempo, y cuando la empresa depende en cada vez en mayor medida de la existencia de trabajadores que posean ese capital. Entonces lo que era en un principio grandes números de posibles trabajadores que estaban en condiciones de incorporarse, se transforman efectivamente en una oferta bilateral en el futuro. Transacciones fundamentales como la mencionada tienen consecuencias contractuales permanentes. Esta doctrina también puede ser llamada la *teoría del contrato incompleto*.

Los contratos relacionales permiten que haya *huecos en un acuerdo* porque existe el reconocimiento que la *racionalidad limitada* y los *altos costos de transacción* hacen *imposible* ponerse de *acuerdo ex ante* en todas las futuras eventualidades que pueden afectar la relación entre las partes, o verificar toda la información relevante para ser entregada a quienes están fuera de la relación, como serían los tribunales. *Estos huecos no pueden ser cubiertos por el derecho de los contratos*. La relación contractual está basada en un sistema social de relaciones cuyo principio y final no puede ser determinado precisamente. Este es un tema que puede utilizar *el contrato relacional como una metáfora de los sistemas constitucionales*, donde las *bases se establecen en forma muy general* y se establece un *procedimiento para su solución (en la Constitución) que será utilizado para tratar los problemas que surjan en el futuro*, es lo que sería el *órgano de gobierno*. En

otras palabras, el fundamento general sobre el cual las partes intentan llegar a nuevos acuerdos es establecido con anterioridad. Más aún, como parte del deseo por exigibilidad en la relación contractual es aceptado que las negociaciones en temas de interés serán llevadas adelante en forma más o menos continua. Este tipo de contratos relacionales tiene nada más que un número limitado de garantías en la ley, por lo tanto los comportamientos oportunistas sólo pueden ser detenidos en gran medida por medios de sanciones no legales, o por un el llamado orden privado. Es el caso de los acuerdos de voto (*log rolling*) entre los legisladores, o los acuerdos políticos entre legisladores y el Ejecutivo. Sin embargo, tienen una preocupación importante desde el punto de vista constitucional, al establecerse la necesidad de una garantía que este tipo de comportamientos no sean rechazados por la legislación, o que comportamientos regulatorios impidan o hagan más compleja la regulación contractual.

Tipos de orden privado

Los acuerdos autoejecutivos son el capital de tener una marca (a veces también se los llama rehenes), tienen una función importante en proteger contra el oportunismo *ex ante* y *ex post* por parte de los socios contractuales. La credibilidad de los compromisos y la confianza mutua son cruciales en el objeto del contrato. Un ambiente apropiado para la contratación puede ser obtenido por inversiones específicas precontractuales y post contractuales. Son las inversiones que se efectúan para promover el nombre de la organización o institución, el diseño de un logo.

También está la estrategia del *do ut des* o *tit for tat*, esto representa una posible forma de comportamiento retaliatorio entre las partes. Esta visión está asociada al llamado dilema de los prisioneros, una parte importante de esa estrategia es una voluntad de hacer un primer movimiento cooperativo y por lo tanto correr el riesgo de explotación en la primera negociación con la otra parte. Por supuesto, si esa concesión por una parte es ignorada por la otra, la retaliación o defección es el movimiento apropiado para quien hizo el gesto inicial más adelante.

Otra alternativa es contratos que son aplicados por una tercera parte. Esto es cuando las partes van a un tercero que resuelve en forma independiente las disputas en una relación que continúa. Esto ocurre cuando el sistema judicial jurídico es ineficiente o muy costoso. A veces es demasiado lento, o requiere ciertos tipos de procedimientos que hacen muy difícil la continuación de la relación después de la decisión judicial. Hay quienes sostienen, como Kornhauser, que este tipo de ordenamientos privados funcionan como *la sombra de la ley* (Mnookin, R. & Kornhauser, L., "Bargaining in the Shadow of the Law: a Case of Divorce", *Yale Law Journal*, 88.950, 1979). El incentivo a las partes privadas a establecer salvaguardias contractuales

bilaterales es una función de la eficiencia de la adjudicación por medio de tribunales, y esto varía con los atributos de la transacción.

La conclusión sería que las partes deben establecer alguna estructura de gobierno o *governance*, el mecanismo de gobierno para la relación contractual. En general, el acuerdo no es completamente autoejecutivo y relacional, y los contratos relacionales pueden ser mejorados con algún tipo de administración por una tercera parte que podría ser un órgano de gobierno. Aquí es donde aparece también una similitud con el sistema de gobierno constitucional.

También existe la *regulación ya sea pública o privada*, que es una forma de característica de la administración por una tercera parte de una relación contractual. Esto ocurre en los servicios públicos y donde aparecen agentes, tanto de quienes ofertan como quienes consumen el servicio. Este regulador es también un órgano de gobierno de contrato aplica y revisa las reglas de la Constitución como de una relación a largo plazo similar a la existente entre los productores individuales de un servicio público y los usuarios.

La *cultura organizacional*, en un acuerdo autoejecutivo, ya sea puro o “en la sombra de la ley”, se presupone que las partes reconocerán inmediatamente y de una manera sencilla lo que un incumplimiento contractual significa. Generalmente, la falta de conocimiento de lo que depara el futuro, contingencias inesperadas, es precisamente la razón por la cual los contratos relacionales existen. En ese sentido, aun cuando una contingencia particular no haya sido prevista, la previsión para su solución es posible. Es generalmente un conjunto de reglas que definen el comportamiento apropiado y puede proveer la base para la acción del principal en un contrato de agencia. Es la cultura organizacional. La existencia de esta cultura permite en organizaciones jerárquicas conocer ex ante como la institución reaccionará en circunstancias imprevistas.

La racionalidad limitada

El concepto de racionalidad limitada ha sido introducido por Simon (Simon, Herbert, *Models of Man*, New York, 1957. El concepto existe en toda su obra posterior sobre organizaciones por la que recibió el Premio Nobel de Economía) y juega una función o un papel importante en la teoría del contrato relacional. La racionalidad limitada no quiere decir no racionalidad o irracionalidad, para comprender *la toma de decisiones bajo condiciones de una fuerte falta de certidumbre* podemos comprender la relación entre los *modelos mentales que los individuos construyen* para entender el mundo que los rodea, *las ideologías* que evolucionan de esas construcciones y las instituciones que se desarrollan en una sociedad para organizar las relaciones interpersonales. Por lo tanto, los modelos mentales, las instituciones e

ideologías, todos contribuyen en un proceso por el cual los seres humanos interpretan y ordenan el ambiente. Los modelos mentales son en alguna medida únicos para cada individuo. Las ideologías e instituciones son creadas y proveen percepciones compartidas y ordenan el ambiente. Esto supone el análisis de la casuística en la toma de decisiones, los nuevos modelos económicos de éxito incluyen la limitación de la racionalidad.

Costos de transacción en los contratos

Los tribunales no siempre son capaces de resolver las disputas contractuales eficientemente. El estudio de los contratos es extendido a partir de las normas jurídicas hasta incluir una evaluación de estructuras de gobierno alternativas, de las cuales los tribunales son sólo una. La preocupación con las estructuras de gobierno lleva al análisis económico de los costos de transacción. La racionalidad limitada y los comportamientos oportunistas son elementos característicos de la realidad y son el fundamento de la economía de los costos de transacción.

La teoría del contrato relacional trata de relaciones de muy largo plazo entre, por ejemplo, compradores y vendedores que deben realizar inversiones con transacciones específicas, y están sujetos a la posibilidad de un oportunismo *ex post*. Debido a los costos de información y los costos de verificación, una orden judicial no es eficaz y es conveniente, entonces, una técnica de orden privado. La estructura de gobierno de una relación contractual es importante en estas circunstancias de contratos de muy largo plazo.

El concepto de contratos *relacionales es aplicado a todas las conexiones en una economía, y por lo tanto también al marco institucional en sí mismo, a esta cúpula de derechos y reglas constitucionales que están por encima de las relaciones contractuales privadas*. En un incentivo general, la economía de mercado es un sistema de relaciones contractuales autoejecutivas de diferente duración y plasticidad, que se apoyan unas a otras y sostienen el marco exterior, que es sostenido por convención. De hecho toda nuestra vida política y económica puede ser comprendida como *un sistema de contratos relacionales multilaterales en los cuales la negociación es permanente*. Esencial para la institución de una economía de mercado es el hecho que la transferencia de los derechos de propiedad individuales sea voluntaria. Las reglas constitucionales elementales están basadas en el principio de la inviolabilidad de los derechos de propiedad. Estos arreglan un orden legal elemental al que se le suma un aparato de aplicación y de cumplimiento que regula:

La propiedad de los individuos de acuerdo con el principio de la propiedad privada.

La transferencia de estos derechos de propiedad por un consentimiento mutuo de acuerdo con el principio de libertad de contratar.

La responsabilidad individual en caso de actos personales ilícitos o por obligaciones contractuales.

El principio de la inviolabilidad de la propiedad privada, esto incluye su transferencia voluntaria, implica que los contratos no son consecuencia del dictado por alguien más poderoso. Esta condición se cumple en gran medida por la competencia dentro de límites establecidos en forma conjunta. Esto es, debe existir un acuerdo en sociedad que concierna el uso de la violencia y otras actividades ilícitas. ◆

EL FEDERALISMO Y EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DD.HH. Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

POR ALFREDO M. VÍTOLO (*)

La cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados constituye un tema tratado frecuentemente por los internacionalistas, pero que —lamentablemente— ha merecido poca atención por los cultores del derecho constitucional.

La discusión sobre el rol que cumple el derecho internacional en el Estado constitucional es tan antigua como la existencia misma de este último. El debate comienza a fines del siglo XVIII, al surgir el Estado constitucional moderno, edificado sobre las ideas fuerza de la soberanía nacional y de una norma suprema ordenadora, la Constitución, que crea el estado entendido como la organización política de una población en un territorio determinado. La soberanía nacional no admite la existencia de ningún poder superior a ella.

Desde este punto de vista, el derecho internacional es visto simplemente como un derecho público externo de los estados, creado por la sola

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires. Master of Laws, Harvard Law School. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos y Garantías de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

voluntad de aquellos y aplicable sólo en la medida de su aceptación y consentimiento (1). Esta postura, centrada en el derecho internacional de base consensual —tratados— se ve reflejada en los textos constitucionales clásicos de la época, entre los cuales se encuentra la Constitución de la Nación Argentina, que manda a las autoridades de la Nación.

“afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

A través de esta regla, la Constitución argentina subordina el derecho internacional consensual a las disposiciones constitucionales (2). Así quedó claramente expuesto en los debates en la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860 encargada de examinar la Constitución de 1853 (3).

Sin embargo, en los últimos doscientos años, la mutación del derecho internacional, que pasó de ser un mero regulador de relaciones interestatales a regular también las obligaciones de los estados hacia los individuos sujetos a su jurisdicción (4), así como la ampliación del sistema de fuentes de aquél, llevó poco a poco a poner en crisis aquella idea, fenómeno que se ha acelerado dramáticamente en los últimos años como consecuencia del surgimiento de nuevas tecnologías de comunicación y del fenómeno de la globalización de las relaciones humanas (5). La aparición de un derecho internacional consuetudinario, y su reconocimiento como fuente formal de derechos para los individuos sujetos a la jurisdicción de un estado —incluso con normas dispositivas *ius cogens* (6), particularmente en

(1) Ver KELSEN, Hans, “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, Grijley, UNAM, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Capág. XI, pág. 85; Rousseau, Charles, “Derecho Internacional Público Profundizado”, La Ley, Buenos Aires, 1966, págs. 11 y sigs.

(2) CN, art. 27. Ver CASTORINA DE TARQUINI, María Celia, “Supremacía de la Constitución, el nuevo orden”, en Derecho Constitucional de la Reforma de 1994, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Mendoza, t. I, pág. 129.

(3) Ver RAVIGNANI, Emilio, “Asambleas Constituyentes Argentinas”, t. IV, págs. 829 y sigs. (sesión del 30 de abril de 1860).

(4) Ver SLAUGHTER, Anne-Marie y BURKE-WHITE, William, “The future of International Law is domestic (or, the European way of Law)”, 47 Harv. Int’l L.J., 327 (2006).

(5) Ver SPIRO, Peter J., “Globalization and the (foreign affairs) constitution”, 63 Ohio St. L. J. 649 (2002): “la dicotomía entre ‘nosotros’ y ‘ellos’ separados por fronteras nacionales ya no refleja el mundo real”.

(6) El art. 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados define a éstas como aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Sin embargo, no existe aún un acuerdo unívoco acerca de cuáles normas son las que participan de este carácter. Ver VANOSSE, Jorge; DALLA VÍA, Alberto, “Régimen Constitucional de los Tratados”, 2da. ed., Abeledo Perrot, 2000, pág. 31.

el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos— y, más recientemente, la aparición —dentro del marco de los sistemas de integración— del derecho derivado, generaron nuevos interrogantes. A comienzos del siglo XX, la polémica entre monistas y dualistas (7) señala el ámbito de un debate que se mantiene hasta nuestros días (8). A ello se suma que hoy en día, como expresa Kofi Annan:

“el concepto de soberanía estatal, en su sentido más básico, está siendo redefinido... Los estados hoy son generalmente considerados como instrumentos al servicio de sus pueblos, y no viceversa. Al mismo tiempo, la soberanía individual —la libertad fundamental de cada individuo— consagrada en la carta de las Naciones Unidas (9) y en los tratados internacionales subsiguientes, se ha visto reforzada por una conciencia renovada y cada vez más amplia de los derechos individuales” (10).

El derecho internacional de los derechos humanos comienza entonces a operar, en estos tiempos, como un régimen constitucional no escrito para un orden global (11).

No obstante la regla de soberanía, en derecho internacional —y más todavía en el derecho internacional de los derechos humanos— surge y se desarrolla el principio de responsabilidad internacional de los estados, en virtud del cual un Estado es responsable por los actos ilícitos internacionales que le son atribuibles, sin que puedan alegar violaciones a su derecho interno como justificativo para incumplir una norma internacional. Este último principio, que surge originalmente como un corolario del principio *pacta sunt servanda*, se encuentra codificado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En la República Argentina, su Constitución atribuye al presidente de la Nación, en su carácter de Jefe de Estado, el ejercicio y manejo de las relaciones internacionales (12), función que incluye que sea el Poder Ejecutivo la voz que presenta en el ámbito internacional las posiciones del estado argentino, sin perjuicio de que en la determinación de esa posición puedan haber intervenido los restantes poderes de gobierno. Así, por

(7) Ver MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, “Modernas Tendencias del Derecho Constitucional”, Madrid, 1934, Capág. II (traducción de la primera edición en francés, 1931).

(8) Como señala Rousseau (*ob. cit.*, pág. 22), en la discusión entre monismo y dualismo, “la práctica internacional permanece contradictoria”.

(9) Carta de las Naciones Unidas, art. 55, inc. c).

(10) ANNAN, Kofi, “Two concepts of sovereignty”, *The Economist*, 18 de septiembre de 1999 (en <http://www.un.org/news/ossg/sg/stories/kaecon.html>).

(11) TEITEL, Ruti, “Comparative Constitutional Law in a global age”, 117 *Harv. L. Rev.* 2570 (2004).

(12) Const. Nacional, art. 99, inc. 1 y concordantes.

ejemplo, la aprobación de un tratado por el Congreso Nacional (13) es un elemento necesario para que el Poder Ejecutivo pueda luego válidamente ratificar y obligar por ende al Estado.

Sin embargo, la estructura de división de poderes y el régimen federal de gobierno generan algunas cuestiones con relación a la participación del estado en el concierto de naciones y su eventual responsabilidad internacional.

Con referencia al sistema federal y al manejo de las relaciones internacionales, Juan Bautista Alberdi, el principal mentor del texto constitucional argentino, señalaba ya en 1852, justificando las razones de la necesaria unidad en esta cuestión:

“La unidad diplomática o de política exterior es otro objeto del gobierno general, que en cierto modo ha existido hasta hoy en la República Argentina, en virtud de la delegación que las Provincias argentinas, aisladas o no, han hecho en el Gobernador de Buenos Aires, de la facultad de representarlas en tratados y en diferencias exteriores, en que todas ellas han figurado formando un solo país. —Pero ese hecho debe de recibir una organización más completa en la Constitución—. El gobierno exterior del país comprende atribuciones legislativas y judiciales, cuyo ejercicio no puede ser entregado al poder ejecutivo de una provincia sin crear la dictadura exterior del país. Son objetos pertenecientes al gobierno exterior de todo país la paz, la guerra, la navegación, el comercio, las alianzas con las potencias extranjeras, y otros varios, que por su naturaleza son del dominio del poder legislativo; y no existiendo en nuestro país un poder legislativo permanente, quedará sin ejercicio ni autoridad esa parte exterior del gobierno de la República Argentina, de que depende toda su prosperidad, como se ha demostrado en todo este escrito. Así, pues, la vida, la existencia exterior del país, será inevitablemente uno de los objetos que se constituyan nacionales. En este punto la consolidación deberá ser absoluta e indivisible. Para el extranjero, es decir, para el que ve de fuera la República Argentina, ésta debe ser una e indivisible: múltiple por dentro y unitaria por fuera. La necesidad y conveniencia de este sistema ha sido reconocida invariablemente hasta por los partidarios del aislamiento absoluto en el régimen interior. Todos los tratados existentes entre la República Argentina y las naciones extranjeras están celebrados sobre esa base, y sería imposible celebrarlos de otro modo. La idea de un tratado de comercio exterior, de una declaración de guerra extranjera, de negociaciones diplomáticas, celebrados o declarados por una provincia aislada, sería absurda y risible” (14).

(13) Const. Nacional, art. 75, inc. 22.

(14) ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina”, Capág. XXIII.

En tiempos más cercanos, los notorios internacionalistas Luis Podestá Costa y José M. Ruda señalan con acierto:

“El Estado federal constituye una sola persona jurídica internacional. El vínculo que une a sus miembros —los Estados locales— se ha consolidado de tal modo que, si bien cada uno conserva y ejerce cierta parte de la soberanía interior, el resto, así como la soberanía exterior por entero, han sido delegados en un poder central, que es el gobierno federal” (15).

Si bien ni Alberdi ni Podestá Costa y Ruda se refieren en los párrafos comentados a la responsabilidad internacional del Estado sino a la distribución de competencias, las conclusiones pueden extenderse a aquella.

Si consideramos la dinámica propia del derecho internacional, hasta hace sólo algunas décadas lo señalado no generaba mayores inconvenientes de cara al régimen de responsabilidad internacional del Estado, toda vez que la posibilidad de que órganos diferentes del ejecutivo nacional cometieran actos que constituyeran ilícitos internacionales era remota.

Sin embargo, el cambio del modelo de derecho internacional, que llevó a que otros órganos distintos de los poderes ejecutivos nacionales tengan actuación internacional —recordemos por ejemplo que la reforma constitucional argentina de 1994, tomando principios que se habían venido consolidando a lo largo de años anteriores, reconoció expresamente a las provincias el derecho de celebrar tratados (16)— así como —y particularmente— el modelo del derecho internacional de los derechos humanos, que funciona como una estipulación a favor de terceros en donde el Estado (y por ende todos sus órganos) se compromete frente a la comunidad internacional a respetar los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción, generan crisis y conflictos.

Y estos conflictos se presentan en los dos ejes en los cuales la República Argentina se estructura constitucionalmente: (1) en la estructura federal de gobierno con provincias autónomas y (2) en el principio de separación de poderes del estado; ya que ahora resulta mucho más probable que el acto generador de responsabilidad internacional del Estado no tenga como autor al Poder Ejecutivo Nacional, sino a los poderes legislativo, judicial o bien a alguno de los poderes locales.

En este sentido, cabe señalar que para el derecho internacional, y en lo que respecta a la responsabilidad del Estado, tanto la estructura federal

(15) PODESTÁ COSTA, Luis A. y RUDA, José María; “Derecho Internacional Público”; TEA, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1985, págs. 75 y 76.

(16) Const. Nacional, art. 125.

como el principio de separación de poderes resultan absolutamente irrelevantes, pretendiendo inclusive el derecho internacional imponerse a los dictados de los ordenamientos nacionales, aún de base constitucional.

Así, podemos realmente hablar para la República Argentina, de un mecanismo que en alguna medida trae recuerdos del misterio de la Santísima Trinidad: *“veinticuatro jurisdicciones autónomas, tres poderes del estado y un solo sujeto internacional”*.

En este sentido, el art. 4.1. de la resolución 56/83 de la Asamblea General de la ONU sobre responsabilidad internacional de los Estados del año 2001, recogiendo los principios presentados a la Asamblea por la Comisión de Derecho Internacional, señala con claridad que:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado” (17).

Principio que ya había sido reconocido desde antiguo por la jurisprudencia internacional (18).

Es importante recordar que ya la Convención Interamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933), de la cual la República Argentina no es parte, pero que no hace sino reflejar principios generales sobre la cuestión, expresa en su artículo 2° que:

“El Estado federal constituye una sola persona ante el derecho internacional”.

Diversos instrumentos internacionales, entre otros el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 28 (19), o el Pacto Internacional de Derechos Civiles

(17) Documento ONU A/RES/56/83.

(18) Entre otros, Corte Internacional de Justicia, *Caso Lagrand (Alemania v. Estados Unidos de América)*, sentencia del 27 de junio de 2001.

(19) Convención Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 28:

“Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

y Políticos, en su artículo 50 (20), con la finalidad de zanjar y evitar dudas sobre la cuestión, incorporan la denominada “cláusula federal”, conforme la cual los estados se obligan internacionalmente a hacer que los órganos subnacionales cumplan con las obligaciones que emanan de los tratados.

Un conflicto semejante se verifica cuando el órgano que comete la violación no es ya una de las entidades federativas, sino un poder del estado nacional diferente del Poder Ejecutivo. Con relación a esta cuestión, la Corte Interamericana, en el caso Gelman, sostuvo claramente que:

“el Estado incurre en responsabilidad internacional por todo hecho que le sea atribuible y que constituya una violación de una de sus obligaciones internacionales y a tales propósitos se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional, en especial, la costumbre internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole” (21).

Conforme nuestra organización constitucional, la República Argentina se estructura no solo como un estado federal, sino que su gobierno adopta la forma republicana (22), la cual presenta como una de sus notas características la separación entre los distintos poderes (o departamentos) de gobierno, sin perjuicio de la necesidad de su acción coordinada a fin de que la separación no lleve al desmembramiento del estado.

La importancia de la división de poderes ha sido reconocida desde antiguo, pudiendo recordarse el pensamiento de Montesquieu (23) y de Locke (24) sobre el tema, así como la disposición del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano conforme la cual una sociedad en donde la separación de poderes no estuviera asegurada, “no tiene constitución”. El principio es reiterado más recientemente, en la Carta Democrática Interamericana, que señala en su art. 3 que la separación e independencia de los poderes públicos resulta esencial para la vigencia del estado democrático. Por su parte, las propias instituciones del sistema interamericano de DD.HH. han sostenido que la vigencia del principio de

(20) Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, art. 50: *“Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”*

(21) Corte IDH. Caso “Gelman Vs. Uruguay”. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, voto concurrente del Dr. Eduardo Vio Grossi.

(22) Const. Nacional, art. 1.

(23) “Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares” (MONTESQUIEU, “El Espíritu de las leyes”, Libro XI, Capág. 6).

(24) LOCKE, John, “Segundo Tratado sobre el gobierno civil”, § 199.

separación de poderes en un estado resulta determinante para la garantía de los Derechos Humanos (25).

Pero el hecho que sea, el Poder Ejecutivo Nacional quien lleve adelante la voz del estado, o de que éste deba hablar con una única voz frente a la comunidad internacional, no importa que los hechos que determinan la postura adoptada internacionalmente lo tengan por responsable dentro de la estructura nacional de división del poder, o que en la fijación de la posición a sostener no deban participar —internamente— los otros poderes del estado, cuando éstos se ven involucrados directamente. Ello deriva de la necesidad de la actuación coordinada entre los distintos poderes de gobierno de un Estado-nación.

La necesidad de participación de los diversos poderes y entidades federativas del Estado en estas cuestiones resulta más patente en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en donde resulta frecuente que la autoridad pública del estado que se identifica como potencial responsable de una violación pertenezca no ya a la órbita del Poder Ejecutivo, sino a otro poder del estado, sea al legislativo o al judicial. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se ha autodefinido como intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (26), carácter que ha sido reconocido por diversos tribunales nacionales (27) ha señalado desde sus inicios que:

“Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos” (28),

proyectándose así sobre los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales, pudiendo así generarse responsabilidad internacional en virtud de la acción u omisión de cualquiera de los poderes del Estado.

(25) Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Serie C No 268, § 221.

(26) Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, § 124.

(27) Entre otros, Corte Suprema de la Nación Argentina, Mazzeo, Fallos 330:3248.

(28) Entre otros, Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, Serie C, No. 162 § 7; ídem, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte IDH, del 20 de noviembre de 2009, Serie § 5; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2009, § 5; caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, Serie C No 219, § 177.

De este modo, y refiriéndose a la violación de los derechos humanos, es atribuida al Poder Legislativo de un estado, la Corte Interamericana de DD.HH. ha sostenido en su Opinión Consultiva 14 que:

“1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado” (29).

Por esta razón, frente a aquellos casos en donde la autoridad que resulta identificada como responsable de una presunta violación a las normas de la CADH es una autoridad estatal diferente del Poder Ejecutivo Nacional, surge patente la necesidad de coordinación, dentro del ámbito del derecho interno del estado, entre el Poder Ejecutivo nacional (que es quien finalmente asumirá el reconocimiento o la defensa del caso frente a los órganos internacionales) y el poder u órgano que sería el presuntamente responsable, a fin de evitar controversias y rispideces internas, y con el objetivo de poder presentar internacionalmente una única postura que cuente con la seguridad de que eventualmente no generará conflictos internos, asegurando, en última instancia, el respecto a la decisión internacional.

Esto reviste trascendental importancia cuando al acto presuntamente violatorio del orden jurídico internacional es el poder judicial, sea el nacional o el local.

La necesaria consulta con éste permitirá mantener absolutamente independiente al Poder Judicial frente a posibles injerencias (reales o teóricas) por parte del Poder Ejecutivo Nacional respecto del desarrollo de las causas que forman parte de las denuncias que se responden de este modo, toda vez que la asunción frente a los órganos internacionales de posiciones unilateralmente resueltas por el Poder Ejecutivo Nacional podría llegar a afectar la independencia de criterio de los jueces que participan en tales causas.

En este sentido, cabe recordar que la Constitución Argentina, como un elemento central tendiente a asegurar la independencia de su poder judicial dispone en su artículo 109 la prohibición al Poder Ejecutivo Nacional de *“arrogarse el conocimiento de las causas pendientes”*. Este mismo principio puede encontrarse en la casi totalidad de los instrumentos internacionales que tratan sobre independencia judicial. Así, por ejemplo lo establecen los

(29) Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, § 50.

“Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura” confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas del año 1985 (30) y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial del año 2002 (31).

El mismo principio ha sido reiterado por los órganos del sistema interamericano, pudiendo recordarse, entre muchas decisiones similares, que la Corte IDH ha señalado que *“El deber de respeto consiste en la obligación negativa de las autoridades públicas de abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial”* (32).

En conclusión, la interacción propuesta entre poderes del Estado y las entidades que componen el estado federal, serviría diversos fines:

(i) En primer lugar permitiría reforzar el respeto del Poder Ejecutivo Nacional a la independencia de los otros poderes del estado (y en particular del Poder Judicial) y las decisiones de los órganos autónomos que conforman la federación, mostrando su voluntad de no interferir ni presionar en ningún sentido en el desarrollo de los juicios, ello, sin perjuicio de la debida consideración a que —finalmente— será el Poder Ejecutivo Nacional quien, como encargado de las relaciones exteriores de la Nación, adopte la decisión final.

(ii) Evita —al menos en la mayoría de los casos— generar contradicciones entre el Poder Ejecutivo Nacional y los restantes poderes del estado y las entidades que conforman la federación que podrían surgir de las respuestas a brindar a los órganos encargados de hacer valer la responsabilidad internacional del estado, en caso de posturas adoptadas unilateralmente por el Poder Ejecutivo y que podrían incluso llevar al incumplimiento o no reconocimiento por los tribunales locales de una decisión internacional vinculante. ♦

(30) Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, punto 2. “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

(31) “1.1. Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón... 1.3. Un juez no sólo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable”.

(32) Corte IDH, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 266, § 33.

REFLEXIONES SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

POR EMILIO A. IBARLUCÍA (*)

Sumario: I. Introducción.- II. Breve referencia a las distintas teorías sobre el contenido esencial de los derechos.- III. ¿Es incompatible la teoría del “núcleo duro” con la teoría relativa? - IV. Análisis del contenido esencial a través del tratamiento brindado por la Corte Suprema a algunos derechos en particular.- V. Conclusión y reflexiones.

I. Introducción

Nuestra Constitución desde el primer texto de 1853 contiene una cláusula original y sumamente novedosa ya que no fue tomada del “molde” estadounidense (1). Me refiero al art. 28, que se debe al genio de Juan Bautista Aberdi, quien proyectó una norma similar en el art. 20 de su proyecto de Constitución, y que en las bases escribió con lucidez: “... *no basta con que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables;*

(*) La base de este trabajo es el capítulo V de mi tesis doctoral “El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance” (publicado por Ed. Abaco, Bs. As., 2013), al que agrego algunas reflexiones.

(1) Como dijera José Benjamín Gorostiaga al fundar el proyecto en la Convención.

pero que, admitiendo la posibilidad de limitarlas por ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de falta a todo lo que promete" (2).

Al decir el artículo 28 que los principios, derechos y garantías "*no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*" presupone que existe *algo* que no puede ser alterado, *un contenido intangible* inmune a la reglamentación que el legislador pueda hacer para su ejercicio.

Desde los orígenes del control de constitucionalidad en nuestro país, la Corte Suprema recurrió al art. 28 para verificar que el legislador no alterara el contenido sustancial de los derechos. Así, dijo en "Hileret" de 1903 (3): "*...si una ley de carácter reglamentario no puede ni debe constitucionalmente alterar el derecho que está llamada a reglamentar, es porque debe conservar incólume y en su integridad ese derecho, lo que equivale a decir, que no puede degradarlo y mucho menos extinguirlo en todo o en parte*". Posteriormente, en el mismo sentido pero con otras palabras dijo que la reglamentación no podía válidamente *desnaturalizar* el derecho en cuestión, *desvirtuarlo o impedirlo*, y que reglamentar no significaba *allanar el derecho totalmente* (4).

Sin embargo, el art. 28 no generó en nuestro país un debate acerca del *contenido intangible* o *esencial* de los derechos constitucionales, sino una rica doctrina acerca del *principio de razonabilidad de las leyes* (complemento necesario del principio de relatividad de los derechos que se deriva del art. 14), y su consecuencia necesaria, el *control de razonabilidad* (5), como subespecie del control de constitucionalidad de las leyes. No contuvieron así los clásicos manuales y tratados de derecho constitucional capítulos abordando el tema del contenido esencial de los derechos pese a que la cuestión estaba latente cada vez que se hacía referencia a la *no alteración* del art. 28.

Pero ello no debe hacernos perder de vista que nuestros constituyentes de 1853 se adelantaron casi cien años a los redactores de la Constitución alemana de 1949 (Ley Federal de Bonn), que en su art. 19 prescribe: "*1.- Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser limitado por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser aplicable al caso concreto. Además, la ley*

(2) "Bases y puntos de partida para la organización nacional", EUDEBA, Bs. As., 1966, pág. 185.

(3) Fallos: 98:20.

(4) Fallos: 296:364; 156:290; 294:434.

(5) Invalorable contribución en esta materia fue el libro de Juan Francisco Linares, "Razonabilidad de las leyes. El 'debido proceso' como garantía innominada en la Constitución argentina" (Astrea, 1970, 2da. ed.).

deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo. 2.- En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”.

Esta importante cláusula se debió a que durante la República de Weimar se consideró que los derechos estaban suficientemente garantizados con el principio de *reserva o rango de ley*, que los protegía de las intervenciones del Poder Ejecutivo (6). No se planteó una vinculación del legislador al texto constitucional. De tal manera la función de los jueces era de control de legalidad (fundamentalmente de actos de la administración) pero no de constitucionalidad.

Esa falta de garantías se acentuó durante la transformación totalitaria de la República a partir de 1933 con el ascenso del nacionalsocialismo al poder, y las consecuencias aniquiladoras de los derechos humanos que todos conocemos. Al darse un nuevo orden constitucional después de la guerra mediante la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se adoptaron distintas medidas para asegurar que ello no volviera a ocurrir: a) la aplicación directa y la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (art. 1 párr. 3); b) *la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (art. 19 párr. 2); c) la protección de los derechos fundamentales (art. 19 párr. 4), d) el control de constitucionalidad de las leyes (art. 93 párr. 1.2), y el recurso de amparo que incluye su presentación frente a las leyes que infrinjan los derechos fundamentales (art. 93, párr. 1.4) (7).

Se trató de una reacción a la conculcación de derechos durante el período nacionalsocialista, y por ende tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina de derecho público se ocuparon especialmente de ella.

Casi treinta años después, cuando luego de la larga autocracia franquista España decidió darse una nueva organización institucional, no pudo dejar de inspirarse en la Constitución alemana. Surgió así el art. 53.1 de la Constitución de 1978: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el*

(6) Durante todo el siglo XIX y mitad del siglo XX imperó en Europa el principio de *soberanía de la ley*. Las Constituciones eran concebidas como *políticas y no normativas*. O sea, su misión era organizar el poder político y, en todo caso, enunciar derechos, pero al legislador le incumbía la tarea de su definición sin mayores limitaciones. Ver: Jiménez Asensio, Rafael, “El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional”, Macial Pons, Barcelona, 2003.

(7) GAVARA DE CARA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 11. Este autor explica cómo fue introducida la garantía en el proceso constituyente.

ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)”

El precepto, a su vez, debe leerse junto con el art. 9.3 que prescribe que la Constitución garantiza, entre otros principios, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se llegó a sostener que el art. 53.1 era sobreabundante, dado que el art. 9.1 ya establecía que los ciudadanos y los poderes públicos estaban sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, pero predominó el criterio de que la intención del constituyente con el art. 53 tenía dos objetivos: imponer a la administración y a los tribunales la inmediata aplicación de los derechos sin necesidad de la reglamentación legal, y por otra parte, que los derechos fundamentales no podían quedar a merced de la ley.

Como dice Medina Guerrero (8), tal vinculación del legislador se proyecta en una doble vertiente: en primer lugar, una *vinculación negativa*, toda vez que supone la prohibición de que el legislador autorice injerencias del poder público que no estén constitucionalmente fundadas, y en segundo término, una *vinculación positiva*, que implica el mandato de lograr que los derechos fundamentales desplieguen plenamente su eficacia. Es fundamentalmente a la primera a la que apunta la cláusula del contenido esencial. Es decir, a limitar las facultades reguladoras del ejercicio de los derechos por parte del legislador.

El contenido esencial de los derechos fundamentales es, entonces, *el límite de los límites*, ya que el legislador limita el ejercicio de los derechos pero la Constitución, a su vez, limita al legislador. El tema tiene, por consiguiente, una importancia fundamental, dado que va a determinar, ni más ni menos, cuándo una ley es constitucional o no. A su vez, cuando el juez debe decidir un conflicto entre partes que invocan derechos constitucionales, debe optar por darle la razón a uno u otro; no puede, entonces, dejar de tener en cuenta —al realizar esa ponderación— el contenido esencial de esos derechos.

Ahora bien, las constituciones no proporcionan definiciones de los derechos constitucionales. Simplemente los enuncian. El doctrinario sí intenta brindar definiciones o conceptualizarlos, pero tienen poca trascendencia, dado que lo que realmente importa es cómo los entiende el máximo intérprete de la Constitución de cada país, que, en el nuestro, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que ese es el “derecho vivo”, que permite inferir, con cierto grado de previsibilidad, cómo se resolverán los conflictos en el futuro en que los derechos fundamentales estén

(8) “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996, pág. 4.

en juego. En más de una oportunidad el alto tribunal se ha autoerigido en *definidor* de los derechos fundamentales (9), pero aunque no lo haya dicho siempre en forma explícita, es, a mi juicio, claro que es por medio del estudio ordenado y sistemático de los fallos de la Corte en relación a cada derecho en particular, como debe desentrañarse cuál es su contenido esencial.

Es por ello que el objetivo de este trabajo es llegar a alguna conclusión (o reflexión) acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales a través de la ejemplificación con el tratamiento de algunos de ellos por la Corte Suprema, pero ello requiere una previa referencia a las distintas teorías que se han esgrimido sobre el tema.

II. Breve referencia a las distintas teorías sobre el contenido esencial de los derechos

II.1. Las teorías absolutas y relativas

Como no podía ser de otro modo, la cláusula expresa del contenido esencial suscitó en la doctrina alemana el surgimiento de distintas teorías que pretendieron conceptualizarla. El tema ha sido detalladamente tratado por Juan Carlos Gavara de Cara en el libro que hemos citado. Partiendo de las distintas acepciones semánticas que el término *esencia* tiene (10), interesa destacar que, conforme a este autor, la principal utilizada por las teorías que defienden una determinación absoluta (en contraposición a la relativa) es la que destaca *lo determinante necesario en contraposición a lo accesorio*.

Sobre esta base, la teoría que más auspiciadores ha tenido es la del *núcleo duro* de los derechos fundamentales. Parte esta tesis de la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales. Se trata de una concepción espacial. Existiría un *núcleo o círculo interno* y un *contenido accidental, periférico o elemento exterior* del derecho fundamental. Se habla así de un *núcleo duro* al que se aplica la prohibición de su afectación. Las otras partes serían *tabiques débiles*. Existirían dos círculos concéntricos: *el interior*, formado por los elementos esenciales, y *el exterior*,

(9) V.g.: Fallos: 308:1392, "Baztarrica" (1986), acerca del derecho a la autonomía personal (art. 19 C.N.), en especial, voto del Dr. Petracchi. También: Fallos: 327:3677, "Vizzotti" (2004), sobre el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

(10) Siguiendo Ernst Zivier, puntualiza los siguientes sentidos filosóficos del término *esencia*: a) el ser en contraposición a lo existente; b) el ser en contraposición a su apariencia; c) lo general en contraposición a lo individual; d) lo que permanece en contraposición a las circunstancias cambiantes; e) lo determinante en contraposición a lo accesorio (ob. cit., pág. 211).

compuesto por los elementos accidentales. En definitiva, para esta concepción, la garantía protege al derecho fundamental, no frente a cualquier restricción sino únicamente contra medidas que impliquen su desaparición, anulación o destrucción.

Fundamentalmente se ha criticado esta teoría sobre la base de que tiene como consecuencia que excluye del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho. Entiendo que ello no es así, pero a ello me referiré más adelante.

En contraposición a las teorías absolutas, las *teorías relativas* consideran que el contenido esencial no constituye una medida preestablecida y fija, toda vez que no es un elemento estable ni una parte autónoma del derecho fundamental. Tiene meramente un valor declarativo, que se obtiene a través del control de constitucionalidad de las normas de desarrollo de los derechos fundamentales a partir de la no contradicción y su justificación en la Constitución.

El exponente más claro de las teorías relativas es Robert Alexy. Para este autor la garantía del contenido esencial se reduce o asimila a la exigencia de razonabilidad (11). Para esta tesis lo que es desproporcionado y *sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial*. O sea, este es aquello que *queda* después de aplicar el principio de proporcionalidad. Según este autor la garantía del contenido esencial no formula frente al principio de proporcionalidad ninguna restricción adicional a la restringibilidad de derechos fundamentales. En otras palabras, toda medida desproporcionada vulnera el contenido esencial, y ninguna medida legislativa vulnera dicho contenido, a menos que sea desproporcionada (12). No existe para esta tesis un elemento permanente identificable como contenido esencial y éste no es una medida preestablecida sino que queda subsumida en la ponderación. Ésta se entiende como una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, un método jurídico contrapuesto a la subsunción para aplicar las normas jurídicas.

Siguiendo a Gavara de Cara, el Tribunal Constitucional alemán no admite la aplicación de cláusulas indeterminadas que no se deriven de la Constitución. Parte del *principio de unidad de la Constitución*, y de esa manera justifica los límites de los derechos fundamentales sobre la base de la protección de derechos de terceras personas y de otros bienes jurídicos con los que puede entrar en colisión. Estos criterios llevan a un

(11) "Teoría de los derechos fundamentales", CEPyC, Madrid, 2002, págs. 286/291.

(12) BERNAL PULIDO, "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", C.E.PyC., Madrid, 2997, 3ra. ed., pág. 566.

contraste entre normas y bienes jurídicos que debe resolverse por el método de la *ponderación de bienes* y por la aplicación del *principio de proporcionalidad*. Puede considerarse, entonces, de acuerdo a lo visto, que el Tribunal Constitucional adscribe, en la práctica, a la teoría relativa sobre el contenido esencial.

El Tribunal Constitucional español, en cambio, a poco de comenzar a funcionar, por medio de la sentencia STC 11/1981, abordó el tema del contenido esencial con argumentos que implicaron claramente adscribir a la teoría absoluta (13), y en particular, a la tesis del *núcleo duro* en los siguientes términos: “*El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, y que dan vida al derecho, resulten concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.*”

Pese a esta clara adhesión a la concepción del contenido esencial como núcleo duro, intangible y posible de determinar en abstracto, el alto tribunal español no volvió a teorizar sobre el contenido esencial, y, en opinión de los autores, parecería que finalmente han prevalecido argumentaciones propias de la teoría relativa, dado que el análisis se agota en el examen de proporcionalidad (14).

II.2. La teoría del “núcleo duro”

A partir de la concepción de la vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, deriva Manuel Medina Guerrero la construcción de la categoría de *límites* y la de las técnicas que en su entorno se han elaborado, como la *reserva de ley* y la *garantía del contenido esencial*.

Para tratar de definir la segunda parte de la base de que el contenido del derecho fundamental, como todo derecho subjetivo, se halla integrado por un determinado haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación

(13) MEDINA GUERRERO, ob. cit., pág. 150 y ss.; MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis, “Posición constitucional de los derechos fundamentales y garantía del contenido esencial”, U. Austral, Anuario de Derecho N° 4, Bs. As., A. Perrot, 1998, pág. 13; GAVARA DE CARA, ob. cit., pág. 346.

(14) MARTÍNEZ PUJALTE, ob. cit., pág. 16.

—conectado con el ámbito material que da nombre al derecho— que la Constitución reconoce a sus titulares. “*Estas concretas facultades y poderes, en cuanto manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho fundamental, constituyen su “contenido constitucionalmente protegido”. Este podría, pues definirse como el sector de la realidad formado por el conjunto de facultades y poderes directamente relacionado con el interés individual que da vida a cada derecho fundamental, en el cual únicamente es dable —de ahí que sea un contenido sólo protegido “prima facie”— aquella ingerencia estatal que satisfaga las condiciones constitucionalmente establecidas*” (15).

La existencia de un *contenido inicialmente protegido* es reconocida —según el autor que seguimos— por el Tribunal Constitucional español en diversas sentencias, y su *delimitación* debe extraerse de la interpretación del texto constitucional y de los tratados internacionales ratificados por España. De ahí tienen que surgir los *límites necesarios* y los *límites directos*. Los primeros a partir de la necesidad de determinar con precisión el significado y alcance de la realidad protegida por el derecho y que da nombre al mismo (“integridad física y moral”, “honor, intimidad, propia imagen”, etc.). Los segundos serían las descripciones constitucionales expresas del ámbito constitucional protegido. En rigor —dice este autor—, el concepto de *limitación* del derecho no debe confundirse con el de *delimitación* del mismo, dado que el límite presupone necesariamente la previa existencia de un contenido constitucionalmente protegido ya fijado —o sea, *delimitado*— por la Constitución, y proyectándose desde el exterior opera el límite. En definitiva, *la Constitución delimita y el legislador limita los derechos fundamentales*.

Aun cuando se hable o predique la eficacia directa u operativa de las normas de derechos fundamentales, dada su indeterminación es casi imprescindible la intervención del legislador para lograr su despliegue y plena eficacia. En definitiva, el legislador *desarrolla* o *concretiza* los derechos fundamentales, y de ahí que la vinculación de aquel con estos sea paradójica: por un lado debe regularlos y por el otro se encuentra limitado por ellos.

En efecto, el legislador dispone de un amplio campo para la concretización de los derechos fundamentales, pero se topa con *límites de los límites*, “*cuyo objetivo —dice Medina Guerrero (16) en expresión elocuente— no es otro que impedir que esa libertad de configuración —que la propia conservación de los derechos susceptibles de entrar en conflicto reclama— no*

(15) Ob. cit., pág. 11.

(16) Ob. cit., pág. 115.

termine por convertirse en el caballo de Troya de los derechos fundamentales.”

De ahí, entonces, la garantía del contenido esencial, que da lugar a las dos teorías —absoluta y relativa— que hemos visto. El autor que referenciamos se inclina por la primera, precisamente por entender que se trata de un *componente sustancial* o *núcleo esencial*, cuya precisión es harto difícil.

Distingue, entonces —y volvemos sobre lo dicho al comienzo—, un *contenido inicialmente protegido* y dentro de éste un *núcleo duro* o *contenido esencial*. La distinción es importante porque no implica que el primero carezca de protección constitucional. Por el contrario, exige que la medida legislativa que lo afecte sea *proporcionada*; o sea, que esté justificada mediante el control de proporcionalidad. En definitiva, que los fines que persigue la medida restrictiva del derecho encuentren debida justificación.

En realidad, el mismo término *contenido esencial* presupone que hay otro *no esencial*, pero no significa que no esté constitucionalmente protegido. De ahí que el Tribunal Constitucional en algunas sentencias hable del *contenido total* de los derechos. Esto lleva, como ya adelantamos, a una concepción espacial de la estructura de los derechos fundamentales, que se grafica con dos círculos concéntricos, compuestos por facultades y posiciones jurídicas que ganan en intensidad y relevancia a medida que se van aproximando al centro. “*En el círculo exterior —explica Medina Guerrero (17)— se ubican aquellas facultades o posibilidades de actuación concretas que, aunque directamente relacionadas con el bien jurídico encarnado en el derecho, pueden ser eventualmente sacrificados en aras de la defensa de otros derechos o bienes constitucionales. En el círculo íntimo habrían pues de situarse aquellas otras sin cuya presencia es ilusorio mantener la pervivencia del derecho, bien porque resulta desnaturalizado, bien porque se anula su eficacia protectora de los mencionados intereses.*”

Desde el punto de vista metodológico —dice el autor que seguimos—, esto implica que el control de constitucionalidad de los límites debe hacerse a través de un procedimiento en tres fases, en el cual la superación de cada una conduce a la siguiente. En la primera se trata de desentrañar si la facultad pretendidamente menoscaba por la restricción forma parte o no del contenido *total* del derecho fundamental tal como es delimitado por la Constitución; en caso afirmativo, se pasa a la segunda fase, en la cual se analiza si el límite supera los juicios de proporcionalidad (adecuación,

(17) Ob. cit., pág. 169.

necesariedad y proporcionalidad en sentido estricto), y finalmente, aún cuando haya pasado ese examen, debe resolverse si la medida ha de declararse inconstitucional por afectar, “*no a una facultad o posibilidad de actuación del derecho integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial*”.

Concluye Medina Guerrero que la garantía del contenido esencial que el art. 53.1 de la C.E. proclama no es la garantía de la ley proporcionada, sino *la garantía frente a la ley proporcionada*. Para ello debe recurrirse a la directiva del art. 10.2 de la C.E. (18), por lo que se trata, en definitiva, de un *standard* mínimo de protección de los derechos asumido por la conciencia jurídica imperante en la órbita cultural en que nos insertamos, *cláusula de cierre del sistema constitucional*.

II.3. La crítica a la teoría relativa y a la teoría absoluta de los núcleos

Antonio Martínez Pujalte parte de la base de que la teoría relativa —que, a su entender sigue finalmente el Tribunal español— desdibuja por completo el sentido de la cláusula constitucional del contenido esencial, convirtiéndola en meramente formal y retórica. De ahí nace la tesis de que es meramente declarativa, dado que, aunque no existiera, toda limitación de un derecho constitucional requeriría una justificación, y, *a contrario sensu*, cualquier justificación basada en un bien constitucional permitiría la limitación de los derechos de igual jerarquía, y no se entendería por qué el constituyente impuso la cláusula. Esta queda, de esa manera, completamente relativizada, ya que equivale a que el estatuto jurídico de los derechos fundamentales pueda ser sometido a toda suerte de restricciones.

Pero la teoría absoluta —continúa— que, aparentemente refuerza la protección de los derechos al afirmar la existencia de un núcleo, plantea problemas no menos graves. En primer lugar porque obliga a una división en partes de los derechos fundamentales, división que será, las más de las veces, artificial y técnicamente insostenible, ya que conduce a que una parte de la norma constitucional y no su totalidad se constituya en el parámetro del control de constitucionalidad. Para este autor el texto de la norma fundamental reconoce los derechos en su integridad y no parcialmente (19).

Sostiene que en la práctica no hay tanta diferencia entre la teoría absoluta de los núcleos y la relativa, dado que la dificultad de identificar el

(18) “*Las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

(19) Ob. cit., pág. 19.

contenido esencial diferenciado de lo accidental, conduce a obviar tal cuestión y a plantear el debate en el único requisito que exige la teoría relativa: la exigencia de justificación.

Para superar el dilema, propone una interpretación a su entender superadora. El verdadero sentido del art. 53.1 de la C.E. sería establecer un mandato incondicionado a los poderes públicos de respeto al contenido de los derechos, que implica que el legislador no puede limitar los derechos fundamentales (parte de la base de que, a diferencia de LFB, el art. 53.1 de la C.E. habla de *regular el ejercicio* y no de *limitar*). Pero ello no significa que los derechos sean ilimitados, ya que revisten unos *límites internos*, que han de inferirse, en primer lugar, de la propia Constitución, que tenga en cuenta criterios axiológicos y teleológicos externos. Se trata, entonces, de desentrañar el contenido *constitucionalmente declarado*, que es a lo que conduce la *interpretación sistemática* del art. 53.1 con el art. 10.1 de la C.E. (20).

Al entender de este autor se desprende de las sentencias del Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales no son concesiones arbitrarias o graciosas del constituyente, sino fundamentalmente un sistema de valores previo a la Constitución. Se encuentran *delimitados* por su propio contenido o naturaleza. Tienen, por ende, límites internos o inmanentes, y más allá de ellos no puede existir protección constitucional. El centro de análisis deja de ser la eventual justificación de las restricciones a los derechos y se traslada a la adecuada delimitación de su contenido.

Ello debe inferirse en primer lugar de la propia Constitución (v. g.: el art. 16.1 de la C.E. cuando habla de la libertad ideológica, religiosa o de culto dice que no puede alterar el orden público), y en segundo lugar del *principio de unidad de la Constitución*, que es la directriz básica de la interpretación constitucional. Pero como los datos que la Constitución ofrece pueden no alcanzar para definir con precisión los contornos del contenido esencial, es necesario, normalmente, acudir a criterios externos (valores compartidos por la comunidad, indagación teleológica de los bienes e intereses que se procuran proteger), lo que a su vez permite una interpretación dinámica y evolutiva de los derechos fundamentales.

III. ¿Es incompatible la teoría del “núcleo duro” con la teoría relativa?

He citado a Martínez Pujalte porque parte de una versión extrema de la teoría absoluta: la existencia de contenidos esenciales de los derechos

(20) “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”.

delimitados en su génesis (límites internos o inmanentes) por su propia naturaleza. Procura, en principio, determinar los mismos a partir de la propia Constitución y en particular del principio de unidad de la misma, y sin embargo, termina diciendo que es inevitable recurrir a criterios externos.

Está claro que, con tal metodología de indagación, el contenido esencial de los derechos no puede alcanzar un mínimo de precisión. En primer lugar porque, como dice Cianciardo, la amplitud semántica de las normas constitucionales desmiente categóricamente toda posibilidad de determinar apodícticamente, aún haciendo un gran esfuerzo hermenéutico, los perfiles de cada uno de los derechos reconocidos. Pero, además, la teoría interna se asienta en un razonamiento falso: el de la autosuficiencia del texto constitucional y de las disposiciones iusfundamentales. (21)

Martínez Pujalte no escapa a sus propias contradicciones. Cuando encara la tarea de explicitar cómo debe procederse para la determinación del contenido de los derechos, comienza por decir que debe buscarse el “tipo abstracto” pero termina diciendo que debe hacerse a la luz de los casos concretos, tratando de huir de las definiciones generales y abstractas que podrían entorpecer la exigencia de interpretación dinámica de la Constitución (22).

La crítica a la teoría de los núcleos sobre la base de que habría una *parte* del derecho fundamental que dejaría de serlo, o que no constituiría un parámetro del control de constitucionalidad, no es aceptable. Precisamente, bien sostiene Medina Guerrero que el *contenido total* del derecho fundamental (los dos anillos que lo conforman) no deja de estar protegido constitucionalmente. Lo que ocurre es que, enfrentado con otros bienes o derechos constitucionales, se aplican los tests del control de proporcionalidad, y puede ocurrir que, debidamente *ponderados* ambos términos de la balanza, en el caso concreto sometido a decisión, los segundos desplacen a aquel en cuanto a su contenido no esencial o secundario se refiere. Lo que nunca puede llegar a desplazar es al núcleo duro o contenido esencial del derecho.

La teoría relativa, como dijimos, sostiene que el contenido esencial es lo que *queda* luego de aplicar la máxima de proporcionalidad. Es decir, que no existe ningún contenido intangible preexistente. La garantía del contenido esencial, para esta teoría, no agrega ninguna restricción adicional a la restringibilidad de los derechos fundamentales. Además de ser el punto de vista sostenido por iusfilósofos de la talla de Alexy, parece ser

(21) CIANCIARDO, Juan, “El conflictivismo de derechos”, EUNSA, Pamplona, 2000, pág. 246.

(22) Ob. cit., pág. 36.

la tesis que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y, con la salvedad de la formulación teórica inicial de 1981, la que en definitiva ha prevalecido en el Tribunal español.

La crítica que se formula a tal punto de vista es que, si ello es así, ningún sentido tiene la cláusula expresa del contenido esencial que contienen ambas constituciones, como parecen sostenerlo algunos juristas que adscriben a la teoría relativa, y dicen que, en definitiva, no tiene efectividad práctica, ya que la existencia de un Tribunal Constitucional la torna superflua (23). Pero lo cierto es que la cláusula existe, y en ambas normas fundamentales los términos son categóricos (“*En ningún caso puede ser afectado su contenido esencial*” —art. 19.2 L.F.B.—, “*que en todo caso deberá respetar su contenido esencial...*” —art. 53.1 C.E.—).

Asimismo, el art. 28 de la Constitución argentina, como dijimos, al decir que los principios, derechos y garantías no pueden ser *alterados* por las leyes que los reglamenten, presupone que existe un contenido o esencia de los mismos. Es por ello que autores como Roberto M. A. Saggese (24) dicen que el respeto del contenido esencial no puede superponerse ni identificarse con la garantía de la razonabilidad, sino que constituye una *garantía autónoma* y presenta un límite adicional a la restricción de los derechos, ya que asimilar la cláusula del contenido esencial a la exigencia de razonabilidad implica vaciarla de contenido.

Desde mi punto de vista, en cambio, la teoría del núcleo duro en nuestro país no es —o no debería ser— incompatible con la teoría relativa.

Es que la separación del control de proporcionalidad (o de razonabilidad) de la garantía del contenido esencial obedece a que en Alemania aquél se extrajo del derecho penal y del derecho administrativo —luego pasó a España— (25), y a partir de ahí, sobre la base de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de ambos países, se construyó la teoría de los tres subprincipios (idoneidad o adecuación; necesidad o indispensabilidad; y proporcionalidad en sentido estricto), que operan como *tests* o *juicios* sucesivos (26). El contenido esencial deriva, en cambio, directamente de las cláusulas constitucionales que hemos referido. Esto lleva a que a que quienes adscriben a la teoría absoluta consideren que se trata

(23) Ver prólogo al libro de GAVARA DE CARA que hemos citado por Francesc de Carreras de la Univesidad Autónoma de Barcelona (ob. cit., pág. 5).

(24) “El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino”, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2010, pág. 244.

(25) SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, Rev. “Dikaion”, Universidad de La Sabana (Colombia), vol. 22, n° 17, diciembre de 2008, pág. 157.

(26) Ver CIANCIARDO, Juan, “El principio de razonabilidad”, Ed. Abaco, Bs. As., 2004.

de una *garantía adicional* y a que quienes suscriben a la teoría relativa sostengan que, en realidad, no agrega nada o que es superflua. En nuestro país, en cambio, desde el momento que extraemos el control de razonabilidad del art. 28, necesariamente el mismo debe incluir la verificación de la *no alteración* de los derechos constitucionales involucrados. Es así, entonces, que el control bajo el subprincipio de razonabilidad en sentido estricto no puede agotarse en un mero análisis de la “*relación proporcionada*” o “*balance entre costos y beneficios*” (27), toda vez que si el bien jurídico que la ley persigue es sumamente importante (v. g. “la supervivencia de la Nación”, como dijo la Corte en el caso “Peralta”), ello puede conducir a que ningún otro principio (derecho) que se le contraponga supere aquel fin.

Por tal motivo, a mi modo de ver, el juicio bajo aquel subprincipio debe tener dos fases: a) el de la *justificación* y b) el de la *no alteración*. Obviamente que si con el primer paso se concluye que la medida no se justifica (el grado de restricción de los derechos afectados es muy grande en relación a los fines que se pretende alcanzar con las medidas en cuestión), el análisis termina ahí. Pero si la conclusión es a la inversa, *necesaria e ineludiblemente* debe analizarse si el derecho afectado es o no alterado; o sea, si no es afectado su contenido esencial. *La no alteración es el límite a la justificación*.

Es por ello que sostengo que la teoría del núcleo duro no debería ser incompatible con la teoría relativa. La diferencia está en el punto de partida, pero el punto de llegada es el mismo. Mientras para el autor alemán el contenido esencial es lo que queda luego de aplicar el control de proporcionalidad, para Medina Guerrero aquel tiene una existencia *a priori*, pero en definitiva, en la medida que habla de un *contenido total*, y, dentro de éste —como en círculos concéntricos—, de un *núcleo duro* (recién este identificado con el contenido esencial), a poco que se analiza la tesis, se advierte que a éste se llega luego de aplicar aquel control.

En efecto, Medina Guerrero llama a ese contenido total, *contenido inicialmente protegido*. Ello así porque no es que escapa a la protección de los jueces. Por el contrario, en algunos casos, frente a medidas cuyos fines no justifiquen su restricción (o sea, que no superen el juicio de justificación) operará como barrera a la intervención del legislador. Se trata de la periferia del núcleo (pero dentro del contenido total), donde, en el lenguaje del autor, existen facultades y posiciones jurídicas del titular del derecho, que están protegidas, aunque los “tabiques” son débiles. En determinadas

(27) Recordemos la “ley de la ponderación” formulada por Alexy: “*cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro*” (Teoría de los derechos fundamentales” cit., pág. 161).

circunstancias excepcionales, que obliguen al legislador a tomar determinadas medidas para conjurar la situación (v. g.: una grave crisis económico-social, como podría ser una situación de hiperinflación, o una catástrofe natural), puede justificarse una fuerte restricción del ejercicio de derechos (v. g.: el derecho de propiedad, o el derecho de contratar), que en circunstancias normales no lo sería.

La tesis del núcleo duro de Medina Guerrero no difiere en substancia con la teoría de Alexy, ya que éste, en definitiva, no niega la existencia de un contenido esencial de cada derecho fundamental. La diferencia, como dijimos, está en cómo se llega al mismo. Las siguientes palabras del autor alemán en el trabajo más reciente “La construcción de los derechos fundamentales” (28), a mi modo de ver, ponen las cosas en su lugar. Refiriéndose a la cláusula de “reserva de ley” del art. 2 párr. 2 de la L.F. (29), dice: *“Si se sigue la construcción como regla y se la toma en forma literal, entonces esta cláusula sobre restricciones permite cualquier restricción a la vida e integridad física, aunque sólo si sucede en razón de una ley. El derecho fundamental se reduce así a una reserva de ley especial. Pierde toda fuerza para vincular al legislador. Por lo tanto, en lo que atañe al legislador, pierde materialmente su contenido. Sin embargo, esto contradice la validez de los derechos fundamentales también para el legislativo. Se puede tratar de evitar la pérdida de contenido de los derechos fundamentales a través de otras reglas. El intento sistemático más pretencioso reside en una prohibición de no alterar el contenido esencial de los derechos fundamentales como se encuentra en el art. 19 párr. 2° de la Ley Fundamental. Claro que aquí también el legislador queda totalmente libre en cada punto, por fuera del límite del contenido o núcleo esencial. Por lo demás, es altamente cuestionable que el núcleo esencial pueda ser determinado, después de todo, libre de ponderación”*.

En otras palabras, es muy difícil que pueda determinarse o precisarse el contenido esencial de un derecho sin recurrir a la ponderación, pero Alexy termina por reconocer que ello no quiere decir que no exista, de lo contrario la cláusula del contenido esencial perdería sentido, y sería suficiente la de la reserva de ley.

Lo que, a mi juicio, en todo caso debe aclararse es que no se trata del contenido esencial que surge “*en cada caso*” (lo que llevaría a que existen tantos contenidos esenciales como casos, lo que es inadmisibles), sino de desentrañar el mismo por vía del análisis sistemático y comparativo de los distintos fallos en que el máximo tribunal del país de que se trate ha debido

(28) Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2010, pág. 23.

(29) “Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley”.

resolver situaciones en que ese derecho (en tanto principio) estaba “enfrentado” con otros principios (derechos o bienes públicos) constitucionales. Este análisis sistemático debe llevar a discernir qué considera la Corte que forma parte del “contenido inicialmente protegido” y qué entiende que es el núcleo duro, irreductible o esencial del derecho. Ello, naturalmente, siempre teniendo en cuenta cómo se ha perfilado la cuestión en los últimos pronunciamientos, y que pueda considerarse doctrina consolidada del tribunal (30).

IV. Análisis del contenido esencial a través del tratamiento brindado por la Corte Suprema a algunos derechos en particular

IV.1. El derecho de propiedad

El art. 17 contiene un principio: la *inviolabilidad de la propiedad*, y varias reglas —la necesidad de sentencia fundada en la ley para privar a alguien de ella, la calificación por ley de la utilidad pública y la previa indemnización para la procedencia de la expropiación, la prohibición absoluta de la confiscación de bienes—, que ciertamente son pautas indicativas para desentrañar el contenido esencial del derecho pero que no lo definen. Y más allá de la aparente contundencia del término *inviolabilidad*, lo cierto es que la determinación del *núcleo duro* del derecho que tal calificación protege no es tarea fácil.

En efecto, la Corte Suprema, desde antiguo, le dio al derecho de propiedad un sentido amplio, que excedió largamente al derecho de dominio sobre las cosas, abarcando, en lo fundamental, al derecho de crédito. Sin embargo, con el paso de las décadas, se llegó a una imprecisión tal que es difícil discernir cuál es su contenido esencial. Veamos.

En los primeros años de la década de 1920 la Corte dictó tres fallos para la conceptualización constitucional del derecho de propiedad: “Horta c. Harguindeguy” (31), en el que equiparó el derecho que surgía de los contratos escritos con la propiedad en sentido amplio; “Mango c. Traba” (32), y “Bourdié c. Municipalidad de Capital” (33), en los que, haciendo suya un concepto de la Corte norteamericana, dijo que la propiedad comprendía “*todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su libertad y de su libertad.*”

(30) Fundamental es que se trate de los votos que conforman la opinión mayoritaria del tribunal, y que no se trate de un precedente aislado.

(31) Fallos: 137:47 (1922).

(32) Fallos: 144:219 (1925).

(33) Fallos: 145:307 (195).

Pero la doctrina de “Horta” fue expresamente dejada de lado doce años después en “Avico c. de la Pesa” (34), cuando, invocada por la parte acreedora de un mutuo hipotecario para atacar la constitucionalidad de una ley de que establecía una moratoria hipotecaria de tres años para el pago del capital, y reducía éstos, la Corte sostuvo que, si bien era verdad que los derechos del acreedor que surgían de los contratos constituían su propiedad, no lo era menos que la Constitución no reconocía derechos absolutos (arts. 14 y 28 C.N.). En tal sentido, argumentó que nada cambiaba que hubiera o no contrato escrito, y que la finalidad de asegurar el bienestar general, habilitaba al Congreso a dictar leyes limitativas del ejercicio del derecho de propiedad (preámbulo y art. 67). Sobre esa base, apelando al control de razonabilidad tanto de los fines perseguidos por la ley —teniendo en cuenta las circunstancias que la habían motivado— como de los medios arbitrados para lograrlo, consideró que la moratoria de tres años era razonable y que la reducción de la tasa de interés estaba justificada.

Nació así la distinción entre *suspensión* y *frustración* del derecho de propiedad, que, insinuada en varias sentencias posteriores (35), hallaría una más clara consagración en el fallo “Ángel Russo y otra c. Delle Donne” de 1959 (36).

Aunando estos fallos, y llevado al derecho de propiedad, mientras no se alterara la integridad del crédito, sino sólo su postergación transitoria, la *sustancia* o *esencia* de tal derecho no se vería vulnerada. Como señalara Sagüés (37), uno de los problemas más arduos fue siempre determinar qué debía entenderse por *lapso razonable* de la suspensión, problema complicado dado que las leyes de moratoria —tanto las de créditos como de desalojos— normalmente establecen plazos que a primera vista parecen breves pero que son prorrogadas por el legislador a su vencimiento, decisión que se repite sucesivamente.

La otra conclusión que comenzaba a extraerse era que el respeto a la sustancia del derecho de propiedad implicaba la intangibilidad del capital, no así la de los intereses pactados, que, en un principio tímidamente, en “Avico” se había admitido que por ley podían ser reducidos.

La teoría de la distinción entre *frustración* y *suspensión* alcanzó su expresión máxima con el controvertido fallo “Peralta c. Estado Nacional” del

(34) Fallos: 172:21 (7/12/1934).

(35) Fallos: 204:195; 238:76; 243:449.

(36) Fallos: 243:467.

(37) “Derecho constitucional y derecho de emergencia”, La Ley 1990-D, 1036.

27/12/1990 (38). En el mismo la Corte desestimó la tacha de inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que había dispuesto el canje forzoso de los plazos fijos en entidades bancarias por Bonos Externos 1989. Reiterando la doctrina de “Avico” y los que le siguieron, la Corte entendió que tal canje no implicaba una *quita* como podía colegirse de una lectura superficial del tema. “*Ello así, pues aún admitiendo que la paridad de mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la nominal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que, en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de la inflación que se había desatado, aquella quita “haya” efectivamente ocurrido*”. Sostuvo que el progreso de ese tipo de reclamos requería la demostración del gravamen concretamente sufrido. Remató el argumento recordando que no había mengua al derecho de propiedad cuando por razones de emergencia se sancionaba una norma que no privaba a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni se les negaba su propiedad, y sólo *se limitaba temporalmente* la percepción de esos beneficios o restringía el uso de la propiedad (39).

Los argumentos de la Corte en “Peralta” en cuanto a que lo fundamental era el *poder adquisitivo* del dinero serían luego invocados por el Estado para justificar —en relación a medidas distintas— el cambio forzoso de depósitos u obligaciones dinerarias en moneda extranjera por pesos a una paridad muy inferior a la del mercado libre de cambios, con un ajuste que no llegaría a compensar la diferencia.

Pero bien pronto se advirtió que el “plazo de espera” de diez años no era el máximo que la Corte Suprema estaba dispuesta a aceptar, ya que poco tiempo después aceptó la constitucionalidad de la ley 23.982 de consolidación de la deuda pública del Estado (de 1991), que había implementado para ello Bonos de Consolidación con un plazo de amortización de 16 años con intereses muy bajos (40). Posteriormente, también avaló la constitucionalidad de las leyes 25.344 y 25.827 que, por vía de sustitución de nuevas series de bonos, llevaron el “plazo de espera” a veinticuatro años, siempre con el argumento de que la suspensión temporal no afectaba la sustancia del derecho de propiedad (41).

(38) Fallos: 1313:1513; L.L. 1991-C, 158.

(39) Con los mismos argumentos de “Peralta”, el mismo día la Corte avaló la constitucionalidad de la suspensión de ejecuciones contra el Estado —incluidas las de sentencias firmes— dispuesta por la ley 23.696, en “Videla Cuello, Marcelo c. Provincia de La Rioja” (La Ley 1991-D, 517).

(40) Fallos: 318:1887, “Cacace, Josefa c. Municipág. de Bs. As. s/ Accidente” (19/10/95).

(41) Fallo “Llevara, Walter c. E. F. General Belgrano S.A. s/ despido”, L. 332.XLVI, del 29/10/13. El Dr. Petracchi votó en disidencia y señaló que el Estado había vuelto a sustituir los bonos por nuevas series, que volvieron a prorrogar el plazo de amortización, con lo cual ya no se sabe hasta cuándo puede llegar.

Llegamos así a la crisis económica de 2001-2002, que hizo que se sancionara toda una normativa de emergencia, totalmente nueva en relación a los remedios que hasta el momento se habían implementado. No detallo esas medidas ni los distintos pronunciamientos que se dictaron dado que lo he hecho en varios trabajos a los que me remito (42), pero haré una breve síntesis.

En el primer fallo dictado por la Corte —“Smith” del 1/02/02 (43)—, se apartó del precedente de “Peralta”, y sostuvo que las distintas medidas implementadas hasta el momento violaban los arts. 14 y 17 de la C.N., en tanto desconocían el derecho de las personas a disponer libremente de su propiedad, ya que, *“dado la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia que la provoca”* no podía entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios ni encontraba respaldo en el art. 28. A continuación dijo la Corte que no se advertía proporcionalidad entre las medidas dictadas y el fin propuesto para conjurar la crisis, toda vez que implicaban una limitación de la propiedad privada que coadyuvaban *“a su privación y aniquilamiento”*, transgrediendo el límite del citado precepto constitucional.

Luego se dictó el decreto de “pesificación” de los depósitos bancarios (decr. 214/02) a la paridad de un dólar a \$ 1,40 y ajuste por el CER con un interés muy bajo. Se multiplicaron las acciones de amparo, y el Estado se defendió argumentando que dicho método de ajuste preservaba el poder adquisitivo de los depósitos. Es decir, la discusión se centró en el *contenido esencial* del derecho de propiedad en estos casos. Mientras para los ahorristas el mismo se identificaba con la moneda en que los depósitos habían sido contratados con los bancos, para el Estado aquel se satisfacía si se resguardaba el poder adquisitivo.

Planteada así lo esencial de la discusión, la Corte se pronunció en el fallo “Provincia de San Luis” de principios de 2003 (44) por la inconstitucionalidad de la pesificación apelando a la doctrina de los derechos adquiridos; o sea, a los *derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona*, ligando ello con la seguridad jurídica. No obstante, aceptó que, en el caso, los depósitos fueran devueltos “reprogramados”.

Un año y siete meses después se dictó el fallo “Bustos” (45), en el que, por mayoría, se decidió que el amparo no era la vía apta para resolver este

(42) “La emergencia financiera y el control judicial de constitucionalidad”, Abaco, Bs. As. 2004; “El fallo ‘Bustos’ y la justicia distributiva”, E.D. 212-1130.

(43) Fallos: 328:28.

(44) L.L. 2003-E, 472.

(45) L.L. D.J. 2004-3, 694.

tipo de controversias, dada la complejidad para evaluar las medidas en relación a la magnitud de la crisis económica. Pero no hubo unanimidad de fundamentos (en especial con motivo del voto del Dr. Zaffaroni), y la cuestión siguió sin resolverse.

Mientras tanto, a partir de marzo de 2003, la cotización del dólar comenzó a estabilizarse (alrededor de \$ 2,90), al mismo tiempo que los precios internos aumentaron, lo que implicó un incremento considerable del CER. En tal contexto, la Corte dictó el fallo “Massa” el 27/12/06, y, manipulando la tasa de interés (la llevó al 4 % anual en lugar del 2 %), concluyó que la aplicación de dicho coeficiente a partir de \$ 1,40 por dólar y la tasa de interés indicada, permitía que el ahorrista recuperara su capital original, lo que tornaba abstracta la tacha de inconstitucionalidad de la pesificación.

Pero faltaba por resolver otro tema pendiente de la crisis de 2001-2002 no menos complejo: la pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero (46).

Respeto de ello, los tribunales venían dando distintas soluciones sobre la base de las sucesivas leyes que se dictaron, y principalmente, a partir de lo que se denominó “doctrina del esfuerzo compartido” al que la primitiva ley de emergencia 25.561 había aludido como forma de resolver el problema, pero faltaban definiciones del alto tribunal de la nación.

Ellas llegaron en forma diferenciada según qué tipo de créditos se trataba. Así, en el fallo “Rinaldi” del 15/03/07 (47), que versó sobre obligaciones menores de u\$s 100.000 garantizadas con la vivienda única del deudor, dijo que los jueces debían proceder a determinar la suma adeudada, *teniendo en cuenta el derecho al acceso a la vivienda y la protección integral de la familia*, y los principios de derecho civil, como la imprevisión, el abuso del derecho y la lesión. De esa manera, aplicando las normas de pesificación vigentes, dijo que el cálculo no debía exceder del que derivaba de la conversión de un dólar igual un peso, más el 30 por ciento de la diferencia entre dicha paridad y la cotización del dólar a la fecha en que se practicara la liquidación, suma a la que debía adicionarse un interés anual del 2,5 por ciento.

Respecto de los créditos superiores a u\$s 100.000 en los que no estuviese en juego la vivienda única adoptó un criterio distinto. Así, en

(46) He tratado el tema en: “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Evaluación de las distintas soluciones dadas por la Corte Suprema”, L.L., Supl. de Der. Const., julio de 2008.

(47) L.L. Supl. de Der. Const. Del 21/03/07.

“Longobardi” (48), el tribunal se inclinó por la pesificación, ratificando el esfuerzo compartido, pero consistente en el ajuste del 50 por ciento de la brecha existente entre un peso y la cotización de la divisa en el mercado, salvo que la utilización del coeficiente arrojara una suma mayor. En relación a la tasa de interés, la fijó en el 7,5 por ciento anual.

Finalmente, en relación a los créditos superiores a u\$s 100.000 pero menores a u\$s 250.000 en los que estuviera en juego la vivienda única y familiar, en el caso “Fecred S.A.” (49) dijo que se hallaban en una situación intermedia entre “Rinaldi” y “Longobardi”, y por ello decidió que debía pesificarse a razón de un peso por dólar, más el 40 por ciento de la brecha existente entre un peso y la cotización de la divisa en el mercado libre de cambios, con la adición de intereses al 7,5 por ciento anual.

Como balance del tema, podemos decir que la cuestión del contenido esencial del derecho de propiedad había alcanzado antes de la crisis de 2002 algún grado de determinación con la doctrina que podía elaborarse de los fallos de la Corte: la postergación de la percepción del crédito que el legislador por razones de emergencia decidiera, por largo que fuera, no afectaba la sustancia del derecho de propiedad, si al cabo el acreedor recuperaba la totalidad del capital y “algo” de los intereses.

Después de fallos zigzagueantes en relación a la restricción y pesificación de los depósitos financieros, con “Massa” pareció que la Corte había reafirmado esa doctrina, toda vez que, pese a la diversidad de argumentos de los ministros, dejó establecido que no declaraba la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia por arrojar el cálculo aplicable una suma equivalente a la acreencia originada en la moneda estadounidense. Pero ello no fue más que un trato especial a quienes habían confiado sus ahorros a los bancos, dado que quienes habían contratado con otros particulares, posteriormente se vio que no merecían el mismo amparo.

En efecto, quienes habían prestado dinero a personas que habían ofrecido como garantía su vivienda única debían soportar una “pérdida” de su crédito de alrededor del 65 por ciento. Luego los mejoró un poco con la tasa de interés. Después decidió que quienes habían contraído créditos por sumas importantes y con finalidades no relacionadas con la vivienda única, no merecían tanta contemplación judicial, por lo que en estos casos la pérdida de los acreedores debía ser de alrededor del 30 por ciento. Finalmente, mejoró un poco —en relación a la solución legal— a quienes habían otorgado un crédito por una suma importante, recibiendo en garantía una vivienda única, pero estableció que igualmente debían soportar una

(48) L.L. 2008-B, 43.

(49) Del 6/05/08, www.laleyonline.com.ar.

quita, aunque el inmueble hubiese superado con creces el valor que tenía cuando se celebrara el contrato.

Este análisis sobre el derecho de propiedad quedaría incompleto si no hiciera una reflexión sobre qué es lo que ocurre con el derecho de crédito en los concursos preventivos.

La Ley 24.522 sobre Concursos y Quiebras en el art. 43 contempla la propuesta de acuerdo que puede hacer el deudor concursado, y el art. 45 establece que basta que haya una mayoría absoluta de cada categoría de acreedores (quirografarios, laborales, y distintas categorías de privilegiados, conf. art. 41) que representen las dos terceras partes del capital computable dentro de cada una para que la propuesta sea aprobada por el juez. Asimismo, el art. 43 prescribe que la renuncia de cada acreedor no puede ser inferior al treinta por ciento de su crédito y que la propuesta puede consistir, entre otras variantes, en quitas y esperas, lo que normalmente se traduce en el pago en cuotas.

En la práctica ello significa que el acuerdo entre el concursado y los grandes acreedores obliga a los acreedores quirografarios por montos menores a tener que aceptar el pago en largas cuotas —muchas veces diez cuotas anuales— del treinta por ciento de crédito sin intereses de ningún tipo. Es decir, en épocas de inflación cero, el crédito se transforma en el 30 por ciento del capital pagado en diez años, y en tiempos de inflación, ese porcentaje se transforma en una cifra insignificante (50).

La finalidad de la ley de concursos es facilitar la conservación de la empresa y con ello la actividad económica del país y la preservación del empleo. Obviamente es un fin constitucional (art. 75 inc. 19). Se supone que el legislador al dictarla hizo una ponderación entre ese objetivo y los “costos” que ello implicaría para los acreedores de las empresas que se “salvarían”. En tal análisis ponderativo llegó a la conclusión de que el 70 por ciento de pérdida de capital (que en la práctica es muchísimo más alto dado que lo reconocido se paga en largas cuotas en un país con inflación) era un “sacrificio” que los acreedores comunes debían soportar.

No conozco que alguna vez doctrinaria o jurisprudencialmente se haya tachado de inconstitucional al art. 43 de la ley concursal. Por el contrario, se

(50) Los tribunales comerciales no aceptan la actualización monetaria de las cuotas cuando se les pide no sólo porque lo prohíben los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 sino también con el argumento de que violaría la “par conditio creditorum”. Hasta tal punto llegó el desinterés en proteger el crédito de los acreedores menores que en enero de 2002 con la ley 25.563 se llegó a suprimir el piso del 30 por ciento y los tribunales llegaron a homologar acuerdos preventivos que no reconocían más del 15 por ciento del capital de esos créditos en largas cuotas anuales (con la ley 25.589 del 16/05/02 se volvió al porcentaje anterior).

lo acepta pacíficamente. El núcleo duro del derecho de propiedad en estos casos es el 30 por ciento, o aún mucho menor, como hemos señalado.

IV.2. *El derecho a la intimidad*

Este derecho ha alcanzado una cuota importante de precisión en la jurisprudencia de la Corte en cuanto a su contenido esencial, pero, como veremos, enfrentado a otro derecho fundamental (la libertad de expresión) su protección cede notablemente.

La Corte Suprema desde la restauración de la democracia en 1983 le ha reconocido una amplia protección. En primer lugar, en el conocido caso “Ponzetti de Balbín” de diciembre de 1984 (51), dijo que el derecho intimidad estaba conformado por un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, hechos o datos que estaban reservados al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significaba un peligro real o potencial para la intimidad “...*el derecho a la privacidad —dijo— comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.*” En el caso de los personajes célebres cuya vida tuvieran carácter público o de personajes populares —aclaró—, su actuación podía divulgarse en lo que se refería a la actividad que les confería ese prestigio o notoriedad, siempre que lo justificara el interés general, pero no autorizaba a avanzar sobre su intimidad, máxime cuando durante su vida no hubieran fomentado la intromisión en esa esfera de la vida.

La doctrina fue reiterada en el caso “Menem, Carlos c. Editorial Perfil S.A.”, fallado el 25/09/2001 (52), respecto del cual no podría encontrarse un personaje involucrado en la noticia de mayor notoriedad pública. El medio periodístico se defendió alegando la veracidad de lo publicado. La Corte dejó sentada una pauta importantísima en la materia: “*debe recordarse que cuando el afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces*

(51) Fallos: 216:1892.

(52) Fallos: 324:2895.

o no”. Es decir, cuando de derecho a la intimidad se trata, aún cuando se trate de funcionarios de notable actuación pública, no procede la *exceptio veritatis*. Sostuvo que si bien las personas que ejercían la administración del poder público contaban con una esfera reducida de intimidad, no era menos cierto que su intimidad permanecía y el derecho constitucional que las protegía no se veía aminorado en el ámbito que el sujeto se había reservado y que funcionaba como límite al derecho a la información. Asimismo, ante la invocación del medio de la doctrina de la “real malicia”, dijo que esta no era aplicable en el caso, dado que solamente lo era en los supuestos de publicaciones que dieran cuenta de hechos falsos, o sea que fuera procedente la prueba acerca de la falsedad.

Es muy importante la exclusión de aplicación de esta doctrina en los casos donde está en juego el derecho a la intimidad, dado que define claramente el contenido esencial del mismo. En efecto, como es bien sabido, la Corte argentina ha dado una amplia recepción a la doctrina nacida en el célebre fallo “New York Times vs. Sullivan” de la Corte norteamericana de 1964 en diversos pronunciamientos (53). La misma implica un amplio campo de protección de la prensa, dado que, en la práctica, es para el afectado imposible probar ese especial factor de atribución subjetivo. No obstante, no puede dejar de tenerse en cuenta que el presupuesto fáctico es que se trate de información, críticas u opiniones sobre hechos, o sea que sean susceptibles de ser verificados en cuanto a su verdad o falsedad, y además los mismos deben versar sobre cuestiones de interés público o general. De manera, pues, que quedan excluidos los hechos de la vida privada o relacionados con la intimidad de una persona, a menos que éstos tengan estrecha vinculación con la actuación pública del mismo.

La naturaleza, entonces, del derecho a la intimidad —aquellos aspectos de la vida privada de una persona que desea mantener fuera del conocimiento de terceros, y respecto de los cuales es irrelevante que lo publicado sea o no verdad— se erige como un valladar a la aplicación de la doctrina de la real malicia (aún cuando el involucrado se trate de un alto funcionario público), que es la defensa que siempre invocan los medios de prensa, dado que es la que les brinda mayor campo de protección (54).

La ratificación del contenido del derecho a la intimidad, como el ámbito de la vida de una persona que ésta tiene derecho a mantener exenta del conocimiento de terceros, fue ratificada por la Corte Interamericana de

(53) Fallos: 319:2741 (“Morales Solá”); 319:3428 (“Ramos”); 320:1272 (“Pandolfi”), entre otros.

(54) Ver trabajo del suscripto: “Nuevas precisiones sobre las reglas de las doctrinas “Campillay” y de la real malicia. La difícil línea divisoria entre hechos y opiniones y otras cuestiones”, La Ley 2008-F, 304.

Derechos Humanos en el caso “Fontevicchia y ot. c. Nación Argentina” de 2011, donde, si bien dio vuelta el fallo de la Corte en “Menem c. Editorial Perfil” que hemos referido, lo hizo sobre la base de evaluar que el ex Presidente había permitido el conocimiento público de las cuestiones de su vida privada sobre las que el caso versaba (55).

Pero no es solamente confrontado con la libertad de prensa que la Corte Suprema ha reconocido la fortaleza del derecho a la intimidad. En un valioso precedente, el alto tribunal se expidió en relación al derecho de los privados de libertad en institutos carcelarios. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la reglamentación de la Ley Penitenciaria Nacional que permitía a las autoridades de los penales la apertura de la correspondencia que los internos pretendían enviar, por vulneración de los arts. 18 y 19 de la C.N. e irrazonabilidad. Se trató del caso “Dessy, Gustavo”, fallado el 19/10/95 (56), en el que el tribunal, luego de hacer referencia a la finalidad de la ley penitenciaria, sostuvo que no existía vinculación razonable entre los objetivos perseguidos (la seguridad de los internos y su readaptación social) con la censura de la correspondencia, y que, por el contrario, cercenaba esto último al dificultar la comunicación de los presos con sus familiares y el mundo exterior.

En otro orden, la protección de la intimidad llevó a la Corte a extender las garantías procesales penales. En efecto, en el caso “Fiorentino” del 27/11/84 (57), sobre la base de la inviolabilidad del domicilio garantizada en el art. 18 de la C.N., el tribunal entendió que sólo los jueces podían ordenar su allanamiento, salvo supuestos excepcionales, o que los moradores hubieran autorizado el ingreso a la vivienda. La doctrina se consolidó con varios fallos posteriores (58).

Tampoco podemos dejar de mencionar al fallo en “Halabi, Ernesto c. P.E.N.” del 24/02/09 (59). En el mismo la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su decreto reglamentario, que permitía la intervención de comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión podía llevarse a cabo, por entender que era violatoria del derecho a la intimidad de todas las personas que por esas vías se comunicaran.

(55) Ver mi trabajo: “Guarda de niños con fines de adopción. Lecciones del fallo “Fornerón” de la C.I.D.H”, L.L. del 5/06/14.

(56) L.L. 1996-C, 312.

(57) Fallos: 306:1752; L.L. 1985-A, 159.

(58) “López, Eduardo” del 10/12/87, “Fato, Juan José” del 24/03/88, “Romero, Héctor” del 1/12/88, “Ferrer, Florentino” del 10/07/90, “Fiscal c. Fernández” del 11/12/1990, entre otros.

(59) L.L. 2209-B, 157.

Ahora bien, la amplia protección que encuentra el derecho a la intimidad en la jurisprudencia de la Corte y demás tribunales del país se relativiza cuando se enfrenta con la garantía de la prohibición de la censura previa en materia de libertad de prensa. Como es bien sabido, tal garantía fue consagrada por nuestro viejo art. 14 del texto constitucional de 1853 y fue fortalecida por la elevación a nivel constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 13 expresamente establece que el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole no puede estar sujeto a previa censura sino sólo a responsabilidades ulteriores.

Antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema le dio un alcance muy amplio a la prohibición de censura previa del art. 14 (60), pero es con la ratificación de la Convención que la misma no deja resquicio alguno. Ya en la Opinión Consultiva n° 5 del 13/11/85 la Corte Interamericana de Derechos Humanos se preocupó por resaltar que la forma en que estaba redactado dicho artículo difería del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, ya que ésta, lo mismo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estaba formulado en términos muy generales y no prohibía expresamente la censura previa. Esta diferencia fue señalada por el Dr. Petracchi en el caso “Maradona” (61), y ratificada por la Comisión I.D.H. en el Informe 11/96 al expedirse en el caso “Martorell” (62), en el que dijo que no consideraba que la interpretación de los derechos contenidos en los artículos de la Convención presentaba un conflicto de diferentes principios entre los que hubiera que escoger *“las disposiciones del artículo 11 —dijo— no pueden interpretarse por los órganos del Estado, de tal forma que resulten una violación del art. 13 de la Convención Americana, que prohíbe la censura previa. La censura previa, cualquiera sea su forma, es contraria al régimen que garantiza el art. 13 de la Convención”*, para terminar señalando que el posible conflicto que pudiera existir entre las normas indicadas debía resolverse recurriendo a los términos empleados en el propio art. 13; o sea, a las “responsabilidades ulteriores”.

Trascendental importancia tienen estas opiniones e informes de los organismos del sistema interamericano, dado que la Corte Suprema en numerosos casos dijo que debían servir de guía a nuestros tribunales respecto de la interpretación de la Convención (63).

(60) “Sánchez Sorondo”, Fallos: 270:289 (1968); “Verbitsky”, E.D. 126-287 (1989); “Servini de Cubría”, Fallos: 315:1943 (1992). En este último fallo especialmente se destaca la ratificación por ley de la C.A.D.H. y la importancia de su art. 13.

(61) En realidad: “S., V. c. M., D. A. s/ Medidas cautelares”, E.D. 195-360.

(62) Publicado en La Ley, Supl. de Der. Const. Del 7/10/96.

(63) Fallo “Carranza Latrubesse c. E.N.”, C.568.XLIV. 6/08/13.

La conclusión que se deriva de ello es que los derechos personalísimos *ceden* frente a la libertad de prensa cuando la prohibición de censura previa está en juego. Particular importancia tiene ello en relación al derecho a la intimidad. En efecto, la afectación del derecho al honor por una publicación inexacta o agravante puede tener una reparación ulterior, y no por la indemnización pecuniaria, sino por el desagravio que la rectificación pública de la información —ya sea por el propio medio o por el afectado haciendo uso del derecho que le acuerda el art. 14 de la CADH— puede generar. Una desmentida a tiempo y eficaz puede, de alguna manera, reparar el daño causado. En cambio, como dice Fernando Toller (64), “cuando se daña el derecho a la reserva de la vida privada es nítido que la concreta parcela del bien jurídico que se afecta resulta absolutamente destruida como tal intimidad y ese daño es completamente irreparable”. “Es imposible —agrega— retrotraer el hecho de que se ha conocido lo que se pretendía mantener en reserva, pues lo que era íntimo se ha hecho público”.

Volvemos a la esencia del derecho a la intimidad: la esfera de la vida de la persona que ésta no desea que sea conocida por terceros. La divulgación de un hecho de una circunstancia de la vida privada comprendida en ella no tiene reparación *como tal*.

IV.3. El derecho a la protección contra el despido arbitrario

Leyendo el texto de la Constitución (art. 14 bis introducido por la Convención Constituyente de 1957), poco deducimos sobre el alcance de este derecho. Sólo podemos decir que no implica la estabilidad propia en el empleo, dado que el mismo artículo prevé esta sólo para el empleo público.

Sí puede pensarse que alude al derecho a percibir una indemnización en el caso de que el despido del trabajador sea incausado, dado que así se estableció desde las primeras leyes laborales (65). Estas determinaron sumas fijas y a partir de 1994 montos variables pero siempre con *topes*, que en más de una oportunidad fueron avalados por la Corte en cuanto a su constitucionalidad. Ello cambió con la hiperinflación de 1989, que motivó que la Corte declarara inválida la resolución ministerial que lo establecía (66), pero luego volvió al criterio anterior.

(64) “Libertad de prensa y tutela judicial efectiva”, La Ley, Bs. As., 1999, págs. 122 y 217.

(65) La primera fue la ley 11.729 de 1934.

(66) Caso “Vega, Humberto c. Consorcio”, Fallos: 316:3104; criterio mantenido en Fallos: 322:232, 324:2169 y 324:2801.

La definición llegó con el fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s. Despido” del 14/09/2004 (67). La ley 24.013 reformó el art. 245 de la L.C.T., que quedó redactado de la siguiente manera: “*En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, este deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes (1) de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.*” El actor tenía una antigüedad de veintiséis años y su última remuneración había sido de \$ 11.000; al ser despedido, por aplicación del tope señalado, se le abonó como indemnización \$ 27.048.

Dijo la Corte que no había dudas en cuanto a la validez constitucional del régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, pero que la reglamentación legal de la estabilidad impropia debía ser razonable. Expresó luego los importantes conceptos que hemos transcrito al comienzo acerca del *contenido* de los derechos y su condición de objeto central de estudio del intérprete constitucional para luego decir que el art. 14 bis imponía un particular parámetro para el control de constitucionalidad; esto es, que desde el punto de vista de la norma fundamental el trabajador debía ser sujeto de *preferente tutela*. Añadió en tal sentido que el mandato constitucional de asegurar “*condiciones... equitativas de labor*” se proyectaba a todos los contenidos del art. 14 bis, lo que, en relación al despido arbitrario, significaba *justo en el caso concreto*.

Sostuvo así que no resultaba razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT pudiera verse reducida en más de un treinta y tres (33) por ciento por imperio del segundo y tercer párrafos, conforme a la conocida jurisprudencia del tribunal de que la confiscatoriedad se producía cuando la presión fiscal excedía dicho porcentaje.

A mi juicio, no podría brindarse un mejor ejemplo de un supuesto en el que el máximo tribunal de la Nación define con precisión cuál es el contenido esencial de un derecho constitucional. Naturalmente parte de la base de que es el legislador quien debe arbitrar la forma y el modo de *protección contra el despido arbitrario*, y admite que, en esa tarea, es válido

(67) Fallos: 327:3677.

constitucionalmente que contemple topes o límites a la indemnización a recibir por el trabajador en ese caso, pero, teniendo en cuenta la finalidad del derecho reconocido, tal reglamentación no puede desnaturalizarlo. La indemnización a pagar tiene que ser de tal magnitud que desaliente la disolución unilateral del vínculo laboral, de lo contrario mal puede cumplirse la manda constitucional de *protección contra el despido arbitrario*.

La Corte admite que no necesariamente a la suma indemnizatoria debe arribarse por la multiplicación del último salario por la cantidad de años de antigüedad — siempre sobre la base de que las limitaciones cuantitativas no son, en principio, inconstitucionales—, pero impone un límite a ellas (*límite del límite*).

V. Conclusión y reflexiones

Hecho este análisis de los tres derechos constitucionales, veamos cuáles son las conclusiones que pueden extraerse respecto de la conceptualización del contenido esencial de los derechos constitucionales que hemos abordado.

Comenzando por el derecho de propiedad, la doctrina tradicional de la Corte partía de la distinción entre *suspensión* o *frustración* de su ejercicio. Es decir, no se violaba el contenido esencial del derecho si solamente se postergaba su goce y ejercicio (ha llegado a convalidar plazos de veinticuatro años), siempre y cuando al cabo del plazo de postergación, el acreedor o titular del derecho recuperara íntegramente su propiedad. Asimismo, tampoco se violaba el contenido esencial, si el legislador (o los jueces) reducían considerablemente los intereses pactados. Por medio del fallo “Massa” pareció que la Corte, en definitiva, se atenía a tal doctrina. Sin embargo, confrontado el derecho del acreedor con los derechos constitucionales del deudor consistentes en el acceso a la vivienda digna y la protección integral de la familia (art. 14 bis), aquel debió *ceder*. En definitiva, en estos casos, confrontados los valores en juego, la Corte redujo el alcance del contenido esencial del derecho de propiedad al treinta por ciento del capital, porcentaje este que coincide, en principio, con el mínimo que garantiza la ley de concursos a los acreedores al homologarse los acuerdos preventivos (el que, reitero, en la práctica es mucho menor). Parecería, entonces, que no puede hablarse de un *núcleo duro* fijo, claro e inmueble. El mismo puede variar según cuáles sean los valores o principios constitucionales que estén en juego en cada caso. ¿Cuál es el núcleo duro entonces?

El derecho a la protección contra el despido arbitrario, en cambio, ha merecido mayor precisión por parte de la Corte, al menos en el último fallo dictado sobre el tema. En efecto, en “Vizzotti” se dice que la base de

cálculo para cuantificar la indemnización que el empleador debe abonar al trabajador en caso de distracto laboral tiene que arrojar una suma que sea suficientemente disuasiva como para que aquel no tome una decisión repentina o arbitraria. Para ello entiende la Corte que esa base de cálculo no puede ser inferior al sesenta y seis por ciento del salario efectivamente percibido por el trabajador. Fijó este tope, pero podría haber fijado otro. La definición o no del mismo como *núcleo duro* dependerá de que el precedente se repita; es decir, que se consolide y se convierta en doctrina del alto tribunal.

La conclusión que se deriva de estos casos de la Corte argentina no es distinta de la que se extrae —según hemos visto— de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales alemán y español. Es decir, el contenido esencial de los derechos constitucionales es lo que *queda* luego de realizar una ponderación entre los derechos o bienes en conflicto (teoría relativa). Eso que queda —mínimo en el caso del derecho de propiedad como crédito— es el *núcleo duro* o *contenido esencial* del derecho, lo que no implica desconocer que en algunas casos los derechos en cuestión contengan una parte más amplia, cuya afectación, en otras circunstancias fácticas y jurídicas pueda ser inconstitucional (*contenido total o inicialmente protegido*).

El análisis del tratamiento brindado al derecho a la intimidad conduce, en cambio, a otras conclusiones. Goza de un campo de protección muy amplio (al punto de que la Corte ha dicho que en aras de la seguridad no podía vulnerarse la correspondencia de los internos de un establecimiento penitenciario), pero enfrentado a la prohibición de censura previa a la prensa (expresamente contemplado en las normas constitucionales), puede decirse que queda totalmente vulnerado, dado que, como dijimos, en la medida que hechos de la vida privada son conocidos por terceros sin su consentimiento, *en tanto intimidad*, no se remedia con la reparación ulterior.

Es legítimo preguntarse en este caso si el derecho a la intimidad tiene núcleo duro, o sea, aquel reducto intangible que de ningún modo puede ser desvirtuado, allanado o vulnerado en su esencia, sea cual sea el derecho o bien jurídico con el que se enfrente. Podríamos hacernos la misma pregunta en relación al derecho a la imagen —si es que lo consideramos un derecho constitucional autónomo diferenciado del derecho a la intimidad (68)—, que ciertamente queda totalmente desprotegido frente a la prohibición de censura previa. (69)

(68) La pregunta no tendría sentido si entendiéramos que el derecho a la imagen es infraconstitucional. Antiguamente se fundaba en el art. 31 de la ley 11.723 y actualmente en el art. 53 del C.C.C.

(69) Basta tener en cuenta lo que ocurre cuando la imagen se ha violado por vía de Internet y leer al respecto el fallo “Rodríguez, Belén c. Google Inc.,” Fallos: 337:1174 (2014).

La resolución de los conflictos entre la libertad de prensa y el derecho al honor —que, por su extensión, daría lugar a otro trabajo— también lleva a hacerse la misma pregunta. Ello así dado que, si bien, como dijimos, la responsabilidad ulterior junto con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta puede recomponer el honor vulnerado, la jurisprudencia de la Corte respecto de lo primero hace que surjan serias dudas acerca de si tiene un núcleo duro en los términos que hemos definido.

En efecto, en primer lugar, porque las exigencias que la Corte impone para que sea procedente la responsabilidad civil en los casos en que se aplica la doctrina de la real malicia son tan difíciles de sortear que llevan a que no existan fallos del alto tribunal en que ello tenga lugar, aún en supuestos donde era de toda lógica esperar que así ocurriera. Me refiero al caso “K. de C., A. c. Lanata, Jorge s/ daños y perjuicios” en que la Sala D de la C.N. Civil hizo aplicación de tal doctrina y consideró que el periodista era responsable civilmente dado que, anoticiado por la actora acerca de cómo habían ocurrido los hechos que denunciara en un primer programa televisivo y de la resolución de la justicia dándole la razón con condena al denunciante, había ratificado lo dicho en un segundo programa sin chequear la fuente de la información pese a que tenía a su alcance la forma de hacerlo (segunda regla de la doctrina de la real malicia) (70). Pese a la claridad del caso, la Corte revocó el pronunciamiento con argumentos muy forzados que no dejan más que traslucir que el derecho al honor de los funcionarios públicos es prácticamente inexistente para la Corte Suprema (71).

En segundo lugar porque la misma Corte admite en muchos casos que es comprensible que el actor se sienta dañado o vulnerado en su honor pero que debe soportarlo resignadamente dado que lo que debe protegerse va más allá de los intereses de los contendientes en el caso y es mucho más importante (la defensa de la democracia que se vería amenazada con condenas a la prensa) (72).

En tercer lugar porque, si bien la Corte dice reiteradamente que la amplia libertad de crítica a los funcionarios públicos no resguarda de responsabilidad a la prensa y a quienes se expresan a través de ella en los casos en que incurran en el insulto o vejación gratuita o injustificada (73), en muchas ocasiones no aplica esta doctrina en casos muy

(70) Ver mi comentario: “Es posible la responsabilidad civil aplicando la doctrina de la real malicia”, L.L 2010-A, 72.

(71) Ver mi comentario: “La doctrina de la real malicia y el derecho de rectificación y respuesta en un fallo de la Corte Suprema”, La Ley del 12/11/14.

(72) Ver, por ejemplo, fallo “Patitó y ot. c. La Nación” (Fallos: 331:2008).

(73) Fallos: 321:2559, entre otros.

injustificados (74). Es legítimo preguntarse, entonces, qué es lo que *queda* del derecho al honor; o, desde otro ángulo, si tiene núcleo duro con el significado y alcance que hemos expuesto.

Si la respuesta es negativa en estos casos (bien claro en el caso de los derechos a la intimidad y a la imagen, y algo más dudoso en los casos del derecho al honor), la pregunta que surge forzosamente es si pueden seguir siendo catalogados como *derechos fundamentales*. Ello así porque para ser calificados de esa manera los derechos tienen que tener núcleo duro. Así, surge con claridad, como hemos visto, del art. 28 de la C.N. y de los arts. 19 de la Constitución alemana y 53 de la Constitución española.

Entiendo que un derecho es *fundamental* en tanto está contemplado (expresa o implícitamente) en la Constitución de un Estado; o sea que existe una identidad entre *derecho fundamental* y *derecho constitucional*. Puede haber derechos fundamentales no contemplados (o aún negados) en una Constitución, pero ello no es el tema que nos ocupa. El problema es que haya derechos fundamentales reconocidos en la ley fundamental pero que no tengan, en definitiva, de acuerdo al último intérprete de la misma, núcleo duro. Para algunos constitucionalistas como el suscripto se trata de una cuestión que, ciertamente, nos deja muy perplejos. ♦

(74) Ver, por ejemplo, fallo “Q., N. J. c. Benedetti y ot.” (Fallos: 335:2150).

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SU POSIBLE INCORPORACIÓN EN ARGENTINA

POR DANIEL A. SABSAY

Sumario: I. Introducción.- II. El ECI relativo a los desplazados forzosos.- III. Consideraciones en torno a la incorporación del ECI a nuestro sistema.- IV. El diálogo entre poderes.

I. Introducción

Nos proponemos desarrollar el concepto de “Estado de Cosas Inconstitucional” (ECI), nuevo instituto para la garantía de los derechos fundamentales que ha sido creado por la Corte Constitucional de Colombia (CCC). Recordemos que este tribunal fue creado por la Constitución colombiana de 1991 e implicó una modificación muy importante, ya que instauró el control de constitucionalidad concentrado de cuño kelseniano que hace que las decisiones judiciales tengan un alcance *erga omnes* y puedan ser dictadas en abstracto. Así, el tribunal adquiere un importante rol en la dinámica del poder, en tanto actúa como legislador negativo gracias a la potestad derogatoria de leyes que le compete. Ello se ve acompañado de una noción muy amplia de la legitimación activa gracias al reconocimiento constitucional de las acciones populares. Así las cosas, la CCC ha tomado un enorme posicionamiento en razón de que sus fallos han implicado un fuerte control sobre la actividad de los poderes políticos.

A principios del presente siglo fueron significativas las sentencias que declararon nulos varios decretos de necesidad y urgencia que había dictado el Ejecutivo en el marco de “procesos de ajuste” como consecuencia de situaciones de emergencia, que limitaban el alcance de beneficios sociales en materia jubilatoria, préstamos para la vivienda, estabilidad del empleo, entre otras. Han sido innovadoras, por su alcance y efectos, las decisiones sobre cuestiones de naturaleza ambiental, consumidores y usuarios y derechos de incidencia colectiva en general. Cabe también destacar el fallo que impidió una segunda reelección consecutiva del ex presidente Álvaro Uribe, y, recientemente, el reconocimiento del matrimonio igualitario.

El tribunal ha conseguido cuestionar a los poderes políticos y hasta determinar líneas de acción en el campo de las políticas públicas, gracias al gran prestigio del que goza de parte de la opinión pública. Sin embargo, ha sido objeto de serias críticas que han señalado el peligro de los excesos del activismo judicial que han llevado, a juicio de estos cuestionamientos, a la “judicialización de la política”, expresión que de alguna manera sustituye la del “gobierno de los jueces”. Esta tensión obliga a pensar sobre los límites de la labor judicial o al menos sobre un proceso de redefinición del principio de separación de poderes.

La jurisprudencia de la CCC es considerada por tribunales extranjeros, como da cuenta la regularidad con que son citadas sus sentencias por tribunales europeos, como por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos. Creemos que es prácticamente el único tribunal latinoamericano que ha logrado este tratamiento de parte de tribunales del mundo desarrollado.

Hecha esta introducción, analizaremos la compleja e interesante herramienta que hemos mencionado, la que nos introduce en un estadio muy desarrollado del denominado constitucionalismo dialógico. Creemos que esto es así, a pesar de que quienes lo promueven consideran que éste debe ser el resultado del protagonismo del Legislativo, mientras que en nuestro caso el propulsor es el Judicial. Curiosamente, como una suerte de prolongación del control de constitucionalidad, la Corte colombiana irrumpe en el cotejo de realidades que confrontan con el texto de la ley fundamental, semejante actividad excede por mucho el cotejo de normas, actos u omisiones, no sólo por el objeto del escrutinio de los magistrados, sino por las medidas que éstos ordenan y/o exhortan luego de las decisiones que toman en torno a estas situaciones que son calificadas como ECI. Para que se configuren es necesario que concurran una serie de elementos cuya presencia requiere de un examen minucioso de los antecedentes, características y consecuencias de la cuestión a resolver. No por

casualidad hasta el presente sólo se han dictado unas pocas sentencias de este tipo y siempre en relación con cuestiones institucionales de gran relevancia. El ECI ha sido declarado por primera vez en 1997.

“En estos casos, el tribunal analiza una determinada porción de la realidad y la compara con lo previsto por la Constitución, a fin de determinar si la primera es compatible con las normas constitucionales, y, en su caso, tomar medidas que, con distinta intensidad, procuran revertir ese estado de cosas. Se trata de escenarios que requieren de un abordaje necesariamente general y conjunto, pues los remedios parciales o limitados a uno solo de los aspectos involucrados serían insuficientes o impotentes para sanear una situación que se estima contraria a la Constitución y, de ese modo, tutelar los derechos de los afectados” (1). Este autor cita a García Jaramillo, quien expresa que el ECI es empleado por los tribunales “para juzgar, no un acto del Estado o de alguno de sus órganos, sino para juzgar una realidad. Dicha doctrina parte de confrontar la realidad con un juicio normativo y concluye se está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución” (2).

Nos encontramos frente a una modalidad novedosa de proceso colectivo o de litigio estructural que se acerca a sentencias de otros tribunales constitucionales, pero que posee aspectos diferenciadores por la dimensión de las cuestiones bajo análisis y por las mandas que se derivan de las mismas luego de la mirada de los jueces. Este aporte del CCC tiene importantes efectos sobre el derecho procesal constitucional, rama relativamente reciente, que ha tenido precisamente en Colombia un importante desarrollo.

El fallo a través del cual observaremos el ECI trata sobre la situación de los desplazados forzosos (T-025/98), que es el que hemos elegido en razón de que es el que determina los requisitos del ECI. Con anterioridad y, fundamentalmente, con posterioridad a nuestra sentencia, se advierten fallos donde se aplicó la jurisprudencia del ECI en otras temáticas tales como educación, sistema carcelario, derecho a la salud, derecho a la vivienda y designación de notarios en donde se remite a los requisitos contemplados en la sentencia objeto de comentario.

Nuestro desarrollo comenzará con el análisis de la sentencia para luego observar si es factible extrapolar el ECI colombiano a ciertos conflictos

(1) LAPLACETTE, Carlos J., “Breve descripción de la doctrina del estado de cosas inconstitucional”, *Diario Constitucional y Derechos Humanos* N° 116 - 13.06.2016.

(2) GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Constitucionalismo Deliberativo, Estudio sobre el Ideal Deliberativo de la Democracia y la Dogmática Constitucional del Procedimiento Parlamentario”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pág. 189.

estructurales en nuestro país. Dos de los requisitos de configuración del ECI se refieren a la ausencia del trabajo conjunto entre poderes estatales y a la necesidad que por lo tanto se plantea de encontrar una solución. Creemos que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en algunas de sus sentencias ha aplicado soluciones que de alguna manera se acercan al instituto que nos ocupa. También aparecen precedentes en la jurisprudencia del fuero contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. En base a ello, trataremos de responder si nuestro Poder Judicial podría avanzar hacia esa dirección, después de recurrir al concepto de constitucionalismo dialógico, a modo de conclusión.

La Corte ha declarado en siete ocasiones la existencia de un estado de cosas inconstitucional. La primera vez lo hizo ante la omisión de dos municipios en afiliarse a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley (3). Con posterioridad a esta sentencia, la Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en seis ocasiones más: 1) por la situación de violación continua de los derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país (4); 2) debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos (5); 3) por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales, durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos del Bolívar (6) y 4) de Chocó (7); 5) por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos (8) y 6) por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios (9).

(3) SU-559 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

(4) Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

(5) Corte Constitucional, Sentencias T-606 y T-607 de 1998, MP: José Gregorio Hernández Galindo.

(6) Corte Constitucional, Sentencia T-525 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz.

(7) Corte Constitucional, Sentencia SU-090 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

(8) Corte Constitucional, Sentencia T-590 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero. En este caso, el estado de cosas inconstitucional se presentó por la omisión del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos de los defensores de derechos humanos, frente a las amenazas permanentes contra la vida de estas personas. La Corte, luego de resaltar los atentados y asesinatos cometidos contra miembros de ONGs de derechos humanos y hacer un recuento del contenido de las circulares presidenciales emitidas para lograr el trabajo coordinado de las distintas entidades, señala que *“pese a las circulares presidenciales, el ataque a los defensores de derechos humanos ha continuado (...) y hay conductas omisivas del Estado en cuanto a su protección, máxime cuando se ha puesto en conocimiento de éste el clima de amenazas contra dichos activistas. Esta es una situación abiertamente inconstitucional, a la cual el juez constitucional no puede ser indiferente”*.

(9) Corte Constitucional, Sentencias SU-250 de 1998, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-1695 de 2000, MP: Marta Victoria SÁCHICA Méndez. En cuanto a la falta de convocatoria a un concurso de méritos para el nombramiento de notarios, constatado el estado de cosas

En mérito de lo anterior, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

“RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.

SEGUNDO.- COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria dentro de los plazos que a continuación se indican:

a. A más tardar el 31 de marzo de 2004, el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia habrá de (i) precisar la situación actual de la población desplazada inscrita en el Sistema Único de Registro, determinando su número, ubicación, necesidades y derechos según la etapa de la política correspondiente; (ii) fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados; (iii) definir el porcentaje de participación en la apropiación de recursos que corresponde a la Nación, a las entidades territoriales

inconstitucional en 1998, la Corte ordenó al Superintendente de Notariado y Registro y al Consejo Superior de la Administración de Justicia, que en el término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la sentencia convocara los concursos abiertos para Notarios. Posteriormente, en el año 2000, constatada la continuidad del estado de cosas inconstitucional, la Corte ordenó “*al Consejo Superior de la Carrera Notarial, en cabeza de su presidente, el Ministro de Justicia y del Derecho, para que a más tardar en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de este fallo, se modifiquen y rehagan las bases del concurso convocado por el Consejo Superior en el Acuerdo 1 de 1998, para la provisión del cargo de notario público en propiedad en todo el territorio nacional, que permita poner fin de una vez por todas al mencionado estado de cosas inconstitucional. Para tal efecto, el órgano encargado de administrar la carrera notarial ha de dar estricto cumplimiento no sólo a la Ley 588 de 2000 sino a las sentencias de esta Corporación, en especial a los fallos C-741 de 1998; C-153 de 1999, C-155 de 1999 y C-647 de 2000, que son de obligatorio cumplimiento*”.

y a la cooperación internacional; (iv) indicar el mecanismo de consecución de tales recursos, y (v) prever un plan de contingencia para el evento en que los recursos provenientes de las entidades territoriales y de la cooperación internacional no lleguen en la oportunidad y en la cuantía presupuestadas, a fin de que tales faltantes sean compensados con otros medios de financiación.

b. Dentro del año siguiente a la comunicación de la presente sentencia, el Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, realizarán todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre. Si dentro del lapso de ese año, o antes, resulta evidente que no es posible asignar el volumen de recursos establecido, deberán (i) redefinir las prioridades de esa política y (ii) diseñar las modificaciones que será necesario introducir a la política estatal de atención a la población desplazada. En todo caso, para la adopción de estas decisiones, deberá asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad, señalado en la sección 9 de esta sentencia.

c. Ofrecer a las organizaciones que representan a la población desplazada oportunidades para participar de manera efectiva en la adopción de las decisiones que se tomen con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional e informarles mensualmente de los avances alcanzados.

TERCERO.- COMUNICAR, por medio de la Secretaría General, el estado de cosas inconstitucional al Ministro del Interior y de la Justicia, para que promueva que los gobernadores y alcaldes a que se refiere el artículo 7º de la ley 387 de 1997, adopten las decisiones necesarias para asegurar que exista coherencia entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales. En la adopción de tales decisiones ofrecerán oportunidades suficientes de participación efectiva a las organizaciones que representen los intereses de la población desplazada. Las decisiones adoptadas serán comunicadas al Consejo Nacional a más tardar el 31 de marzo de 2004”.

II. El ECI relativo a los desplazados forzosos

La decisión deriva de la trágica guerra civil que tiene lugar en Colombia desde hace décadas y que produjo el drama que afecta a miles de pobladores de las zonas en conflicto que se ven obligados a dejar sus hogares, con

pérdida de sus ocupaciones, propiedades, imposibilidad de que quienes tienen puedan continuar sus estudios, entre otras consecuencias trágicas. Así las cosas, las soluciones y medidas que se han puesto en marcha de parte de diferentes dependencias estatales, hasta el momento del pronunciamiento de la CCC, no habían dado resultados positivos, y, por el contrario, ante su ineficiencia, se habían agravado los problemas que afectan a este colectivo de personas vulnerables.

Recordemos que es este pronunciamiento el que le permite al CCC establecer de manera taxativa los requisitos que debe reunir la realidad analizada para constituirse en ECI. En ese marco, la CCC considera para enmarcar de manera preliminar a la situación que:

“Dada la condición de extrema vulnerabilidad de la población desplazada, no sólo por el hecho mismo del desplazamiento, sino también porque en la mayor parte de los casos se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución —tales como mujeres cabeza de familia, menores de edad, minorías étnicas y personas de la tercera edad—, la exigencia de presentar directamente o a través de abogado las acciones de tutela para la protección de sus derechos, resulta excesivamente onerosa para estas personas. Es por ello que las asociaciones de desplazados, que se han conformado con el fin de apoyar a la población desplazada en la defensa de sus derechos, pueden actuar como agentes oficiosos de los desplazados. Tales organizaciones estarán legitimadas para presentar acciones de tutela a favor de sus miembros bajo las siguientes condiciones: 1) que se haga a través de su representante legal, acreditando debidamente su existencia y representación dentro del proceso de tutela; 2) que se individualice, mediante una lista o un escrito, el nombre de los miembros de la asociación a favor de quienes se promueve la acción de tutela; y 3) que no se deduzca de los elementos probatorios que obran en el proceso que el agenciado no quiere que la acción se interponga en su nombre”.

La voz tutela hace alusión a una herramienta procesal de garantía equivalente a nuestro amparo. En este caso la CCC amplía de manera pretoriana la legitimación activa en este tipo de procesos, en razón de las características que presenta la población desplazada. Así, la extiende a organizaciones no gubernamentales que demuestren la concurrencia de las exigencias que el tribunal señala. En particular que poseen una trayectoria de trabajo en el seno de las comunidades afectadas. Luego observa que en esas circunstancias, *“de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados”*, se produce la violación de una multiplicidad de derechos de los que son titulares los desplazados forzosos, situación que los torna vulnerables, y, que merece una atención urgente y preferente de parte del Estado. Agrega luego que, *“este derecho*

al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el “punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno”, y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que “de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara”.

II.1. Factores o requisitos para la declaración del ECI

La CCC, luego de un repaso de su jurisprudencia, establece cuales son los cinco elementos necesarios para el dictado de la medida, así manifiesta que:

Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Estado de cosas inconstitucional en la población desplazada: Elementos

Estado de cosas inconstitucional en la población desplazada: Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de

la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

El lenguaje que utiliza la CCC es coloquial y por lo tanto de muy fácil comprensión lo que nos permite entender fácilmente las exigencias que impone. Se trata de una acumulación causal en la que intervienen cuestiones de orden cuantitativo, su acaecimiento durante un tiempo prolongado, la falta de respuestas estatales adecuadas que son la resultante tanto de acciones como de omisiones de la autoridad, la insuficiente previsión presupuestaria que más adelante considerará injustificada. Frente a los reclamos administrativos, la exigencia de las autoridades de obligarlos a acudir a procesos individuales de amparo o tutela, resulta absolutamente inadecuada para la CCC, en tanto implica un factor de postergación y demora de medidas eficaces para solucionar las violaciones a derechos fundamentales que se plantean. Tiene particular importancia para la CCC la necesidad de considerar a la situación desde una mirada estructural, de conjunto (10).

Luego, examinará de modo pormenorizado si en la realidad de los desplazados forzosos aparecen los requisitos señalados.

Autoridades: están obligadas a la corrección de desigualdades sociales

Las autoridades están obligadas —por los medios que estimen conducentes— a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores débiles, marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad.

(10) Esta observación nos acerca a lo decidido por nuestra CSJN en el caso Verbitsky en relación con la situación por la que atraviesa la población carcelaria de la Provincia de Buenos Aires, y es así como crea la figura del hábeas corpus colectivo (Fallos 328:1146).

Deber de las autoridades que debe quedar indefinidamente aplazado.

La CCC corrobora la persistencia de la vulneración de los derechos en el tiempo e inclusive agravación.

Identifica a los derechos tanto los prestacionales (sociales) como los fundamentales (individuales).

Refiere a las distintas ocasiones en que desde 1997 abordó el tema por primera vez (17 fallos).

Derechos fundamentales de los desplazados: condiciones para definir el nivel mínimo de protección

Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados. En cuanto a lo primero, es claro que las autoridades en ningún caso pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas. En esa medida, no pueden los desplazados ser objeto de acciones por parte de las autoridades que atenten, por ejemplo, contra su integridad personal o contra su libertad de expresión. En cuanto a lo segundo, observa la Sala que la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente implicarán un gasto público. Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tiene la misma prioridad.

Derechos fundamentales de los desplazados: protección

Derechos fundamentales de los desplazados: ayuda humanitaria de emergencia

Corte Constitucional: órdenes complejas y simples en materia de desplazamiento

En el caso presente, la Sala dará dos tipos de órdenes. Unas órdenes de ejecución compleja, relacionadas con el estado de cosas inconstitucional

y dirigidas a garantizar los derechos de toda la población desplazada, independientemente de que hayan o no acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Tales órdenes tienen como finalidad que las entidades encargadas de atender a la población desplazada establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada. Las órdenes de carácter simple que también se dictarán en este proceso están dirigidas a responder las peticiones concretas de los actores en la presente acción de tutela, y resultan compatibles con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional para la protección de los derechos de la población en situación de desplazamiento.

Las autoridades deben dar prioridad al tratamiento de estas cuestiones

La Sala Tercera de Revisión, al resolver sobre las presentes acciones de tutela, concluye que por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños (apartados 5 y 6). Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla (apartado 6.3). Tal situación constituye un *estado de cosas inconstitucional* que será declarado formalmente en esta sentencia (apartado 7 y ordinal primero de la parte resolutive).

III. Consideraciones en torno a la incorporación del ECI a nuestro sistema

Hemos seleccionado cuatro sentencias que entendemos sirven de “trampolín” para evaluar la posibilidad que planteamos en este punto. Son fallos de nuestro Máximo Tribunal en materia ambiental. Las dos primeras se ocupan de la Cuenca Matanza Riachuelo con una distancia en el tiempo de más de un siglo. Mientras que las otras dos tratan sobre la

distribución de competencias entre la Nación y las provincias en materia minero ambiental y sobre la aplicación del principio precautorio para impedir que se lleve a cabo la tala y desmonte de bosque nativo en la provincia de Salta.

En “Mendoza” (11) la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) ha decidido involucrarse de manera directa en la problemática de la cuenca Matanza-Riachuelo. Asimismo, el pronunciamiento ahonda en cuestiones vinculadas directamente con la problemática ambiental desde diferentes puntos de mira y haciendo aplicación de manera amplia de diversos instrumentos jurídicos que se han ido sancionando como consecuencia de la incorporación de la denominada cláusula ambiental contenida en el art. 41 de la Constitución nacional (CN), producto de la reforma de 1994.

Cabe destacar que la cuestión del Riachuelo aparece como preocupación de las autoridades desde los inicios de nuestra historia, ya en 1811 la Primera Junta debió dictar una resolución en la que se manifiesta en contra de ciertas actividades lesivas para la salubridad pública y “en 1822, con la firma de Martín Rodríguez y de Bernardino Rivadavia se expulsan de la ciudad los depósitos de cueros y las fundiciones de velas por los olores que emitían. También se manda al otro lado del Riachuelo a los saladeros fábricas de velas y curtiembres” (12). A partir de allí, el tema atraviesa todas las etapas previas a la organización nacional y desde ese hito diversas autoridades a lo largo del tiempo se han pronunciado sobre el particular. Entre ellas, la propia Corte en 1887 dicta sentencia en la célebre causa de los “Saladeristas” (13), en la que se ventilaba la constitucionalidad de una ley de la provincia de Buenos Aires de 1871 que determinaba las condiciones bajo las cuales podían realizar faenas los saladeros en esa provincia y retira la autorización a los establecimientos que no cumplieran con las nuevas condiciones, por exigirle la salud pública. En razón de ello, el Alto Tribunal considera que la norma no deviene contraria a la CN, ni ataca el derecho de propiedad, pues señala que nadie tiene derecho a usar de ésta en daño de otro. En esta histórica decisión ya se fijaban los fundamentos constitucionales del poder de policía de salubridad. “Tal como lo emplea la Corte, se refiere a los poderes que conservan las provincias sobre todo lo que se desarrolla en los territorios sujetos a su jurisdicción (industria, comercio, profesiones, artes y oficios, transporte y tránsito internos, etc.), concepto que también parece remitir a la idea de poder para gobernar y

(11) Fallos 331:1622.

(12) Defensoría del Pueblo de la Nación, “Informe Especial de Seguimiento sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo 2003”.

(13) Fallos 31:273.

poder de controlar las materias aludidas. Este es el núcleo originario del concepto, en torno del cual se producirá una muy importante transformación con el correr del tiempo” (14).

Desgraciadamente, tan loable esfuerzo destinado a sustentar la autoridad de los gobernantes en el ejercicio de sus facultades y de tal modo subrayando el carácter relativo de los derechos individuales, en tanto los mismos afecten el interés general, de poco sirvió para hacer frente a los problemas de la cuenca. Lo mismo sucedió con las numerosas decisiones que siguieron. Es preciso tener en cuenta que a los problemas que ya asolaban a la cuenca como producto de la falta de límites a las actividades de saladeros, curtiembres y mataderos, se agregarían otros que llegarían con el proceso de industrialización durante el siglo XX. Así, se generaron formas específicas de contaminación. El informe de la Defensoría es claro cuando considera que “durante la etapa anterior, el problema era que el exceso de materia orgánica había superado la capacidad de carga del Riachuelo y anulado, en consecuencia, sus mecanismos de autodepuración. En la fase de desarrollo analizada, la creciente presencia de sustancias químicas inorgánicas en general y metales pesados en particular supone crear efluentes que los mecanismos naturales no pueden depurar. Lo que antes había sido un problema cuantitativo (expresable en toneladas de materia orgánica en función del caudal del Riachuelo) pasa a ser una cuestión cualitativa: no hay bacteria capaz de degradar los compuestos de cromo o de plomo de un modo que pasen a ser inocuos. El documento ahonda en los motivos de la degradación de la cuenca que se producen como resultado del crecimiento simultáneo de la pequeña y la gran industria. Más adelante expresa que, “esto sirvió como pretexto a la negligencia de las autoridades, quienes argumentaban que no tenían forma de controlar a varios miles de fábricas. En realidad, no se trataba de controlarlas a todas, sino de establecer niveles de prioridad en los controles, en función de inspeccionar a los mayores contaminantes, tarea que nunca se llevó a cabo. Es más: existen suficientes documentos con el reconocimiento explícito de la decisión política de no realizar ningún control de la contaminación, con el falso argumento de que eso frenaría el desarrollo industrial. Es sugestivo que en los últimos años de esta fase de desarrollo aparezca la preocupación por el medio ambiente. Sin embargo, todavía era frecuente pasaran ante el Riachuelo sin verlo y argumentaban que los problemas ambientales eran algo que ocurría sólo en los países más desarrollados” (15). Estas consideraciones si bien refieren a lo ocurrido en la

(14) CIONFRINI, Ernesto, “La reglamentación de los derechos y el “poder de policía” en la jurisprudencia de la Corte Suprema” en SABSAY, Daniel A. “Colección de Análisis Jurisprudencial - Derecho Constitucional”, Ed. La Ley, pág. 256, 2002.

(15) Defensoría del Pueblo de la Nación, ob. cit.

primera mitad del siglo XX, nos parecen reveladoras de una actitud que se mantiene incólume hasta el presente y que con el correr del tiempo ha ido acentuado la afectación de los derechos a la salud, al medio ambiente sano y hasta la vida misma de los habitantes de la cuenca.

La Corte ordena la puesta en marcha de un plan de saneamiento a cargo de la Secretaría nacional de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Resulta relevante el modo como se hace uso de las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el art. 32 de la ley 25.675 (General del Ambiente). Así, la causa se transforma en un modelo de proceso colectivo con importante espacio para la participación, el acceso a la información y la intervención de terceros. Asimismo, son relevantes las innovaciones en materia de derecho procesal constitucional, pues para asegurarse el cumplimiento de lo resuelto, la Corte designa un Cuerpo Colegiado de seguimiento, integrado por el Defensor del Pueblo de la Nación y organizaciones no gubernamentales. Además, para evitar demoras concentra todas las cuestiones judiciales en un único tribunal federal con asiento en Lomas de Zamora, cuyas decisiones son apeladas directamente ante Corte Suprema.

La sentencia “Villivar” (16) resulta crucial para la definición de la distribución de competencias Nación-provincias, contemplada en el tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional (CN). En efecto, la Corte avanza en la definición del alcance de las facultades de cada uno de los dos niveles territoriales mencionados, en tanto consideró “ inadmisibles (...) el recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de los recursos contra el pronunciamiento que admitió el amparo ambiental y condenó a paralizar los trabajos de exploración y explotación de la mina hasta tanto la autoridad provincial de aplicación convocara a la audiencia pública prevista en el art. 6° de la ley 4032 del Chubut y se pronunciara expresamente con respecto al estudio de impacto ambiental presentado por la empresa minera”. Recordemos que sobre el particular existía un *leading case* en el que el Máximo Tribunal sostuvo que son “las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la provincia de Buenos Aires son las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión —prosigue nuestro más alto tribunal— cabe extraerla de la propia constitución,

(16) Fallos 330:179.

la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas". Para concluir esta cuestión el fallo considera que "la solución propuesta tiene respaldo en el respeto de las autonomías provinciales" (17).

Pues bien, en el caso de marras lo que se discute es el alcance de la jurisdicción local en materia ambiental minera. Al respecto, la provincia, en la que se debía desarrollar un emprendimiento minero de extracción aurífera a cielo abierto y utilizando cianuro, en ejercicio de su poder de policía y como complementación de la normativa nacional de presupuestos mínimos había reglamentado la cuestión. Así, había dictado una norma particular prohibitiva de esa modalidad de extracción de minerales. A ello se agrega como temperamento general dentro de Chubut, la exigencia de aprobación expresa, previa audiencia pública, del estudio de impacto ambiental exigida en los arts. 6 y 7 de la ley 4032 de la provincia, antes del inicio de actividades capaces de degradar el medio ambiente. Pues bien, la Corte Suprema considera que estos parámetros "no contradicen las leyes nacionales 24.585 y 25.675, dictadas con arreglo al art. 41 de la CN, ya que la facultad que tienen las provincias de complementar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente, supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada".

Ello así, tal como lo veníamos sosteniendo desde hace muchos años, la policía ambiental enmarcada en el alcance dado por el criterio de complementación que la Ley Fundamental le concede a las provincias, hace que sean éstas quienes deban ejercerla. Por lo tanto, contrariamente a lo que sostenía la empresa demandada, ni la materia en sí, ni el hecho de que la Nación hubiese dictado una ley en materia ambiental minera, de ninguna manera inhiben a las provincias el ejercicio de esas facultades constitucionales que ellas se han reservado. Ello así, no solamente no se ha violado el art. 31 CN, sino que las diferentes normas se ubican en una pirámide de conformidad con el siguiente orden de prelación:

- CN, art. 41, 3º párrafo.
- LGA y ley 25.585 de presupuestos mínimos nacionales en materia minero ambiental.
- Constitución provincial.
- Legislación provincial, arts. 6 y 7 de la ley 4032 y ley 5001.

(17) CS, mayo 16 1995. "Roca, Magdalena c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad", Fallo R.13.XXVIII, LA LEY, 1996B, 139.

La desestimación de la queja por parte de la Corte tuvo un doble tratamiento, la mayoría la consideró inadmisibile en los términos del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, mientras que los ministros Lorenzetti, Fayt y Petracchi fundaron su voto de rechazo. Así, de manera sintética se aclara la cuestión y ello servirá en adelante para alejar posiciones erradas en la interpretación del plexo constitucional ambiental en lo que hace a roles de las autoridades territoriales. Así, realiza una prolija interpretación del art. 233 del Código de Minería, se subraya lo determinado en el art. 11 de la LGA que obliga como “presupuesto mínimo común de aplicación obligatoria en todo el territorio de la república para toda actividad susceptible de degradar el ambiente, o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa, la sujeción a un procedimiento de evaluación ambiental previo a su ejecución”. Por último, el art. 20 de la mencionada norma exige de las autoridades de aplicación tanto nacionales como provinciales la institucionalización de audiencias públicas que deben preceder a la autorización de aquellas actividades susceptibles de degradar el ambiente.

En el último considerando se subraya la constitucionalidad de la ley provincial 5001 describiendo los aspectos más destacados de su texto. Desde la prohibición de la modalidad de explotación minera que se proponía efectuar la empresa recurrente, como la responsabilidad que se le confiere al Consejo Provincial del Ambiente “de delimitar las zonas del territorio de la provincia destinadas a la explotación minera, previendo la modalidad de producción autorizada para cada caso”, como así también “que la delimitación de las zonas y modalidades de producción deberá ser oportunamente aprobada por una nueva ley (...)”.

Coincidimos con la evaluación que se ha hecho de este voto. Así se expresó que “globalmente merece destacarse la manera de resolver de estos tres ministros (...). El *ob iter dictum* incluido en los últimos dos considerandos (7º y 8º) expone una muy pulcra y excelsa hermenéutica respecto de modalidades complejas de funcionamiento de normas de nuestra estructura federal ambiental. No sólo esto; porque estos tres ministros, luego de sortear —con mucho éxito en nuestra opinión— las dificultades interpretativas que planteaba el caso (...), dejan sentados varios principios de fondo de la disciplina, relacionados con la evaluación de impacto ambiental (EIA) y las audiencias públicas (AP). Concretamente, establece como criterio judicial que estas instancias —por lo menos para estos integrantes— serán presupuestos mínimos ineludibles de aplicación en todo el territorio y para toda actividad con incidencia ambiental” (18).

(18) ESAIN, José, “La Corte define el conflicto minero en Esquel: No todo lo que brilla es oro”, Revista de Derecho Ambiental. N° 11, Julio/Septiembre 2007, Ed. Lexis Nexis, pág. 192/3.

Por último, en “Salas” (19) la Corte aplica el principio precautorio, uno de los más discutidos en la materia para proteger el bosque nativo salteño, previsto en el art. 4 de la ley General del Ambiente. En efecto, dispone el cese provisional de los desmontes y talas en cuatro departamentos de Salta que habían sido autorizados por la provincia con anterioridad, ante el peligro de daño en razón de las falencias del procedimiento llevado a cabo para las autorizaciones que decisivo pone de manifiesto. En primer lugar, expresa que los permisos al haber sido otorgados de manera individual han dejado de lado el “efecto acumulativo de todas las autorizaciones”. Es que frente a un proceso de tala y desmonte de una superficie de alrededor de un millón de hectáreas se debía tener en cuenta el efecto global de todas esas acciones y no su consideración de modo separado, ya que de esa manera se olvida las consecuencias globales de las mismas.

De esta manera, la Corte consagra una moderna herramienta de protección, cual es la evaluación ambiental estratégica, precisamente encaminada al análisis desde una mira integral de los efectos de las actividades del hombre sobre el territorio o a su efecto acumulativo, como muy bien afirma el tribunal. Por lo tanto, antes de restablecer las autorizaciones es preciso que se lleve a cabo un “estudio del impacto acumulativo de dichos procesos”. La Corte no se limita a ordenar su realización, sino que lo deja en manos de la provincia de Salta conjuntamente con la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación. Determina los aspectos sobre los cuales el mismo deberá versar y pone el acento en la debida participación que se les deberá dar a las comunidades de la zona afecta.

“Estamos ante una *sentencia exhortativa*, ‘de delegación’ (...), ya que la Corte verifica la inconstitucionalidad por omisión y luego —en una suerte de delegación— exhorta a llenar ese espacio, pero con ciertos parámetros que deberá cumplir el plan, o política al respecto. Caso contrario estaremos ante una inconstitucionalidad nuevamente. No será por omisión, pero sí por un acto positivo” (20).

Como resumen queremos destacar que las cuatro resoluciones que hemos comentado ponen el acento en la importancia de la cuestión ambiental, cuya consideración hace a la esencia del modelo de desarrollo sustentable que consagra nuestra constitución. Ello, ya sea a partir del ejercicio de un poder de policía amplio que impida que se afecte el interés general, o bien determinando las facultades de los diferentes niveles de gobierno, o, aplicando los principios que aporta el derecho ambiental,

(19) Fallos 332:663.

(20) ESAIN, José, “Las acciones ambientales en derecho argentino y comparado”, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, t. II, La Ley, 2010, págs. 167/210.

a través del ejercicio del control de constitucionalidad a fin de prevenir el acaecimiento de daños futuros que por su naturaleza luego resultarán irreversibles.

Más allá de la temática sobre la que tratan, los fallos definen conflictos estructurales en los que proponen soluciones encaminadas a solucionar cuestiones colectivas. En particular, en Mendoza se plantea un procedimiento especial de medidas previas al dictado de la sentencia, entre las que se destacan las audiencias públicas y la convocatoria a especialistas y universidades. Luego se dirige a los poderes Ejecutivo y Legislativo, en aras del logro de la coordinación de la actuación de los entes y niveles con jurisdicción sobre la cuenca a través de la creación de un organismo específico. Por último, en lo que hace al seguimiento que asegure el cumplimiento del decisorio, crea un órgano colegiado y establece reglas de procedimiento.

Podríamos recurrir a otras decisiones en materia de discriminación, vivienda, igualdad de género, etc., en las que sería posible encontrar aspectos que nos acercan a la modalidad colombiana. Sin embargo, cabe destacar que frente a sistemas diferentes de constitucionalidad se limita en nuestro caso la posibilidad de dictar sentencias de este tipo.

Por último, queremos recordar que la CSJN tiene dicho que “cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad y aun el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional o sea un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere” (21). De esta manera, la Corte interpreta que ante una situación de perturbación social, económica y financiera, no le corresponde juzgar sobre el acierto o conveniencia de las normas adoptadas para paliar la crisis, ya que el ejercicio del poder del Estado puede ser admitido de forma más enérgica en épocas de crisis que en períodos de normalidad, pues acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (22).

Jurisprudencia en la materia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires

Como adelantáramos, en la CABA han aparecido sentencias en las que se invoca el ECI, por ejemplo en materia de Vivienda (23), en un fallo del

(21) Fallos: 313:1638.

(22) Fallos: 330:855.

(23) “Macchi, Mirta Noemí c/ GCBA s/ amparo (expediente N° A40731-2015/0) Juzgado N° 18 en los Contencioso Administrativo de la CABA.

Dr. Marcelo López Alfonsín en el que se aplica la doctrina del ECI a la problemática habitacional de que adolece la Ciudad.

Tal sostenido precedentemente, en la Ciudad de Buenos Aires si bien existen diversos organismos con competencia en la materia, los mismos no resultan suficientes para resolver la problemática habitacional, o bien porque sus políticas se contradicen, superponen o por no resultar suficiente.

Una encuesta realizada a los habitantes de la CABA sobre niveles de acceso a la justicia: ante el eje temático de ¿a quién recurrir en caso de no tener vivienda?, indica que el 22,2 % lo haría a la Defensoría del Pueblo, el 20,5 % a los Centros de Gestión y Participación Comunal, el 18,3 % no concurriría a ningún lado, el 11,6 % a la Asociación vecinal y solo el 4,3 % al Poder Judicial.

Aun así y en ese porcentaje de casos en el que se tiene acceso a la Justicia, ella —la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, con el fin de garantizar la Supremacía Constitucional y verificar que las políticas públicas sean coherentes con la CN, muestra acabadamente el escenario en el que se encuentra la ciudad en relación al tema en análisis.

Así la cantidad de reclamos de esta naturaleza muestra la crisis habitacional, a tal punto que muchos de los sentenciantes de la Justicia local fundamentan sus fallos y traen a corolario el “Estado de cosas inconstitucional” y los factores que según la Corte de Colombia lo determinan: ***dentro de los factores valorados por la Corte. Tal como lo sostiene el Dr. Lopez Alfonsín en el caso Macchi, Mirtha Noemí c/ GCBA s/ Amparo Expte A40731-2015 “..la figura del estado de cosas inconstitucionales no es empleada para hacer referencia a un solo caso o a una norma específica, sino que involucra situaciones complejas que en virtud de su gravedad, entidad e incidencia han merecido tal declaratoria. Es evidente, pues, que frente a las fallas estructurales de las políticas públicas en el país y la violación masiva y sistematizada de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas consideradas como población vulnerable, y en aras de proteger esos derechos humanos, la Corte Constitucional ha tenido que recurrir a la declaratoria de “Estado de cosas inconstitucional...”***

Cita el *a quo* la línea seguida por Corte de Colombia y dice: “...La creación de este mecanismo jurídico tuvo lugar en la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997, donde el Tribunal de cita consideró que “..tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado

de cosas resulta violatorio de la Constitución Política. El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos. Si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en www.iJudicial.gob.ar un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule". Continuando en esta línea, en la sentencia SU-250 de 1998 el mismo Tribunal recordó que: "... por mandato del artículo 113 de la Constitución "Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines". Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional..."

Posteriormente, en la sentencia T-068 de 1998 sostuvo que: "... un estado de cosas inconstitucional, (...) no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones".

A mayor abundamiento en la sentencia T-153 de 1998, especifica que: "En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general, en tanto que afectan a multitud de personas, y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela

podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”.

En ese orden y para demostrar el permanente reclamo en el que este fuero interviene enuncia las causas que tramitaron por ante su juzgado (juez titular del Juzgado Contencioso Administrativo Tributario N° 18) conforme a continuación se detalla:

A44533-2013/0, “Selva León Gloria c/ GCBA y otros / amparo”, Sentencia del 29/10/2013; A891-2013/0, “Choque, Liliana c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 31/10/2013; A10746- 2013/0; “Arzamendia, Francisco Aníbal c/ GCBA y otros s/ amparo”, Sentencia del 04/11/2013; A60888-2013/0, “Asesoría Tutelar N° 1 y otros c/ GCBA y otros s/ amparo”, Sentencia del 19/12/2013; A53000-2013/0, “Barrios Benitez, Celia c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 12/03/2014; A77866-2013/0, “De Filippis, Lorena y otros c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 14/03/2014; A67762-2013/0, “Luque, Yanina Liliana c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 31/03/2014; A77168-2013/0, “Montiveros, María Ester c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 16/05/2014; A387-2014/0, “Carrizo, Liliana Mónica c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 16/05/2014; A3551-2014/0, “Sosa, Adriana Beatriz c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 10/07/2014; A4224-2014/0, “Villalba Cardoza, Claudio Esteban c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 15/08/2014; A2277-2014/0, “Maiorana, Marcelo Francisco c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 07/10/2014; A77934-2013/0, “Canoves, Micaela c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 31/10/2014; A9965-2014/0, “López, Cesar Daniel c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia 10/11/2014; A11749-2014/0, “Walpert, Cristian Adrián c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 16/12/2014; A8024-2014/0, “Alvares Aranzábal, Edith c/ GCBA y otros s/ amparo”, Sentencia del 22/12/2014; A67251-2013/0, “Irigoitia, Juan Domingo c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 30/12/2014; A55932-2013/0, “Fernández, Delia c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 27/03/2015; A55661-2014/0, “Torres Esther c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 17/04/2015; A1378-2014/0, “Pozo Fernández, Patricia c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 12/05/2015; A59672-2013/0, “Delgadillo Delgadillo, Ana Felicinda c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 22/06/2015; A2275-2014/0, “Gamarra, Myriam c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 10/07/2015; A12421-2013/0, “Plumez Amalía c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 15/07/2015; A11754-2014/0, “Agüero, Felipe Fernando c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 17/07/2015; A32585-2015/0, “Sánchez Soria, Mónica Mercedes c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 12/08/2015; A1105-2015/0, “Romero, María Mercedes c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 31/08/2015; A1549-2014/0, “L.A.V c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 02/09/2015; A82753-2013/0, “Manriquez Zacarias, Teodoro c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 1/10/2015; A35450-

2015/0, “Astocasa Cisneros, Miguel Ángel c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 26/10/2015; A32337-2014/0, “Villalva, Norma Liliana c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 26/10/2015; A48182-2014/0, “Asesoría Tutelar N° 1 (A.A.) c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 13/11/2015; A45979-2014/0, “Huincho Torres, Norma c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 23/11/2015; A48667-2014/0, “Choque Ibarra, Constanca c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 18/12/2015; A37388-2015/0, “Marcelo Abantos Ynes Rita c/ GCBA s/ amparo”, Sentencia del 04/02/2016; A9753-2015/0.

De ello se deduce que más allá de la encuesta de acceso a la justicia —efectuada en el marco de la Oficina de Acceso a la Justicia del Poder Judicial de la CABA—, las causas son muchas, aún agregando la misma cantidad aproximada para el resto de los juzgados del fuero.

En ese orden el Dr. Lopéz Alfonsín referencia dos precedentes que constituyen pilar en la materia en estudio uno el caso “ALBA QUINTANA, Pablo y ot.”, sentencia del 12/5/2010 y “QUISBERTH CASTRO c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma s/ amparo”, sentencia del 24/4/2012. Causa esta que tramitó por vía del amparo y llegó al TSJ por vía de apelación.

En el primero de ellos los Dres. Conde y Lozano, en voto conjunto, y Casás, con su propio voto y ampliación de fundamentos, por la mayoría, sentaron doctrina estableciendo el sentido y alcance del derecho constitucional a la vivienda contenido en el art. 31 de la Carta Magna local, fijaron interpretación sobre las obligaciones impuestas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), precisaron los conceptos de “progresividad” y de “regresividad” y, en función de ello, revocaron la sentencia de Cámara y mandaron dictar nuevo fallo con sujeción a la doctrina y pautas establecidas por el TSJ.

Algunos de esos lineamientos son: *“Las obligaciones de los Estados son en buena medida de medios no de resultados. Esto significa que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de la disponibilidad de tal bien sable —sea a través de hogares o paradores— “.. El derecho al subsidio de vivienda es un derecho de carácter asistencial, de origen infraconstitucional, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativa”.. “Todas las medidas contempladas en el art. 31 CCABA deben tener rango legislativo” “...No corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia, concluyendo: el derecho a la vivienda comprendido en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra asentado sobre los*

siguientes ejes: El Estado debe atender con medidas y recursos diversos la carencia de vivienda digna de sus habitantes, y debe emplear todos los medios disponibles para brindarles un hábitat adecuado. Esta es una responsabilidad que recae, en forma primordial, sobre el Poder Legislativo. Sin perjuicio de todo lo anterior, el Estado debe garantizar al menos un techo a todo aquel a quien le toque asistir y no lo tenga”

El mencionado en segundo lugar (QUISBERTH CASTRO). Es un caso, en la cual una mujer, que vive con su hijo menor de edad con una severa discapacidad, debió recurrir a la justicia por la falta de respuesta del gobierno porteño ante su imposibilidad de procurarse un lugar digno, salubre, adecuado y seguro donde vivir. El Tribunal Superior de Justicia de la ciudad —máximo tribunal— descartó que los paradores y la política de subsidios habitacionales implementados por el gobierno porteño constituyan una respuesta adecuada para resolver el problema de vivienda que padecen las familias en situación de calle y extrema vulnerabilidad, en tanto La Corte ordenó al gobierno que garantice un alojamiento adecuado a la familia y le brinde asesoramiento para la solución de su problema habitacional.

Cabe destacar que en diciembre de 2011, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instó al Estado argentino a adoptar políticas que garanticen el acceso equitativo a una vivienda adecuada y asequible, con seguridad jurídica de la tenencia y que luche eficazmente contra la especulación en los mercados inmobiliario, de la tierra y de la construcción.

En igual sentido se pronunció la Relatora Especial sobre vivienda de la ONU, recomendando al Estado argentino diversificar y flexibilizar los programas, adecuando el uso de los fondos a las necesidades existentes, a una mayor coordinación y articulación de los programas y fondos nacionales y provinciales y a una política de regulación y subsidio a los alquileres.

IV. El diálogo entre poderes

El “diálogo entre poderes” constituye un novedoso paradigma también conocido bajo el nombre de “constitucionalismo dialógico”. Éste permite un encuentro entre los jueces, las legislaturas y las burocracias administrativas a fin de que los derechos constitucionales no sean una mera expresión de deseos sino, por el contrario, cobren su verdadero sentido. Todo ello, a partir del diálogo entre los diferentes poderes del Estado (24).

(24) Ver GARGARELLA, Roberto (compilador), “Por una Justicia Dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática”, Ed. Siglo Veintiuno.

Para Gargarella “La justicia dialógica, como elaboración conceptual y como práctica, retoma estas preguntas para proponer que los asuntos constitucionales fundamentales se resuelvan a través de una conversación extendida y persistente en el tiempo, que debe involucrar a las distintas ramas del poder tanto como a la propia ciudadanía. Las formas posibles de las respuestas dialógicas son muchas: tribunales que crean mecanismos para monitorear el cumplimiento de sus sentencias, con la ayuda de la sociedad civil; Cortes que exhortan a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos, o les advierten sobre el carácter inconstitucional de ciertas alternativas; instancias de cooperación entre jueces y legisladores, de modo que haya correas de transmisión entre los debates parlamentarios y las decisiones judiciales” (25).

La colaboración entre poderes para la CCC

Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales, encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional. ♦

(25) Roberto GARGARELLA (comp.), “Por una Justicia Dialógica - El poder judicial como promotor de la deliberación democrática”, Siglo XXI Editores, México, 2015, presentación.

TENSIONES ENTRE DECISIONES DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHOS POLÍTICOS

POR JORGE ALEJANDRO AMAYA

Sumario: I. Introducción.- II. Primera tensión: el perfil pasivo del sufragio en la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral frente a la doctrina referente de los órganos del Pacto de San José de Costa Rica.- III. Segunda tensión: la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho en el caso “López Mendoza” del concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como cláusula cerrada confronta con algunos diseños constitucionales latinoamericanos.- IV. El caso “Petro”. Un supuesto de aplicación de la doctrina “López Mendoza” con distintos resultados.

Resumen: En este trabajo se plantean dos tensiones que surgen de cotejar doctrina de los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos (la Comisión y la Corte Interamericana) y el derecho interno de nuestro país y de otros estados Latinoamericanos.

En primer término, la interpretación restrictiva que la Cámara Nacional Electoral (CNE) ha hecho del sufragio pasivo que se encuentra en pugna con los alcances que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) —y nuestra propia Corte Suprema de Justicia (CSJN)— al

concepto de “condena por juez competente en proceso penal” que exige el numeral 2. Del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos como posibilidad de reglamentación de los derechos políticos.

En segundo término, la interpretación como cláusula cerrada que la CorteIDHa ha hecho en el caso “López Mendoza c/ Venezuela” (1) de dicho concepto, que confrontaría con algunos diseños constitucionales latinoamericanos.

I. Introducción

Los derechos políticos del constitucionalismo clásico se incorporan al patrimonio del hombre dentro de los primeros “derechos humanos” como medio de procurar la limitación del poder estatal y garantizar la “libertad política”. Con el advenimiento del constitucionalismo social se amplían en torno al concepto de democracia, abriéndose a un universo más complejo que transita desde la democracia política hacia la democracia participativa.

Las décadas del ochenta y noventa del siglo pasado plantearon en el escenario latinoamericano una ola democratizadora que causó importantes reformas en las estructuras políticas existentes, produciendo el afianzamiento de los derechos políticos en la conciencia social de las comunidades que advirtieron el gran valor de los mismos.

Así, los derechos políticos han recobrado en la escala de valores de las sociedades una trascendencia que excede a las características de formalidad, frialdad e indiferencia que los rodearon durante muchos años.

Esta internalización que ha operado la sociedad y que se refleja en forma permanente a través de la creciente participación política en todos los asuntos de interés general, ha generado una corriente normativa (dándosele al término una interpretación amplia y comprensiva de todas las fuentes del derecho) que ha consolidado, profundizado y expandido el espectro de los derechos políticos.

Al reconocimiento constitucional de los mismos y a su desarrollo jurisprudencial le ha seguido un movimiento de derecho interno e internacional que los sitúa como derechos humanos de importancia fundamental que posibilitan el funcionamiento del sistema democrático, y configuran, lo que ha dado en llamarse “el derecho humano” a la democracia (2).

(1) Corte IDH, sentencia del 1 de septiembre de 2011 (Fondo, reparaciones y costas).

(2) El artículo 1º de la Carta Democrática Interamericana dice: “*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La*

En este último aspecto debe considerarse particularmente importante la interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional. Ya se ha expedido nuestra Corte Suprema luego de la reforma constitucional de 1994 que modificó el principio de supremacía constitucional sobre la necesidad que los tribunales internos realicen el control de “convencionalidad”, es decir el control de adecuación entre el derecho interno y el internacional a la luz de la interpretación que del mismo formula la Corte IDH, último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (3).

Por consiguiente, el intérprete interno debe complementar armónicamente la normativa interna con la internacional de acuerdo al nuevo principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 75 inciso 22 y receptor la doctrina de los órganos del sistema interamericano, principalmente la que emana de la Corte IDH.

La jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales como la CADH, hace que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH, como las recomendaciones de la Comisión IDH constituyan parámetros exegéticos de aplicación.

En este contexto, el trabajo apunta a señalar algunas tensiones discordantes entre la actuación de los órganos internacionales y los órganos internos; o entre aquellos y las estructuras constitucionales de algunos países del sistema interamericano.

II. Primera tensión: el perfil pasivo del sufragio en la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral frente a la doctrina referente de los órganos del Pacto de San José de Costa Rica

La característica de universalidad del voto ha sido una conquista en constante ampliación en gran parte del mundo occidental y particularmente —en los últimos años— en la República Argentina.

En efecto al implementar el carácter universal del sufragio, la llamada ley Sáenz Peña (4) inspiró otras normas que extendieron luego la composición

democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”.

(3) Posición asumida por la CSJN in re “Mazzeo” (13-07-07). Puede verse nuestra posición al respecto en los trabajos “*El diálogo inter-jurisdiccional en “Diálogo entre Cortes”*” (L. Mezzetti y L. Arcaro Conci coordinadores), AB Nacional, Brasilia, Brasil, 2015, páginas 63/82; y “*El diálogo inter-jurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales*” en “Derecho Procesal Constitucional” (E. A. VELANDIA CANOSA, director científico), VC Editores, Bogotá, 2015.

(4) Ley 8871.

del cuerpo electoral, como ocurrió —por ejemplo— con la participación de la mujer a partir de la incorporación del voto femenino en las elecciones del año 1951 (5); la inclusión al cuerpo electoral de los habitantes de los territorios nacionales; el voto de los argentinos residentes en el exterior en 1991 (6); el voto de los detenidos sin condena dispuesto en el año 2003 (7), luego del fallo de la Corte Suprema *in re* “Mignone” (8); el voto de los menores a partir de los 16 años (9) reglamentado en el año 2012; y la implementación del “Programa de Promoción de la participación político electoral de los pueblos indígenas” dispuesto por la acordada extraordinaria de la CNE N° 54/2013 tendiente a suprimir barreras jurídicas y fácticas para continuar expandiendo la participación electoral (10).

Profundizando esta línea “pro voto activo”, en el año 2013 el TSJ de la Ciudad de Buenos Aires declaró inconstitucional la norma del Código Electoral Nacional (CEN) aplicable a la ciudad que excluye del padrón electoral a los detenidos con condena firme(11); y, recientemente en mayo de 2016, la CNE siguió la misma posición en la causa “Procuración penitenciaria de la Nación” declarando inconstitucional los arts. 12 y 19 inciso 2° del Código Penal y 3° inciso e, f, y g, del CEN (12).

Ahora bien, en materia de igualdad respecto de las garantías que hacen al pleno ejercicio de los derechos políticos con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia (art. 37, Constitución Nacional) la jurisprudencia de la CNE ha distinguido entre el derecho político de sufragio activo de elegir que tienen los ciudadanos electores, y el del sufragio pasivo de ser elegidos.

Al decir de la CNE, el derecho pasivo de sufragio o derecho a ser elegido aparece estrechamente ligado a una determinada concepción de la representación; precisamente porque se espera de los elegidos cualidades

(5) Ley 13.010.

(6) Ley 24.007.

(7) Ley 25.858.

(8) CSJN “Mignone, Emilio F. s/ habeas corpus” (9/4/02) estableció el derecho a votar de los detenidos no condenados, disponiendo la inconstitucionalidad del artículo art. 3°, inc. d, del Código Electoral Nacional.

(9) Ley 26.774.

(10) Acordada Extraordinaria CNE N° 54/13.

(11) STJ CABA “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (Expediente N° 8730/12). Ver nuestro comentario en “*Reflexiones sobre los límites del sufragio: ¿Qué espacio queda al legislador?*”, MJ-DOC-6552-AR | MJD6552, 23 de diciembre de 2013.

(12) CNE, Procuración penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior y Transporte s/ amparo - Acción de amparo colectivo - Inconstitucionalidad arts. 12 y 19 inciso 2° CP y 3° inciso e, f, y g, CEN - Expediente N° CNE 3451/2014/CA1, 24/05/16.

singulares, se les exigen condiciones distintas y más estrictas que las que se requieren para el ejercicio del sufragio activo, ya que no es solamente un derecho, sino también constituye la oferta electoral (13).

Con tal fundamento, estableció que no eran aplicables los precedentes del caso “Mignone” en los que se declaró la inconstitucionalidad de la privación del derecho a elegir de los detenidos sin condena respecto de la postulación al cargo de Senador Nacional de un ciudadano condenado penalmente (14).

Efectivamente, en el caso “Partido Nuevo” del año 2003 el Tribunal Electoral sostuvo que *“de los artículos 53, 59, 70 y 115 (referidos al juicio político y al enjuiciamiento de los diputados y senadores) puede inferirse fácilmente que la constitución no quiere, como principio, que quien se halla en ejercicio de los cargos previstos en las normas citadas sea sometido a proceso penal, todo lo cual permite vislumbrar con bastante claridad que, sin perjuicio del principio constitucional de presunción de inocencia, el desempeño de determinadas funciones parece incluir en el recaudo de idoneidad el no tener pendiente una causa penal”* (15).

Sobre esa base, teniendo en cuenta el requisito de idoneidad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional se resolvió que no era viable oficializar la candidatura de una persona sobre la cual pesaban dos sentencias condenatorias de primera instancia, puesto que, aunque las decisiones no estuvieran firmes, su situación no era asimilable a la de *“un ciudadano que no se halla incurso en proceso penal o sobre el que pesara solamente una sospecha sobre la comisión de un hecho ilícito que no pasara aún de tramitar la etapa instructora”*.

Esta doctrina sentada por la CNE en “Partido Nuevo” se distanció en su momento de la posición que había expuesto al respecto la CSJN dos años antes en “Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos” (16), donde el Alto Tribunal habilitó la candidatura a gobernador de Raúl Romero Feris, quien se encontraba detenido con prisión preventiva firme, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 53 y 57 de la Constitución Provincial que disponían la inhabilitación para ser diputado y senador a los procesados con prisión preventiva firme.

(13) Fallos CNE 3275/03 y 4195/09.

(14) Fallo CNE 3275/03, consid. 3º y 8º, *in re* “Partido Nuevo”.

(15) Consid. 4º cita *ut supra*.

(16) CSJN fallos 324:3143, 27/09/2001.

En dicha causa, el Máximo Tribunal sostuvo el estándar de su doctrina vigente, afirmando que:

La condición de inocentes de las personas sin condena penal firme determina que no pueda afectarse su derecho a ser elegido en los comicios.

Que la expresión “condena por juez competente en proceso penal” tipificada en la Convención como uno de los exclusivos supuestos que autoriza a reglamentar los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 no genera dificultades en cuanto a su alcance, por lo que es de aplicación la pauta hermenéutica que establece que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación (fallos 218:56).

Que esta restricción a los Estados de sus facultades reglamentarias se armoniza con la presunción de inocencia reconocido en el art. 8.2. de la Convención, en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales conforman un bloque único de legalidad —con jerarquía constitucional— cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (fallos 320:2145).

La doctrina sentada por la CNE en “Partido Nuevo” fue afirmada siguiendo un razonamiento confuso —según nuestra perspectiva— tres años después de su dictado en el recordado caso “Patti” (17).

Aquí, la CNE sostiene en el considerando 15° de la sentencia, que de acuerdo a lo establecido en los artículos 60 y 61 del CEN la verificación de las condiciones de los candidatos a cargos electivos no se limita a la constatación de las condiciones formales previstas, sino también al requisito de la idoneidad, previsto en el artículo 16 CN (conforme Fallos 3275/03), afirmando que dicho paradigma no puede importar desconocer el principio de inocencia (cf. artículo 18 de la Constitución Nacional) y citando a Burdeau hace suya las siguientes palabras:

“La regla enunciada por la Declaración [de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de Francia, de 1789, en su art. 9º, según la cual todo hombre es presumido inocente hasta que haya sido declarado culpable] debiera estar escrita en todo tribunal, sobre todo durante los períodos de crisis política, en que la pasión o un resentimiento, algunas veces legítimo, puedan hacer

(17) CNE, fallo N° 3741/2006, 14 de septiembre de 2006.

olvidar a los jueces la presunción de inocencia de los individuos llamados a comparecer ante ellos" (18).

Luego de una afirmación tan contundente, a renglón seguido afirma:

"Por esta razón el Tribunal ha entendido que, para desvirtuar el mencionado principio, se requiere al menos el dictado de una sentencia condenatoria por un juez competente, aun si ella no se encontrara firme" (19).

Pareciera existir una contradicción al sostener, por un lado, que el principio constitucional de inocencia debe ser un norte para todo tribunal, particularmente en el ámbito de la política, y seguidamente afirmar que —por dicha razón— el tribunal entiende que basta una sentencia no firme para desvirtuar dicho principio.

La misma doctrina de la CNE ha sido afirmada recientemente en el caso "Procuración Penitenciaria de la Nación" (20).

Ahora bien, este razonamiento del tribunal interno encuentre fuerte tensión con la doctrina que emana de la Corte IDH.

Efectivamente, la decisión de la CNE constituye una interpretación que tensionaría el contenido de los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 23, ap. 1 b) y 2 de la CADH, al violentar la garantía de presunción de inocencia, tornándola inoperante e inaplicable.

Ello es así, toda vez que sólo hay condena —y por lo tanto posibilidad de restricción de derechos políticos y consecuente inhabilidad para ser candidato— cuando hay sentencia firme con autoridad de cosa juzgada y no una sentencia aún apelada, porque de lo contrario se haría prevalecer preceptos de índole procesal —como la presunción de certeza y legitimidad de las sentencias no consentidas— sobre disposiciones sustanciales como la del citado art. 18 de la CN y 8.2. de la CADH.

El art. 37 CN, dentro del marco del pleno ejercicio de los derechos políticos, asegura el derecho de elegir y ser elegido, con arreglo al principio de soberanía popular y de las leyes que en consecuencia se dicten y consagra el voto universal, igual, secreto y obligatorio.

(18) LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, ed. Plus Ultra, 1980, Bs. As., T. 6, pág. 98, cita CNE *in re* "Patti".

(19) Consid. 15, último párrafo, *in re* "Patti".

(20) Consid. 5º.

Asimismo, el art. 23 de la CADH (con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 CN) dispone que los ciudadanos tienen derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos sea directamente o a través de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas y de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas del país autorizando la reglamentación del ejercicio de estos derechos y oportunidades *exclusivamente* por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y *condena, por juez competente, en proceso penal*.

De lo expuesto, se advierte que en el caso, la restricción al derecho a ser elegido se limita al condenado por juez competente en proceso penal, entendiendo por tal a aquél sobre el cual pesa una sentencia condenatoria firme, pasada en autoridad de cosa juzgada y, consecuentemente, con posibilidad de ser excluido del padrón electoral mientras dure su inhabilitación.

En este sentido, en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay” (21) la Corte Interamericana señaló:

“... en principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”. “... el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme” (22).

Asimismo, la Comisión IDH en su Informe 119 (caso 11.006 “García vs. Perú” de febrero de 1995) interpretó como “*sentencia firme*” a aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.

La doctrina de los órganos del sistema interamericano en torno a la extensión del principio de presunción de inocencia y al concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como causal de restricción autorizada de los derechos políticos, quedó afianzada en un caso fallado por la Corte IDH en el año 2011 vinculado justamente a la extensión de la restricción impuesta por un Estado al sufragio pasivo.

(21) Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, N° 111, párrafo 153 y 154.

(22) Con anterioridad se había expresado, en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, Reparaciones - sentencia del 19 de septiembre de 1996, serie C, ° 29, párr. 45, “... ya que las víctimas no habían sido condenadas por sentencia firme por lo cual es aplicable el principio general de derecho de la presunción de inocencia (art. 8.2 Convención Americana).

En el caso “López Mendoza c/ Venezuela” (23) sostuvo el tribunal que como garantía contra la privación o suspensión de los derechos políticos el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar o suspender legítimamente los derechos políticos de cualquier persona, el Estado debe antes haberla condenado por la comisión de un delito, luego de cumplir con todas las condiciones de un proceso judicial penal, en el que tienen respetarse las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana (24); recordando que el mencionado artículo 8 establece “2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*”

Por lo expuesto en este punto surge una clara tensión entre las interpretaciones formuladas por el tribunal interno (CNE) y el internacional (CorteIDH) en torno a la interpretación sobre las posibilidades de limitar el ejercicio del sufragio pasivo en el marco de la expresión “exclusivamente” por... “condena de juez competente en proceso penal”.

Podría afirmarse que en “Partido Nuevo” el tribunal interno creó interpretativamente un impedimento a la postulación electoral que no existe en la reglamentación interna del país, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, máxime si consideramos que, si bien esta doctrina de la CNE no ha sido revisada hasta el momento por la CSJN (25) el Alto Tribunal en el caso “Mignone” sostuvo: “... *resulta imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por el art. 23 de la convención citada, denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional*” (26).

(23) Corte IDH sentencia Serie C No. 233, 1 de septiembre de 2011.

(24) El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal”, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana. Cfr. Caso *López Mendoza*, párr. 107.

(25) La sentencia *in re* “Partido Nuevo” fue motivo de recurso extraordinario federal concedido, pero el apelante desistió del mismo con posterioridad a pesar de contar con dictamen favorable del Procurador General.

(26) CSJN Fallos: 325:524, Considerando 15° del voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

III. Segunda tensión: la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho en el caso “López Mendoza” del concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como cláusula cerrada confronta con algunos diseños constitucionales latinoamericanos

De acuerdo a la jurisprudencia de la CIDH, la regulación del Estado con la finalidad de cumplir su “obligación positiva” de diseñar un “sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos” puede girar en torno a las condiciones habilitantes previstas expresamente por el artículo 23 inciso 2, o en torno a otras condiciones y formalidades, siempre y cuando esta regulación observe “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática” (27).

En el caso “Castañeda Gutman”, la CIDH aclaró que “la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental” constituyen “condiciones habilitantes” que “legítimamente” pueden ser establecidas por los Estados” (28).

Estas causales se refieren a las condiciones habilitantes que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos, y las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado o ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones.

Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y se refieren a requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos.

En “Castañeda Gutman” la Corte aclaró que el artículo 23 se “limitaba a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos” (29); y que los Estados podían regular

(27) Cfr. Caso “Yatama”, párr. 206.

(28) Cfr. Caso “Castañeda Gutman”, párr. 155.

(29) *Ibid.*, párr. 181 (“A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema

otras “condiciones y formalidades” habilitantes para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos, en la medida que reunieran los requisitos de legalidad, finalidad y proporcionalidad.

Por ejemplo, en los casos “Yatama” y “Castañeda Gutman” la Corte examinó la juridicidad internacional de condiciones habilitantes como la “pertenencia” a un partido político y ciertas formalidades de “inscripción” para la participación en un proceso electoral (30).

Ahora bien, el artículo 23 de la CADH no solamente establece “condiciones habilitantes” y permite —según la doctrina sentada en *Castañeda Gutman*— otras condiciones y formalidades en torno a las cuales el Estado puede regular legítimamente el ejercicio de los derechos políticos, sino que merita en el inciso 2 ciertos límites al Estado para la restricción de los derechos políticos.

La restricción máxima para el ejercicio de los derechos políticos se produce cuando el Estado priva o suspende los derechos al sufragio activo o pasivo de una persona, quien, por lo demás, cumple con las condiciones habilitantes relativas a la edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental, u otras.

Como garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos, el artículo 23 inciso 2 de la Convención estableció que para privar legítimamente a cualquier persona de sus derechos políticos, el Estado debe antes haber determinado que esta persona cometió un delito, luego de cumplir con todas las condiciones características de un proceso judicial penal, las que también son extensivas al proceso electoral.

Esta garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos es también coherente con la disposición del artículo 27 de la CADH que atribuye un rango jerárquico especial a los derechos políticos (art. 23), junto a los derechos a la personalidad jurídica (art. 3), a la vida (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a no ser sujeto a esclavitud o servidumbre (art. 6), a no ser sujeto de disposiciones arbitrarias o retroactivas (art. 9), a la libertad de conciencia y religión (art. 12), a la protección de la familia (art. 17) y del niño (art. 19), al nombre (art. 18) y a la nacionalidad (art. 20).

electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente”).

(30) Cfr. Caso “*Yatama*”, párrs. 210 y 217; y Caso “*Castañeda Gutman*”, párrs. 170-173.

El art. 27 de la Convención expresamente prohíbe la suspensión de los derechos políticos, así como de los derechos fundamentales enunciados arriba, incluso en aquellos casos extraordinarios “de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte”.

Ahora bien, de una interpretación del art. 23 inc. 2 conforme al sentido corriente de sus términos (31), se tiene que el término “condena por juez competente en proceso penal”, no es equiparable a los términos “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción y capacidad civil o mental”.

Mientras éstos últimos son abiertos e indefinidos y, por tanto, deben necesariamente ser desarrollados y definidos por los Estados a través de sus derechos internos para tener efectividad, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” parecería, en principio, ser cerrado y definido.

Por ejemplo, en relación al término “edad”, el Estado debe necesariamente definir si el derecho al sufragio activo puede ejercerse a partir de los 16, 18 o 21 años, y si la edad mínima para ejercer el derecho al sufragio pasivo es igual en el caso de un candidato a legislador local, que el de uno nacional; o si las responsabilidades de una cámara legislativa requieren una edad mayor que la otra dentro de un sistema bicameral, y si se requiere la misma edad para ser candidato a presidente de la República que para ser candidato a intendente.

De igual manera, en relación a los términos “nacionalidad” y “residencia”, el Estado debe necesariamente definir si permitirá a extranjeros ejercer el derecho al voto dentro de su territorio a partir de 2, 3 o 5 años de residir en él, o si éstos pueden ser candidatos para las legislaturas de sus gobierno

(31) Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31 (que codifica las reglas generales de interpretación de los tratados: “Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”).

locales, pero no del gobierno nacional, o si las personas que poseen doble nacionalidad deben elegir un solo lugar para ejercer sus derechos políticos.

El mismo razonamiento aplica a los términos “idioma, instrucción y capacidad civil o mental”. Para hacer efectivo los derechos políticos de las personas en su territorio, el Estado debe necesariamente definir si la información y materiales provistos por el órgano electoral y destinados a las zonas de mayoría de población indígena deben estar en el idioma nativo de ésta, a diferencia del idioma hablado por la mayoría de la población nacional, o si debe estar en ambos idiomas; y si se requiere el mismo nivel de instrucción para postular a la judicatura, que para ser candidato a gobernador.

Pero a diferencia de los términos abiertos, el término “condena, por juez competente, en proceso penal” parecería ser cerrado y definido y, por tanto, tendría que ser simplemente adoptado por los derechos internos para tener efectividad.

En este caso, la Convención no se refiere a una condición habilitante que debe ser definida por los Estados para garantizar el ejercicio de los derechos políticos, sino que establecería una garantía contra la privación o suspensión arbitraria de los derechos políticos.

En la actualidad, la garantía contra la privación o suspensión de los derechos políticos prevista por el artículo 23.2 de la Convención se encuentra incorporada, con variaciones menores, en las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Esta interpretación parece derivarse de la sentencia del caso “López Mendoza”, pero el tema no es pacífico si consideramos los argumentos individualmente opuestos de los votos concurrentes de los Dres. Eduardo Vío Grossi y Diego García Sayán.

El primero sostiene que “...resulta claro, sencillo y categórico, “...que *el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere*” el numeral 1 del mismo, especialmente el concerniente al derecho de “*ser elegido (...)*” puede ser reglamentado “*exclusivamente*” por, entre las otras causales, “*condena, por juez competente, en proceso penal*” (32).

Así parece reflejarse en el voto de la mayoría cuando afirma que la decisión de un órgano administrativo que impidió se registrara la candidatura

(32) Del voto concurrente del Dr. Eduardo Vío Grossi en el Caso “López Mendoza”.

de López Mendoza para cargos de elección popular debiera provenir "... de una condena por *juez competente*, en *proceso penal* para concluir que ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas restricciones no era 'juez competente', no hubo 'condena' y las sanciones no se aplicaron como consecuencia de un "proceso penal" (33).

En el mismo caso, el voto razonado de García Sayan parece abrir otras posibilidades. Se pregunta el magistrado si la palabra "exclusivamente" impide totalmente la posibilidad de utilizar vías judiciales no penales o vías administrativas, disciplinarias u otras para limitar cargos públicos.

Para contestar el interrogante propone una "interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana". Acude para ello a lo expresado por la Corte IDH en el caso "Castañeda Gutman", donde se dijo que la CADH establece lineamientos generales y contenidos mínimos permitiendo a los Estados regular los derechos políticos de acuerdo a sus necesidades siempre dentro del marco convencional, reconociendo así en relación con estos derechos un cierto margen de apreciación, lo que no es nada frecuente en la jurisprudencia de la Corte IDH (34).

En relación con la exclusividad de una sentencia penal como medio de restricción de los derechos políticos, el mismo juez indica que una interpretación sistemática de la CADH obliga a tener en cuenta otros instrumentos internacionales posteriores adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción (35) que establecen nuevos y originales medios de control para el avance de este flagelo. Cita también el Pacto I de Derechos Civiles y Políticos, el art. 3 del Convenio Europeo, la Carta Africana de Derechos Humanos, la Convención de la ONU y la Interamericana, ambas contra la corrupción, para concluir que esos documentos no establecen una limitación similar.

Justifica también una interpretación evolutiva, que exige considerar los Tratados de Derechos Humanos como "documentos *vivos* cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales" (36).

(33) LÓPEZ MENDOZA, voto de la mayoría párr. 107. Se destaca aquí que "los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de "oportunidades". Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

(34) Caso "Castañeda Gutman", párr. 166.

(35) Caso "López Mendoza", voto de García Sayan, párr. 8.

(36) Caso "López Mendoza", voto de García Sayan, párr. 12 con cita del Caso "de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.

Estos argumentos —dice García Sayan— permiten aceptar la convencionalidad de otros mecanismos que disponen inhabilitaciones a funcionarios públicos, incluso electivos, como ser el juicio político, el sistema administrativo disciplinario y la justicia electoral, porque un sistema no es excluyente de otro.

El punto entonces sobre el cual cabe discutir la doctrina de la Corte IDH en “López Mendoza” se centra en determinar el tipo de poder u organismo interno del cual puede provenir la restricción, según la estructura constitucional de los distintos países integrantes del sistema interamericano.

En una palabra, en discutir si la cláusula del art. 23 2. *in fine* de la CADH que merita la “condena por juez competente en proceso penal”, es una cláusula cerrada o si permite otras opciones de interpretación y aplicación.

La cuestión es de mayor importancia, ya que las distintas posiciones pueden acarrear consecuencias diferentes y graves en términos de los diseños constitucionales de los estados, pues es característico del control de convencionalidad, por sobre la teoría del diálogo jurisdiccional (37), que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH; y que en caso de condena a un Estado por violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, los países en cumplimiento de la sentencia deben modificar, en caso de ser necesario, su legislación interna incluyendo la constitucional (38).

Diferenciamos tres opciones posibles en torno a la extensión de la última parte del numeral 2. Del artículo 23 de la CADH:

(37) Cfr. AYALA CORAO, Carlos, “Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela”, Paraninfo del Palacio de las academias, Caracas, Venezuela, 8 de marzo de 2012.

(38) Como ocurrió en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile) la Corte Interamericana dispuso que el Estado modificara su ordenamiento jurídico interno, que incluía el realizar una reforma constitucional, toda vez que las medidas de carácter constitucional (artículo 19) y legal contrariaban los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El peticionario (un reconocido abogado activista y defensor del derecho a la libertad de expresión) indicó que no se permitía la exhibición de la película La Última Tentación de Cristo, debido a que estaba prohibida por un consejo de censura cinematográfica (Consejo de Calificación Cinematográfica) consagrado en el artículo 19 de la Constitución de Chile y un Decreto Ley, por lo cual solicitó se cambie la normativa interna chilena, lo que logró con el fallo. En los 2 años que siguieron al pronunciamiento, el Congreso chileno expidió una reforma constitucional, una ley y un decreto reglamentario sobre el tema. Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

1) Que el término “condena, por juez competente, en proceso penal” es cerrado y definido, no admitiéndose opción diferente alguna (39).

2) Que el término “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso judicial que puede ser utilizado para imponer una restricción (40), pudiendo provenir la restricción de otro tipo de proceso, en la medida que sea judicial (ejemplo jueces electorales).

3) Que el término “condena, por juez competente, en proceso penal” no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso jurisdiccional (41) que puede ser utilizado para imponer una restricción (42), pudiendo provenir la restricción de otros procesos jurisdiccionales, no necesariamente judiciales, en la medida que aseguren las garantías exigidas para el proceso penal (ejemplo juicio político).

Creemos, por las reflexiones expuestas, que la Corte IDH debería clarificar la doctrina del caso “López Mendoza que encuentra conflicto con muchos diseños constitucionales de Latinoamérica.

IV. El caso “Petro”. Un supuesto de aplicación de la doctrina “López Mendoza” con distintos resultados (43)

El 9 de diciembre de 2013, el señor Gustavo Petro Urrego, Alcalde Mayor de la Ciudad de Bogotá, capital de la República de Colombia, fue destituido por la Procuraduría General de la Nación mediante una decisión administrativa (no judicial), que además lo inhabilitó durante 15 años para la función pública, por presuntas irregularidades en las que habría incurrido al cambiar el manejo de recolección de residuos de la ciudad en diciembre de 2012.

(39) Posición que parecería derivarse del caso López Mendoza y que emerge del voto concurrente del Dr. Eduardo Vio Grossi.

(40) Posición que emerge del voto concurrente en el caso López Mendoza del Dr. García Sayán.

(41) Adherimos a un concepto amplio de “Jurisdicción”. En este sentido podemos hablar de jurisdicción parlamentaria, militar, electoral cuando se trata de un órgano autónomo externo a la judicatura, etc.

(42) Entendemos que ésta debería ser la posición correcta para resguardar los diseños constitucionales que por historia y tradición rigen en los Estados o aquellos que razonablemente pudieran darse en el futuro a partir de necesidades particulares de su idiosincrasia y de su geopolítica.

(43) Puede verse nuestro comentario del caso en “Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH” (en coautoría con Adelina Loianno), Diario “La Ley”, Buenos Aires, 25/07/14.

Ante la presentación de algunas instituciones colectivas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para que el organismo dictara una medida cautelar en protección de los derechos políticos del Alcalde Petro (44), se proveyó favorablemente la misma en fecha 18 de marzo de 2014 (45), ordenándose al Gobierno de Colombia que suspendiera inmediatamente los efectos de la decisión del 9 de diciembre de 2013 a fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del Sr. Gustavo Francisco Petro Urrego para que pudiera cumplir con el periodo para el cual fue elegido como Alcalde de la ciudad de Bogotá el 30 de octubre de 2011, hasta que la CIDH se pronunciara sobre la petición de fondo.

Una primera aproximación al tema permitiría concluir que la privación del ejercicio de los derechos políticos del señor Petro no se ajustó a los requisitos legales mínimos para la restricción legítima de los derechos previstos en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ni a la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano. Dicha decisión parecería impactar asimismo de manera directa en los derechos políticos de miles de ciudadanos que lo eligieron como alcalde.

Ahora bien, el artículo 275 de la Constitución Colombiana posiciona al Procurador General de la Nación como supremo Director del Ministerio Público, disponiendo el art. 276 que será elegido por el Senado para un período institucional de cuatro años, de una terna integrada por candidatos de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado con el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros; y que no pertenecerá al mismo partido, movimiento político o coalición del Presidente de la República y no podrá ser reelegido, aclarando que si el partido o movimiento político al cual pertenezca el Procurador entrara a formar parte del Gobierno, el elegido cesará en sus funciones y se procederá a una nueva elección.

Según el art. 277 de la Constitución el Procurador tiene por función (entre otras) “6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”; y según el art. 278 puede “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante

(44) El pedido fue formulado en fecha 28 de octubre de 2013 por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (CCAJAR) y por la Asociación para la Promoción Social Alternativa (MINGA).

(45) CIDH, Resolución 5/2014 Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia, Medida Cautelar n° 374-13 18 de marzo de 2014.

decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: ...”

En este contexto, parecería que la Constitución Colombiana de 1991 ha pretendido crear un nuevo poder u órgano autónomo extra poder claramente “contra mayoritario” (46) con jurisdicción constitucional propia e independiente, que le ha atribuido facultades constitucionales vinculadas con el control de la administración y la actuación pública de los funcionarios, incluso los de origen electivo. Pudiendo controlarlos, investigarlos, sancionarlos y hasta destituirlos.

Las distintas posiciones surgidas del caso “López Mendoza” alrededor del concepto de “condena por juez competente en proceso penal” como cláusula cerrada o flexible que permite otras opciones de interpretación y aplicación, arrojaría diferentes resultados en la evaluación del caso “Petro”.

Un punto aparte, aunque íntimamente vinculado, merece la discusión sobre la convencionalidad de la facultad del procurador colombiano de destituir a un funcionario público electivo. ◆

(46) Respecto de la llamada doctrina “contramayoritaria” puede verse Amaya Jorge Alejandro “*Control de Constitucionalidad*” (la Tensión judicial), Astrea, 2012.

LA PROBLEMÁTICA DE LA EVALUACIÓN DE LA CALIDAD DE LAS LEYES

POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

Sumario: I. Presentación.- II. La visión de la ley en el constitucionalismo clásico.- III. La fractura del paradigma clásico.- IV. Metamorfosis y transfiguración de la legislación.- V. Los límites de las instituciones.- VI. La revitalización de la teoría y técnica de la legislación.- VII. La estrategia de la calidad.- VIII. Perspectivas y tendencias de evolución.

I. Presentación

El retorno del interés por la legislación es una de las tendencias centrales en el pensamiento constitucional contemporáneo. La razón es clara: no existe otro aspecto de la teoría del gobierno que suscite hoy mayor interés y dedicación por parte de la doctrina y la política jurídica. El presente y futuro de la legislación es, por otra parte, uno de los espacios centrales en el debate de fondo en torno a la teoría y la práctica de la democracia en la actualidad. Todo indica, en consecuencia, que el lugar de la legislación en la agenda futura de la teoría constitucional está asegurado.

Las razones de esta rehabilitación de la preocupación por la teoría y la técnica de la legislación en un clima social en muchos sentidos adverso al reconocimiento de la función legislativa son muy diversas y vale la pena puntualizarlas, antes de revisar el actual estado del arte de la legislación y su posible significado para la teoría y la política constitucional en general.

La situación es por cierto paradójica, toda vez que esta renovación del interés por el lugar y las funciones de la ley en la dinámica del gobierno se produce precisamente en momentos en los que la importancia de los parlamentos cede ante la fuerza gravitatoria cada vez mayor de los poderes ejecutivos y judiciales. La valorización de la importancia de la ley y las regulaciones no responde, por cierto, a un reconocimiento paralelo de la importancia de la función institucional de los poderes legislativos. Más bien todo lo contrario. Se diría que interesa más la ley como resultado o producto, más allá de los procedimientos y procesos de su producción institucional y ello en un contexto de abierto cuestionamiento tanto a los poderes legislativos y al ejercicio de funciones legislativas por parte de los poderes ejecutivos y judiciales.

En el plano de la filosofía constitucional, esta revalorización del papel de la legislación parecería responder a un cierto sentimiento de insatisfacción por el tiempo y las energías desplegadas a lo largo del ciclo de hegemonía doctrinal del neo-constitucionalismo. Al cabo de una etapa signada por un entusiasmo exagerado por la consideración casi excluyente de las constituciones como formas eminentes de legislación, despunta una nueva etapa signada por la recuperación de la importancia de las leyes comunes y de los procesos regulatorios (1).

Tras una época de confianza desmedida en las posibilidades de una interpretación activista de las constituciones, capaz de superar los riesgos y limitaciones tradicionales de la legislación ordinaria, cunde hoy una sensación difusa de temor ante el hecho de que los remedios propugnados comporten riesgos sistémicos aún más serios que los males que se pretendía conjurar.

(1) Sorprende en efecto que algunos de los autores que hoy lideran el movimiento de recuperación de la importancia de la legislación provengan precisamente de los sectores que, desde un neo-constitucionalismo extremo propugnaban una visión maximalista de la importancia de las constituciones como super-normas, aplicables de modo activo y directo a la defensa inmediata de los derechos y garantías por parte de una magistratura activista, desbordada de su papel en el constitucionalismo clásico. No es de extrañar por ello que, en la doctrina de habla hispana, sean precisamente algunos filósofos inequívocamente adscriptos al neo constitucionalismo los que han asumido la tarea de replantear las bases de la teoría de la legislación. La temática, hoy redescubierta del Rule of Law, es un lugar de encuentro y convergencia de visiones diversas, inspiradas en una común intención de revisión de la herencia del positivismo formalista GARCIA FIGUEROA, A., "Legislación y neoconstitucionalismo. Sobre la necesidad de superar los presupuestos positivistas de la ciencia de la legislación en el Estado Constitucional", en ARANA GARCIA, E., "Algunos problemas actuales de técnica legislativa". Madrid: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pág. 21 y ss. También, ATIENZA, M., "Contribución a una teoría de la legislación". Madrid: Civitas, 1997; GALIANA, A., "La ley: entre la razón y la experimentación". Valencia: Tirant lo Blanch, 2008; ZAPATERO, V., "El arte de legislar". Aranzadi: Cizur Menor, 2009; MARCILLA, G., "Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación". Madrid: CEPC, 2005. Sobre todo, LAPORTA, F., "El imperio de la ley". Madrid: Trotta, 2007.

Por el lado de las políticas de reforma judicial, se afirma a su vez la idea de que uno de los caminos hacia una mejora de la calidad de las decisiones judiciales depende en medida importante de un esfuerzo paralelo de mejora en la calidad de las leyes y las regulaciones. Las secuelas de inseguridad e imprevisibilidad de la función contra mayoritaria de los poderes judiciales sugieren que la vía hacia una mejor justicia pasa, en gran medida por un trabajo previo de aseguramiento y garantía de una mejor legislación. Las soluciones de fondo sólo pueden surgir de una consideración sistémica de la estructura y a dinámica del Estado de Derecho y de una reestructuración del equilibrio perdido en el esquema de las fuentes del derecho.

El protagonismo excesivo de los poderes judiciales ha respondido a razones comprensibles, pero ha tenido también costos institucionales no previstos. Uno de ellos es que ha terminado por socavar las bases de su legitimación social. Cuanto mayores han sido los avances del activismo judicial, mayores parecerían haber sido las reacciones sociales ante el protagonismo político de los jueces en materias difíciles y complejas, por su propia naturaleza ajenas a la competencia propia de las decisiones judiciales. Los excesos de las estrategias contra-mayoritarias han generado anticuerpos que hoy parecerían estimular el interés por una restauración de los equilibrios perdidos en la imprescindible función de cooperación entre los poderes de la república constitucional.

De allí algunos de los debates actuales en torno a interrogantes tales como los siguientes: ¿por qué no reconsiderar, a la hora de discutir la calidad de los procesos de decisión judicial, los problemas que plantea la pérdida de calidad de las leyes? ¿Por qué no volver a focalizar la atención en una estrategia institucional de mejoramiento de la calidad y la eficiencia gubernativa de las leyes? Mejores leyes bien pueden aportar a mejores decisiones tanto judiciales como, por supuesto, gubernativas. De un modo cada vez más claro, la doctrina actual tiende a desestimar los extremos de una polarización entre legalismo y judicialismo y se orienta más bien hacia el reconocimiento de nuevos equilibrios de fuentes, más acordes con las necesidades de una época de transformaciones profundas en la dinámica actual del Estado de Derecho (2).

El dato cierto es que el sistema constitucional de fuentes del derecho heredado del constitucionalismo y la codificación del siglo XIX está mutando de un modo irreversible y lo mismo ocurre con las ciencias jurídicas que lo reflejan y las políticas legislativas que lo transforman.

(2) Cfr. por ejemplo las acertadas consideraciones de LORENZETTI, R., "Fundamentos de Derecho Privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina". Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley, 2016, Caps. 1 y 2.

En este giro hacia un interés creciente por la temática de la teoría técnica de la legislación ha influido el notable desarrollo internacional de la “legística” —ciencia de la legislación o técnica legislativa— y, sobre todo, su capacidad para influir de modo decisivo en el plano de la propia política legislativa (3). Un buen ejemplo son los trabajos de la Unión Europea, sobre a través de la Comisión Europea, en particular su programa *Better Legislation* iniciado desde mediados de los años 90. Sus avances en los últimos años se han expresado a través de una amplia variedad de expresiones legislativas y científicas a nivel de los Estados miembros, relejados en el plano de la doctrina a través de docenas de manuales o tratados de legística, reglamentos, estándares normativos y regulaciones de diversa orientación y contenido (4).

En Estados Unidos, el interés por este campo de estudios se remonta, a su vez, a la época de mayor auge del realismo jurídico y a los constitucionalistas del *New Deal*, inspirados por la convicción de que los poderes

(3) Para una visión de conjunto de la evolución de la legística como disciplina autónoma, pueden consultarse algunas obras de referencia tales como ATIENZA, M., “Contribución a una Teoría de la Legislación”, Editorial Civitas, Madrid, 1997; BANKOWSKI, Z.; GERARD, P.; GIULIANI, A.; LOPEZ CALERA, N.; MADER, L.; PERRIN, J. F.; PETEV, V.; WIENER, C. y WROBLEWSKI, J., “La Science de la Legislation”. Travaux du Centre de Philosophie du Droit. Francia: Presses Universitaires de France, 1988; BERGEAL, C., “Rédiger un texte normatif. Loi, décret, arrêté, circulaire”. Paris, Berger-Levrault, 2004; CORONA FERRERO, J. M.; PAUL VALL, F. y TUDELA ARANDA, J., “La técnica legislativa a debate”, Editorial Tecnos S.A., Barcelona, 1994; DRAGO, R. (Dir.), “La confection de la loi”, Presses Universitaires de France, Paris, 2005; GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, P., “Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?”. Madrid: Thomson Reuters/ Civitas, 2010; GARCÍA MARTÍNEZ, A. M., “El Procedimiento Legislativo. Monografías”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987; GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), “La forma de las leyes. Diez estudios de técnica legislativa”, Bosch, Barcelona, 1986; GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa), “Curso de Técnica Legislativa”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; HIERRRO, L., “La eficacia de las normas jurídicas”, Ariel, Barcelona, 2003; HILL, H., “Einführung in die Gesetzgebungslehre. Heidelberg”, C.F. Müller Juristische Verlag, 1982; MARTINEAU, R.J., “Craft and technique, not canons and Grand Theories: a neo-Realistic view of statutory construction”, en 62 *The George Washington Law Review* (1993), ps. 1-42; MESEGUER YEBRA, J., “Guía práctica para la elaboración de textos normativos”. Barcelona, Bosch, 2008; MORA-DONATTO, C., “Teoría de la legislación”, Universidad del Externado, Bogotá, 2003; MORAND, C-A. (Dir.), “Légistique formelle et materielle”, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Marseille, 1999; PAGANO, R., “Introduzione alla legistica. L’arte di preparare le leggi”, Giuffrè, Milano, 2004; REMY, D., “Légistique. L’art de faire les lois”, Romillat Paris, 1994; RODRÍGUEZ ZAPATA, “Sanción, Promulgación y Publicación de las Leyes”, Editorial Tecnos, Madrid, 1987; SANTAOLALLA LOPEZ, F. (Ed.), “Técnica normativa de la Union Europea. 2 Vols. Madrid, Secretaría General del Senado, 2008; VV.AA., “Curso de Técnica Legislativa. Serie de Técnica Legislativa I”. Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1989; VV.AA., “Los procesos de implementación de las normas jurídicas”. Euskadi: Instituto Vasco de Administración Pública, S/f; VV.AA.: Legislar mejor 2009. Madrid, Ministerio de Justicia, 2009.

(4) Para una síntesis actualizada de la legislación comparada y las orientaciones en materia de estándares internacionales, cfr. MEMENTO PRACTICO FRANCIS LEFEBVRE: Técnica Normativa. Madrid: Francis Lefebvre/ El Derecho S.A., 2017.

ejecutivos y gobiernos suelen ser más eficientes que los jueces adscriptos la metodología tradicional del *Common Law*, a la hora de la implementación y puesta a punto de las leyes y regulaciones, entendidas como programas o herramientas para el cambio social. El aporte de instituciones decisivas como el ALI (American Law Institute) y docenas de manuales y textos de enseñanza dedicados al tema de la *statutory construction*, ligados a la *statutory interpretation* han convertido la materia en un contenido habitúe de la formación jurídica en las principales escuelas de derecho (5), en una tradición que se remonta a los grandes juristas del primer realismo, tales como Holmes, Pound, Gray, Brandeis, Frankfurter y sobre todo la extensa influencia académica sobre la doctrina constitucional del tratado de Hart y Sack "*The Legal Process*" (6). En el caso argentino, una incipiente literatura especializada da también cuenta del interés creciente por el desarrollo de la disciplina (7).

En el presente trabajo se revisarán algunos rasgos de los procesos de transformación señalados y su impacto sobre la teoría clásica de la legislación en

(5) Así, por ejemplo, las reformas de los planes de estudio en las principales escuelas de derecho, como es el caso de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, que sitúa la enseñanza sobre legislación y regulaciones como un contenido básico del plan de estudios. En la doctrina reciente, esta tendencia se refleja en obras importantes entre las que cabe mencionar, a título de ejemplo, HETZEL, O. J., LIBONATI, M. E. y WILLIAMS, R. F., "*Legislative Law and Statutory Interpretation: cases and materials*", N. York: Lexis-Nexis, 2001; MANNING, J. F. y STEPHENSON, M. C., "*Legislation and regulation*". N. York: Thomson Reuters/ Foundation Press, 2010; MIERS, D. R y PAGE, A.C: *Legislation*. Londres: Sweet & Maxwell, 1982; MIKVA, A. J y LANE, E., "*An Introduction to Statutory Interpretation and the Legislative Process*". New York: Aspen Law and Business, 1997; MURPHY, W. F., FLEMING, J.E. y HARRIS, W. F., "*American constitutional interpretation*", 2ª ed., Mineola, N. Y.: The Foundations Press, 1995; NORTON, P. (Ed.), "*Legislatures*". Oxford: Oxford University Press, 1990; NUTTING, C. B y DICKERSON, "*Legislation. Cases and Material*". Minnesota: West Publishing Company, 1977; POPKIN, W. D., "*Materials on Legislation. Political Language and the Political Process*". New York: The Foundation Press, Inc, 1997.

(6) HART, H.M. y SACHS, A. M., "*The legal process. Basic problems in the making and application o Law*", Ed. De William N. Eskridge, Jr. y Philip P. Frickey. Westbury, NY, The Foundation Press, 1994. Para un análisis de la evolución del interés EN Estados Unidos por la técnica legislativa y su regulación, es de especial interés el estudio de ALONSO GARCIA, E. y RECARTE VICENTE-ARCHE, A., "*La técnica normativa en Estados Unidos, en particular, la elaboración de las leyes*", en GARCIA MEXIA, P. y RODRIGUEZ ARANA, J. (directores): "*La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia*". Madrid: CEU Ediciones, 2010, págs. 95-143. También MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "*Codificación y técnica legislativa en Estados Unidos de América*", en NIETO MARTIN, A., MUÑOS DE MORALES ROMERO, M. y BECERRA MUÑOS, J. (Dirs.), "*Hacia una evaluación racional de las leyes penales*". Madrid: Marcial Pons, 2016, págs. 20'1- 237.

(7) LEIVA FERNANDEZ, L. F. P., "*Fundamentos de Técnica Legislativa*. Buenos Aires: La Ley, 1999; PEREZ BOURBON, H.: *Manual de técnica legislativa*. Buenos Aires: EDUCA-Konrad Adenauer Stiftung, 2007; SVETAZ, M.A.; GROSSO, B. M.; LUNA, M. A.; PÉREZ BOURBON, H. y UBERTONE, F. P., "*Técnica Legislativa*", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998; BRENNAN, R. G. (Dir.), "*Técnica Legislativa*", La Ley, Buenos Aires, 2013.

el contexto de sociedades democráticas avanzadas, caracterizadas por el tránsito hacia un Estado social de soberanía limitada, en el contexto de la globalización y de cambios posiblemente irreversibles en las funciones tradicionales del derecho en la vida social.

II. La visión de la ley en el constitucionalismo clásico

La teoría constitucional clásica se apoyo en una teoría de la legislación expresada a partir de la idea central de la ley como expresión eminente de la razón. La gravitación de la noción iluminista de la legislación ha sido determinante. El núcleo del proyecto de la Ilustración fue el de la configuración e instauración política de un poder político basado en un orden institucional articulado en función de un imperativo de racionalización del caos de las costumbres y pluralidad de ordenamientos normativos heredados del Antiguo Orden. La ley fue vista entonces como un procedimiento simplificador y a la vez sistematizador y uniformante del orden político. La finalidad perseguida fue la de traducir al plano del derecho positivo los principios de la Revolución, mediante una revolución de la acción pública, orientada a la limitación de todo componente de arbitrariedad, a través de la imposición del poder objetivo de la regla y su fuerza generalizadora y “desubjetivadora de las decisiones fundamentales” (8).

El producto acuñado por la doctrina constitucional de la época no fue, contra lo que suele afirmarse, una construcción típica del racionalismo abstracto del tipo de las que se manifestaron en la primera generación de la codificación europea del derecho privado. La doctrina constitucional apuntó más bien a una síntesis mucho más matizada madurada y filtrada por el empirismo organizador, influenciada por la síntesis benthamiana posterior de Montesquieu.

En el Libro XXIX de la Parte Sexta de *El Espíritu de las leyes*, dedicado al tema de “*Sobre el modo de establecer las leyes*” (9), Montesquieu formuló algunas directrices básicamente recogidas en la literatura de la y que la teoría de la ley desarrollada por el Constitucionalismo posterior del siglo XIX haría suya, prácticamente hasta nuestros días. De un modo sintético, cabría recordar algunos de estos estándares:

- El espíritu de la ley ha de ser de moderación. El bien político, como el bien moral, se halla siempre entre dos extremos.

(8) ROSANVALLON, P., “El buen Gobierno”, Manantial, Buenos Aires, 2015, cap. 1.

(9) MONTESQUIEU, “El espíritu de las leyes”. Trad. D. Castro Alfin, Istmo, Madrid, 2002, págs. 703-719.

- Son necesarias a la libertad las formalidades de la justicia.
- Leyes en apariencia iguales no producen siempre el mismo efecto. Leyes en apariencia iguales son a veces en realidad diferentes.
- No se deben separar las leyes de las circunstancias en que se hicieron.
- Igual que las leyes inútiles debilitan a las necesarias, las eludibles debilitan la legislación. Una ley ha de tener su efecto y no se debe permitir derogarla por conveniencia particular.
- No deben modificarse sin razón suficiente.
- Cada sociedad debe dotarse de las leyes más adecuadas a su naturaleza. Deben ser las leyes apropiadas al pueblo para el cual se han hecho, que solo por una gran casualidad las de una nación pueden convenirle a otra.
- Debe ponerse atención en que las leyes se conciban de manera que no se opongan a la naturaleza de las cosas.
- El estilo ha de ser conciso, sencillo y directo. Cuando el estilo de las leyes resulta inflado, no se las tiene más que como producto de ostentación.
- Es esencial que las palabras de la ley despierten las mismas ideas en todos los hombres.
- Deben evitar las ambigüedades y el lenguaje metafórico.
- No han de ser las leyes sutiles, pues se hacen para personas de entendimiento mediocre; no constituyen un arte de lógica sino “la razón sencilla del padre de familia”.
- Deben evitarse las cláusulas abiertas y los contenidos indeterminados.
- Cuando no sean necesarias en una ley las excepciones, limitaciones o modificaciones, es mucho mejor no introducirlas. Los detalles en la regulación empujan siempre a mayores detalles.
- Deben evitarse las leyes contrarias o desproporcionadas a los fines que se persiguen.

En este mismo sentido de especificar el contenido de las leyes a sus objetivos, la voz *Ley Civil* de la *Enciclopedia* expresa que las “leyes deben hacerse sin contradicciones con las leyes políticas del mismo pueblo, ni efectos retroactivos, a menos que no se refieran a comportamientos ilícitos para el derecho natural”. En el mismo sentido, el mal a erradicar es el de la multiplicidad de las leyes: “la multiplicidad de las leyes prueba, en igualdad de todas las cosas, la mala constitución de un gobierno”.

Bentham agregara, por su parte, desde una visión de reforma, tanto metodológica como moral y política, su conocido brocardo: “las palabras de la ley deben pensarse como diamantes” y debe expresarse a través de artículos breves, numerados y con una única proposición, caracterizados por su brevedad, claridad y concisión, que utilicen en lo posible el lenguaje ordinario y definan con claridad los términos técnicos que se utilicen. La receta benthamiana reata estos conejos básicos con la idea de “utilizar siempre las mismas palabras para las mismas ideas” (10).

En esta línea, una visión de la ley que va desde Montesquieu hasta Bentham y Condorcet consagrará estándares de buena práctica legislativa, repetidos como base para cualquiera de los documentos sobre política legislativa, desde la época hasta la actualidad.

- Solo deben redactarse y aprobarse las normas sean estrictamente necesarias.

- Las normas tienen que ser lógicas, entendibles y eficaces.

- Resultan imprescindibles la claridad, la precisión y la sencillez.

- Las normas deben ser generales, abstractas, iguales por categorías y no para conductas individualmente consideradas o casos concretos.

- Los criterios para la selección de la norma aplicable deben ser siempre claros y operativos.

- El conjunto de la legislación debe estar acotado, expresado en un conjunto de grandes códigos estables y generales, emanados de asambleas representativas, dirigidos a los ciudadanos en abstracto y su cumplimiento debe ser garantizado por jueces imparciales mediante procedimientos judiciales comunes a todos.

Durante mucho tiempo, la aspiración a un derecho objetivo, sistemáticamente ordenado y presidido por principios generales a consagrar a través de la legislación y la aplicación, tales, como la paz, la seguridad, la igualdad, la libertad o el bien común, permitió concebir a la teoría de la legislación como una suerte de saber implícito, que se daba por cierto e indiscutible. De allí el subdesarrollo de una teoría explícita de la teoría y la técnica de la legislación en las formulaciones de la doctrina clásica.

El concepto de ley formal cultivada por el racionalismo clásico no solo es el precipitado de una evolución doctrinal: es sobre todo una categoría

(10) Vid. como síntesis acabada de esta concepción fundacional, BENTHAM, J., “Nomografía o el arte de redactar leyes”. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

jurídica positivada por el nuevo derecho revolucionario, basado ciertos y determinados presupuestos políticos. Observa en este sentido Rosanvallon que de los diecisiete artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, siete hacen referencia a las funciones de la ley, certificando su carácter central en la nueva concepción del orden democrático instaurado por la Revolución (11).

Los presupuestos o postulados básicos de la concepción clásica de la ley conservaran una vigencia inalterada hasta la actualidad. El primer postulado gira en torno a la idea de la libertad. La generalidad de la ley es a la vez un principio de orden y un principio de justicia. Que opera como una garantía contra la arbitrariedad y el riesgo siempre presente del despotismo. El segundo postulado gira en torno a la idea de la ley como una instancia de certificación de las relaciones humanas. Introduce certidumbre, previsibilidad y seguridad. De allí el tercer postulado, de índole política. La ley es la expresión directa de la voluntad general, voluntad que se expresa a través de la instancia institucional del cuerpo legislativo. El poder de Parlamento no procede de la voluntad de los ciudadanos individualmente considerado. Es la expresión de la Nación, cuya voluntad se expresa a través de los representantes del cuerpo político (12).

De allí una serie de supuestos jurídicos que subyacen a todas las construcciones científicas de la dogmática jurídica, tanto en el ámbito el derecho público como privado. Una rápida sistematización provisoria de estos principios podría ser la siguiente:

- La ley es el resultado de la decisión del cuerpo legislativo, con independencia de su contenido. La ley es la forma a través de la cual la sociedad ejerce su poder de determinación autónoma.

- La ley es la autoridad suprema. Es a la vez un límite y un fundamento de toda autoridad. Los órganos del Estado no tienen, en sentido estricto, "poder" sino "competencia", atribuida en exclusiva por la ley.

- La fuente de toda legitimidad política es la ley, que desplaza cualquier otra fuente de legitimación del poder. Una fuente de derecho solo puede considerarse como tal en la medida en que es expresamente habilitada por la legislación.

Este modelo de teoría y técnica de la legislación conservara toda su vigencia hasta entrada la época contemporánea y solo comenzará a perder su vigencia con la crisis de los supuestos filosóficos y sociológicos de la

(11) ROSANVALLON, P., "El Buen Gobierno", cit. pág. 42.

(12) Para una descripción sintetizada de los supuestos políticos de la noción moderna de ley, cfr. CABO MARTIN, C. de, "Sobre el concepto de ley", Trotta, Madrid, 2000, págs. 30-31.

concepción fundacional, en un contexto como el actual, cuando el derecho comienza a reflejar el condicionamiento determinante de su contexto, en sociedades cada vez más complejas y conflictivas.

En efecto, en un mundo de “leyes desbocadas” (13), caracterizado por la multiplicación de presiones que conspiran contra la vigencia de todas y cada una de las directrices provenientes de la tradición, la legislación comienza a desestructurarse.

III. La fractura del paradigma clásico

Conviene repasar de un modo sucinto los nuevos síntomas que conducen hoy a una rehabilitación de la teoría y técnica de la legislación y en consecuencia a una redefinición sobre nuevas bases de la cuestión de la evaluación de la calidad de las normas.

Una descripción sociológica del proceso de la legislación contemporánea (14) permite señalar algunos de los procesos que explican este cambio en la dirección de la intervención estatal en el paso desde el Estado de Derecho teorizado por el constitucionalismo clásico hasta el Estado Social o “Estado Social de soberanía limitada” (15), de nuestros días. Entre estos procesos cabría subrayar provisoriamente los siguientes (16):

(13) GARCIA DE ENTERRRIA, E., “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”, Civitas, Madrid, 1999.

(14) Para un análisis más detallado de estos procesos, puede consultarse, entre otros, CHEVALLIER, J.: *L'Etat post-moderne*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 2004; FERRARESE, M.R.: *L'istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Milan: Il Mulino, 2000 y *IL diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino, 2002. También FEBRAJJO, A., NELKEN, D. y OLGIATI, V. (Eds.): *Social Processes and patterns of legal control*. Milan: Giuffrè, 2001. Resulta de interés el cuadro de conjunto quebrinfa el reporte anual 2002 del Banco Mundial; WORLD BANK: *Building institutions for markets*. World Development Report 2002. Washington DC: World Bank, 2001. En el campo del derecho constitucional reciente, ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Turin: Einaudi, 1992; TWINING, W. “Globalisation and legal theory”. Evanston, Ill: Northwestern University Press, 2000; TEUBNER, G. (Ed.): *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1987; ARNAUD, A.J.: *Critique de la raison juridique*. 2 *Gouvernants sans frontières*. Entre mondialisation et post-mondalisation. Paris: Librairie Générale de droit et jurisprudence, 2003; DELMAS-MARTY, M., “Le relative et l'universel. Les forces imaginantes du droit”. Paris: Seuil, 2004; DJELIC, M-L. y QUACK, S. (Ed.): *Globalization and institutions. Redefining the rules of economic game*. Cheltenham: Edward Elgar, 2003 y FUKUYAMA, F.: *State building. Governance and World Order in the 21 st. Century*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004. En general, GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, P., “Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?”, cit.

(15) Para utilizar la sugestiva expresión de PAREJO ALFONSO, L.: *Estado y Derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y Garantía del Estado Social de soberanía limitada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

(16) Para lo que sigue, más ampliamente en ZULETA PUCEIRO, E., “Elementos de Teoría del Derecho. Materiales para su estudio”. Cit.

a) Pérdida de los atributos de sistematicidad, generalidad y estabilidad de la legislación

Poco o nada queda ya en las ideas actuales acerca del ordenamiento jurídico del dogma tradicional de su “plenitud hermética”. Apenas, acaso, una hipótesis ficticia para el desarrollo de la lógica de los sistemas normativos, abstraída de los problemas centrales de la problemática de la teoría y la práctica legislativa de la actualidad (17). El derecho difícilmente pueda ya ser concebido como un sistema autónomo de normas, susceptible de ser conceptualizado al margen de sus condiciones sociales, morales y políticas. La idea de regulación, desarrollada a partir de la concepción acuñada sobre todo desde la influencia creciente desde la teoría de la regulación y el análisis económico del derecho y las disciplinas actuales relativas a la administración desplaza y sustituye la idea tradicional de la ley (18). El supuesto político y jurídico de la ley como un mandato unilateral, autoritario, centralizado, asistido por el monopolio estatal de la actividad cede lugar a un ordenamiento plural, basado en el equilibrio económico, por lo tanto, flexible, adaptativo, dinámico, descentralizado y, sobre todo, negociado (19).

Incide en este cambio el creciente casuismo en la legislación en un contexto de leyes cada vez más amplias, complejas, detalladas, flexibles y cambiantes, que prevén inclusive su propio mecanismo de derogación y de adaptación a los cambios en la materia legislada por la vía de delegaciones reglamentarias. El fenómeno central es el de leyes cada vez más influenciadas por los modelos de la experiencia del derecho norteamericano,

(17) “Salvo *la en la imaginación de unos pocos* —escribe B. Pendás— *ya no existe un ordenamiento autónomo y jerárquico cuyo centro y eje ideal sea una Grundnorm, real o hipotética. Los factores determinantes son bien conocidos: globalización difusa y europeización concreta. La normatividad ideal de la Constitución es incapaz de imponer su primacía sobre la actividad real del sistema político*” *la Constitución ya no se basta así misma porque ha dejado de ser, en efecto, autónoma y autárquica*”. Cfr. PENDAS, B.: *Prólogo* a ARANA GARCIA, E., “Algunos problemas actuales de técnica legislativa”, cit., pág. 13.

(18) Expresa con razón A. Betancor, que “el término ‘regulación’ es uno de los términos más confusos con el que nos podemos encontrar en el derecho moderno”. Cfr. BETANCOR, A., “Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios”, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 46. Para un análisis detallado del impacto actual de la práctica de las regulaciones sobre todo económicas sobre la dinámica de la legislación puede consultarse MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados”. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, espec. I y IV.

(19) Cfr. OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M., “De la pirámide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit”. Bruselas: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, págs. 27-32. Para una revisión de este proceso de cambio en las ideas acerca del sistema y su repercusión sobre las categorías centrales de la metodología jurídica tradicional, CUMYN, M., “Les catégories, la classification et la qualification juridiques: réflexions sur la systematicité du Droit”, en “52 Les Cahiers de Droit” (2011), n° 3-4, págs. 351-378.

orientado a solventar los problemas que plantea en una era de leyes escritas, la necesidad de superar la flexibilidad del *Common law* y sus estrategias de construcción de decisiones judiciales. La respuesta de las políticas legislativas contemporáneas apunta más bien a un tipo de legislación más detallada, preparada para a interpretación literalista y propositiva, como la que se demanda cada vez más a los jueces, frente a los riesgos que plantea una dinámica jurídica básicamente determinada por el impacto de disposiciones abiertas y en cambio permanente, desprovistas de las notas tradicionales de la legislación.

Las leyes nacen hoy más bien como respuestas singulares, fruto de respuestas de emergencia frente a situaciones de excepción, en función de la demanda insoslayable de respuestas concretas y puntuales a problemas inaplazables. El resultado de este proceso es un derecho cada vez más contingente, integrado por leyes con frecuencia improvisadas, nacidas más bien para modificar y no resolver los términos del conflicto que se plantea (20). Es un derecho a la defensiva, sobrepasado en sus funciones clásicas por una sobrecarga de demandas y expectativas sociales crecientes. Las exigencias regulatorias desbordan la capacidad de respuesta de la legislación común.

La dimensión política es cada vez más importante. Más que resolver o saldar de modo definitivo problemas regulatorios, las leyes apuntan a establecer términos para negociar soluciones graduales, frente a posiciones a veces difíciles o imposibles de conciliar. Planteadas en la arena parlamentaria de un modo hostil y por una oposición más bien interesada en obtener contrapartidas a cambio de los textos legislativos, en materias no siempre referidas a las cuestiones que se discuten.

La ley pierde así también su pretensión de exhaustividad. Aparece como una solución transitoria frente a problemas coyunturales que, se descuenta seguirá evolucionando en un sentido no siempre difícil de prever. El método de la prueba-error se instala como perspectiva privilegiada ante una realidad en la que fracasan las recetas preestablecidas y se impone un nivel de realismo experimental poco frecuente en las perspectivas ideológicas predominantes.

Las normas tienden a ser cada vez más singulares, especializadas, precisamente porque la materia a la que se refieren es cada vez más técnica y más específica. Detrás de la ambigüedad, incorrección lingüística y deliberada falta de precisión esta muchas veces la intención de negociar la interpretación y aplicación de esos textos. La ley es cada vez más una

(20) Más ampliamente, GALIANA SAURA, A., "La legislación en el Estado de Derecho", Dykinson, Madrid, págs. 63-72 y en general, Cap. III.

obra abierta a la interpretación. Una interpretación negociada, atenta a la complejidad de las materias y situaciones a regular. En los debates legislativos las soluciones reflejan muchas veces la decisión de los bloques parlamentarios a ceder estratégicamente posiciones en procura de posiciones más favorables de cara a avances ulteriores en los procesos legislativos. Detrás de la transacción parlamentaria y del declarado propósito de plantear posiciones flexibles y abiertas a la negociación, está la idea de la provisoriedad y relatividad de lo que se discute. La intención de dejar los textos abiertos a ulteriores alternativas conduce a veces a posiciones claramente apartadas del propósito inicial de la norma, abiertas a avances ulteriores del proceso regulatorio.

El proceso responde a la realidad de que las representaciones parlamentarias reproducen en el plano institucional la complejidad de la sociedad y la pluralidad creciente de los grupos, opiniones e intereses que las condicionan. Esta precisión se refleja en las diferencias inter-partidarias y, más aun, en las diferencias intra-partidarias. La naturaleza *catch-all* —atrapa-todo— de las actuales coaliciones partidarias repercute en representaciones cada vez más condicionadas por los intereses que presionan sobre las posiciones de los representantes. Las estrategias consenso típicas de la era de primacía de los partidos políticos devienen hoy prácticamente imposibles. Los compromisos que tensionan los procesos de elaboración legislativa no son además siempre reflejo de posiciones genuinas. La mayor parte de las veces son fruto de la especulación política o del interés de condicionar tanto a las mayorías como a las minorías. De allí que los compromisos resultantes no siempre responden a una voluntad de acuerdo vinculada a la necesidad de consagrar mandatos legislativos claros y concretos. Prima así una voluntad deliberada de imprecisión (21). El mandato legislativo se expresa así a través de términos ambiguos, imprecisos y aun equívocos o bien incorpora remisiones deliberadas a regulaciones legislativas posteriores, reglamentaciones administrativas que nunca se implementan o interpretaciones judiciales que abren perspectivas de muy problemática concreción. En el extremo, la común aceptación de un escenario de revisión judicial de la constitucionalidad de la ley pasa a ser parte del acuerdo de circunstancias en que se funda el acuerdo legislativo.

El propósito primario de la legislación no es así el de establecer a cualquier costa un marco definitivo y un ámbito y un clima de previsibilidad

(21) Para un estudio de este proceso, cfr. PENDAS GARCIA, B., "La calidad de las leyes: propuestas de reforma del procedimiento parlamentario", en GARCIA MEXIA, P. y RODRIGUEZ ARANA, J. (coord.), "La técnica normativa: una necesidad para la realización de la justicia", CEU Ediciones, Madrid, 2010, págs. 259-266.

y seguridad jurídica. En este contexto de falsos compromisos, el producto legislativo está muchas veces condicionado por el propósito de resolver problemas concretos, cuando no a optar por una herramienta que permita escalar en el conflicto, polarizar las posiciones y muchas veces hasta alimentar un clima de litigiosidad. En este contexto, por completo diferente al que se planteaba desde la perspectiva clásica la ley apunta a dejar abierta las soluciones delegando la responsabilidad de la legislación a la decisión definitiva de los jueces. La ley termina así entendida como un repertorio de supuestos controversiales casos a resolver por los jueces. La ley se define desde la perspectiva del conflicto judicializado (22).

De allí la utilización de lenguajes múltiples y a veces discordantes, las incoherencias, contradicciones, discordancia, redundancias y, por supuesto, la inserción de las normas de normas a veces materialmente ajenas a la materia elaborada. La ley es una transacción en la que el objetivo de la mayoría se logra a costa de la satisfacción de las condiciones exigidas por una minoría que hace valer su poder de veto, a veces determinante para la resolución del conflicto legislativo. El carácter muchas veces espurio de los compromisos parlamentarios deja así abierto un escenario de incertidumbre jurídica que profundiza la problemática que la ley estaba inicialmente llamada a solucionar. La presión de los poderes ejecutivos, interesados en soluciones a cualquier costa, impuestas por la necesidad de dar respuestas a compromisos políticos no es ajena, por cierto, a esta dinámica legislativa.

La legislación cede en importancia ante la gravitación creciente de la regulación, instrumento que proviene del mundo de la economía y las ciencias de la administración y alude a un conjunto de fenómenos y procesos que interactúan entre sí. Por un lado, la intervención del Estado sobre el proceso económico; por otro, el carácter jurídico de dicha intervención y a su costado más administrativo que legislativo; por otro, la dimensión restrictiva, no solo de las conductas, sino también de los derechos; por otro, la referencia general a la lógica del mercado y específica a la realidad de los “fallos del mercado” —monopolios, externalidades, asimetrías informativas, etc.— y a la necesidad de una regulación *ex ante* de ciertos comportamientos que, en definitiva, serán también regulados por el derecho al momento de las consecuencias de esas mismas decisiones.

El derecho promueve y participa de un proceso social de reequilibramiento constante entre fuentes diversas y plurales de poderes económicos

(22) Un ejemplo claro es el de la nueva legislación civil y comercial. “*Los casos que este Código rige.*” reza con un realismo descarnado en su art. 1 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su título Preliminar.

y sociales en competencia. La normatividad se auto-reproduce y auto-controla. Baste pensar en el campo económico, donde ordenamientos diversos se superponen entre sí —derecho laboral, tributario, financiero, comercial, internacional privado, de la competencia, etc.— (23).

Declina así el papel de la legislación y se acentúa el proceso de delegación creciente, por lo general arbitraria y desordenada a favor de los poderes ejecutivos y las autoridades “independientes” o no de la influencia del Estado o de los poderes facticos que intentan capturarlas.

Gran parte del derecho legislado nace y a la vez va dirigido inicialmente a las agencias del Ejecutivo. Es el Ejecutivo el que debe asegurar la vigencia de la legislación. Las leyes definen muchas veces guías y orientaciones para las agencias administrativas y son estas las que interpretan y definen las reglas a las que deberá atenerse el ciudadano común. Todo ello implica el surgimiento de materias de extremada dificultad técnica y política. En el extremo se sitúan los ejemplos de decisiones legislativas adoptadas a través de mayorías forzadas que suponen, incluso, la posibilidad del veto de los ejecutivos o aun la declaración de inconstitucionalidad en sede judicial. Los poderes legislativos delegan así “la última palabra” a los ejecutivos o a los jueces.

Desde el entorno global es clara, por otra parte, la afirmación creciente de una nueva *ley mercatoria*, a impulsos de los procesos de globalización de las actividades financieras y comerciales, aceleración de la obsolescencia legislativa (24). En general, la ruptura del principio de generalidad genera condiciones favorables a una ruptura correlativa del atributo de estabilidad del derecho. La inseguridad —sensación subjetiva— jurídica puede así ser vista como un efecto de la verificación de la inestabilidad del derecho.

(23) Cfr. la reflexión acerca de la crisis de la imagen del ordenamiento como “pirámide” en LOSANO, M., “Derecho turbulento. En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos estatales y normativas supra-estatales”, en “DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho” 28 (2005) págs. 159-182.

(24) Para una visión de conjunto, LA PORTA, U., “Globalizzazione e diritto. Regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e i suoi limiti. Napoles: Liguori Editore, 2005, espec. Cap. II; CASSESE, S. (Ed.): La nuova costituzione economica. Bari: Editori Laterza, 2007; Para una investigación acerca de la evolución de la *lex mercatoria* y sus proyecciones nactuales y futuras, GALGANO, F., “La globalización en el espejo del derecho”. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2005, espec. Cap. 2. Entre la amplia bibliografía sobre eltema, cfr. a los efectos del presente análisis SLAUGHTER, A-M., “A new world order. Princeton: Princeton University Press, 2004, Cap. 2; FERRARESE, M.R., “When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism”, en “9 Global Jurist” (2009), págs. 1-31. Publ. Por The Berkeley Electronic Press <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss1/art2> y FERRARESE, M.R., “La governance tra politica e diritto”. Bologna: Il Mulino, 2010, Caps. IV y V.

Cabe así hablar de una quiebra del principio de racionalidad de la ley. La ley ya no puede ni debe por tanto presumirse como racional. En un contexto de crisis de la representación y desconfianza social creciente hacia los procedimientos de formación y sanción de las leyes, los parlamentos pierden legitimidad. De allí los síntomas de un rechazo creciente a sus procedimientos y productos típicos, como uno de los rasgos del cuadro conflictivo que plantea la relación del principio democrático y los principios tradicionales de la legislación (25).

En su estudio sobre las distorsiones contemporáneas del proceso legislativo, L. Vandelli estudia con precisión diversas expresiones de la ley como reflejo de trastornos profundos de las instituciones que las producen (26). Leyes “ciclotímicas” que procuran implementar reformas *stop and go*, es decir, que alternan periodos de hiperactividad y urgencia con periodos de parálisis; leyes autistas, que nacen a lo largo de un proceso caracterizado por el secreto y la falta absoluta de dialogo y consulta en todas las etapas del ciclo legislativo, y en las que ninguna de las partes intervinientes puede agregar nada significativo, para no alterar en lo más mínimo las endebles mayorías apoyan el *quorum* legislativo o bien en las que el texto es fruto de un “préstamo” o injerto legislativo que obliga a reproducir sin modificaciones el modelo importado; leyes verborragias, “disléxicas”, “neuróticas”, “prébitas”, “anoréxicas”, “obsesivas”, “placebo”, en la nómina de los casos de las enfermedades o trastornos de las leyes que Vandelli estudia con singular perspicacia, demostrando la escasa “racionalidad de los productos legislativos. Leyes de una naturaleza que torna difícil la presunción de racionalidad y que difícilmente puedan alimentar una respuesta razonable de acatamiento ciudadano.

Se entroniza así un nuevo derecho de la emergencia, basado en el ejercicio de facultades cada vez más discrecionales, exigidas por la propia naturaleza y las urgencias de las crisis económicas y los procesos de constante ajuste estructural de las economías.

Se verifica también una tendencia creciente de los órganos legislativos y administrativos hacia una mayor delegación de funciones a los órganos jurisdiccionales. La preeminencia de la ley invoca razones pragmáticas, de utilidad, conveniencia y utilidad social, desplazando la suposición

(25) Para un estudio del conflicto entre el principio democrático y los principios de la teoría de la legislación en el Estado de Derecho liberal, cfr. SANCHEZ BARRILAO, J.F.: De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformación del sistema de fuentes. Cizur Menor: Thomson Reuters/ Aranzadi, cap. 1.

(26) VANDELLI, L., “Trastornos de las instituciones políticas”, Trotta, Madrid, 2007. Cfr. especialmente el “*Prologo para españoles*” de F. Sosa Wagner, págs. 9-39.

tradicional de que la racionalidad de la ley era función de las notas de estabilidad, previsibilidad, inoperatividad, generalidad, claridad, razonabilidad, etc., valores todos derivados de la idea de la ley como expresión de la voluntad general y de los valores de igualdad, libertad y fraternidad.

Si la presunción de racionalidad se debilita, pierde fuerza también la presunción de su constitucionalidad. La idea de que la ley era la expresión de la voluntad general fundaba, en el enfoque clásico, la presunción de su legitimidad constitucional y la correlativa obligación de los jueces de defender la ley salvo en el caso de una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional.

En el contexto de una globalización acelerada, la disolución actual del componente de soberanía propio de la idea moderna de la ley se expresa tanto en el plano externo por la proliferación y superioridad de tratados, directivas reglamentos y principios de resolución de conflictos internacionales, como en el plano interno por la ampliación de la zona de las materias reservadas, la constitucionalización creciente de todas las ramas del derecho y la crisis del parlamentarismo en sus múltiples expresiones. En este contexto de gobernanza global, el derecho legislado afronta múltiples desafíos, derivados sobre todo de la expansión del riesgo global. Sus respuestas pasan, en primer lugar, por una remisión de sus reglas a las referencias y soluciones de la ciencia y la tecnología, por una apertura a una utilización cada vez mayor de conceptos y estándares extrajurídicos y la paralela incorporación de la doctrina y los criterios de interpretación propios de las disciplinas y los campos de materias en los que dichos conceptos y criterios de decisión son acuñados. Cabe registrar un doble proceso: cuando el sistema del derecho tropieza con limitaciones de conocimiento, ante situaciones de incertidumbre, recurre a las referencias generadas por otros sistemas como los de la ciencia, la economía, la técnica, la ecología o la ética (27). Por otra parte, en paralelo, desde estos sistemas expertos situados fuera del sistema jurídico, se formulan estrategias de ocupación de los vacíos abiertos al interior de los ordenamientos jurídicos. Desde la economía o la tecnología se desarrollan así normas técnicas, protocolos, estándares, criterios y cánones interpretativos, métodos de resolución de conflictos y esquemas de autoridad que gana espacio en los intersticios no regulados de los ordenamientos jurídicos y en la práctica decisoria de los tribunales.

(27) Para una descripción de esta característica del sistema jurídico, propia de los “sistemas autorreferenciales”, cfr. el estudio de ESTEVE PARDO, J., “Decidir y regular en la incertidumbre: respuestas y estrategias del derecho público”, en DARNACULLETA Y GARDELLA, M.M., ESTEVE PARDO, J. y SPIECKER GEN. DÖHMANN, I. (Eds.) *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 33-46.

b) *La hiperinflación normativa*

La devaluación de la ley no detiene el proceso de explosión legislativa que ha seguido a la implosión de los códigos tradicionales. Más bien al contrario. El volumen de textos —y, en consecuencia, la presión normativa— se incrementando modo dramático. V. Zapatero cuantifico el volumen de la legislación producida en un país como España entre los años 80 y los 2000, registrando una multiplicación por ocho veces del volumen de normas vigentes, sin contar la normativa de las 17 comunidades autónomas y la impresionante producción normativa por el espacio jurídico multinivel europeo. Para deslegalizar se legaliza en cantidad e intensidad inéditas y lo mismo ocurre en materia de regulaciones económicas.

Multiplicación de normas en el contexto de la gobernanza multinivel de la comunidad europea, apenas disciplinada por el juego de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y por el esfuerzo ingente de la Comisión europea de instalar estándares y directivas de buena práctica en el campo de la legislación. Multiplicación de órdenes normativos, de tipos de normas, de procedimientos, de ámbitos de aplicación, de contenidos, de sujetos productores, temáticas y problemas de dispersión, en un entorno de superposición creciente de una pluralidad de ordenamientos y problemas regulatorios y de conflictos inter ordinamentales cada vez más importantes. Imposibilidad, por tanto, de identificar, ordenar, aplicar y por supuesto acatar esta masa legislativa desordenada y creciente.

El problema básico es que no solamente crece la cantidad de las leyes. Crecen también el resto de las fuentes normativas de cualquier tipo, en un proceso en el que la cantidad guarda una relación inversa con la calidad. Las normas se superponen y acumulan sin que se registren prácticamente procesos de integración y sistematización normativa. Los esfuerzos de recodificación no pasan por ahora de intentos incipientes de recuperar un equilibrio tal vez definitivamente perdido.

Una rápida revisión de la materia a examinar (28) registra leyes sustantivas, de transposición de directivas ya sea normativas o de *soft law*, leyes modificativas, leyes singulares, leyes temporales, leyes “ómnibus” multipropósito, leyes “paquete”, leyes “motorizadoras”. Hay también “leyes medidas”, “verdaderos actos administrativos”, leyes de principios, leyes programáticas, leyes de objetivos, de resultados, de directivas o de recomendaciones. Y lo que es más importante, leyes muchas veces “manifiesto”, leyes “panfleto”, disposiciones meramente programáticas, de muy problemático y

(28) Ver al respecto la descripción de la materia legislativa contemporánea en la compilación Técnica Legislativa. Memento Practico Francis Lefebvre. (2016-2017. Madrid: Francis Lefebvre/El Derecho, 2016, cap. II sobre los problemas del ordenamiento y la calidad de las normas).

aun imposible cumplimiento, leyes carentes de medios o de recursos que permitan su aplicación. Leyes espectáculo, leyes pirotécnicas.

En el conflicto entre poderes destaca también la presencia de las leyes “intrusas”, leyes que se introducen en un cuerpo normativo de contrabando, para lograr un status normativo intersticial, al que de otro modo sería políticamente imposible acceder.

Una ancha franja de nueva legislación tiene que ver con decretos legislativos y decretos-leyes, expresión del protagonismo de las funciones gubernativas de los tres poderes: el Ejecutivo, en un rango eminente y también los parlamentos y aun el poder judicial. Se generalizan las leyes singulares, que amenazan la continuidad de las notas del carácter abstracto, general e igualdad de las leyes.

Las leyes son cada vez más extensas y superabundante indica bien Chevallier que esta inflación normativa responde a un doble efecto, desde la oferta y desde la demanda (29).

Desde la *oferta* del sistema regulatorio cabe observar la proliferación de actores institucionales que ejercen atribuciones y pretensiones normativas, la fragmentación de las ramas del derecho y la primacía creciente de dimensiones internacionales y transnacionales. Prolifera, por otra parte, la legislación “programática”, “leyes panfleto” o leyes “proclama” carentes de otro propósito que el de la declaración de buenas intenciones, sin una voluntad real de regulación responsable.

Desde la *demanda* del sistema regulatorio priman, en cambio, las demandas propias y expresivas de un tiempo que reivindica, a través del derecho, zonas cada vez más amplias de ciudadanía. En el contexto de una “sociedad del riesgo”, las exigencias de nuevas y mayores regulaciones son constantes y alcanzan a todas las esferas de la existencia social, incluso aquellas que en la tradición de Occidente quedaban hasta no hace mucho fuera del alcance de la acción estatal.

La flexibilización de la regulación jurídica es acaso el proceso más definitorio de los cambios profundos del sistema regulatorio. La imagen moderna del derecho entendido como un orden unitario e imperativo de las conductas, asistido por la nota de coercibilidad se ve superado por un derecho cada vez más flexible —*souple*—, es decir, a la vez flexible, manejable, dócil, sumiso, acomodable, complaciente y acomodaticio (30).

(29) Cfr. CHEVALLIER, J., op. cit., págs. 96 y ss.

(30) Tal la expresión de CHEVALLIER, J., op. cit., págs. 122-125.

Los textos normativos señalan más bien fines, objetivos, metas, directivas que convocan a la adhesión más que a la sumisión. El margen de discrecionalidad de los ciudadanos es amplio y la regla es más bien un estándar negociado en función de las posibilidades de implementación de lo acordado. Por una parte, se trata de un derecho *doux* o *soft* —dulce, suave, sumiso, desprovisto de dimensiones prescriptivas terminantes—. Por otra, las regulaciones exhiben una textura *flou* (31), es decir vaga, diluida, vaporosa, borrosa, imprecisa. Los principios y estándares utilizados optan deliberadamente por la imprecisión y sus ventajas de cara a una aplicación necesariamente polivalente, en el marco de niveles de discrecionalidad cada vez más abiertos y autónomos. De ahí que el derecho sea, al mismo tiempo *mou* —blando, tierno, suave, tierno, muelle, moldeable—. Las normas jurídicas se interpenetran con las normas técnicas, adquiriendo su relatividad y variabilidad. Es la era de la *legerete* —ligereza— descrita magistralmente por Gilles Lipovetsky (32).

c) *Viejas y nuevas formas de pluralismo jurídico*

El advenimiento de nuevas formas de pluralismo jurídico, sobrepuestas y contrapuestas a formas tradicionales es otro dato fundamental que contribuye a explicar la declinación actual de la concepción tradicional de la legislación.

La “internormatividad” o multiplicación de instancias normativas que se articulan de un modo cada vez más complejo e interdependiente, licuando los perfiles originarios propios de lo jurídico, lo técnico y lo ético. Del derecho “sólido”, propio de los ordenamientos fuertemente jerarquizados del Estado-Nación y su monopolio exclusivo y excluyente de la coacción y la fuerza pública, se pasa a la idea contemporánea de un derecho “soluble, propio de la realidad actual de una “gobernanza” sin gobierno, en la que el derecho opera más bien como un factor de arbitraje, ponderación y ordenamiento racional de relaciones cambiantes basado en la razonabilidad de sus disposiciones (33), pasando por estadios diversos de derecho “flexible”.

El derecho legislado es así una sustancia que tiende a desmaterializarse, que evoluciona y se adapta miméticamente al escenario de una sociedad

(31) DELMAS MARTY, M., “Le relatif et l’universal. Les forces imaginantes du droit”, *cit.* 53- 114.

(32) LIPOVETSKY, G., “De la ligereza”, Anagrama, Madrid, 2016.

(33) BELLEY, J.G. (Ed.), “Le droit soluble. Contributions québécoises a l’ étude de l’internormativité”, LGDJ, Paris, 1996. Para la idea de gobernanza sin gobierno, ver sobre todo ROSENAU, J.N. y CZEMPIEL, E-O., “Governance without government: order and change in World Politics”, Cambridge University Press, Cambridge, 1998 y un conjunto valiosas aplicaciones de la idea en HEWSON, M. y SINCLAIR, T.J. (Eds.) *Approaches to global governance theory*. N. York: State UNiversity of New York Press, 1999; FERRARESE, M.R., “La governance tra politica e diritto”, Il Mulino, Bologna, 2010.

cada vez más compleja y dinámica en la que las características de estabilidad de la ley pasan a ser rasgos casi contraproducentes. La sociedad se despoja de ciertos rasgos materiales definitorios para la visión clásica de la Teoría del Estado —territorio, población, etnia, recursos, infraestructuras básicas, patrimonios históricos, etc.— y se concibe a sí misma como un campo de fuerzas y energías psíquicas en competencia.

Con el avance tecnológico, las formas actuales de la regulación legislativa pierden fijeza y rigidez para adaptarse modo constante a los cambios en la materia regulada (34).

El derecho se disuelve en la sociedad y desde esta perspectiva puede ser definido como un mecanismo y generalización y administración congruente de expectativas sociales, que a su vez tienden a expandirse y diversificarse exponencialmente en una dinámica creciente de pluralismo e individuación. Fenómeno a su vez conectado con la crisis de la representación, el incremento en la participación, según una ley general de autonomía creciente de individuos y grupos sociales.

En una era de hiperregulación, tienden a afirmarse los fenómenos de la deslegalización, la desregulación y la autorregulación. Diversas formas de *soft law* reemplazan al derecho imperativo. Priman las directivas, los códigos de buenas prácticas y los estándares derivados de mejores prácticas.

Entre las varias funciones que el derecho ha desempeñado en las sociedades humanas, hay algunas funciones o capacidades del derecho que tienen a cobrar mayor importancia. Destaca en este sentido, en primer lugar, la capacidad del derecho para fortalecer los acuerdos y consensos sociales. Ello permite el establecimiento de niveles de confianza que otorguen credibilidad a los compromisos concepciones, perspectivas o intereses en conflicto. Esta función de fortalecimiento del capital social es la que explica la importancia del derecho como factor de certificación de las relaciones jurídicas en el corto, medio y largo plazo. El derecho permite instituir compromisos efectivos y otorgar así el respaldo de la sanción a acuerdos entre intereses que en sí mismos pueden ser naturalmente divergentes.

El derecho provee a la sociedad de capacidades adicionales de coordinación. La generalización congruente de expectativas sociales otorga, en efecto, previsibilidad y seguridad en el tiempo. Más allá de las energías espontáneas de la cooperación social, el derecho opera una función de

(34) Para una visión prospectiva del fenómeno, cfr. BETANCOR, A., "Mejorar la regulación. Una guía de razones y de medios", Marcial Pons, Madrid, 2009.

reforzamiento y aseguramiento institucional. Esta función garantiza la primacía de la cooperación sobre el conflicto. Compromiso, coordinación y cooperación son así aspectos de una misma función promocional y activa del derecho. El derecho deja así de ser una simple regla de juego neutral a la que los diversos actores de la vida social tienden a adaptarse. El derecho no es solo regla abstracta, general e igual para todos: es también mecanismo activo que incentiva, premia, desalienta, castiga y promueve por sí mismo procesos de cambio. Una buena gobernanza es precisamente la que es capaz de disponer principios, reglas, procedimientos capaces de asegurar un equilibrio óptimo entre estas tres funciones complementarias entre sí. La legislación pasa a ser así un instrumento de configuración activa de este equilibrio. De allí las presiones sociales que tienden a otorgarle nuevas y cada vez mayores contenidos y funciones, que desbordan el marco de las concepciones originarias de la modernidad.

Estas presiones sociales no son, por supuesto, nuevas ni exclusivas de la sociedad actual. Como bien indica un reciente informe internacional, el fenómeno del “pluralismo jurídico” —la coexistencia de múltiples sistemas legales, entendidos como marcos normativos formales e informales, dentro de una comunidad o de un espacio sociopolítico determinados— ha estado presente a lo largo de la historia y subsiste hoy en día tanto en países en desarrollo como desarrollados (35). En el mundo actual, los sistemas jurídicos altamente evolucionados coexisten con sistemas jurídicos menos desarrollados, determinando un escenario irreductible a toda simplificación. Los sistemas jurídicos consuetudinarios —explica el informe citado— reflejan las estructuras de poder y los valores dominantes de las sociedades en las que están insertos y por tal motivo, a menudo no se ajustan a los parámetros básicos referidos a la ausencia de discriminación, los derechos y el debido proceso considerados como esenciales por los sistemas más desarrollados. La medida en que los usuarios locales los consideran legítimos y eficaces es una cuestión empírica y relativa en función de las alternativas disponibles.

(35) Cfr. Governance and the Law. World Development Report 2017. BANCO MUNDIAL. Washington DC, 2017, pág. 14. “Las formas modernas del pluralismo legal tienen origen en el colonialismo, a través del cual se establecieron sistemas legales occidentales para los colonos, pero se mantuvieron los esquemas tradicionales para la población indígena. Como muestra un amplio conjunto de documentos, el derecho tradicional o consuetudinario sigue dominando la regulación social, la resolución de disputas y el manejo de las tierras en África y en otras partes del mundo en desarrollo. En algunos casos, el derecho consuetudinario, en el que se incluyen diversas formas institucionales tradicionales e híbridas para la resolución de disputas, está formalmente reconocido e incorporado en el sistema legal, como en Ghana, Sudáfrica, Sudán del Sur, la República del Yemen y varios Estados insulares del Pacífico. En otros casos, dichas formas continúan constituyendo el modo principal de ordenamiento social y resolución de disputas puesto que no se dispone de sistemas estatales percibidos como legítimos y eficaces, como en Afganistán, Liberia y Somalia”.

Otra fuente de pluralismo normativo menos visible, pero de gran influencia en la actualidad son las propias normas sociales que logran vigencia más allá de su recepción en el plano normativo. Es decir, las reglas de conducta y actitudes sociales generalmente aceptadas dentro de un grupo determinado, con cierta conciencia de su conveniencia o aun obligatoriedad. Así, por ejemplo, las normas sociales derivadas de grupos comunitarios o de identidad, de asociaciones profesionales, poderes corporativos, prácticas empresariales o aun acuerdos de mutua “protección” como las que tienden a generalizarse impulsos de la corrupción. La generalización de acuerdos sociales infra y supra legales regulan hoy la mayor parte de las conductas y relaciones sociales. En sociedades cada vez más complejas, se diría que el alcance del derecho formal se ve cada vez más restringido.

Las formas de derecho no formal configuran así un “derecho vivo” de vigencia indiscutible, cualquiera sea el nivel de asistencia que pueda prestarle la fuerza de la coacción estatal. Las normas sociales constituyen un modo fundamental de posibilitar transacciones sociales y económicas, puesto que coordinan las expectativas de las personas e instituciones tanto públicas como privadas, acerca de la forma en que los demás previsiblemente actuarán. Las sanciones sociales, como la deshonra y la pérdida de la reputación o, en algunos casos, la violencia socialmente aprobada son un instrumento muy poderoso para inducir la cooperación y prevenir lo que se considera comportamiento antisocial o anormal. Gran parte de la confianza y la desconfianza de la sociedad hacia las instituciones formales como la legislación o la jurisprudencia de los tribunales operan según este mecanismo.

Una fuente adicional de pluralismo normativo radica en la interconexión del mundo de hoy, en la que una multitud de actores gubernamentales, multilaterales y privados establecen y difunden normas sobre una amplia gama de transacciones y conductas. “Con frecuencia creciente, las experiencias locales en relación con el derecho se ven influidas por estas interacciones más generales, que abarcan ámbitos tales como el comercio, el empleo, el medio ambiente, los recursos naturales, las instituciones financieras, la administración pública, la propiedad intelectual, las adquisiciones, la regulación de los servicios públicos y los derechos humanos. Dichas interacciones pueden adoptar la forma de contratos y tratados internacionales vinculantes (normas imperativas) o de parámetros de cumplimiento voluntario y principios orientadores (*soft law* o normas no vinculantes)” (36). Estas fuentes de normatividad suelen tanto reforzar y complementar las leyes estatales o bien invalidarlas

(36) Governance and the Law, cit., pág. 14 y en general Cap. 9.

o derogarlas, compitiendo con ellas en la regulación de los espacios públicos y privados.

El derecho deviene así más bien respuesta estratégica, nutrida de enunciados programáticos y fórmulas promocionales. A la regulación asistida por la coacción sucede la regulación por incentivos, las estrategias de persuasión, los estímulos fiscales, las estrategias de fomento, las subvenciones, los prestamos temporarios.

A un mundo de reglas sucede un mundo de expectativas alentadas por estrategias de premiación. Es un sistema caracterizado por multiplicidad de ámbitos, de fuentes, de niveles y de mecanismos alternativos de disciplina de la conducta social.

d) Judicialización de la experiencia jurídica

Una de las principales consecuencias de la quiebra del paradigma moderno de la legalidad es la apertura de un proceso de desequilibrios en la estructura institucional de la gobernanza, es el incremento exponencial de la litigiosidad y de sus diversas consecuencias asociadas. Entre ellas, el protagonismo político creciente de los jueces.

En contexto de desestructuración de los ordenamientos jurídicos, los desacuerdos pierden posibilidades de resolución institucional. Sin reglas e instancias arbitrales socialmente reconocidas la tarea de ordenarlos y fijarlos en el tiempo con pretensiones de estabilidad se hace cada vez más difícil. El conflicto se potencia y la intervención de la justicia deviene una estrategia necesaria, casi inevitable, tanto para las partes como para la propia sociedad. El activismo judicial emerge así como una consecuencia casi inevitable del vacío institucional, la ausencia de reglas y de criterios socialmente aceptados de resolución de las controversias.

Los poderes legislativos aparecen, a ojos de una sociedad cada vez más demandante de soluciones, como estructuras incompetentes, sumidas en sus propias contradicciones internas y, por lo tanto, incapaces de garantizar las funciones básicas de la legislación. Su ignorancia de los hechos va a pareja a la imagen de que sus conflictos políticos se anteponen a cualquier otra lógica y que los intereses particulares que los condicionan en sus decisiones, se imponen sobre el interés general. La idea de que el legislador responde a la política y de que la política padece un vacío de sentido tiene como consecuencia lógica el vaciamiento de la confianza en la institución legislativa.

De allí la demanda creciente de más y mejor justicia. El vacío de legitimidad de la función legislativa y la presión de una intervención reparadora

por parte de terceros neutrales al conflicto político es una primera explicación del protagonismo creciente de los poderes judiciales en los procesos de determinación del derecho. Pocos sostendrían hoy la idea de que “los jueces no crean derecho”, principio general que fue eje debate en la teoría jurídica del siglo XX. Los debates que hoy se generan son en buena medida similares a los que se vivió en la Europa de entreguerras y que genero la expansión del decisionismo como doctrina dominante.

Los datos no admiten dudas y desafían las categorías científicas recibidas. De hecho, los jueces intervienen, debaten, diseñan escenarios de resolución de conflictos, resuelven, distribuyen, compensan, premian, castigan, incentivan, subsidian. Construyen soluciones normativas que se imponen como nuevas normas y criterios de resolución de conflictos futuros.

Son los escenarios de actuación del derecho, tanto legislado como jurisprudencial los que han cambiado, generando ocasiones y posibilidades al ejercicio de nuevas y más importantes funciones en la sociedad. Baste una enumeración sucinta: nuevas instancias de acceso al derecho y al servicio de justicia; quiebra de las jurisdicciones nacionales, generalización de nuevas formas de composición de intereses y de resolución arbitral de conflictos; importancia creciente de la doctrina judicial en función de la consolidación de los principios del *common law*, a impulsos de procesos de hibridación y “prestamos” culturales.

En un mismo sentido, la descripción de la situación actual impone reconocer fenómenos tales como la transformación en los principios clásicos de legitimación activa, las nuevas formas de protección de intereses difusos y acciones de clase. Emerge así una sociedad cada vez más “contenciosa”, en la que resulta a su vez natural la demanda social de garantías de debido proceso, tanto sustancial como adjetiva y aplicación a campos muy diversos de la actividad estatal y de la propia vida social, incluida el propio derecho penal (37).

De allí el avance del poder judicial sobre las llamadas cuestiones políticas y la expansión de la justiciabilidad de todos los conflictos. Participación a su vez también creciente de la función judicial en procesos y actividades en otro tiempo reservadas a la legislación. La mayor parte de la nueva legislación ya no surge de iniciativas legislativas sino como consecuencia de procesos de implementación e interpretación con origen en la Administración o en el poder judicial (38).

(37) KELMAN, M., “Interpretive construction in the substantive criminal law”, en 33 Stanford Law Review (1981), págs. 591 y ss.

(38) MANNING, J.F. y STEPHENSON, M.C., “Legislation and regulation”. N. York Foundation Press, 2010, pág. 2.

Se despliega así una demanda creciente de derechos, como resultado de la consolidación de la cultura política y jurídica propia de procesos de movilización cognitiva de las sociedades actuales, presiones hacia una democratización integral y crisis correlativa de la representación republicana y el principio de división de poderes (39).

e) Crisis de la idea de Estado de Derecho

En un contexto como el expuesto, resulta natural la creciente puesta en tela de juicio de muchas de las ideas recibidas a propósito de lo que debe entenderse como Estado de Derecho (*Rule of Law*), entendida en su sentido primigenio de “gobierno de las leyes por sobre el gobierno de los hombres”; precipitada por el conflicto abierto entre, por un lado, la lógica de la liberalización política propia de los procesos de apertura política y, por otro, la lógica de la emergencia económica y política en contextos de democracias inestables (40).

La ampliación de la esfera del derecho no legislado tiende a incrementarse. La crisis del Estado de Derecho afecta una de las presuposiciones básicas de la idea moderna de las relaciones entre derecho y economía. La economía reconoció como uno de sus presupuestos básicos el de que las instituciones y la ley garantizaban la vigencia del sistema. La teoría de la legislación, de las obligaciones y contratos o de la responsabilidad eran tan importantes como el derecho penal, el derecho mercantil o incluso el propio ordenamiento constitucional.

El derecho pasa así a ser visto como un sistema de administración y gestión de expectativas. Lo cierto es, sin embargo, que este presupuesto tiende a verse superado. Si se excluye un conjunto reducido de países avanzados, en una mayor inmensa de países y en la parte más sustancial de la economía mundial, tal supuesto ha perdido vigencia. Un informe reciente remarca el hecho de que ya en el año 2000, las cortes y tribunales de la India registraban 25 millones de causas pendientes de resolución, precisamente en vísperas de una explosión de la litigiosidad, derivado del paso del país al primer nivel de la economía mundial (41). Lo propio ocurre en China, en Europa Oriental y en países importantes del Sudeste asiático.

(39) Cfr. TRÄGARDH, L.: (Ed.), “After national democracy. Rights, law and power in America and the new Europe.” Oñati: Hart Publishing, 2004, espec. Cap. 7.

(40) Para una visión de conjunto de las transformaciones de la idea de de *Rule of Law* y su incidencia en el cambio de perspectivas acerca de la división de poderes, cfr los ensayos contenidos en BELLAMY, R. (Ed.): *The Rule of Law and the separation of powers*. Aldershot : Ashgate/ Dartmouth, 2005. Asimismo, COGLIANDRO, G., “Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto”, Giuffrè Editore, Milan, 2012, 291-353.

(41) DIXIT, A.K., “Lawlessness and economics. Alternative modes of Governance.” Princeton University Press, 2004, pág. 6.

En la mayor parte de los países emergentes —y la Argentina es un caso casi paradigmático— el Estado ha dejado hace tiempo de proveer las funciones básicas del sistema de legislación y justicia, y sectores fundamentales de la vida económica funcionan bajo condiciones de emergencia legal difícilmente superables.

La importancia de los acuerdos privados a largo plazo, las cartas de intención, los “partenariados” público-privados, los mecanismos de composición de conflictos, el arbitraje, las redes sociales para la diseminación de información, el *outsourcing* de registros públicos y funciones básicas de la regulación y el control de la economía han pasado a ser realidades insoslayables.

Nada indica que este eclipse del derecho legislado esté de hecho incidiendo de un modo negativo en la explosión de crecimiento de muchas economías. En algunos casos ocurre incluso todo lo contrario. El proceso de creación de nuevas instituciones y aparatos de derecho y el mejoramiento gradual de los mismos hasta niveles acordes con la complejidad de los desafíos actuales del crecimiento constituye para muchos una tarea de rentabilidad dudosa, a la luz sobre todo de los equilibrios y acuerdos sustitutivos que se abren como alternativas ante la crisis.

Por otro lado, se acentúa como lógica consecuencia la crisis en la fidelidad que los actores del sistema institucional sienten hacia una sociedad que les da la espalda y les plantea exigencias desmesuradas en función de las capacidades instaladas del sistema de justicia. Se genera así un círculo vicioso, en el que la falta de confianza en el sistema alienta presiones sobre el mismo que, a su vez, condicionan una baja en la performance del mismo, retroalimentando a su vez nuevas razones para la sospecha y la falta de compromiso en el sistema. La confianza promueve la cooperación y, a la inversa, su quiebra condiciona sentimientos de egoísmo e individualismo social.

El resultado es un desafío abierto a la soberanía e la ley entendida como expresión de la voluntad general y la afirmación del decisionismo judicial entendido como instancia de última y su control sobre la totalidad del sistema de fuentes.

IV. Metamorfosis y transfiguración de la legislación

Más que de un ocaso de la idea tradicional de legislación cabría hablar de un proceso de metamorfosis y transfiguración de muy problemático final. La gestión política de los procesos recurrentes de ajuste y estabilización tanto política como económica ha obligado a las instituciones a transitar la senda del cambio desde la perspectiva de las ideologías fundamentalistas a un cierto instrumentalismo pragmático.

Las instituciones de la Constitución afrontan una verdadera revolución desde la demanda. El sistema ha iniciado una verdadera mutación. Ya no cuenta tanto la *oferta* del sistema institucional. Lo que impulsa y determina el sentido de los cambios en marcha es la *demand*a creciente y desbordada de parte de una ciudadanía cada vez más informada, educada, autónoma, escéptica e impaciente.

En una sociedad en la que declinan las lealtades tradicionales, crece la desconfianza y pierden importancia los compromisos permanentes, no es extraño que el equilibrio entre poderes e instituciones entre en crisis. Tampoco lo es el hecho de que el vacío que ha quedado abierta tienda ser ocupado de hecho por otros actores sociales centrales en el contexto de las "democracias de opinión".

Un análisis las causas de esta situación, sugiere un conjunto de interrogantes que nutren la agenda futura de la teoría política y constitucional.

Una primera causa está sin duda en la propia complejidad del fenómeno jurídico. Las leyes no avanzan porque la ignorancia de los hechos es función de la complejidad de las materias normadas. La mayor parte de las cuestiones que originan los grandes debates públicos son cuestiones que desbordan la capacidad y comprensión del ciudadano común y la propia competencia técnica y política de los legisladores.

Una segunda causa reside en el hecho de que la propia capacidad del derecho para sostener sus preceptos tiende a reducirse. El derecho carece de los medios, los tiempos y las herramientas capaces de atender los costos sociales y económicos de las soluciones que propugna.

De allí el recurso cada vez más frecuente en la política actual al método de la prueba y el error. Las soluciones que se propugnan son tentativas, sometidas a mejor opinión de quienes las impugnan a un proceso de rectificación y ratificación condicionado por los impactos y efectos de las soluciones propugnadas (42).

Una tercera causa reside en el hecho de que las normas afectan intereses diversos y con frecuencia contradictorios. El derecho pierde facultades y posibilidades de arbitraje social. Ninguno de los intereses en conflicto puede ser menospreciado. En el mecanismo de decisiones parlamentarios, los votos importan exactamente lo mismo que los vetos. Las expectativas públicas y la presión ciudadana bien a agregar un importante componente

(42) El procedimiento de prueba y error no es por cierto muy diferente del mecanismo de fijación de los precios en los productos de consumo masivo de alta rotación. Se fijan los precios y se aguarda la reacción de los consumidores, en función de la cual se reajustan hasta e limite en que resulta viable el nivel de precios que pretende establecer.

adicional. Hay una nueva forma de legitimación de las decisiones, determinada por la capacidad efectiva de dar respuesta a las necesidades de los destinatarios de las soluciones.

Más allá de estas causas, referidas a distorsiones del fenómeno jurídico inducidas por cambios en la naturaleza del fenómeno jurídico y de los procesos políticos de producción de las normas, cabe señalar una causa de fondo, atinente a la propia naturaleza del derecho en el contexto de la globalización y en particular de la aceleración del desarrollo.

Bajo estas condiciones, *el derecho es una materia cada vez más contingente y eventual*. La contingencia forma parte de la normalidad y no de la excepcionalidad de la ley, lo cual transforma profundamente las visiones tradicionales de la seguridad jurídica.

La ley es la fuente normativa que más sufre el impacto tanto de la coexistencia con una pluralidad de ordenamientos diversos y cambiantes, en un marco de cambio constante (43). El proceso de “deslegalización” no responde a una pérdida de confianza en el “valor y fuerza de ley” tradicional sino en el desenvolvimiento de zonas enteras de la legislación en la que resulta forzoso aceptar a los reglamentos una capacidad para derogar disposiciones legislativas previas. La proliferación de reglamentos-delegados en materias en las que incide decisiva y permanente el cambio tecnológico es un dato central que menoscaba el papel tradicional de las leyes y los procesos parlamentarios. Campos como las tecnologías de la información y la comunicación, la actividad financiera y bancaria, los transportes, la industria de medicamentos incluyen en las regulaciones internacionales la necesidad de establecer específicamente la capacidad de los Estados y agencias administrativas de adecuar las regulaciones al cambio de las normativas internacionales, lo cual puede verse como expresión de un reflejo casi automático de adaptación a las características propias de la materia legislada.

Otro factor de pareja importancia es sin duda la pluralidad y heterogeneidad de los ordenamientos normativos. El sustrato de pluralismo jurídico que presentan regímenes constitucionales inspirados en la tradición federalista como es el caso de la mayor parte de los países de América Latina tiende a presionar sobre el sistema de fuentes. Se trata, efectivamente, de sistemas constitucionales híbridos, nacidos de una convergencia de influencias histórico-políticas y culturales complejas, donde el ingrediente

(43) En particular sobre la importancia del factor de contingencia en la legislación contemporánea, cfr. SANCHEZ BARRILAO, J.F., “De la ley al reglamento delegado. Deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes”. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, espec. págs. 21-32.

de la tradición hispánica, la influencia de la codificación moderna coexistió con la receta constitucional adaptada de la revolución americana. La relación entre todos estos ingredientes ha sido compleja y conflictiva y suministra muchas explicaciones acerca de la problemática de la ley y la cultura de la legalidad en los países del continente. Bajo circunstancias de fuerte estrés institucional y fragmentación de las estructuras del poder y la representación política, los fragmentos de esta tradición política compleja tienden a manifestarse, con una dinámica centrifuga.

En América Latina es notable la proliferación de formas alternativas de derecho legislado orientado por propósitos divergentes entre sí, no siempre acordes con las finalidades propias de la legislación. M. García Villegas ha notado con acierto que “es frecuente que el derecho en América Latina no sea creado para ser eficaz o por lo menos no lo sea de manera prioritaria. Existe una difundida práctica institucional que consiste en crear normas para satisfacer necesidades institucionales de legitimidad más que para lograr propósitos instrumentales. A veces las normas jurídicas son ineficaces en términos instrumentales, dado que ellas apuntan a cumplir propósitos distintos de aquellos que se desprenden de la lectura espontánea de sus textos. En tales casos, la falla legal es menos una disfunción técnica que un resultado deseado. Otros hechos tienen origen en la sociedad: en ocasiones la ineficacia del derecho está ligada a la existencia de condiciones sociales de tipo cultural o económico que afectan la permanencia misma del sistema legal” (44). Bajo estas condiciones, el derecho legislado deviene proclama de redención social, manifiesto, programa y panfleto, lo cual erosiona y degrada su fuerza legitimadora de los procesos, dinámica y actores de la función legislativa.

La matriz de esta cultura de la legalidad es compleja y ha dado lugar a una extensa discusión (45). Baste por el momento señalar, coincidiendo

(44) Cfr. GARCIA VILLEGAS, M. (dir.), “Normas de papel. La cultura del incumplimiento”, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.

(45) Sobre todo, además de GARCIA VILLEGAS, M. (Dir.), “Normas de papel. La cultura del incumplimiento”, cit. e “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento”, en RODRIGUEZ GARAVITO, C. (coord.), “El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI”. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, págs. 161- 184; LAPORTA, F. J., “América Latina: problemas de vigencia y aplicación del derecho”, en CRUZ MORATONES, C., FERNANDEZ BLANCO, C. y FERRER BELTRAN, J. L., “Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica”, Marcia Pons, Madrid, 2015, págs. 59- 92. Cfr. además ARAUJO, K., “¿Se acata, pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina”. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2009. Sobre la noción utilizada de “Cultura de la legalidad”, ver más ampliamente los ensayos incluidos en VILLORIA MENDIETA, M. y WENCES SIMON, M. I., “Cultura de la legalidad. Instituciones, procesos y estructuras, Catarata. Madrid, 2010. En general, ZULETA PUCEIRO, E., “Elementos de Teoría del Derecho. Materiales para su estudio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, Cap. VII. Sobre el debate en torno a la cultura de la legalidad, cfr.

con García Villegas, que el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas que un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política. El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se intenta compensar parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación (46).

Por lo general, las visiones constitucionales ortodoxas soslayan la importancia de esta matriz histórico-cultural profunda, en la ley es un producto híbrido que, a la vez que opera como un instrumento de disciplina y planificación social, se erige en un instrumento de cuestionamiento del orden establecido. Prefieren denunciar la persistencia de percepciones y actitudes populares reactivas a la civilización constitucional, expresivas de la “barbarie” de las culturas políticas tradicionales, profundizadas por una psicología institucional que se supone débil y poco preparada para afrontar los desafíos de la vida republicana. Desde ambos puntos de vista, la ley como plan político y la ley como instrumento de resistencia y protesta, gobernar es legislar. De allí que el debate en torno a la ley es en realidad un debate en torno a la política y el gobierno. La ley no es respetada porque exista una supuesta anomia social, anclada en deficiencias culturales de la ciudadanía. El hecho básico es mucho más simple y directo: la ley no es respetada porque no siempre es respetable, en la medida en que expresa intereses sectoriales y políticos, no siempre confesables, expresados en el tipo de transacciones que se producen a lo largo del trámite de su producción política (47). Los procedimientos de formación de la ley poco tienen de ejemplares. Mal pueden por lo tanto inspirar respeto una presunción de legitimidad que justifique e inspire *prima facie* las tres funciones básicas del derecho: compromiso, confianza, coordinación y cooperación.

(46) ZULETA PUCEIRO, E.: “Cultura Constitucional: un conflicto de valores” en VVAA: Estudios de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Instituto de Derecho Constitucional, 2016, págs. 245- 270.

(47) Para un estudio de las condiciones históricas bajo las cuales se origina y afianza esta cultura de la legalidad, en el caso argentino, cfr. los ensayos reunidos en FRADKIN, R.: La ley es tela de araña. Ley, justicia y sociedad rural en Buenos Aires, 1780-1830. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009, en especial de Raul Fradkin y Gladys Perri. El género de la poesía gauchesca de la época abunda en imágenes y metáforas que han quedado fijadas en la cultura política popular en la mayor parte del continente.

V. Los límites de las instituciones

En este punto cabe plantear una cuestión fundamental. ¿Fracasan el derecho y las instituciones o más bien simplemente llegan al límite de sus posibilidades en un tipo de sociedad de extremada complejidad, alerta y suspicaz ante los procesos de modernización institucional, que reacciona y rechaza el orden establecido y que más bien demanda instancias nuevas de resoluciones de sus conflictos o contradicciones? Sociedades en las que una adhesión a la democracia convive con un cuestionamiento a la justicia, a los legisladores o a los ocasionales representantes de la voluntad popular —partidos, sindicatos, organizaciones empresarias y sobre todo medios de comunicación—.

Desde esta perspectiva cabría sostener que no son necesariamente las instituciones las que fracasan. Simplemente, revelan sus límites sociales y su impotencia para responder a demandas y objetivos sociales que las trascienden. Una sensación difusa impregna actitudes sociales muy extendidas, que demandan a las instituciones la resolución de problemas vinculadas a objetivos de igualdad, libertad, participación y representación todavía inacabados. No basta con proclamar derechos si quienes lo hacen, tanto desde el gobierno como desde la sociedad, carecen de una noción clara de que los derechos implican siempre deberes sociales que unos y otros parecen muy poco dispuestos a respetar.

La consecuencia de reconocer estos límites de la cultura de la legalidad establecida es muy clara: implica hacerse cargo de que es la propia sociedad la que debe afrontar y resolver los problemas. No le basta, en efecto, con trasladarlos —o más bien delegarlos— a quienes gobiernan. Los instrumentos básicos de la intervención jurídica en la sociedad, es decir el derecho legislado, la soberanía estatal, las formas tradicionales de la representación democrática, las instituciones del Estado de Derecho requieren hoy algo más que confianza abstracta, representación, mandato y delegación. Exigen también y cada vez más involucramiento real, capacidad institucional, decisión de “hacerse cargo” por parte de los actores de las decisiones públicas y, sobre todo, compromiso participativo.

Algunas de las limitaciones que suelen imputarse a las instituciones son casi inherentes a su propia naturaleza (48). Resultan por lo tanto difíciles si no imposibles de corregir a través de ingenierías institucionales “desde

(48) Baste como ejemplo pensar en la demanda a la judicatura de un rol decisivo en la prevención del crimen y la violencia, tema central en la agenda pública de las democracias actuales. Los jueces no pueden ir más allá de los límites propios de la jurisdicción, por más que desde posiciones activistas se pretenda erigir a los jueces como sucedáneo del resto de las instituciones.

arriba”, que muchas veces terminan produciendo efectos exactamente contrarios a los deseados.

En otros tiempos, esta brecha entre expectativas y posibilidades generó reacciones anti políticas que terminaron por deslegitimar las bases del propio sistema democrático. En la actualidad, sociedades más informadas y experimentadas en ese tipo de procesos y consecuencias han dejado de exigir a las fuerzas políticas, los representantes, jueces y tomadores de decisiones gubernamentales respuestas que no pueden o incluso no deben proporcionar, en la medida en que se refieren a funciones para las que no están preparados ni habilitados y que dependen, por tanto, de otros actores, instituciones, sectores responsables o de la sociedad misma en su conjunto. La tentación del populismo se mantiene sobre la base de esta resistencia latente, que puede en ciertas circunstancias, activarse políticamente a través de una política de confrontación y polarización social. Se les exige a las instituciones respuestas que están, casi por definición, fuera de su alcance. Ello exige plantear con seriedad la cuestión si frente a los desajustes sistémicos de una era de derechos colectivos no corresponde hacerse cargo de las exigencias de un nuevo tiempo: el de los deberes colectivos (49). Un tiempo de integración de derechos deberes e instituciones capaces de orientar el orden jurídico hacia objetivos de cooperación y consolidación del bien común.

La noción de “Buen Gobierno” opera en este campo como una primera premisa fundamental para la reflexión en torno a las posibilidades de un consenso social en torno a los contenidos y objetivos de la acción a desarrollar. Una evidencia comparada abrumadora sugiere, en efecto, que los regímenes capaces de establecer y garantizar acuerdos de cooperación y coparticipación en el poder tienen mejores posibilidades de sostener los niveles de calidad institucional de la democracia (50).

Es en este contexto que se despierta un interés renovado por la calidad de los instrumentos del derecho legislado, definida no tanto a partir de principios abstractos de buenas prácticas, sino de claras exigencias de legitimación a partir de los resultados, medidos, monitoreados y evaluados por la propia sociedad.

(49) Idea magistralmente desarrollada por HERNANDEZ GIL- A. CIENFUEGOS, A., “La edad de los deberes. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.” Madrid: RAJL, 2013. Cfr. asimismo el planteamiento general de FONTANA, S., “Per una política dei doveri. Dopo il fallimento della stagione dei diritti”. Siena: Edizioni Cantagalli, 2006, espec. caps. I y VI.

(50) Cfr. los estudios presentados por NORRIS, P., “Driving democracy”, cit. Asimismo, DALTON, R.J., “Democratic challenges, democratic choices. The erosion of political support in advanced industrial democracies”. Oxford: Oxford University Press, 2007, espec. caps. 3, 7 y 8.

La mayor parte de las iniciativas actuales por rehabilitar la importancia y la calidad de la legislación se sitúan en esta perspectiva.

Implican una reacción frente a la exacerbación de los procesos de deformación y ruptura de la matriz tradicional de la teoría y técnica de la legislación. La ley ha dejado de ser única, general, abstracta, sencilla, completa, sencilla y concisa. Más bien todo lo contrario. De lo que se trata es de recuperar a través de una técnica neutral el control de su producción. En este sentido, la producción legislativa ofrece un insumo de características y funcionalidades similares a la de los modelos de calidad y mejora continua. Su aplicación, a través de estándares, directivas, recomendaciones, manuales de buenas prácticas, cuestionarios, etc. Permite introducir pautas uniformes de probada eficiencia ordenadora.

VI. La revitalización de la teoría y técnica de la legislación

Las tendencias actuales hacia una redefinición de la teoría y la técnica de la legislación parten de un reconocimiento de las nuevas condiciones que enmarcan la función legislativa y, sobre todo, de una doble toma de conciencia. Por un lado, la de que la ley no puede pretender un reconocimiento de ciertas notas que fundamentaron su presunción de racionalidad —igualdad, generalidad, omnisciencia, equilibrio, etc.—. Por otro, la de que la tarea del legislador no es solo político y si lo es, no puede pretender sustraerse de ciertos principios y reglas que la determinan. Si bien la ley es el resultado de una decisión política, su legitimidad no deriva automáticamente de la legitimidad de los títulos de quienes la producen. La ley necesita justificación suficiente, al igual que cualquiera de los actos del poder, sea en ejercicio de la función legislativa como en el caso de la ejecutiva, administrativa, gubernativa o jurisdiccional. En un Estado de Derecho, ningún acto del poder puede sustraerse a un control de legalidad y un proceso de justificación suficiente (51).

El giro en la concepción dominante acerca de la legislación tiene una explicación fundamental en la transformación contemporánea de la idea de gobierno. Observa con acierto P. Rosanvallon que “la democracia siempre se aprehendió como “régimen” y distó mucho de considerársela como un modo de gobierno específico. Lo testimonia por añadidura el hecho de que las palabras “régimen” y “gobierno” se hayan confundido

(51) Otro es el problema de un posible control de constitucionalidad de la forma y la técnica de las leyes, tema sobre el que existe un debate de muy difícil acuerdo. Cfr. al respecto, GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, P., “Técnica legislativa y seguridad jurídica. ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?”, Cuadernos Civitas/ThomsonReuters, Madrid, 2010. En general no existe acuerdo acerca de la revisión de constitucionalidad de defectos de calidad legislativa como tales.

históricamente". Así sucedía en los siglos XVIII y XIX, época de oro de la teoría clásica de la legislación, cuando el término "gobierno" se tomaba como sinónimo de "régimen", en una acepción que abarcaba tanto al Legislativo como el Ejecutivo. El problema era secundario en una primera etapa — la de la primera forma histórica de régimen democrático o sea el modelo parlamentario representativo en la cual el Poder Legislativo operaba como estructura central y dominante—. En su forma actual, el eje central pasa a ser el Poder Ejecutivo, lo cual entraña un vuelco hacia un modelo *presidencial gobernante*. La agenda central de la democracia se desplaza de los problemas de la representación a los problemas del buen gobierno. No interesan ya tanto las dificultades y obstáculos a la representación de la voluntad ciudadana como las condiciones de un gobierno legítimo, eficiente y capaz de resolver los problemas de la creciente complejidad social (52).

El dato contextual central es, en efecto, el del fenómeno de la presidencialización de las democracias, entendida como fórmula que sintetiza cambios profundos en la naturaleza y la forma de los regímenes democráticos, que se refleja en una verdadera mutación de la idea de gobierno, a la luz de la cual se impone un replanteamiento y una noción cada vez más exigente de la ideal y el papel de la legislación. El centro de interés de la teoría y la práctica legislativa no es ya el de la representatividad de la voluntad legislativa sino el de la eficiencia de la ley como instrumento legislativo y su contribución a los modernos procesos del gobierno. Buena parte del fenómeno de desencanto y pérdida de confianza hacia la ley tiene que ver no tanto con sus procedimientos como con sus capacidades efectivas para contribuir a las nuevas dimensiones del gobierno.

La noción clave es la de *gobernanza*. En una muy calificada conceptualización actual, la gobernanza "es el proceso de interacción entre actores estatales y no estatales para formular y aplicar políticas en el marco de un conjunto determinado de reglas formales e informales que moldean el poder y son moldeadas por este" (53). En esta acción rigurosamente contemporánea, el poder se define como la habilidad de ciertos grupos y personas para lograr que otros actúen en beneficio de los intereses de dichos grupos y personas, y para conseguir resultados específicos. Según el contexto el contexto social e institucional de que se trate, los actores políticos pueden establecer un *Gobierno*, entendido como un conjunto de instituciones-estructuras organizativas y reglas estatales formales que

(52) Cfr. ROSANVALLON, P., "El buen gobierno". Trad. H. Pons. Buenos Aires: Mnantial, 2015, págs. 15-20.

(53) Es la caracterización propuesta por el informe internacional Governance and the law. World Development Report 2017. BANCO MUNDIAL: Washington DC, 2017, pág. 3.

aplican y hacen cumplir las políticas. Dependiendo siempre del contexto, los actores estatales desempeñan un papel de mayor o menor importancia con respecto a los actores no estatales, como las organizaciones de la sociedad civil o los grupos de presión empresariales. El resultado es un equilibrio que se manifiesta en diferentes niveles: órganos internacionales, instituciones estatales a nivel nacional, organismos de Gobiernos locales, y asociaciones comunitarias o empresariales. A menudo, estas dimensiones se superponen, creando una red compleja y dinámica de actores e intereses (54).

Las exigencias actuales que se le plantean a la legislación son las propias de este contexto institucional. Lo importante no es ya la relación de la ley con el proceso centralizado del gobierno, sino la que se establece con la noción flexible, dinámica, cambiante, descentralizada y policéntrica de gobernanza.

Respondiendo a este desafío de adaptación, la producción de la legística —teoría y técnica de la legislación— contemporánea es ingente. Su desarrollo abarca casi todos los países importantes y de sus avances dan cuenta el número creciente de legislaciones nacionales y comunitarias que receptan los desarrollos de una doctrina que crece en sofisticación y capacidad de abarcar los fenómenos y manifestaciones actuales de legislación y la regulación sobre todo económica.

La disciplina comenzó a desarrollarse a partir de los años sesenta en Alemania y nació a impulsos de la preocupación creciente por la calidad de las normas y su impacto directo en la calidad de la gobernanza económica y social. Se orientó desde un comienzo hacia el plano de las políticas públicas orientadas a mejorar la concepción, elaboración, redacción, edición y aplicación de las normas de derecho.

La legística o técnica legislativa (55) provee conocimientos que permiten normas cada vez más correctas y eficaces. Suministra principios de buenas prácticas, proporciona directrices y desarrolla criterios para el diseño, la elaboración, el aseguramiento de la calidad y la evaluación de los impactos previos y posteriores de la legislación.

(54) *Governance and the Law*, cit. Cap. 1.

(55) De gran utilidad los trabajos de conjunto de PAGANO, R.: *Introduzione alla legistica. L'Arte di preparare le leggi*. Milán: Giuffrè, 2004; GRIMM, D. y MAIHOFER, W. (Eds.): *Gesetzgebuntheorie und Rechtspolitik*. Opladen: Westfeutscher Verlag, 1998; MORAND, c-a. (Ed): *Legistique formelle et materielle*. Marsella: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1999; SCHRECKENBERGER, W., KONIG K. y ZEH, W. (Eds): *Gesetzgebungslehre*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1986.

Desde un principio, la legística ha crecido por una doble vía: legística material y legística formal. La primera acepción se refiere a los principios y conocimientos que permiten reforzar la eficacia de la legislación; en otras palabras, la legística material trata sobre el contenido de la materia que debe ser reglamentada y determina la forma mediante la cual un problema está reglamentado o debe ser reglamentado desde el punto de vista de la eficiencia gubernativa, dejando a la segunda la preocupación sobre la forma de mejorar la comunicación legislativa durante la etapa en la que un proyecto normativo pasa a ser un texto legal (56).

El análisis se detendrá en el proceso de institucionalización de la disciplina, su recepción por parte de organismos multilaterales —tales como la OCDE, la Unión Europea— y gobiernos, y la puesta en marcha de estrategias de convergencia en la elaboración y desarrollo de estándares de buenas prácticas, que operan ya en buena medida como la base para un esfuerzo de mejoramiento general de la calidad de las normas.

Si bien es difícil una definición unívoca, cabe describir el movimiento hacia la calidad de las normas como una expresión del movimiento general hacia la mejora continua y la calidad vigentes en todo tipo de organizaciones públicas o privadas. Estas orientaciones nacen de un consenso acerca de las ventajas que ofrece la adopción de normas de buenas prácticas referidas al impacto de la legislación en la actividad de los poderes públicos y de los ciudadanos. La calidad refuerza la buena gobernanza y mantiene bajo control muchos de los procesos que suelen distorsionar la transparencia y la eficiencia de la actuación de los poderes públicos. La calidad permite, además, controlar la cantidad, la desmesura y el caos consiguiente generado por el impacto del crecimiento desordenado y anárquico de la legislación y las regulaciones económicas. La calidad se convierte así en una herramienta central para las estrategias de innovación y competitividad de los sistemas sociales.

Las expresiones del movimiento general hacia el mejoramiento de la calidad de la legislación son múltiples y solo podemos en esta instancia resumir muy sucintamente algunas de sus características, principios y realizaciones.

Particularmente, cabe referirse a algunas alternativas de gran significación para países como la Argentina, que, por carecer de una cultura profunda de la calidad, han permanecido tradicionalmente al margen del proceso de convergencia en las soluciones que se viene desarrollando a

(56) DIAZ PERILLA, V., "Calidad de la ley, técnica legislativa y eficiencia administrativa", EN 2 (2011) Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - pp. 147-163.

impulsos sobre todo de los esfuerzos de la Unión Europea por plantearse seriamente los problemas de la evaluación de calidad de la legislación y de simplificación de los ordenamientos.

La idea central es la plasmada en el proyecto internacional *Better Legislation*, impulsado por la Unión Europea, a través de la Comisión, al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, con el apoyo general de la OCDE. Este proyecto ha alcanzado acuerdos sustanciales y marcha ahora hacia nuevos objetivos, encuadrado bajo la nueva denominación de *Smart Legislación*.

Los antecedentes son múltiples, pero cabría situar el punto inicial de los modelos actuales en la decisión de la Unión Europea de avanzaren la fijación de directivas para el mejoramiento de la calidad de las leyes a través de la introducción de instrumentos de mejora continua.

Un primer hito es la reunión del Consejo en Edimburgo en 1992, sobre directrices y orientaciones de calidad en la redacción de las leyes. En 1998 se adoptó el Acuerdo Inter institucional sobre directrices comunes sobre calidad de la redacción de la legislación comunitaria. En marzo del 2000 estas directrices fueron desarrolladas a través de la “Guía Práctica común dirigida las personas que contribuyen a la redacción de los textos legislativos en el seno de las instituciones comunitarias”. La Guía fue editada en el año 2003 y fue completada con una serie de manuales y libros de estilo orientados a su aplicación práctica inmediata.

De un modo paralelo, la OCDE comenzó avanzar desde 1995 en la mejora de la regulación comunitaria, impulsando un proceso paralelo especialmente enfocado en las regulaciones económicas. Fruto de este empeño es el la *Recomendación para mejorar la calidad de la Regulación Gubernamental*, del año 1995. Un informe convocado por la UE —el ya mencionado Informe Mandelkern— realizó una serie de recomendaciones y propuestas, sobre la base del cual la Unión Europea inauguró un proceso abiertos de consultas que culminó con una serie de documentos que culminaron en la Comunicación de la Comisión de 5 de junio de 2002 titulado “*Plan de Acción: simplificar y mejorar el marco regulador*”.

A partir de su informe de 1997 sobre “*Principios rectores para la calidad y la elaboración normativa*” de 2005 la OCDE se incorporó a este proceso de convergencia, hasta convertirse en una de las principales usinas internacionales de elaboración de directivas sobre buenas prácticas normativas, incidiendo de modo notable en los países miembros y en la larga serie de países que adaptan sus economías a las condiciones fijadas por le OCDE.

En el caso de la Unión Europea debe señalarse la importancia del “*Libro Blanco sobre a Gobernanza Europea*” del año 2001, documento que puso en marcha un proceso de mejora continua de la legislación y de simplificación del ordenamiento comunitario. El modelo europeo de buena gobernanza enfatiza la importancia de procesos tales como la accesibilidad, la transparencia, la participación, la participación, la eficacia en la fijación y delimitación de objetivos, la coherencia de las regulaciones, el análisis de conveniencia y la focalización en la selección de los instrumentos más adecuados para la regulación. Este impulso se ha volcado en el apoyo a los procesos de codificación y refundición de normas, procesos de presentación y consulta pública y a los interesados y a realización de procesos continuos de revisión y sistematización de la normativa existente.

Entre el año 2003 y 2005, que son años claves en la renovación de los estilos e instrumentos de la gobernanza europea, el sistema avanzó con normativas referidas a evaluaciones de impacto, cultura de la consulta y el diálogo participativo, simplificación de regulaciones, evaluaciones *ex ante* y *ex post*, revisión de pares, etc. Algo similar a lo que ocurrió en esos años, decisivos para el desarrollo de la convergencia estadística en los países de Europa y Estados Unidos. Existe una relación estrecha entre buenas prácticas legislativas y buenas prácticas en materia de estadística pública.

Uno de los ejes fundamentales es el Programa *Better Legislation* (Legislar Mejor), tendiente a lograr un mecanismo general, participativo y respaldado por modelos de calidad y métodos de evaluación de pares entre agencias especializadas en la calidad de la legislación. Se trató un conjunto de iniciativas plasmadas en directivas consensuadas entre todos los países miembros. Conjuntamente con otros programas similares como el Programa RIA (*Regulatory Impact Assessment*) y las políticas impulsadas entre sus países miembros por la OCE, conecta con una serie de instituciones que, en su conjunto, impulsan un proceso convergente de fijación y mejoramiento sistemático de la calidad de la legislación.

Los principios inspiradores de *Better Legislation* aspiran a promover un proceso de decisiones abierto y transparente, inspirado en los avances recientes de la estrategia de “gobiernos abiertos” (*Open Government*). Este proceso se extiende asistido por la participación de ciudadanos y partes interesadas (*stakeholders*) a lo largo de todos el proceso legislativo y la implementación de una batería de herramientas de evaluación y mejora continua de los procesos legislativos, desde la fase de *drafting* legislativo, en las agencias de la Administración, hasta los diversos etapas y pasos del procedimiento legislativo propiamente dicho.

El programa propugna la evaluación del entorno condicionante de los proyectos legislativos y la realización de evaluación de impacto, tanto *ex*

ante como *ex post*. Aspira, además, a promover una participación activa de la ciudadanía, mejorando el proceso de participación y facilitando el acceso de la ciudadanía a las hojas *las hojas de ruta y las evaluaciones del impacto inicial o ex ante*, en las que las que suelen presentarse las nuevas ideas de políticas y legislación o las evaluaciones *ex post* de las políticas y normativas existentes.

Se promueve incluso el conocimiento y seguimiento público de las posibles repercusiones económicas, sociales o medioambientales de una propuesta. Ello implica la invitación a revisar los avances legislativos, tomar contacto directo con los proyectos de actos administrativos, legislativos o judiciales que añaden algunos aspectos de la legislación vigente o modifican otros (actos delegados).

Siguiendo los principios de accesibilidad, la iniciativa comunitaria apunta a que la ciudadanía se exprese. Ya sea por sí misma, a través de las estrategias de Gobierno Abierto, o a través de formas directas o semi-directas de expresión popular. Las redes sociales tienden a cobrar, en este sentido, un papel extraordinario.

La cooperación en materia de regulación se ha convertido también en parte integrante de los acuerdos bilaterales de libre comercio, como el *Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la UE y Canadá* y forma parte de las negociaciones en curso sobre la *Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (TTIP)* entre la UE y los Estados Unidos.

El proceso apuntado a nivel europeo, con la Comisión y el eficaz apoyo de la OCDE ha culminado en diciembre del 2015, con la firma Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación. Este acuerdo inter institucional continúa la línea de acuerdos similares de los años 1994, 1998 2001, 2007 y 2011 y expresan la continuidad del compromiso asumido por todas las instituciones comunitarias y los países miembros.

VII. La estrategia de la calidad

Vale la pena repasar algunos de los instrumentos a través de los cuales se avanza en la creación de estándares y directivas para el mejoramiento de la regulación. Cabe entender esta disciplina como parte esencial de la logística —ciencia de la legislación—. Su objetivo y campo propio sería la producción de principios, criterios, normas y marcos conceptuales orientadas a la mejora de las leyes desde el punto de su “racionalidad” y calidad técnica (57).

(57) Para una ampliación de este concepto. Cfr. RODRIGUEZ FERNANDEZ, S., “Evaluación legislativa en España: su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reforas penales”;

a) *Los principios determinantes de la calidad legislativa*

Ante todo, cabe subrayar la importancia de los principios inspiradores de la calidad. Su exigencia en los procesos legislativos es una primera vía para la tarea de aseguramiento de la calidad de los procesos y productos legislativos (58).

1. Principio de necesidad: exige que antes de poner en marcha una nueva política legislativa y la creación de instrumentos legislativos, se lleve a cabo una evaluación *ex ante* a los efectos de evaluar su grado de necesidad y las ventajas de la creación de nuevas normas en relación con la normativa ya existente. La creación de nueva legislación solo procede cuando es clara la necesidad de contar con una respuesta más eficiente para el logro de los objetivos de política pública deseados.

2. Principio de proporcionalidad: toda nueva legislación debe respetar un equilibrio entre las ventajas que ofrece y las limitaciones que impone. Es decir, un equilibrio entre la carga normativa que impone a los administrados y el beneficio generado por el objeto perseguido o el bien público protegido.

3. Principio de subsidiariedad: contempla el doble significado actual del principio de subsidiariedad (59):

- Debe respetarse un principio de intervención mínima permitiendo el máximo nivel de autorregulación privada.

- Las decisiones deben ser adoptadas en el nivel más cercano a sus beneficiarios, lo cual obliga a limitar la intervención legislativa a aquellos casos en que la necesidad no puede ser atendida en un nivel más próximo a los ciudadanos.

en NIETO MARTIN, A, MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. y BECERRA MUÑOZ, J. (dirs.), "Hacia una evaluación racional de las leyes penales", Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 49.

(58) En este punto se sigue en general la propuesta del MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, en su reporte Final del 13 de Noviembre del 2001. Para el estudio de los principios de la calidad reconocidos por el informe Mandelkern y otros similares, cfr. el trabajo de SANCHEZ GRAELLS, A., "Movimiento por la calidad de la regulación: avances recientes", en VV.AA., "Legislar mejor 2009". Madrid: Gobierno de España - Ministerio de Justicia, 2009, págs. 46-52.

(59) Para un estudio amplio de la noción de subsidiariedad en la práctica constitucional contemporánea, cfr. los ensayos contenidos en CALABRO, G.P. y HELZEL, P.B. (Coord.): *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*. Rende: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009. Asimismo, FERNANDEZ ESTEBAN, M.: *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*. Madrid: McGraw-Hill, 1996 y JIMENES RUIZ, J. L., "El orden jurídico multinivel entre los paradigmas de libertad y seguridad", Congreso de los Diputados, Madrid, 2014, págs. 372-374.

4. Principio de transparencia: la tarea legislativa no puede confinarse a la intervención exclusiva de los legisladores. Resulta imprescindible implementar procesos de consulta y participación, particularmente de los beneficiarios, a la búsqueda de la identificación de efectos imprevistos o imprevisibles de las propuestas normativas. Deben por otra parte extremarse las cautelas ante la posibilidad de una captura del regulador por parte de intereses sectoriales o individuales.

5. Principio de responsabilidad: las leyes y regulaciones deben identificar muy claramente quienes serán los responsables de la aplicación de las nuevas regulaciones y evaluar sus condiciones materiales y recursos para hacerse cargo de la implementación efectiva de las nuevas leyes.

6. Principio de accesibilidad: la legislación debe facilitar el conocimiento y comprensión de las leyes. La accesibilidad debe ser universal y gratuita y su existencia debe ser objeto de una política de difusión y comunicación permanente.

7. Principio de simplicidad: las leyes deben ser sencillas de comprender, utilizar, aprender y enseñar. Debe ser tan detallada como sea necesaria, de acuerdo con la complejidad de la materia desarrollada. La claridad reduce costos, previene errores, facilita la interpretación, uniforma la comprensión de las disposiciones.

8. Principio de corrección técnica: también podría entenderse como un principio que aconseja la adecuación de las normas a los objetivos perseguidos. Está determinado por la posibilidad efectiva de que las disposiciones de la norma permitan obtener los objetivos buscados, de acuerdo con las características específicas de la materia legislada.

9. Principio de coherencia: alude a la referencia entre la nueva disposición y el resto del marco regulatorio. En la medida en que los ordenamientos jurídicos han perdido la nota originaria de completitud o plenitud hermética, el legislador debe extremar la tarea de prevención de contradicciones, antinomias y conflictos con el objeto de evitar fricciones y conflictos. Rige también esta nota un principio general de economía legislativa. En este punto las normativas de mejor legislación conectan con las metodologías de RIA (Regulatory Impact Assessment) que permiten establecer ex ante las posibilidades de conflictos entre normas y minimizar los costes de adaptación e implementación la nueva legislación.

10. Principio de seguridad jurídica: alude al efecto buscado a través de la claridad de las normas y la predictibilidad de sus efectos. Las leyes deben permitir a los ciudadanos tomar decisiones previendo las consecuencias

de la observancia o inobservancia de las normas. El aporte a la seguridad jurídica de las normas deriva del juego integrado de resto de los principios y de su aporte a la función de derecho como mecanismo de reducción de la complejidad.

11. Principio de oportunidad: las normas deben obedecer a razones de estricta necesidad y deben contar con mecanismos de mejora continua que permitan su adaptación a las nuevas circunstancias y a los cambios en la materia regulada. Ello exige mecanismos de evaluación *ex post* que permitan estrategias de revisión periódica y mejora continua que aseguren la vigencia, actualidad, necesidad y oportunidad del derecho legislativo vigente.

12. Principio de imperatividad y cumplimiento efectivo de las normas: las normas deben contar con los mecanismos que les permitan hacer valer sus disposiciones y garantizar su cumplimiento efectivo, aun cuando varíen las condiciones materiales que determinaron su producción. Ello supone la necesidad de contar con posibilidades de fortalecimiento permanente de su *enforceability* o capacidad para ser impuesta de modo efectivo.

Estos principios no reconocen ninguna orientación de tipo ideológico. Surgen de una interpretación convergente surgida desde perspectivas múltiples acerca de necesidades funcionales propias de la consolidación de un Estado de Derecho eficiente en sus instrumentos de intervención social, capaz de responder a los retos que plantea la desestructuración de los procesos legislativos y gubernativos.

b) Los instrumentos de la evaluación de calidad

Una serie de instrumentos, importados desde los modelos de mejora continua y aseguramiento de la calidad, provenientes del movimiento de la calidad en otros sectores, públicos y privados procuran ofrecer un instrumental para los principios de la evaluación de la calidad de las leyes y regulaciones.

El primero de ellos es sin lugar a dudas la *evaluación de impacto*. Es definida como un instrumento que ayuda a las instituciones a tomar decisiones fundadas. La evaluación de impacto apunta a determinar las consecuencias y los efectos previsibles de la nueva normatividad y a determinar un balance de efectos positivos y negativos. Resulta obvio que la evaluación de impacto no puede introducir dilaciones que conspiren contra los objetivos que se procuran. No puede ser un pretexto para no avanzar ni puede menoscabar la autonomía y capacidad de los poderes legislativos.

Las evaluaciones de impacto deben abordar la existencia, la magnitud y las consecuencias de un problema y valorar si es necesaria la actuación de la Unión. Deben indicar soluciones alternativas y, cuando sea posible, los costes y beneficios potenciales a corto y largo plazo, evaluando de forma integrada y equilibrada las repercusiones económicas, medioambientales y sociales mediante análisis cualitativos y cuantitativos. Es preciso respetar plenamente los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como los derechos fundamentales. Las evaluaciones de impacto también deben abordar, siempre que sea posible, el «coste de la no Europa», y las repercusiones en la competitividad y las cargas administrativas de las distintas opciones, prestando especial atención a las pymes («pensar primero a pequeña escala»), los aspectos digitales y las consecuencias territoriales. Las evaluaciones de impacto deben estar basadas en información precisa, objetiva y completa y ser proporcionadas en lo que atañe a su alcance y a su enfoque. Las evaluaciones de impacto alcanzan a todas sus iniciativas legislativas y no legislativas, actos delegados y medidas de ejecución que previsiblemente tengan un impacto económico, medioambiental o social significativo.

El segundo instrumento privilegiado son las *consultas públicas*, las *consultas a sectores interesados* —o *stakeholders*— y *el tratamiento de la información recibida en el marco de dichas consultas*. Las consultas constituyen una parte fundamental de una toma de decisiones fundada y de la mejora de la calidad de la legislación (60). Antes de la adopción de una propuesta, la institución de la que se trate efectuará consultas públicas de forma abierta y transparente, garantizando que las modalidades y plazos de dichas consultas públicas, permitan una participación lo más amplia posible. En particular, la Comisión impulsa la participación directa de las PyMEs y otros usuarios finales en las consultas, incluidas las consultas públicas por internet. Los resultados de dichas consultas públicas y consultas a los interesados se comunican sin demora ni dilación alguna a los legisladores y demás órganos encargados de implementar las reformas.

La *evaluación ex post de la legislación vigente* es otra de las herramientas fundamentales. En el contexto del ciclo legislativo, las evaluaciones de la legislación y las políticas vigentes, basadas en la eficiencia, la eficacia, la pertinencia, la coherencia y el valor añadido, deben servir de base para la evaluación de impacto de otras opciones de actuación. Para apoyar esos procesos, las tres Instituciones convienen en establecer en la legislación,

(60) Al respecto el análisis de la experiencia comparada de consulta pública en JOHNS, M. y SALTANE, V., “Citizen engagement in rulemaking. Evidence on Regulatory practices in 185 countries”. Policy Research Working Paper, N° 7840. Washington DC: World Bank Group, 2016.

en su caso, requisitos de información, seguimiento y evaluación, evitando al mismo tiempo un exceso de regulación y de cargas administrativas, en particular para los Estados miembros. Cuando proceda, esos requisitos podrán incluir indicadores mensurables que sirvan para recopilar datos sobre los efectos de la legislación en la práctica.

El paso más reciente en el proceso de avance hacia pautas de mejor legislación es el concepto de *Smart Legislación* (legislación o normativa inteligente). Un documento del 2019 da cuenta del concepto (61). La recomendación de la Comisión Europea sobre normativa inteligente tiene por objetivo promover la incorporación de estándares y directivas que contribuyan a que las normas respeten los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, como vía para el mejoramiento de la calidad sustancial y no meramente formal de las normas. Propone enfoques metodológicos que abraquen todo el ciclo de la creación de normas de cualquier tipo, a lo largo de todo su proceso de elaboración. Desde el diseño de políticas públicas generales hasta los actos administrativos. A través de los avances en materia de regulación inteligente, la temática de la evaluación de las normas trasciende el nivel de diseño y elaboración de materiales normativos y se extiende al mejoramiento de las herramientas de evaluación de las políticas públicas en las que la legislación se enmarca. Esta nueva perspectiva enfatiza particularmente la importancia de la evaluación de resultados y el análisis de las consecuencias posibles de la legislación sobre las políticas a las que se orienta.

VIII. Perspectivas y tendencias de evolución

El proceso de mejora sustancial de la calidad de la legislación y las regulaciones reconoce núcleos impulsores, lógicas y procesos muy diferentes. Se trata, como se ha dicho de un proceso de convergencia transnacional, cuya ventaja principal está en la coherencia, sintonía, gradualidad y unidad de propósitos fundamentales.

El proceso se difunde por igual en los dos grandes ámbitos culturales: el del *Common Law* y el del derecho continental europeo. Como es sabido el primero se caracteriza por un principio de profesionalización de la tarea de redacción de las leyes y en la concentración de la tarea en organismos centralizados y especializados. Un ejemplo es la legislación federal de Estados Unidos. El segundo se caracteriza en cambio por procesos de redacción difusa centrados en los ministerios especializados en cada una de las temáticas bajo examen. Los borradores legislativos se inician por

(61) Comisión Europea: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM (2010), de 8 oct. 2010, págs. 543 y ss.

lo general en los cuerpos técnicos de los ministerios competentes en la materia (62).

Asumir estas condiciones es desde todo punto vista, un imperativo insoslayable, en la medida en que un país aspire a incorporarse con identidad y estrategia propia a los grados proceso de modernización a escala global.

De allí en el caso argentino, la iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de incluir en la programación del plan estratégico de reformas del sistema de justicia *Justicia 2020*, la creación de una Oficina de Calidad Legislativa. El objetivo general del Programa es el de desarrollar una tarea de cooperación entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Senado y la CSJN tendiente al establecimiento una Oficina de Evaluación de la Calidad de las Reformas Legislativas, en la línea de las mejores prácticas internacionales en la materia.

La creación de esta oficina debería apuntar a que el país se incorpore a la larga serie de países que en los últimos veinte años han ido creando este tipo de instituciones, de conformidad con recomendaciones internacionales vigentes, tales como las que organizaciones de la OCDE han promovido entre todos sus países miembros. Algunos países de América, tales como por ejemplo Chile han avanzado muy rápidamente, bajo la inspiración de estándares internacionales. Existe hoy una clara convergencia entre las iniciativas de gran parte de los países europeos, los Estados Unidos y países como México, Brasil y Chile con avances que indican un camino y una experiencia a seguir.

Recientemente, el diciembre del 2015, los países de la Unión Europea han firmado un acuerdo de cooperación que cristaliza gran parte de los avances producidos en la materia. Sus *Guidelines* o guías y principios orientativos, complementadas por diversos documentos practicas —“cajas de herramientas”— se presentan como un valioso instrumento a utilizar, para que la iniciativa se inserte en la línea de los avances y mejores prácticas en la materia, con las lógicas adaptaciones que sugiera la problemática específica del país.

De lo que se trata es de adaptarse a recomendaciones casi universales, tales como por ejemplo las ya mencionadas *Guías Orientativas* acordadas por la Comisión Europea en diciembre del 2015, o la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria, adoptada

(62) Para un análisis comparativo, cfr. SALVADOR CODERCH, P., “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, en MENENDEZ MENENDEZ, A. (dir.), “La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, págs. 201-226.

el 22 de marzo del 2012, siguiendo otras recomendaciones básicas, iniciadas en 1995 y que se han venido desarrollando hasta la actualidad. Su implementación nacional en los diversos países abarca una larga serie de iniciativas a nivel nacional.

En el caso de Argentina, la iniciativa ha alcanzado desde un principio niveles de consenso apreciables, en todos los bloques y orientaciones políticas con representación parlamentaria. Es patente también el interés de la propia Corte Suprema. Las mayores resistencias se sitúan naturalmente en el nivel del Poder Ejecutivo, en los *staffs* de ambas cámaras del Congreso, particularmente las burocracias intermedias y en sectores de interés todavía beneficiarios de una política de transacciones e intercambios constantes, susceptibles de modificación continua, en función de las conveniencias y oportunidades de coyuntura.

De allí la importancia de incorporar la problemática de la calidad legislativa a la agenda central del desarrollo institucional. Sin leyes de calidad, socialmente respetadas y capaces de imponerse por sobre la arbitrariedad de los procesos que pretenden sustituirlas, no se puede garantizar plenamente tanto la función de la jurisdicción como la propia tarea administrativa y gubernativa. En la medida en que el poder se ejerza exclusivamente desde la perspectiva de la emergencia, utilizando y abusando de prerrogativas a veces poco transparentes e inconfesables, el derecho legislado continuara perdiendo su capacidad regulatoria, con efectos graves sobre la seguridad jurídica y la competitividad del país. La calidad legislativa es un presupuesto esencial de todo esfuerzo de mejora de los procesos de decisión tanto gubernativos como regulatorios, administrativos, judiciales y, por supuesto, legislativos y reglamentarios. Forma parte de todo intento de respuesta integral al problema de la seguridad jurídica.

El futuro no ofrece materia para la duda. A una política sin Estado —o lo que es casi lo mismo, en un Estado en proceso de transformaciones profundas e irreversibles— sucede, inevitablemente, una política sin derecho, dominada por el decisionismo y la emergencia, o un derecho sin política, sin otra posibilidad que la declamación de buenos propósitos sin posibilidades efectivas de implementación en el plano de la política pública. En ambos casos, sin ninguna capacidad ni posibilidades efectivas de incidir sobre la consolidación de los principios y reglas del Estado de Derecho.

La reconstrucción de una teoría y práctica de la legislación adaptada a las demandas de la buena gobernanza e inspirada en criterios actuales de gestión de su calidad, aparece como una de las estrategias más responsables y prometedoras para una superación de la situación actual de crisis del Estado de Derecho. ◆

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL: SENTENCIAS CON EFECTO EXPANSIVO

POR SERGIO DÍAZ RICCI

Sumario: I. Introducción.- II. Cuatro vías para plantear una cuestión de constitucionalidad.- III. Control de constitucionalidad en las provincias: la acción declarativa de inconstitucionalidad.- IV. Efectos expansivos de sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Superior de Justicia provincial.

I. Introducción

Si miramos el panorama del control de constitucionalidad adoptado por los estados provinciales (1) en nuestro país nos sorprende algunas singularidades.

Vamos dejar de lado el sistema de control de constitucionalidad vigente a nivel federal —por cierto obsoleta— para circunscribirnos a algunos aspectos más novedosos establecidos por las Constituciones provinciales para controlar la constitucionalidad de actos y normas provinciales (2).

(1) Dentro de éstos se incluye a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aquí referiremos sin hacer distinción entre las 23 provincias y la CABA pues en esta temática resulta indiferente, por ello cuando empleamos los términos “provincias” o “local” hacemos alusión a los 24 distritos territoriales.

(2) Es muy elocuente la Constitución de La Rioja cuando expresa en el art. 132: *“El Juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica. El juez aplicará el derecho con prescindencia o en contra*

Sabemos que las provincias pueden establecer su propio sistema de control de constitucionalidad dentro de su ámbito, en la medida en que el conflicto quede dentro del marco jurídico local (contradicciones entre una norma local y la Constitución provincial) que, como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en reiterados casos (Fallos 250:373 “Madroñal c. Prov. Santa Cruz”, 1961; Fallos 259:321 “Prov. Buenos Aires c. Papini Hnos”, 1964; Fallos 264:72 “Tagle, José L., y otros c/ Provincia de Córdoba”, 1966) son cuestiones ajenas a la competencia de la CSJN, siempre, claro, está que no se halle involucrada de algún modo una cuestión federal.

Aquí hemos de tener presente que, al igual que el orden nacional, nuestro país ha adoptado, desde el mismo origen del estado constitucional (art. 116 CN y ley 27 de 1862), el modelo de control difuso (3) o americano. Incluso más, Argentina es el único país americano que ha imitado con mayor fidelidad el sistema de control judicial de constitucionalidad nacido en Norteamérica (*Judicial review of Legislation*). La propia CSJN se ocupó de reafirmarlo en un caso reciente: “Que cabe recordar que la efectividad del principio de supremacía constitucional —consagrado en el artículo 31 de la Constitución— demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces. A su vez, la eficacia y uniformidad de ese control requiere la existencia de un tribunal especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto, órgano que, en el régimen de la Constitución, no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (Caso “Anadon, Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ despido”, Fallos 338-2:735). El modelo argentino sólo se aparta del sistema norteamericano cuando incorpora al amparo que sirve tanto como acción tutelar de derechos constitucionales (*Drittwirkung*) como procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de una norma.

No obstante este parámetro general, cada provincia es autónoma para decidir el modelo de control de constitucionalidad local. Así lo ha ratificado

de la opinión jurídica de las partes, interpretando siempre la ley o doctrina legal con un criterio jurídico de actualidad, de modo que su aplicación importe la realización de la justicia. Conc. Chaco: art. 143: “El Superior Tribunal de Justicia y los demás tribunales inferiores de la Provincia aplicarán esta Constitución como ley suprema con relación a leyes locales”, ídem Misiones (art. 143).

(3) Debemos criticar el calificativo de “difuso” dado al sistema americano de control de constitucionalidad por los autores europeos (Calamadre, Schmitt) porque el término difuso en español tiene un dejo peyorativo que da idea “opacidad” o de minusvalía del sistema de control concreto, en contraste con el sistema europeo que, abrevando el antijudicialismo francés (*méfiance aux juges*), por un lado, rehúsa reconocer esta función al juez ordinario pero, por el otro, asume el fracaso del control político que estuvo vigente en Europa prácticamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

la CSJN en un reciente caso Colegio de Abogados de Tucumán v. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro: “La primera [La invocación del art. 5 de la Ley Fundamental, en cuanto impone a cada provincia que en sus constituciones respectivas aseguren el sistema representativo republicano], es de orden genérico, porque si bien el art. 5 citado declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano, lo hace con arreglo a la diversidad proveniente de la organización federal en cuanto encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia, que encuentra su campo de realización dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al Gobierno de la Nación (arts. 121 y 122 CN) y también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5 citado... Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquélla. Porque la Constitución de una provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos” (Manual de la Constitución Argentina, págs. 648/649, reproducido por el Tribunal en Fallos: 311:460, considerando 19)” (Fallos 338-1: 263).

Sin embargo, no podemos soslayar el nexo que existe entre el control de constitucionalidad provincial y el federal, por un lado, por el solapamiento que se da en materia de derechos fundamentales contenidos en ambas constituciones (4) y, por otro, por la conexión que puede establecerse en un conflicto entre normas provinciales y federales, que habilita el recurso extraordinario por ante la CSJN.

Además, en nuestro sistema de control de constitucionalidad de modelo “americano o difuso” debemos tener presente que una cuestión federal puede ser objeto de control de constitucionalidad por los jueces locales (5), quienes intervendrán siguiendo los cauces procesales provinciales donde se discutirá la validez de una norma local a la luz de la Constitución Nacional. En este sentido es acertada la distinción que hace la Ley de Procedimientos Constitucionales de Entre Ríos (ley 8369) cuando distingue, por un lado,

(4) Al respecto la Constitución de Entre Ríos explícitamente señala en su art. 5: “*Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos...*”.

(5) En esto se diferencia Argentina de México, otro país que sigue el sistema difuso, que se aparta del modelo norteamericano, pues la cuestión federal de constitucionalidad sólo le está permitido a los tribunales federales.

una cuestión de constitucionalidad provincial pura que corresponde al Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) como competencia originaria y exclusiva (con efectos derogatorios en caso de tres sentencias) y, por el otro, la cuestión de constitucionalidad mixta, o sea, cuando involucra una cuestión de constitucionalidad provincial junto con una nacional, el asunto se ventila en primera instancia, como un caso de control difuso clásico (6).

Por añadidura, en todos los casos, a partir de los fallos “Strada” (Fallos 308:490 de 1986) y “Di Mascio” (Fallos 311:2478 de 1988), cualquier asunto que se ventile ante los tribunales provinciales donde se presente una “cuestión federal”, sea por afectación de un derecho constitucional federal o por contraposición normativa entre una disposición local y una cláusula constitucional, el juicio debe, previamente, concluir dentro del sistema judicial provincial para quedar, recién entonces, habilitada la vía del recurso extraordinario federal ante la Corte de la Nación. En otros términos, para llegar a la CSJN debe seguirse y agotarse todo el itinerario procesal existente en orden local incluyendo al Tribunal Superior de Provincia (y, además, hacerlo en contra del derecho federal invocado cf. art. 14 ley 48) para que recién quede expedita la vía recursiva ante la CSJN.

En resumen, el sistema de control de constitucionalidad provincial no es un compartimiento estanco ni resulta indiferente o ajeno al sistema de control de constitucionalidad federal, porque en una causa que se tramita ante la administración de justicia local —siguiendo los procedimientos

(6) Ley de procedimientos constitucionales de Entre Ríos, ley 8369 (Texto s/ art. 13º y 14º ley 9550 - B.O. 23/02/04), toma previsiones al respecto en el artículo 51.-*DEMANDA: A) La demanda de inconstitucionalidad se interpondrá ante el Superior Tribunal de Justicia, quien ejerce jurisdicción originaria y exclusiva. En el escrito inicial se mencionará la Ley, decreto, reglamento, ordenanza o resolución de carácter general, señalando con toda precisión cual es la cláusula de la Constitución Provincial que estima violada y en que consista tal violación.*

Si la inconstitucionalidad se interpusiera como excepción o defensa ejercerá jurisdicción el Superior Tribunal de Justicia, en grado de apelación, como tribunal de última instancia si se desafiara la validez de una norma por conculcar la Constitución de la Provincia y la resolución de la instancia inferior se circunscribiere a expedirse en relación a tal cuestión y consecuencias que emergen de la misma. No se entenderá que la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos se refiere a materia estatuida por la Constitución Provincial si no fuese exclusiva de la misma, sino que se tratare de atribuir conculcación al sistema representativo y republicano de gobierno o a los principios, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, que la Constitución Provincial se limita a tener por reproducidos implícita o explícitamente en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 5º y 123º y conc. de la Carta Magna.

B) La acción se deducirá ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial o del Trabajo o de la Familia y Menores o de Instrucción, cuando a través de aquellas normas generales se invocaran violaciones a la Constitución Nacional o a ambas. Se entenderá que la inconstitucionalidad alegada lo es a la Constitución Nacional si concurrerían los supuestos indicados en el último párrafo del apartado A) del presente artículo.”

locales— emerja una cuestión de constitucionalidad federal, la decisión final de los tribunales provinciales constituye un paso obligado y previo intervención y decisión última de la CSJN por vía de recurso extraordinario (7). De aquí la importancia que tienen los procesos constitucionales provinciales como vía de acceso para el propio control de constitucionalidad federal.

Precisamente, lo interesante de este análisis es que nos revela que en estos últimos tiempos a nivel provincial fue produciéndose una progresiva aproximación al sistema de control de constitucionalidad europeo o concentrado. En efecto, algunas provincias, en casos concretos, confieren efectos generales (*erga omnes*, derogatorios) a la declaración de inconstitucionalidad dictada por el Superior Tribunal de Justicia provincial.

Por de pronto debemos subrayar que esta tendencia no llegó al extremo de sustituir el control a cargo de los tribunales judiciales por un control en manos de un único Tribunal especial de constitucionalidad o Corte Constitucional con exclusividad, propio del sistema europeo. Con esto queda patente la voluntad de mantener en manos del Poder Judicial la función de control de constitucionalidad, eliminando la posibilidad que cualquier órgano no perteneciente al poder judicial tenga esta función.

II. Cuatro vías para plantear una cuestión de constitucionalidad

En nuestro país contamos con cuatro vías procesales, tanto en la nación como en las provincias para llegar a una sentencia de inconstitucionalidad.

Desde un panorámica general podemos señalar que en el derecho constitucional provincial —al igual que el sistema federal— se dispone sólo de cuatro vías procesales para provocar el control judicial de constitucionalidad (8): una indirecta (incidente o excepción de inconstitucionalidad en un pleito) y tres directas (amparo, habeas corpus y acción directa de inconstitucionalidad). Haremos una breve reseña evolutiva:

1. Dentro de un juicio de conocimiento (vía incidental): en cualquier proceso judicial puede plantearse, en la demanda o en la contestación, o

(7) Aquí no interesa analizar la admisibilidad del Recurso Extraordinario por sentencias de los tribunales de la CABA.

(8) No incluimos en este listado los Mandamientos de Ejecución y de Prohibición que establecen algunas Constitucionales provinciales por cuanto en éstos no importan un proceso que concluya en una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma (v.g. Chaco: art. 25; Chubut: arts. 58 y 59; Córdoba: art. 52 *in fine*; La Rioja: art. 28; Río Negro: art. 44 y 45). Tampoco al habeas data porque tampoco tiene como objetivo inmediato la invalidación de una norma por inconstitucional, aunque no puede descartarse la hipótesis que, si la manipulación del dato se basa en una norma inconstitucional, la acción de amparo que le sirve de vehículo pueda concluir en una declaración de inconstitucionalidad de la misma.

emerger en el decurso del juicio, una “cuestión de constitucionalidad” que provoque el pronunciamiento del juez interviniente sobre la constitucionalidad de una norma. Esto significa que en cualquier controversia judicial, de cualquier fuero, clase o naturaleza (civil, comercial, penal, laboral, fiscal, contencioso-administrativo), puede cuestionarse de modo colateral (incidental) la constitucionalidad de una norma que se pretende aplicar al caso. Esta fue y es el modo tradicional en que suele presentarse una “cuestión de constitucionalidad”, esto es, dentro de una causa judicial y ante el juez competente del fuero que corresponda a ese pleito principal, de primera instancia. Esto es lo que tipifica el sistema difuso o americano, que cualquier juez debe conocer sobre la constitucionalidad de una norma cuya aplicación se lleva a su conocimiento y decisión. En todo tipo acción procesal, tanto el demandante como el demandado pueden plantear la cuestión de constitucionalidad. En suma, debe haber un caso, un pleito entre partes que contienden judicialmente sus derechos donde surja el cuestionamiento de la constitucionalidad de la norma sobre la que se funda la pretensión de alguna de las partes en conflicto. La cuestión de constitucionalidad se presenta, entonces, *incidenter tantum*, o dicho en otros términos, en ocasión de un proceso judicial cualquiera. Corresponde al juez, al mismo juez de la causa principal, pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada. Figurativamente, el juez común se convierte, se inviste de la toga, de juez constitucional. Obviamente, la decisión queda circunscripta a las partes contendientes, pues la sentencia tiene efectos sólo *inter partes*. Asimismo, en caso de proceder, la sentencia no crea la inconstitucionalidad (como en el sistema europeo) sino simplemente reconoce la invalidez preexistente de la norma confrontada con la Constitución, por tanto, es de naturaleza “declarativa”. Y, puesto que la nulidad es preexistente, por tanto, el efecto será *ex tunc*, es decir, retroactivo al momento del nacimiento de la norma inconstitucional que era inválida *ab origine*. Esto es, precisamente, lo típico del control difuso o americano de constitucionalidad.

Dentro de este grupo podemos incluir a la “acción declarativa de certeza” que contienen todos los CPCC que normalmente emplean como cauce procesal el procedimiento sumario. Este tipo de acción, como cualquier otra, se plantea ante tribunal de primera instancia y la sentencia tiene efecto *inter partes*.

2. Hábeas corpus: la segunda vía para conseguir la declaración de inconstitucionalidad es el habeas corpus. Si en algún momento hubo alguna duda, luego de la sanción de la ley 23.098 quedó claramente establecido, pues a partir del artículo 6 —de aplicación en todo el país— el hábeas corpus permite la declaración de inconstitucionalidad de la norma que funda el hecho o acción lesiva de la libertad individual. Si bien el cuarto párrafo del artículo 43 de la CN, referido al hábeas corpus, nada dice sobre el particular,

el principio se halla establecido en el art. 6 de la ley 23.098. Esta disposición forma parte del capítulo primero de dicha ley que tiene vigencia en todo el territorio del país, es decir, contiene normas que tienen alcance general que deben ser aplicadas por las provincias más allá que las constituciones provinciales que contengan la garantía del habeas corpus, lo digan o no expresamente (9). La posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma sobre la que se funde el acto lesivo a la libertad individual ya no admite discusión en nuestro sistema de control de constitucional, tanto a nivel nacional como provincial. Sin embargo, pocas constituciones provinciales han recogido expresamente en la regulación del habeas corpus una disposición en este sentido (CABA: art. 15; Tucumán: art. 38, Corrientes art. 67: “*El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva*”). El hábeas corpus supone siempre la existencia de un “caso” concreto porque sólo una lesión o amenaza concreta a la libertad de una persona física habilita esta acción. En esto se aproxima a la primera vía, porque el control de constitucionalidad tiene lugar de modo colateral dentro del proceso de hábeas corpus (10). Recordemos que el Caso “Sojo, Eduardo por recurso de hábeas corpus contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación” (Fallos 32:120; 15/09/1887) —nuestro equivalente al caso *Marbury vs. Madison*— se originó en un hábeas corpus donde la CSJN, por primera vez, declaró inconstitucional la ley del Congreso nacional.

3. Amparo: la tercera vía de control de constitucionalidad es el amparo. A partir del artículo 43 de la Constitución Nacional introducido en 1994, el amparo se ha convertido en un derecho para llevar ante un juez el planteo de inconstitucionalidad de una norma que, a la vez, lesione un derecho constitucional. En efecto, el amparo ahora no sólo es una garantía en resguardo de un derecho fundamental, sino se ha convertido, en sí mismo, en un derecho. Y ese “derecho al amparo” judicial como una garantía procesal expresa brinda la posibilidad, no sólo acudir a la justicia reclamando la inmediata tutela un derecho afectado sino, también, simultáneamente plantear la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. El amparo que en primera instancia opera en resguardo de un derecho constitucional

(9) Misiones aunque cuenta con regulación constitucional específica (arts. 16, 17 y 18), sin embargo, carece de una normativa procesal propia. En su lugar, el Decreto N° 30.462/08 el 10 de marzo de 2008 dispuso hacer aplicación de la ley nacional 23.098.

(10) Aquí suele aparecer la cuestión de la inconstitucionalidad de oficio por el juez, o sea, la posibilidad que el juez en un hábeas corpus —proceso constitucional por excelencia— pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma sin necesidad de petición de parte. La inconstitucionalidad de oficio no constituye una vía propia ya que siempre debe montarse sobre un proceso judicial o constitucional autónomo preexistente. Un juez no puede entablar *motu proprio* una pretensión de inconstitucionalidad sin una causa o pleito concreto que se esté ventilando en su juzgado que le sirva de sustento.

conculcado, permite reclamar, de manera colateral y simultáneamente, ante el mismo tribunal judicial la inconstitucionalidad de la norma sobre la que se funda el acto o hecho lesivo.

Casualmente, en su origen, el amparo tenía por objeto el control de constitucionalidad de una norma. En efecto, el “juicio de amparo” (tal fue su denominación originaria) fue un creación mexicana con ese sentido. Incorporado por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 —por iniciativa de Crescencio Rejón—, luego pasó a la Constitución Federal de 1847. La gran novedad fue, precisamente, que el planteo de constitucionalidad se aparta del estándar incidental (*incidenter tantum*) del control de constitucionalidad propio del sistema norteamericano —o sea que requiere la previa existencia de un pleito, causa o controversia entre concretos derechos subjetivos— para aceptar que pueda plantearse directamente la cuestión de constitucionalidad ante un juez como “acción” a fin de impugnar la constitucionalidad de una norma lesiva de derechos consagrados por la Constitución. A esta innovación la Constitución Federal mexicana de 1847 le añadió un efecto limitado (*inter partes*) de la sentencia, conocido como el “voto Otero” (11). Desde México se fue expandiendo progresivamente en toda Latinoamérica e, inclusive, cruzó hacia el otro lado del Atlántico, cuando lo toma Alemania en 1968 (“*Verfassungsbeschwerde*”) y luego, España en 1978 (“amparo”), con la peculiaridad, que ésta acción se interpone directamente ante el respectivo Tribunal Constitucional.

En suma, el “amparo” se ha convertido en la vía mas habitual para llegar a la declaración de inconstitucionalidad siempre que conlleve una lesión, actual o potencial, de un derecho constitucional. Se trata de una garantía constitucional contenida en la Constitución Nacional, por tanto, cualquier persona se encuentra resguardada por el derecho a esta garantía procesal, es decir, ninguna provincia podría impedirlo o cercenarlo, so pena de incurrir en incumplimiento de los arts. 23 y 5 de la Constitución.

Debemos subrayar que en el caso argentino, el amparo no sirve para pedir la inconstitucionalidad de una norma en abstracto pues se exige que haya un “afectado”, es decir, un derecho subjetivo constitucional lesionado o amenazado. No se admite un amparo abstracto. Por ello el amparo posibilita alcanzar una doble finalidad: (a) proteger el derecho fundamental conculcado o en vía de serlo (sentencia constitutiva) y (b) simultáneamente, en caso que dicha afectación se sustente en una norma, que el juez analice la constitucionalidad de la norma sobre la que se funda el hecho o acto lesivo

(11) Puede profundizarse el origen mexicano del Amparo en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “El voto particular de don Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México”, en ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL, N° 4, Año 2000, pág. 579-611; Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

(sentencia declarativa, previa). En suma, debe haber una causa o pleito cuyo contenido es el reclamo de protección frente a un derecho constitucional afectado. De allí que haya una exigencia más estricta para la legitimación activa: el actor debe ser el afectado, principalmente, aunque en el caso de los derechos constitucionales de incidencia colectiva se admite otros actores posibles. Precisamente por ello, en principio, en caso de darse una declaración de inconstitucionalidad, el efecto queda reducido a las partes contendientes.

Conviene reiterar que la acción de amparo puede originarse en una doble vertiente: a) por la afectación ilegítima de un derecho y b) por una norma inconstitucional que conlleve la afectación de un derecho. En el primer caso, la sentencia judicial se dirige simplemente a tutelar del derecho conculcado por acto, hecho u omisión de autoridad o particular, tendrá —como de ordinario toda sentencia— naturaleza “constitutiva” pues, si procede, ordenará a hacer o dejar de hacer el acto o hecho que provoca la lesión. En el segundo caso, cuando además se cuestiona la constitucionalidad de una norma que funda el acto o hecho lesivo, la sentencia tendrá un doble contenido: en primer lugar deberá decidir sobre la constitucionalidad de una norma (“sentencia declarativa”) y, una vez resuelto esta cuestión nomofiláctica, procederá, en consecuencia, a rechazar la pretensión o, de lo contrario, a dictar la orden de hacer o dejar de hacer del autor de la lesión, a través de una sentencia “constitutiva”.

4. Acción de inconstitucionalidad: si el amparo fue el mecanismo de control constitucional desarrollado en la década del 60, es la acción declarativa de inconstitucionalidad la novedad que cobrará impulso con la democratización del país a partir del año 1983. En efecto, con anterioridad la doctrina y la jurisprudencia fue reticente en admitir la posibilidad de una acción de carácter “declarativo” para plantear la constitucionalidad de una norma, pero esta posición se fue modificando, como era natural, una vez entrado el nuevo proceso de constitucionalización.

El derecho procesal fue reacio en aceptar procesos de naturaleza “declarativa” pues sólo se concebían sentencias de condena o constitutivas. Fue la provincia de Santa Fe precursora de este tipo de proceso en 1961 cuando en su Código Procesal Civil y Comercial admite los juicios declarativos (12) con alcance general, es decir, sin referencia específica o exclusión de la materia de inconstitucionalidad. No obstante, con la sanción en 1967 del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454) se aceptó de

(12) El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, Ley 5531 del 11/12/1961 —actualmente vigente— regula los procesos de conocimiento dentro del Libro III, “Procesos de Cognición”: arts. 386 y 387 (trámite sumario y sumarísimo) y art. 413 (juicio sumarísimo).

manera definitiva la posibilidad de “acciones meramente declarativas”, introducida como novedad, a través del art. 322 del CPCCN, como un supuesto de los procesos de conocimiento, si bien no estuvo pensada para plantear cuestiones de constitucionalidad. Por supuesto, aunque inicialmente se excluyó de manera consciente y deliberada la posibilidad de presentar a través de esta acción una pretensión de inconstitucionalidad (13), con el transcurso del tiempo esto fue imposible de impedir ya que la CSJN terminó por aceptar que por vía del art. 322 del CPCC pueda articularse un planteo de constitucionalidad con propósitos declarativos con aptitud de poner fin a una situación de incertidumbre que pueda producir un perjuicio o lesión actual. Influyó en esta interpretación restrictiva las disposiciones de la ley 27 de 1862 (art. 1: “La justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de *las causas...*”; art. 2: “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en *los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte*”).

En efecto, fue la CSJN instaurada con la democratización de 1983 quien, con algunas idas y vueltas, empezó a admitir tímidamente la posibilidad de emplear el proceso de la acción de certeza para canalizar una acción declarativa de inconstitucionalidad. Lo que había sido un anticipo en el caso “Provincia de Santiago del Estero vs. Y.P.F y Estado Nacional” (Fallos 307:1379) adquirió definitiva aceptación en 1999 el caso “Fayt, Carlos s/ acción declarativa” (Fallos 322-1665) (14).

La acción declarativa de inconstitucionalidad no era desconocida en nuestro país, ya que la provincia de Buenos Aires la había recogido en 1906 en su Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial. Incluso, más tarde, también fue aceptada en la cuna del control del caso, los Estados Unidos, cuando en 1934 dictó la *Federal Declaratory Judgement Act* (15).

(13) Muy interesante la opinión vertida por uno de los autores del CPCCN, Carlos Ayarragaray, que al momento de debatirse la incorporación de la acción declarativa se tuvo plena conciencia que la misma podría servir de cauce a una demanda de inconstitucionalidad de carácter declarativo, pero no se quiso decirlo expresamente (vid. AYARRAGARY, Carlos - DE GREGORIO LAVIE, Julio, “Código Procesal Civil y Comercial. Comentado”. Bs. As., Ed. De Zavalía, 1968, pág. 358).

(14) Para ampliar sobre el proceso de admisión de la acción directa de inconstitucionalidad en el orden federal puede consultarse HARO, Ricardo, “El control de constitucionalidad”, Bs. As., Ed. De Zavalía, 2003, págs. 13-49. TORRICELLI, Maximiliano, “El sistema de control constitucional argentino. La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela”, Bs. As., Ed. Lexis Nexis, 2002.

(15) Cf. FEDERAL DECLARATORY JUDGMENT ACT (1934) (28 USC; 48 Statutes at Large 955). Title 28: No 2201. *Creation of remedy*. a) in case of actual controversy within its jurisdiction, except with respect to Federal taxes other than actions brought under section 7428 of the Internal Revenue code of 1986, a proceeding under section 505 or 1146 of title 11, or in any civil action involving an antidumping or countervailing duty proceeding regarding a class or kind of merchandise of a free trade area country (as defined in section 516A (f))(10)

Aquí no vamos a ocuparnos de las vicisitudes de la acción de inconstitucionalidad a nivel federal, porque nuestro objetivo es analizar el sistema de control de constitucionalidad que se ha prefigurando en las provincias principalmente de manos de la acción declarativa de inconstitucionalidad (en adelante ADI).

Recurso de inconstitucionalidad. Como sabemos, en cualquiera de las cuatro vías procesales la cuestión de constitucionalidad planteada en primera instancia puede concluir en ésta si no se diese apelación. Si las partes interponen recurso de apelación ante un tribunal de segunda instancia, y el asunto puede concluir en ésta instancia si no se planease un recurso de inconstitucionalidad o un recurso de casación ante el TSJ local. En síntesis, al igual que el orden federal un asunto que plantee una cuestión de constitucionalidad puede concluir en el tribunal de dictó la sentencia de inconstitucionalidad si las partes no solicitasen su revisión por recurso ante un tribunal superior. En otras palabras, las sentencias de cualquiera de estos cuatro procesos de constitucionalidad pueden llegar a revisión por el TSJ.

Aquí aparece la novedad del constitucionalismo provincial pues la mitad de las provincias se admite que las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por los TSJ puedan adquirir efectos expansivos. La cuestión entonces se traslada a averiguar cuáles son los procesos que llegan al TSJ que le abren la posibilidad de una sentencia de inconstitucionalidad con efectos expansivos. Un TSJ local puede llegar a resolver una inconstitucionalidad por dos vías: por vía recursiva, o por vía directa (originaria).

III. Control de constitucionalidad en las provincias: la acción declarativa de inconstitucionalidad

Ya conociendo las herramientas procesales disponibles podemos adentrarnos a los efectos de la decisión de inconstitucionalidad pronunciada

of the *Tariff Act* of 1930), as determined by administering authority, and any court of the United States, upon the filing of an appropriate pleading, may declare the rights or other legal relations any interested party seeking such declaration, whether or not further relief is or could be sought. Any such declaration shall have the force and effect of a final judgement or decree and shall be reviewable as such; b) For limitations on actins brought with respect to drug patents see section 505 or 512 of the *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*”

Nº 2202. *Further relief.* Further necessary or proper relief based on a declaratory judgment or decree may be granted, after reasonable notice and hearing, against any adverse party whose rights have been determined by such judgment”.

Procedimiento Civil Federal (Regla 57): “The procedure for obtaining a declaratory judgement pursuant to Title 28, USC 2201, shall be in accordance with these rules, and the right to trial by jury may be demanded under the circumstances and in the manner provided in Rule 38 and 39. The existence of another adequate remedy does not preclude a judgment for declaratory relief in cases where it is appropriate. The court may order a speedy hearing of an action for a declaratory judgment and may advance it on the calendar”.

por los tribunales locales, o sea, si el efecto de la sentencia se reduce al caso o tiene efectos generales o expansivos (*erga omnes*).

Aquí nos resultará útil y necesario hacer un breve *excursus* previo para señalar las notas típicas del sistema de control concentrado pues como adelantamos, se observa una progresiva aproximación a nivel local al sistema concentrado o kelseniano con la incorporación de algunos elementos propios de éste modelo en las nuevas constituciones provinciales (16). Para ello, es bueno repasar los caracteres principales del modelo ideado por Kelsen en su versión originaria más pura (17).

El sistema de control de tipo kelseniano o concentrado, denominado “jurisdicción constitucional” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), presenta cinco características principales:

1. El control de constitucionalidad está a cargo con carácter exclusivo y excluyente de un único órgano jurisdiccional *ad hoc*, denominado Tribunal Constitucional (Alemania, España) o Corte Constitucional (Italia) —integrado por 9, 12, 16 miembros— quien detenta de manera monopólica la misión del control de constitucionalidad, paralelamente le está negada a los jueces del poder judicial la función de control de constitucionalidad.

2. La cuestión de constitucionalidad es de carácter objetivo, es decir, no se sustenta en derechos subjetivos afectados, o sea, no hay una controversia entre sujetos contrapuestos (“*no cases and controversies*”), pues la discusión de constitucionalidad es puramente abstracta. Esto significa que no hay un caso concreto a resolver donde se encuentren involucrados derechos subjetivos de partes, por ello se dice que se trata de un análisis puramente nomofiláctico, de contraposición entre normas (la cuestionada y la constitucional).

3. El proceso se plantea por una acción directa en vía principal pues se accede directamente por ante este único tribunal, el Tribunal Constitucional, para que interprete la constitucionalidad de una norma, sin vinculación a un caso o a un derecho subjetivo afectado; por eso mismo, la legitimación activa está reducida a sólo un grupo selecto de sujetos habilitados para llevar ante el Tribunal Constitucional un planteo de inconstitucionalidad

(16) También en algunos países que adoptaron el sistema europeo se observa un movimiento en sentido inverso. Puede profundizarse este fenómeno en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La justicia constitucional ante el Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, México, UNAM, 2004, *passim*.

(17) Vid. KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, México, UNAM, (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), 2001 (del original *La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)*), *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Avril-Juin 1928).

(grupo de diputados, grupo de senadores, Tribunal Superior de Justicia, Defensor del Pueblo, comunidades regionales).

4. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma inferior tiene efectos derogatorios, es decir, expulsa dicha norma del ordenamiento jurídico, por tanto tiene un efecto expansivo, de alcance *erga omnes*, o sea, con consecuencias generales. Precisamente, por esta razón la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma dictada un Tribunal Constitucional se publica en el Boletín Oficial, motivo por el cual Kelsen caracterizaba a este órgano como “legislador negativo” (pues su función se limita a derogar la norma inconstitucional).

5. Finalmente, la sentencia de inconstitucionalidad que deroga una norma legal, no declara una nulidad *ab origine* sino tiene naturaleza “constitutiva”, o sea, su derogación se opera recién con el dictado de la sentencia. El Tribunal Constitucional es quien declara, a partir de ese momento, la inconstitucionalidad, en consecuencia, produce efectos *ex nunc*.

Estos son los rasgos básicos del modelo de control de constitucionalidad abstracto o kelseniano.

En este trabajo queremos mostrar cómo el derecho constitucional provincial ha empezado a manifestar algunas de las notas propias del control concentrado sin apartarse de dos premisas básicas del sistema de control de constitucionalidad en nuestro país: 1. Que el órgano de control es siempre un tribunal del poder judicial, pues no existe un tribunal especial al modo europeo. 2. Que, en general, el control siempre es sobre una causa judicial, o sea un caso o pleito entre derechos subjetivos confrontados, por tanto, no se admite el control puramente abstracto, es decir, el cuestionamiento constitucional de una norma sin que haya un interés o pretensión afectados (18).

Podemos ir ya adelantando que en el derecho constitucional provincial sólo admite —claro está en las constituciones que así lo prevean— efecto expansivo a sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el Tribunal Superior de Justicia local (19). Entonces la cuestión se desplaza a cómo se llega al TSJ para que emita una sentencia de inconstitucionalidad. Al TSJ se accede por dos vías: a) una directa en una acción de inconstitucionalidad;

(18) Quizás, con reserva, sean excepción la acción “sin lesión actual” de Río Negro (art. 207, inc. 1° CP) cuya sentencia tiene efectos expansivos, y la “acción popular” de Salta que es de tipo abstracta con efectos derogatorios (art. 92 CP). Ambas de competencia originaria del TSJ.

(19) No vamos aquí a referirnos a aquellos casos en que existe un efecto expansivo indirecto originado por una sentencia —cualquiera sea el tribunal que la dicte de primera o última instancia— que declara la inconstitucionalidad de una norma de alcance general porque ese efecto expansivo proviene por la naturaleza misma de este tipo de norma y no de un efecto *erga omnes* conferido expresamente *imperium legis* por el sistema de control dispuesto por la Constitución local como son los casos que aquí analizaremos.

b) una indirecta por revisión de una sentencia de instancias inferiores en un proceso donde se haya debatido una cuestión de constitucionalidad, es decir, a través de una de las cuatro vías arriba indicadas: un juicio de conocimiento común —dentro del cual podemos incluir a la acción de certeza—, un amparo, o un habeas corpus, o una ADI en aquellas provincias que la prevén como asunto de primera instancia. En estos últimos procesos (vía indirecta) no existen mayores dificultades porque aquí el TSJ interviene como última instancia por vía de un recurso apropiado (de inconstitucionalidad o de casación).

La vía más novedosa a nivel provincial es la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) porque es un proceso que no existe a nivel federal, por eso conviene detenernos a analizar esta acción porque está estrechamente vinculada, en la mayoría de los casos, al efecto expansivo.

Esta ADI está recepcionada por la normativa del siguiente modo:

a) En dieciocho (18) provincias en sus como acción directa ante el TSJ.

b) En otras dos (Tucumán, Mendoza) como una acción especial a cargo de tribunales de primera.

c) Y, por último, las tres restantes no tienen una ADI especial, sino —como en la Nación— que se canaliza como acción de certeza ordinaria y, como es natural, también se interpone en primera instancia.

En los casos b y c (cinco provincias) la acción declarativa se entabla ante tribunales en primera instancia, la sentencia de inconstitucionalidad no tiene efectos expansivos. Aunque, ahora bien, por vía recursiva puede llegar a conocimiento del TSJ, pero la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por este tendrá sólo efectos *inter partes* (Tucumán, Mendoza, Santa Fe, Santa Cruz, Corrientes).

En el caso de, por su parte, las restantes 19 provincias, que prevén una ADI como acción directa ante su TSJ, sólo 14 le confieren efecto expansivo, es decir, más de la mitad de las constituciones provinciales le atribuye al TSJ una ADI de competencia originaria y exclusiva y con efectos *erga omnes*. En contraposición en este grupo, quedan cinco provincias donde la sentencia del TSJ en una ADI solo tiene efectos entre las partes (Buenos Aires, Misiones, San Luis, Córdoba y La Pampa (20)).

Resulta muy elocuente contemplar a qué nivel normativo local se introduce la acción directa de inconstitucionalidad (ADI). La ADI está recogida normativamente de manera expresa en 21 provincias:

(20) El caso de SALTA es ambivalente, porque ante el TSJ puede interponerse tanto la ADI concreta como la Acción popular abstracta. La primera es con efecto reducido al caso, la segunda con efecto expansivo.

a) en 19 está prevista en su Constitución local,

b) en 2 tiene simplemente origen legal (Tucumán y Mendoza),

c) quedan, pues, sólo 3 provincias que mantienen un esquema similar al nacional que no contemplan una ADI especial (Santa Fe, Corrientes, Santa Cruz). Esto no significa que no pueda entablarse una acción declarativa de inconstitucionalidad ante tribunal de primera instancia a través del procedimiento de acción de certeza ordinaria prevista en sus CPCC.

También es muy ilustrativo hacer un breve *racconto* histórico de la evolución de las ADI en orden provincial para comprender su alcance y dimensión. La ADI comenzó teniendo un origen legal para llegar a tener raigambre constitucional. Una rápida revista de la recepción progresiva por las Constituciones provinciales de la ADI nos revela tres etapas:

1º) *Primer ciclo hasta 1976*: la provincia de Buenos Aires fue pionera en establecer, a través de una ley, una acción declarativa de inconstitucionalidad introducida en su Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de 1906 (ley 2958), aunque no contaba con una cláusula en su Constitución sobre el particular.

La primera Constitución en darle jerarquía constitucional a una acción directa de constitucionalidad fue Entre Ríos en 1933 (art. 167 inc. 1.c). Luego fueron seis de las nuevas provincias: Neuquén (28/11/1957: art. 30, 167, 170 inc. a, y 171 inc. a (21)), Chaco (07/12/1957: arts. 9 y 170 (22)), Río Negro

(21) NEUQUÉN 1957: Artículo 30: *“Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración.”*

Artículo 170: *“El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva para conocer y resolver: a) En las cuestiones que se promuevan directamente ante el mismo, en caso concreto y por vía de acción sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”;*

Artículo 172: *“El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción como tribunal de última instancia: a) En las causas sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y que se hayan promovido ante los juzgados de primera instancia.”*

(22) CHACO 1957: Artículo 9: *“Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración.”*

Artículo 170: *“El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas: 1º. Ejerce jurisdicción ordinaria y exclusiva en los siguientes casos: a. En las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones, que se promuevan directamente por vía de acción;... 3º. Conoce y*

(10/12/1957: art. 137 y 138 (23)), La Pampa 1960 (art. 7, 97 y 101 (24)), Formosa 1957 (25) y Misiones 1958 (arts. 128 y 145 (26)). Mientras en Neuquén, La Pampa y Chaco la ADI se interpone directamente ante el TSJ por

resuelve en grado de apelación: a. En las causas sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, promovidas ante los juzgados de primera instancia;...

(23) RÍO NEGRO 1957: Artículo 137: *“En materia judicial, el Tribunal Superior tendrá las siguientes atribuciones generales conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. 1) Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución y se controvertan por parte interesada. En la vía originaria, podrá promoverse la acción sin lesión actual!”*

Artículo 138: *“Cuando el Tribunal Superior declare por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma materia de litigio, contenida en una ley decreto, resolución, ordenanza o reglamento, originado en cualquier jurisdicción, el mismo Tribunal Superior, en resolución expresa dictada por separado, podrá declarar suspendida la vigencia de la norma inconstitucional, que dejará de ser obligatoria a partir de la publicación de dicha resolución.”*

(24) LA PAMPA 1960: Artículo 7: *“ Toda ley provincial contraria a las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación, por esta Constitución o por los tratados que celebre la Provincia, es de ningún valor, pudiendo los interesados demandar e invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes.”* Artículo 97: *“Son atribuciones y deberes del Superior Tribunal de Justicia: 1º ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para resolver cuestiones controvertidas por parte interesada, referentes a la inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, edictos, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución”.* La acción de inconstitucionalidad se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 1675/95) arts. 34.a que remite al CPCC (art. 300 ss. “Acción meramente declarativa”). Pero la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 1675/95) arts. 34.b *“...Será necesario el funcionamiento en pleno del Superior Tribunal... b) Para resolver en jurisdicción originaria las demandas de inconstitucionalidad previstas por el art. 97, inc.1 CP”.*

(25) FORMOSA en su primera Constitución de 1957 estableció en su art. 124: *“Son atribuciones del Superior Tribunal de Justicia: 2. Ejercer la jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvertan por parte interesada”;* complementado por el art. 128: *“La interpretación que el Superior Tribunal haga de esta Constitución, de las leyes, tratados y de los convenios colectivos de trabajo provincial, es obligatoria para los jueces y tribunales inferiores. La legislación establecerá la forma en que podrá requerirse y procederse a la revisión de la jurisprudencia del Superior Tribunal”.* Esta disposición se complementa con CPCC (dto. ley 424/1969, reformado por ley 1397/02): *“Declaración de inconstitucionalidad”* (arts. 683-688) que atribuye al TSJ competencia originaria y exclusiva en la ADI.

(26) MISIONES 1959: Artículo 145: *“El Superior Tribunal de Justicia tiene en materia judicial las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las demás que le confiere la ley conforme a su función y jerarquía: 1º: Ejerce jurisdicción originaria y por apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”.* El TSJ conoce de manera originaria las ADI reguladas en el CPCC (ley XII N° 27 de 2013 que deroga la ley XII N° 6 antes ley 2335/86): *“Declaración de inconstitucionalidad”* (art. 808-813) que fija un plazo de caducidad de 30 días para interponer la ADI sólo cuando se trate de derechos patrimoniales. El TSJ conoce también en grado de apelación a través del recurso de inconstitucionalidad previsto tanto en el CPCC (arts. 286, 303, 305) como en el Código Procesal Penal (art. 488).

ser una competencia originaria y exclusiva suya. Las Constituciones de Formosa de 1957 y Misiones 1958 (arts. 128 y 145) admiten la ADI pero no determinan el tribunal competente, el que entonces pasa a ser indicado por el CPCC que establece una “acción especial” dentro de un modelo mixto porque, por un lado, atribuye al TSJ la competencia originaria para entender en estas acciones cuando son de contenido no patrimonial o institucional, en cambio, por el otro, cuando la ADI tiene un contenido patrimonial será competencia del STJ si se la ejerce dentro de un plazo de 30 días, pasado el cual pasa a manos de un juez de primera instancia. En cambio en Río Negro (27) la ADI se entabla ante un tribunal los jueces de primera instancia.

(27) En 1988 RÍO NEGRO reforma su Constitución de 1957 y modifica parcialmente su anterior criterio, pues incorpora la ADI como competencia originaria del TSJ cuando se trate de una acción sin lesión actual. Artículo 196: *“Corresponde al Poder Judicial el ejercicio exclusivo de la función judicial. Tiene el conocimiento y la decisión de las causas que se le someten. A pedido de parte o de oficio, verifica la constitucionalidad de las normas que aplica”*.

Artículo 207: *“El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: 1º. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución y que se controviertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: 2.d.- En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”*. Artículo 208: *“Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial”*.

Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo. El procedimiento se encuentra regulado en el CPCC “Juicio de Inconstitucionalidad” (art. 793/799). Como vemos la acción de inconstitucionalidad puede entablarse “sin lesión actual” y, también, por “omisión constitucional”. Esto no significa que se admita una acción abstracta, porque siempre debe haber un sujeto con daño conjetural o hipotético. Para interponer la acción directa de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal Provincial, el interesado dispone de 30 días, en que el precepto impugnado (ley, decreto, ordenanza o reglamento) afecte los derechos patrimoniales del actor (arts. 793 y 794 del CPCC). Transcurrido dicho plazo —de treinta días— se considera extinguida la jurisdicción originaria del STJ y el interesado podrá ocurrir ante la justicia ordinaria, en la cual podrá proveer por la vía de la acción principal, la defensa o la excepción.

En el resto de las provincias la acción de inconstitucionalidad se fue abriendo paso lentamente a partir de la recepción de la “acción meramente declarativa” en sus Códigos de Procedimientos Civiles y Comerciales locales, dictados a impulso e imitación del CPCC de la Nación. Sin embargo, fueron las reformas constitucionales con posterioridad a 1994 que consagraron expresamente la acción directa de inconstitucionalidad en las Cartas constitucionales provinciales.

2º) *Segundo ciclo desde 1983 hasta 1994*: siguiendo las huellas de las constituciones de las nuevas provincias y con impulso garantista dado por el restablecimiento de la Constitución siete (7) provincias reformaron sus textos constitucionales: La Rioja 1986 (art. 9, 132, 141, 143, 145 (28)), San Juan 1986 (arts. 11, 208, 209, 265 (29)), Jujuy 1986 (arts. 164, 165 (30)), Salta 1986 (establece dos tipos ADI: una concreta

(28) LA RIOJA 1986: Artículo 141: *“El Tribunal Superior ejerce competencia originaria y exclusiva: 1º. En las demandas que se promuevan directamente por vía de acción por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos;...”*

(29) SAN JUAN 1986: Artículo 11: *“Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas. La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente”*. Artículo 208: *“La Corte de Justicia tiene en lo jurisdiccional las siguientes atribuciones: 2) Conoce en las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que se promuevan directamente por vía de acción y en caso concreto, según lo establezca esta Constitución y las leyes; 3) Conoce y resuelve en grado de apelación: a) En las causas sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones promovidas ante los tribunales inferiores”*; Jurisprudencia vinculante. Artículo 209: *“La interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores. La ley establece la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia”*. Fiscal de Estado. Artículo 265: *“Tiene facultad para peticionar ante la Corte de Justicia que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, carta municipal, ordenanza, resolución o acto administrativo”*. La Constitución de San Juan declara que la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte de Justicia local puede quedar únicamente excitada por los planteos de inconstitucionalidad que le formulen, por vía de acción, por el Fiscal de Estado y el Fiscal General de la Corte. Atribuyen legitimación o personería, aunque no en forma exclusiva, al Fiscal de Estado, las Constituciones de Chaco, Chubut, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Salta, San Luis y Santa Cruz.

(30) JUJUY 1986: Artículo 164: *“El Superior Tribunal de Justicia conoce y resuelve originaria y exclusivamente: 1º. En las acciones por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones”*; Artículo 165: *“El Superior Tribunal de Justicia conoce y decide como tribunal de última instancia: 1º. En los recursos de inconstitucionalidad: a. cuando en un juicio se hubiere cuestionado la validez constitucional de una ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución; b. cuando en un juicio se hubiese puesto en cuestión la inteligencia de una cláusula constitucional y la resolución fuere contraria a la validez del título, garantía*

y otra abstracta de amplia legitimación activa, una verdadera acción popular, arts. 153 y 92 (31)), Córdoba 1987 (art. 165 (32)), San Luis 1987 (arts. 10, 210, 213, 214, 237 (33)) y Tierra del Fuego 1991 (arts. 54, 157, 158, 159 (34)). Todas estas provincias se caracterizan por disponer que la ADI sea competencia originaria y exclusiva del TSJ.

o excepción que hubiere sido materia del caso y se fundare en esa cláusula; c. cuando la sentencia fuere arbitraria o afectare gravemente las instituciones básicas del Estado?

(31) SALTA 1986/1998: Artículo 92: "Acción Popular de Inconstitucionalidad": *Todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley*". Artículo 153: "La Corte de Justicia... II. "Le compete conocer y decidir en forma originaria: (a) Las acciones sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución". El procedimiento está contemplado en el CPCC: "Acción de Inconstitucionalidad" concreta (arts. 704-707), la Acción popular de inconstitucionalidad carece de ley regulatoria.

(32) CÓRDOBA 1987: Artículo 165: "El Tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia: 1º. Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: a) De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada. 2º. Conocer y resolver, en pleno, de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad". Esta acción está recogida en Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 8435) art. 11 y en el CPCC (Ley 8465/95) art. 413.

(33) SAN LUIS 1987: Artículo 10: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por las partes. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente". Artículo 210: "Las sentencias que pronuncian los Tribunales y Jueces Letrados de la Provincia, deben ser fundadas en el derecho vigente. El juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional, siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio, debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica". Artículo 213: "Corresponde al Superior Tribunal: 1. Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por ésta Constitución y se controvierta por parte interesada". Artículo 214: "El Superior Tribunal tiene además, las siguientes atribuciones y deberes: 10. Comunicar en forma inmediata a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y a las municipalidades, sus pronunciamientos sobre inconstitucionalidad de las leyes, decretos y ordenanzas". Artículo 237: "El Fiscal de Estado es encargado de defender los intereses de la Provincia. A tal efecto: 4. En su caso acciona ante quien corresponda, para que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, carta municipal, ordenanza, resolución o acto administrativo". El procedimiento está reglado en su CPCC (ley 310) "Acción de inconstitucionalidad": arts. 442 ss.

(34) TIERRA DEL FUEGO 1991: Artículo 157: "El Superior Tribunal de Justicia tendrá competencia originaria y exclusiva para conocer y resolver. 1 - En las cuestiones que se promuevan en caso concreto y por vía de acción de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución".

3º) *El tercer ciclo va desde la Reforma nacional de 1994 hasta el presente* (35): aunque la reforma de la Constitución Nacional en 1994 nada estableció sobre una acción directa de inconstitucionalidad federal, sin embargo, eso no impidió que las provincias continúen en su avance de reconocimiento constitucional expreso de la ADI, asignándosela como competencia originaria y exclusiva al TSJ en 4 provincias de Buenos Aires en 1994 (arts. 57 y 161 (36)); Chubut en 1994 (arts. 175 y 179 (37)), Ciudad Autónoma de Buenos Aires 1996 (art. 113 (38)) y Santiago del Estero 2005 (que imita

(35) En 1994 CHACO reforma su Constitución sin embargo mantuvo los textos del art. 9 y del art. 170 (éste pasó a ser art. 163).

En 1998 SALTA modifica su Constitución ratificando la postura del texto de 1986: Los arts. 89 y 149 pasaron a ser arts. 92 y 153 respectivamente, y se agregan dos disposiciones referidas al Fiscal del Estado. Artículo 149: *“Funciones. A requerimiento del Gobernador se encuentra legitimado para demandar la inconstitucionalidad y nulidad de toda ley, decreto, ordenanza, contrato, resolución o acto de cualquier autoridad de la Provincia que sean contrarios a las prescripciones de esta Constitución”* y al Ministerio Público. Artículo 166: *“Atribuciones y Deberes... c. Velar por el respeto de los derechos, deberes, principios y garantías constitucionales, estando legitimado para demandar la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, ordenanza, actos, contratos o resolución de cualquier autoridad pública provincial o municipal”*.

También NEUQUÉN en 2006 modifica su Constitución de 1957 manteniendo el criterio respecto de la ADI, ahora reenumerados como arts. 16, 241 a y 242.a pero agrega dos nuevos: Artículo 203: *“Corresponde a la Corte de Justicia y demás Tribunales o Juzgados inferiores, el conocimiento y decisión: 2º De las causas acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución”*. Artículo 208: *“Toda resolución judicial debe ser motivada. Contra las que no lo sean procederán los recursos de nulidad y de inconstitucionalidad y las costas serán impuestas a quienes las suscriban”*.

(36) BUENOS AIRES 1994: Artículo 57: *“Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado”*. Artículo 161: *“La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 1ª Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada”*.

(37) CHUBUT 1994: Artículo 179: *“El Superior Tribunal de Justicia tiene la siguiente competencia: 1º. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en pleno: 1.1 De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas municipales, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan en caso concreto por parte interesada”*. Este artículo introduce la ADI a cargo del TSJ que no había sido contemplada por su anterior Constitución de 1957.

(38) CABA 1996: Artículo 113: *“Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de*

la disposición de la CABA, art. 193 (39)). Cabe agregar a Entre Ríos en su reforma de 2008 (arts. 60, 205 incs. 1 y 2 (40)).

Quedaron sin regulación constitucional cinco provincias: por un lado, Tucumán y Mendoza (que incorporaron por ley un ADI) y, por el otro, Santa Fe, Corrientes y Santa Cruz.

Para dar un panorama de la recepción de la ADI en el sistema de control provincial podemos aproximarnos desde dos perspectivas: por su regulación normativa, o por el tribunal facultado a intervenir en una ADI.

Como resumen sobre el modo en que actualmente está regulada la ADI en las Constituciones provinciales debemos empezar por diferenciar (I) aquellas provincias cuyas Constituciones la establecen de (II) aquellas otras cuyas constituciones nada dicen.

Dentro de cada uno de estos grupos podemos distinguir:

(A) cuando la ADI es competencia originaria del TSJ o

(B) cuando es competencia ordinaria de juez de primera instancia.

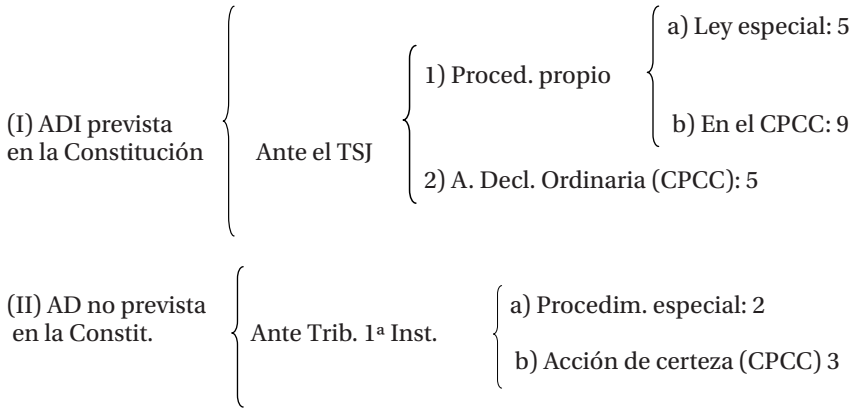
los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

3. *Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución". A través de una Ley Especial, N° 402, art. 17 (BOCABA, 17/7/00), se regula la ADI.*

(39) SANTIAGO DEL ESTERO 2005: Art. 193: *"Función jurisdiccional. En su función jurisdiccional el Superior Tribunal de Justicia tendrá las siguientes competencias, de conformidad con las leyes que la reglamenten: 1º. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: a) En las causas que le fueren sometidas sobre competencia o conflictos institucionales que se susciten entre la provincia y los municipios, entre los municipios o entre los poderes de un mismo nivel de gobierno. b) En las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces. 2º. Entender por vía de apelación conforme lo establezcan las leyes procesales: a) En las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones, que se hubiesen suscitado ante los tribunales inferiores... e) En todos los otros supuestos que las leyes procesales establezcan. En todos los casos el Superior Tribunal de Justicia tendrá facultad para hacer cumplir directamente la sentencia por los funcionarios competentes, si la autoridad pública no lo hiciera dentro del plazo establecido en la sentencia".* El procedimiento por ahora está incluido en su CPCC "Juicio por inconstitucionalidad" (art. 807/811).

(40) ENTRE RÍOS (Ley de procedimientos constitucionales, ley 8369 modif. por ley 9550/04).

A su vez, en cada uno de estos dos subgrupos conviene separar los casos en que la ADI está regulada (a) en una ley especial o (b) dentro del Código Procesal Civil respectivo, y, en este último caso, según que la acción de inconstitucionalidad sea materia de una regulación especial o se subsume en la acción meramente declarativa general. Lo podemos graficar en este cuadro:



Regulación normativa: si adoptamos como criterio de clasificación el instrumento normativo que regula la ADI podemos distinguir tres casos según que la acción encuentre su recepción: a) en su constitución local; b) en una ley especial; c) sin regulación legal especial.

(I) *Con base constitucional:* entre éstas podemos distinguir las que atribuyen la ADI como competencia *originaria y exclusiva del TSJ* de aquellas otras que donde la ADI es interpuesta ante tribunal de primera instancia (41).

A) *Ante TSJ (competencia originaria y exclusiva): 17 provincias*

A.a) Regulada por *ley especial* ante el TSJ: *Jujuy* (Ley 4346 de Acción de Inconstitucionalidad, modificada por leyes 4848 y 5052); *Neuquén* (ley 2130 sobre acción de inconstitucionalidad), *CABA* (Ley 402); *Chaco* (ley 6863 de 2011), y *Entre Ríos* (Ley de Procedimientos Constitucionales, ley 8369 modif. por ley 9550/04) (42).

(41) Conviene aclarar que la ADI se entabla ante “tribunal de primera instancia”, esto quiere decir que puede conocer tanto un juez de primer grado como el TSJ actuando como tribunal de primera instancia en aquellos asuntos en los que tiene asignada competencia originaria y exclusiva.

(42) Ley de procedimientos constitucionales de Entre Ríos, ley 8369 (Texto s/ art. 13º y 14º ley 9550 - B.O. 23/02/04), toma previsiones al respecto en el artículo 51.-DEMANDA:A) La demanda de inconstitucionalidad se interpondrá ante el Superior Tribunal de Justicia,

A.b) Regulada en su CPCC ante el TSJ:

A.b.1) En algunas provincias la ADI ante el TSJ está regulada como un proceso especial dentro del CPCC. Esto es lógico, por estar asignada como atribución al tribunal superior reclama un procedimiento especial que lo diferencie de los procesos ordinarios aplicables como regla por ante cualquier tribunal competente de primera instancia. Así lo hacen *Buenos Aires* (CPCC, dto. ley 7425/68, “Declaración de inconstitucionalidad”, arts. 683-688(43)); *La Rioja* (“Juicio de inconstitucionalidad: arts. 386 a 389 CPCC); *Salta* (ADI concreta: CPCC, ley 5233, arts. 704-707: “acción de inconstitucionalidad”; la ADI popular no reglada por el CPCC); *Tierra del Fuego* (“juicio de inconstitucionalidad”: arts. 315-318 CPCC); *Formosa* (44) (CPCC, ley 424/1969, “declaración de inconstitucionalidad”, arts. 683-688), Misiones (ley XII, N° 27 de 2013 Código procesal civil, comercial, de familia y violencia familiar (Digesto Jurídico): “Declaración de inconstitucionalidad”, arts. 808-813 (45)) y *San Luis* (CPCC, Ley 5606/04, “Demanda y recurso de inconstitucionalidad”, arts. 812-824). La provincia de *Río Negro* reduce la competencia originaria del TSJ para los casos de acciones “sin lesión actual” —en los otros casos la demanda es por ante el juez de primera instancia—. El trámite ante el TSJ de dicha acción de constitucionalidad “sin lesión actual” está regulado en el CPCC, ley 4142/07 prevé el “juicio de inconstitucionalidad” en sus arts. 793/799. El caso de *Santiago del Estero* es singular porque en su reforma de 2005 adoptó el modelo de la CABA, sin embargo, el proceso ante el TSJ no cuenta con una ley especial como en la CABA sino se regula por el CPCC (“Juicio por Inconstitucionalidad”; art. 807/811).

A.b.2) En cinco provincias —Córdoba, San Juan, Chubut, Catamarca, La Pampa— se da el caso que sus Constituciones establecen la ADI como originaria del TSJ, sin embargo, carecen de un procedimiento especial regulado en una ley especial o en el propio CPCC, por tanto sólo puede canalizarse

quien ejerce jurisdicción originaria y exclusiva. En el escrito inicial se mencionará la Ley, decreto, reglamento, ordenanza o resolución de carácter general, señalando con toda precisión cual es la cláusula de la Constitución Provincial que estima violada y en que consista tal violación.

(43) Debemos hacer notar que antes de la Reforma de 1994 la provincia de Buenos Aires había recogido la ADI en su CPCC. El formato de ADI establecido por Buenos Aires servirá de modelo a las demás provincias que lo recogerán en sus Constituciones.

(44) FORMOSA reformó su Constitución en 1991 y en el 2003 pero se mantuvieron los textos de los artículos originarios, hoy como arts. 170 inc. 2° y art. 174, actualmente vigentes.

(45) La ADI es en cierto modo “mixta” porque el CPCC fija un plazo de 30 días para presentar ante el TSJ una ADI cuando versa sobre derechos patrimoniales, transcurrido el cual queda expedita la vía para accionar por inconstitucionalidad ante un tribunal de primera instancia. Este plazo no rige cuando se trata de cuestiones no patrimoniales. Misiones claramente excluye de la acción declarativa genérica del art. 324 del CPCC los casos ADI ante el TSJ para lo que ha fijado un procedimiento especial (art. 808-809).

a través de *la acción meramente declarativa prevista en su CPCC: Córdoba* (CPCC, ley 8465/1995, art. 413; Ley Orgánica del Poder Judicial, ley 8435, art. 11); *San Juan* (CPCC, ley 3738/72, art. 306); *Chubut* 1994 (CPCC, dto. ley 2203/1983, art. 322), todas se apoyan en una disposición semejante al art. 322 CPCCN. En suma, la ADI está reconocida por las respectivas constitucionales provinciales, sin embargo carece de un procedimiento especial, por lo que debe ser canalizada a través de la norma prevista para la acción meramente declarativa contenida en su Código Procesal Civil. *La Pampa* es singular porque su Constitución admite expresamente la ADI en el art. 97.1.a (conc. arts. 7 y 101 CP). La acción de inconstitucionalidad se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 1675/95) arts. 34.a que remite al CPCC (1828/1999, arts. 300 y 304: “acción meramente declarativa), pero mas adelante la Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 34.b “...Será necesario el funcionamiento en pleno del Superior Tribunal... b) Para resolver en jurisdicción originaria las demandas de inconstitucionalidad previstas por el art. 97, inc.1 CP”. *Catamarca. Acción directa de inconstitucionalidad* (arts. 203.2º, 39 CP y Cód. Cont. Adm./ley 2403 (Caso “Lilljedahl, Enrique E. c. Estado Provincial”, TSJ, 30/06/2006).

(II) *Con base legal (ante tribunal de primera instancia)* (46): 2 provincias

Obviamente, si la constitución local no fija la competencia originaria y exclusiva del TSJ, cualquier acción declarativa de inconstitucionalidad sólo puede estar reglada por ley como asunto de tribunales de primera instancia.

(a) Regulada por ley especial ante tribunal de primera instancia: es el caso particular de Tucumán que, aunque carece de una disposición constitucional expresa referida a la ADI, a través de su Código Procesal Constitucional (ley 6644), es decir, una ley especial ha establecido un procedimiento específico para la ADI en el Título III: “Control de Constitucionalidad”, Capítulo II: “Por acción” (arts. 89 y 90).

(b) Regulada en su CPCC ante tribunal de primera instancia: aunque la Constitución de *Mendoza* nada dice sobre la ADI (vid. arts. 48, 144, 160, 161 y 162), sin embargo, el CPCC ha establecido expresamente un procedimiento especial en el art. 223: “Acción de inconstitucionalidad” donde establece el procedimiento a observarse por ante el juez que se presente la demanda.

(III) *Carecen de ADI especial: 3 provincias*

Las cuatro provincias restantes se encuentran en una situación semejante a la Nación: no tiene reconocida la ADI en sus Constituciones ni en

(46) Con anterioridad a la reforma de 2008, Entre Ríos en su ley 8369/90 de Procedimientos Constitucionales contenía en su Capítulo III sobre “Control de constitucionalidad” una ADI con un procedimiento especial de competencia originaria y exclusiva del STJ (arts. 51 a 55).

su legislación procesal. Esto no significa negación de la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad, sin embargo, ésta sólo podrá canalizarse como una acción meramente declarativa contemplada en sus respectivos CPCC locales, (que reproducen una cláusula análoga al art. 322 del CPCC Nacional): *Corrientes* (art. 187 CP/2007 y CPCC/dto.ley 14/2000, art. 322), *Santa Fe* (art. 93 CP y CPCC/ley 5531/62, art. 1) y *Santa Cruz* (art. 132 CP/1998 y CPCC, ley 1418/81, art. 300 (47)).

Tribunal facultado para decidir ADI: si tomamos como criterio para clasificar el tribunal que se halla facultado para conocer una ADI, sólo tenemos dos alternativas: el TSJ o un tribunal de primera instancia. La elección de uno u otro tribunal depende del régimen normativo establecido en cada provincia. En cinco (5) provincias la ADI debe entablarse ante un tribunal de primera instancia (con regulación especial: La Pampa, Tucumán, Mendoza; sin regulación especial: Santa Fe, Corrientes, Santa Cruz). Como vimos mas arriba en 17 constituciones atribuyen expresamente competencia originaria y exclusiva al TSJ local para conocer una ADI.

A) En cinco provincias la ADI se entabla ante un tribunal de primera instancia (48), como sucede en el orden federal (49). En dos que a pesar que su constitución nada dice establecen la ADI con un procedimiento propio a través de una ley especial (Tucumán) o en su CPCC (Mendoza), finalmente, hay tres (Santa Fe, Santa Cruz, Corrientes) que al igual que el orden nacional, se rigen por la acción declarativa de certeza contemplada en sus respectivos CPCC.

B) Más interesante es el panorama en las restantes 19 provincias que confieren al *tribunal superior de justicia* la competencia de decidir una ADI, en todas ellas está dispuesto de manera expresa en sus textos constitucionales y su régimen procesal, como expusimos mas arriba, en 5 provincias está regulado por en una ley especial, en otras 9 provincias con un procedimiento específico en sus CPCC y, finalmente, en las 5 restantes (Córdoba, San Juan, Chubut, La Pampa, Catamarca) el procedimiento se canaliza como

(47) SANTA CRUZ 1957: Artículo 130: “Corresponde al Superior Tribunal de Justicia: 3) Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvertan por parte interesada.” En la Reforma de 1998, mantiene el texto ahora como artículo 132 inc. 3°.

(48) Normalmente ante el fuero contencioso-administrativo porque lo que se cuestiona es la validez constitucional de una norma del estado provincial.

(49) No incluimos aquí el caso de Río Negro, porque si bien la regla general es que las ADI se interponen ante tribunal de primera instancia, sin embargo, admite que pueda entablarse una ADI por vía originaria ante el TSJ cuando se trate de una acción “sin lesión actual” (art. 207, inc. 1° CP).

acción declarativa ordinaria regulada en su CPCC aunque dirigida, claro está, directamente al TSJ local (50).

Ahora bien, el TSJ, además de aquellas ADI que son de competencia originaria y exclusiva, también ejerce competencia por apelación de las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por tribunales inferiores en juicios comunes, amparos, habeas corpus e, incluso, acciones de certeza ordinarias. Entonces, ahora nos podemos enfocar específicamente en los efectos que las Constituciones provinciales atribuyen a las sentencias dictadas por los TSJ se en competencia originaria (ADI) o en competencia de revisión (por recurso).

IV. Efectos expansivos de sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Superior de Justicia provincial

Sin embargo, lo más notable de lo que hasta aquí expuesto es la novedad introducida por el derecho constitucional provincial respecto de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el Tribunal Superior de provincia que en 13 provincias tienen efecto expansivo. Las razones que explican este alcance es doble: por un lado, la posición cimera que ocupa el TSJ en la función de control jurisdiccional de constitucionalidad local, pero, por otro lado, la trascendencia institucional que conlleva una declaración de inconstitucionalidad justifica que sea el máximo tribunal quien tome este tipo de decisión que no puede quedar en manos de un tribunal de primera instancia.

Es sumamente interesante observar cómo en el ámbito provincial se ha avanzado en atribuirle a los efectos generales a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ con consecuencias propias de un Tribunal Constitucional, dando, por tanto, el carácter expansivo propio del “legislador negativo” que mencionaba Kelsen. Aquí se advierte un grupo de Constituciones provinciales que muestran rasgos propios del sistema concentrado de control de constitucionalidad cuando la sentencia de inconstitucionalidad emana del TSJ. Precisamente, la posición cimera dentro del sistema judicial condujo a algunas Constituciones a conferirle a la decisión en materia constitucional del TSJ provincial alcance general.

En este punto vamos a detenernos porque creo que es el más sustancioso de esta reseña: el efecto expansivo de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ.

Dos constataciones preliminares: la primera, que estos efectos expansivos sólo pueden provenir de un texto constitucional expreso, por tanto, nos

(50) Salvo en Catamarca la ADI ante el TSJ se regula en el Código Contencioso-Administrativo como proceso de conocimiento.

circunscribiremos a las trece constituciones provinciales que se ocupan del tema. La segunda, que cuando hablamos de sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ, éstas pueden haber llegado a conocimiento del TSJ por competencia originaria en una ADI o en grado de apelación de sentencias pronunciadas por tribunales inferiores en procesos de amparo, habeas corpus o, incluso, de un pleito común en que se ha debatido la inconstitucionalidad de una norma. Es decir, tenemos un grupo de 13 provincias que atribuye efectos expansivos a sentencias de inconstitucionalidad del TSJ local que llegan a su decisión por dos vías:

a) por ADI entablada directamente por ante el mismo TSJ en jurisdicción originaria y exclusiva (51); y

b) por recurso contra una sentencia que tuvo origen en una demanda que se inició ante un tribunal de primera instancia, originada en una acción ordinaria, un habeas corpus, un amparo, una acción meramente declarativa (o, eventualmente, una ADI iniciada ante el juez de primera instancia).

En estos supuestos estamos ante un sistema mixto de control de constitucionalidad: a) por un lado, difuso porque se atribuye a cualquier tribunal decidir sobre la constitucionalidad, con efectos al caso; y b) por otro lado concentrado, pues, cuando llega al TSJ (sea por ADI directa, sea por apelación) se le confiere efectos expansivos.

En función de lo arriba señalado, dentro de este grupo de trece (13) Constituciones provinciales que otorgan alcance general a las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el TSJ, debemos hacer una importante distinción en dos grupos: uno de nueve (9) provincias que confieren EE a

(51) No incluimos aquí a seis provincias cuyas Constituciones, aunque establecen que la ADI debe entablarse directamente por ante el TSJ, sin embargo, el efecto de una sentencia de inconstitucionalidad del TSJ, conforme al principio general, queda circunscrito a la causa, a las partes, o sea carece de efecto expansivo: *Buenos Aires* (arts. 57 y 161 CP, reglamentados por el CPCC: "Declaración de inconstitucionalidad" arts. 683 a 688 que establece una acción declarativa de inconstitucionalidad); *Misiones* (arts. 145 y 128 CP; reglamentado por el CPCC/ley XII N°6: "Declaración de inconstitucionalidad" arts. 808 a 813); *San Luis* (arts. 10, 210, 213, 214, 237 CP reglamentado por el CPCC/Ley 310: "Acción de inconstitucionalidad" arts. 442 ss.); *Córdoba* (art. 165. 1° a CP; reglamentado por la Ley Orgánica del Poder Judicial/Ley 8435: art. 11, y por el CPCC/Ley 8465/95: arts. 392 a 394); *La Pampa* (arts. 7 y 97.1° CP; reglamentado por la ley Orgánica del Poder Judicial/ley 1675: arts. 33 y 34; y por el CPCC: arts.300 y 304 ss.); *SALTA* (la acción de inconstitucionalidad concreta, 153.I CP, reglada por el CPCC/ley 5233: arts. 704-707) En estas seis provincias la ADI se entabla ante el TSJ de manera directa. Incluso las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ por apelación de una acción ordinaria, un habeas corpus o un amparo iniciado ante un juez de primera instancia, tampoco tiene efectos expansivos, pues del mismo modo que la ADI originaria ante el TSJ, en todos los casos de decisión del TSJ por apelación el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad queda limitado a las partes.

cualquier sentencia de inconstitucionalidad del TSJ; y otro, de cuatro (4) provincias, que sólo aceptan EE en sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ en una ADI. Veamos.

A) Por un lado, nueve (9) provincias atribuyen alcance general a cualquier sentencia de inconstitucionalidad dictada por el TSJ en procesos que han llegado a su decisión por vía directa de una ADI (de competencia exclusiva del TSJ) o por vía de apelación en cualquier proceso iniciado ante un juez de primera instancia (acción ordinaria, amparo, habeas corpus, ADI, acción meramente declarativa) donde tuvo lugar un cuestionamiento sobre la constitucionalidad de una norma.

B) Por otro lado, cuatro de ellas (Neuquén, CABA, Santiago del Estero, Salta) únicamente confieren efecto general a aquellas sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el TSJ en los casos de ADI entabladas directamente ante dicho TSJ. El caso de Salta es especial pues sólo respecto de la acción popular abstracta de inconstitucionalidad (art. 92 CP). Por tanto, en los demás casos en que el TSJ resuelve por vía de apelación (acción ordinaria, amparo, habeas corpus, acción meramente declarativa iniciadas ante juez de primera instancia) tales sentencias carecen de efectos expansivos y siguen la regla general del efecto *inter partes*.

Esta aclaración previa resulta importante para mensurar el alcance del efecto expansivo otorgado por estas Constituciones provinciales, porque en un caso es más amplia cuando comprende a todo tipo de sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TSJ, originada en cualquier tipo de proceso, mientras que en otros dos casos, aun con sus singularidades, el efecto expansivo se circunscribe sólo a las ADI entabladas por ante el TSJ con competencia exclusiva (CABA, Santiago del Estero, Salta).

(A) Cualquier sentencia de inconstitucionalidad del TSJ:

Vamos a centrarnos, primeramente, en las nueve (9) constituciones que confieren efecto expansivo a sentencias de inconstitucionalidad del TSJ cualquiera sea su origen: a) por una ADI de competencia originaria o b) por revisión en otro tipo de acción que llegue al TSJ por recurso.

Dentro de este grupo podemos advertir que el efecto expansivo de las sentencias de inconstitucionalidad del TSJ se aborda con diferentes expresiones en un gradiente que va desde dar valor obligatorio a la interpretación del TSJ hasta atribuirle efecto derogatorio, pasando por expresiones ambiguas como “perdida de vigencia” o “caducidad” de la norma declarada inconstitucional. Así podemos reunir las en cuatro grupos:

a) Valor de “interpretación obligatoria” para los tribunales inferiores una sentencia de inconstitucionalidad dictada por el TSJ: 3 provincias

Este supuesto confiere de manera indirecta efectos expansivos a una sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TSJ en un proceso (ADI presentada ante el TSJ o en revisión por recurso) porque obliga a jueces y tribunales inferiores a someterse a la interpretación constitucional fijada por el TSJ. En consecuencia, todo asunto análogo en materia constitucional que se presente en un tribunal local debe respetar el sentido establecido por el TSJ. Esta fórmula imperativa ha sido empleada por las Constituciones de Formosa, La Rioja y San Juan.

1. *Formosa* (1957): Art.174: “La interpretación que el Superior Tribunal haga de esta Constitución... es obligatoria para jueces y tribunales inferiores” (52).

2. *La Rioja* (1986): Art. 143: “La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución... es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores” (53).

3. *San Juan* (1986): Art. 209: “La interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución... es de aplicación obligatoria por todos los tribunales inferiores” (54).

(52) FORMOSA 1957 (reformada en 1991 y en 2003) art. 170 inc. 2º “Son atribuciones del Superior Tribunal de Justicia: 2. Ejercer la jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada” y art. 174 arriba citado. Esta disposición se complementa con CPCC (dto. ley 424/1969, reformado por ley 1397/02) “Declaración de inconstitucionalidad” (arts. 683-688) que atribuye al TSJ competencia originaria y exclusiva en ADI.

(53) LA RIOJA 1986: Artículo 9: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución debe ser declarada inconstitucional por los Jueces, a requerimiento de parte o de oficio”. Artículo 132: “El Juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional siendo el control de constitucionalidad una cuestión de derecho. El juez a pedido de parte o de oficio debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica. El juez aplicará el derecho con prescindencia o en contra de la opinión jurídica de las partes, interpretando siempre la ley o doctrina legal con un criterio jurídico de actualidad, de modo que su aplicación importe la realización de la justicia”. Artículo 141: “El Tribunal Superior ejerce competencia originaria y exclusiva: 1º. En las demandas que se promuevan directamente por vía de acción por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos; inc. 3º... Ejerce jurisdicción recurrida como Tribunal de Casación, inconstitucionalidad, revisión y demás casos que establezca la Ley...”. La ADI se encuentra regulada en el CPCC: “Juicio de inconstitucionalidad (arts. 386 a 389).

(54) SAN JUAN 1986: Artículo 11: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución, carecen de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aún cuando no hubiere sido requerido por parte, previo conocimiento a las mismas. La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos

b) Pérdida de “vigencia” por dos o tres sentencias en cualquier sentencia de inconstitucionalidad del TSJ sin deferencia al legislador: 3 provincias

Este grupo tiene la particularidad que exige la repetición de dos o tres sentencias análogas por el TSJ para llegar a afectar la “vigencia” de la norma legal tachada de inconstitucional. Es decir, que no basta una sola sentencia para hacer perder la vigencia de la norma declarada inconstitucional, sino que es necesaria la acumulación de dos o tres sentencias consecutivas para conseguir ese efecto. Se recurre a un concepto críptico ya que, en lugar de decir que la norma es “inválida” para eliminarla del ordenamiento normativo, aplica la tacha sobre el efectividad de la disposición pues actúa impidiendo la “vigencia” de la norma sea para suspenderla (Tierra del Fuego) o para hacer bloquear su vigencia (Chubut). En vez de disponer que se declare que la norma no es válida, evita pronunciarse sobre esta cuestión y aplica el efecto paralizante sobre la aplicabilidad de la norma. Esto no se condice con la recta doctrina de la inconstitucionalidad (declarativa, efecto *ex tunc*) porque al separar validez de vigencia, el efecto sería *ex nunc*, es decir, a partir de la tercera (o segunda consecutiva) sentencia de inconstitucionalidad del TSJ, por tanto, recién ésta última tendría naturaleza constitutiva. Por esta razón, Chubut cuida en fijar de manera precisa el día en que deja de tener vigencia la norma tachada de inconstitucionalidad (al día siguiente de su publicación oficial).

1. *Tierra del Fuego* (1991) (55): Art. 159: “*Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad*

correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente.” Artículo 208: “*La Corte de Justicia tiene en lo jurisdiccional las siguientes atribuciones: 2) Conoce en las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que se promuevan directamente por vía de acción y en caso concreto, según lo establezca esta Constitución y las leyes; 3) Conoce y resuelve en grado de apelación: a) En las causas sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones promovidas ante los tribunales inferiores*.” Para Constitución de San Juan, la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte de Justicia local puede quedar únicamente abierta por vía de acción directa de inconstitucionalidad presentada por el Fiscal de Estado y el Fiscal General de la Corte (art. 265: “*Tiene facultad para peticionar ante la Corte de Justicia que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, decreto, carta municipal, ordenanza, resolución o acto administrativo*.” La reglamentación procesal no prevé una ADI especial por tanto se canaliza como acción declarativa ordinaria reglada por su CPCC, Ley 3738/72 (art. 306).

(55) TIERRA DEL FUEGO (1991): **Artículo 154:** “*Corresponde el Poder Judicial el conocimiento y decisión de las causas: 3 - Regidas por el derecho común, según que las personas o las cosas caigan bajo la jurisdicción provincial. A pedido de parte o de oficio verificará la constitucionalidad de las normas que aplique*”. **Artículo 157:** “*El Superior Tribunal de Justicia tendrá competencia originaria y exclusiva para conocer y resolver. 1 - En las cuestiones que se promuevan en caso concreto y por vía de acción de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución*”. **Artículo 158:** “*Tendrá competencia como tribunal de última instancia: 1 - En las causas sobre la inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que se hayan promovido ante los tribunales inferiores. (“Juicio de Inconstitucionalidad”: arts. 315-318 CPCC)*.”

de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido”.

En primer lugar, el efecto suspensivo de la vigencia es *potestativo*, porque el TSJ puede o no hacerlo, pero si decide hacerlo debe manifestarlo en un pronunciamiento especial. Como vemos sigue en líneas generales el primer párrafo de Río Negro (tres sentencias unánimes, y pronunciamiento expreso por separado) pero omite el tratamiento particular que el régimen rionegrino da al caso que la norma declarada tres veces inconstitucional fuese una ley provincial.

En segundo lugar, establece como requisito general que esta sanción sea comunicada a la autoridad de la emanó la norma jurídica inconstitucional, seguramente con la idea que enmienda la norma o la derogue para que de este modo pierda validez o existencia, claro que la enmienda no es imperativa para el órgano autor de la norma, por lo que siempre se producirá, al menos, la “suspensión de su vigencia”. Finalmente, establece claramente que la publicación lo es en el Boletín Oficial fijando que no debe hacerse más allá de los 5 días de su emisión.

2. *Chubut (1994) (56): art. 175: “Cuando el STJ declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de un norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva”.*

La Constitución de Chubut de 1994 mantuvo este artículo que ya figuraba en la primigenia constitución de 1957 (art. 180). A diferencia de la anterior el efecto expansivo no es potestativo, sino *imperativo*. El procedimiento para “dejar de tener vigencia” es más simple: dos (2) sentencias consecutivas o tres (3) alternadas. No exige pronunciamiento especial expreso, ni comunicación alguna al autor de la norma ni de la Legislatura. Se produce al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.

(56) CHUBUT 1994: Artículo 179: “El Superior Tribunal de Justicia tiene la siguiente competencia: 1º. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en pleno: 1.1 De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas municipales, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvertan en caso concreto por parte interesada; inc. 3º3. Conoce y resuelve en pleno o por intermedio de sus salas, conforme lo determinan las leyes de los recursos procesales que estas establecen”. Este artículo introduce la ADI a cargo del TSJ que no había sido contemplada por su anterior Constitución de 1957, pero no tiene un procedimiento especial, por tanto habrá de puede canalizarse a través de la acción meramente declarativa prevista con carácter general en su CPCC (dto. ley 2203/1983, art. 322).

3. *Entre Ríos* con la reforma constitucional de 2008, abandona el efecto inter partes de la declaración de inconstitucionalidad dictada por el TSJ para atribuirle efectos derogatorios. A tal fin, la Reforma de 2008 agregó al art. 60 de la Constitución (“Es de ningún valor toda ley de la Provincia que viole o menoscabe las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación y por esta Constitución, así como todo acto, contrato, decreto u ordenanza que contravenga a las mismas o las leyes dictadas en su consecuencia, pudiendo los interesados demandar o invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes”) el siguiente párrafo: *“Sin perjuicio de ello, los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla. La sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada. En el proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares. La declaración de inconstitucionalidad por tres veces y, por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial, produce su **derogación** en la parte afectada por el vicio”*.

Como se advierte, *Entre Ríos* no hace diferenciación sobre el rango normativo, con tres sentencias de inconstitucionalidad el TSJ, se produce, lisa y llanamente, un efecto derogatorio.

Sin embargo, la provincia introduce una disposición análoga a la acción popular salteña, el art. 61: *“Todo habitante de la Provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente”*, o sea, un ADI ante el TSJ” (57), por tanto, las tres sentencias de inconstitucionalidad del TSJ surgen de recursos originados en procesos en revisión o en esta ADI.

c) Abrogación o derogación por tres sentencias del TSJ con deferencia al legislador: Río Negro (1998) (58) fue la primera provincia que avanzó

(57) Ley de procedimientos constitucionales de *Entre Ríos*, Ley 8369 (Texto s/ art. 13º y 14º ley 9550 - B.O. 23/02/04), toma previsiones al respecto en el artículo 51.-DEMANDA: A) La demanda de inconstitucionalidad se interpondrá ante el Superior Tribunal de Justicia, quien ejerce jurisdicción originaria y exclusiva. En el escrito inicial se mencionará la Ley, decreto, reglamento, ordenanza o resolución de carácter general, señalando con toda precisión cual es la cláusula de la Constitución Provincial que estima violada y en que consista tal violación.

(58) En 1988 RÍO NEGRO reforma su Constitución de 1957 y modifica parcialmente su anterior criterio, pues incorpora la ADI como competencia originaria del TSJ cuando sea una acción sin lesión actual.

Artículo 207: *“El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: 1º. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución y que se controviertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual.*

en otorgar efectos expansivos propios de un Tribunal Constitucional a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el TSJ. En efecto fue precursora en atribuir este alcance amplio pues ya la Constitución de 1957 lo recogía (art. 138), y que reproduce y mantiene la reforma de 1988.

La Constitución diferencia según el tipo de norma declarada inconstitucional: una disposición cualquiera o una ley provincial. En ambos casos exige que haya tres (3) pronunciamientos y que sean tomados por unanimidad de los miembros del TSJ. Además, el efecto suspensivo es una accesoria *potestativa*, es decir, el TSJ podría no disponerlo, pero en caso afirmativo se requiere un pronunciamiento por separado, expreso, es decir, una resolución adicional a la tercera sentencia unánime.

Sin embargo, como señaláramos mas arriba, los efectos son distintos según el tipo de norma:

a) Cuando se trata de una norma de rango inferior a ley, luego de la declaración de inconstitucionalidad por tres veces por unanimidad, el TSJ puede a través de una nueva resolución expresa (dictada por separado) “declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional”: Art. 208: *“Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar **abrogada** la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial”* (59).

Vemos que la Constitución emplea un término inapropiado (la propia Constitución intitula el artículo: “Abrogación”) aunque una abrogación es una derogación, sin embargo, aquí habla de “abrogación de su vigencia”, por lo tanto, el efecto sancionatorio sólo afecta la vigencia de la norma, no se anima a disponer la lisa y llana invalidez. La norma deja de ser obligatoria, es decir, pierde vigencia, a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

Artículo 208: *“Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.*

Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo.”

(59) Advertimos que la constitución rionegrina no indica el tipo de acción que condujo a la declaración de inconstitucionalidad por el TSJ, por tanto puede haberse originado en una ADI ante el propio TSJ, como en acciones entabladas ante un juez de primera instancia: amparo, un habeas corpus, un juicio ordinario, o, incluso en una Acción declarativa del art. 322 del CPCC.

b) Pero cuando la norma inconstitucional es una disposición de una *ley provincial*, establece un efecto directamente “derogatorio” sometido a una condición suspensiva. Recordemos que para ello es necesario que el TSJ dicte (3) tres declaraciones de inconstitucionalidad por unanimidad y una subsiguiente resolución expresa por separado. En efecto, si la norma es una ley provincial, el art. 208 establece un tratamiento especial “*Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la **derogación** automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo*”.

En efecto, cuando la norma impugnada es una ley provincial, la Constitución de Río Negro establece un acto de cortesía hacia el Poder Legislativo pues condiciona la pérdida de vigencia a un trámite previo: que el TSJ comunique a la Legislatura la resolución especial que da cuenta de las tres sentencias unánimes. La Legislatura dispone de seis meses para derogar o modificar la norma inconstitucional. Pasado este término la sanción se agrava pues se habla directamente de “derogación”. Es decir que la pérdida de obligatoriedad de la norma queda suspendida por seis meses, dentro de los cual la Legislatura puede derogar o adaptar la norma en cuestión. Si ello no ocurre se produce dentro de este plazo la pérdida de vigencia suspendida, se convierte en “derogación automática” de la norma impugnada.

Como vemos a pesar que se realiza un tratamiento distinto, los efectos no parecen ser diferentes, pues la pérdida de valor de la norma se produce luego de su publicación en el Boletín Oficial: a) en el primer caso partir de dicha publicación o b) pasados seis meses mediando silencio de la Legislatura se produce la derogación manera automática. En esto imita a las sentencias pronunciadas por un Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, con efecto *ex nunc*. Los efectos de la sentencia se encuentran reproducidos en el art. 799 del CPCC rionegrino.

Las tres sentencias pueden estar originadas en cualquier proceso de llegue al TSJ por vía de recurso, pero existe, además, una singularidad de la provincia de Río Negro en relación a la ADI que fija como de competencia originaria del TSJ pero la circunscribe a aquellos casos de acciones “sin lesión actual” —en los otros casos si inició demanda ante el juez de primera instancia—. El trámite ante el TSJ de dicha acción de constitucionalidad “sin lesión actual”, está regulado en el CPCC, ley 4142/07 prevé el “Juicio de inconstitucionalidad” en sus arts. 793/799 (60).

(60) El procedimiento está regulado en el CPCC “Juicio de Inconstitucionalidad” (art. 793/799). Como vemos la acción de inconstitucionalidad puede entablarse “sin lesión actual” y,

c) Caducidad de la norma de UNA sentencia de inconstitucionalidad dictada por TSJ: 2 provincias

Dos constituciones recurren al eufemismo de declarar la “caducidad” de la norma declarada inconstitucional:

1. *Chaco* siguiendo los pasos de su predecesora, Neuquén, dispone en su Constitución de 1957 (mantenido en 1994) (61) en el artículo 9: “...*La inconstitucionalidad declarada por el STJ produce la **caducidad** de la ley, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración*”.

El TSJ puede dictar sentencia de inconstitucionalidad en una ADI de su competencia originaria y exclusiva o por revisión de una sentencia sometida a su decisión por vía recursiva. Concordantemente el art. 7 ley 6863/2011.

El empleo de esta expresión es pasible de crítica porque es un término poco apropiado en materia constitucional, ya que la caducidad señala la pérdida de una potestad por el transcurso del tiempo. En este caso sería la pérdida de la aptitud vinculante de la norma tachada de inconstitucional, obviamente, con carácter general, porque quien pierde virtualidad jurídica no es una potestad (lo propio de una caducidad) sino una norma, y por tanto tiene efectos expansivos. Aquí también hay que efectos *ex tunc* ya que la caducidad se produce recién con el evento invalidatorio de la sentencia de inconstitucionalidad. A diferencia del grupo anterior no son necesarias la acumulación de sentencias análogas, sino que basta con una sola sentencia.

2. *Jujuy*: un caso especial, difícil de clasificar, pero por su proximidad la ubicamos dentro de a este grupo, es la provincia de **Jujuy** que por vía de ley estableció una suerte de efecto expansivo (62). En efecto, por la ley

también, por “omisión constitucional”. Esto no significa que se admita una acción abstracta, porque siempre debe haber un sujeto con daño conjetural o hipotético. Para interponer la acción directa de inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal Provincial, el interesado dispone de 30 días, en que el precepto impugnado (ley, decreto, ordenanza o reglamento) afecte los derechos patrimoniales del actor (arts. 793 y 794 del CPCC). Transcurrido dicho plazo —de treinta días— se considera extinguida la jurisdicción originaria del STJ y el interesado podrá ocurrir ante la justicia ordinaria, en la cual podrá proveer por la vía de la acción principal, la defensa o la excepción.

(61) Introducidos ya por la Constitución chaqueña de 1957 (la precursora) fueron mantenidos por la reforma de 1994. Artículo 163: “*El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas: 1º. Ejerce jurisdicción ordinaria y exclusiva en los siguientes casos: a. En las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones, que se promuevan directamente por vía de acción;... 3º. Conoce y resuelve en grado de apelación: a. En las causas sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, promovidas ante los juzgados de primera instancia;...*” La ADI es originaria de la TSJ y está reglada por la ley 6863 de 2011.

(62) JUJUY 1986: Artículo 164: “*El Superior Tribunal de Justicia conoce y resuelve originaria y exclusivamente: 1º. En las acciones por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas,*

4346/89 (acción de inconstitucionalidad, modificada por leyes 4848 y 5052), reglamentaria de la acción y el recurso de inconstitucionalidad, se dispone que *“Declarada (por el TSJ) la inconstitucionalidad la norma cuestionada no podrá volver a ser aplicada, si se tratare de una disposición de carácter general, salvo que la inconstitucionalidad no proviniera de una norma sino de su errónea interpretación”* (art. 7.3º). La reglamentación no aclara quienes no podrán aplicar la norma inconstitucional, ya que por tratarse de *“una disposición de carácter general”* pareciera incluir a todos aquellos que pretendan aplicar o invocar la norma declarada inconstitucional por el TSJ (sea en una ADI o en un Recurso de Inconstitucionalidad originado en cualquier acción).

(B) Sólo por una sentencia de inconstitucionalidad del TSJ dictada en una ADI con deferencia al legislador

En tres constituciones se atribuye el efecto expansivo únicamente a sentencias de inconstitucionalidad en casos de ADI pronunciadas por el TSJ, es decir, que los demás casos de sentencias de inconstitucionalidad del TSJ recaídas en grado de apelación en cualquier otro proceso carece de tal efecto, por tanto, sólo tienen efecto *inter partes*.

1. Neuquén (1994) (63): la provincia de Neuquén fue la precursora de atribuir efectos expansivos a la ADI pronunciada por el TSJ. Aquí se avanza un poco más y directamente dispone la *“caducidad”* de norma declarada

reglamentos o resoluciones”; Artículo 165: *“El Superior Tribunal de Justicia conoce y decide como tribunal de última instancia: 1º. En los recursos de inconstitucionalidad: a. cuando en un juicio se hubiere cuestionado la validez constitucional de una ley, decreto, ordenanza, reglamento o resolución; b. cuando en un juicio se hubiese puesto en cuestión la inteligencia de una cláusula constitucional y la resolución fuere contraria a la validez del título, garantía o excepción que hubiere sido materia del caso y se fundare en esa cláusula; c. cuando la sentencia fuere arbitraria o afectare gravemente las instituciones básicas del Estado.”*

(63) NEUQUÉN modifica en el 2006 su Constitución de 1957 manteniendo el criterio respecto de la ADI en el artículo 16. Artículo 203: *“Corresponde a la Corte de Justicia y demás Tribunales o Juzgados inferiores, el conocimiento y decisión: 2º De las causas acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución.”* Artículo 208: *“Toda resolución judicial debe ser motivada. Contra las que no lo sean procederán los recursos de nulidad y de inconstitucionalidad y las costas serán impuestas a quienes las suscriban.”*

Artículo 241: *“El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva para conocer y resolver: a) En las cuestiones que se promuevan directamente ante el mismo, en caso concreto y por vía de acción sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución.”*

Artículo 242: *“El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción como tribunal de última instancia: a) En las causas sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y que se hayan promovido ante los juzgados de primera instancia.”*

inconstitucional. Art. 16: “*La inconstitucionalidad declara por el TSJ en ejercicio de su jurisdicción originaria produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración*”. Este caso es muy simple porque basta una sola sentencia del TSJ en una ADI (propia de su competencia originaria) produce la “caducidad” de la ley. Una ley especial, ley 2130, regula el procedimiento por ante el TSJ.

Aquí podemos reproducir la observación formulada en el caso análogo de la Constitución del Chaco cuando dispone la “caducidad” la norma.

2. *Salta*: en el art. 92 introduce una “acción popular de inconstitucionalidad” ante el TSJ. Todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución. Los firmantes de una demanda manifiestamente improcedente son sancionados de acuerdo a la ley”. Esta ADI llamada “acción popular” se interpone ante el TSJ y puede interponerla cualquier “habitante” y sus efectos son *erga omnes*, sin embargo, el TSJ ha interpretado que debe existir algún caso concreto (Caso “Martínez de Ochoa, Norma Florentina – acción popular de inconstitucionalidad”, 05/03/2003).

3. *Ciudad Autónoma de Buenos Aires* sanciona con la “pérdida de vigencia” de las normas declaradas inconstitucionales por el TSJ en una acción declarativa (que son de competencia originaria y exclusiva del TSJ). Cuando la norma en cuestión sea una ley, el efecto expansivo queda suspendido por tres meses, dentro de dicho plazo la Legislatura puede ratificar el valor general de la norma por tanto, en caso de ratificación legislativa expresa, ésta opera reduciendo el efecto derogatorio de la sentencia al caso concreto, impidiendo que la norma legal pierda vigencia (anula el efecto expansivo de la decisión judicial). Como vemos, se ha establecido una inversión de la automaticidad del efecto general, que sólo puede ser reducido en caso por decisión legislativa expresa, es decir, que la única manera que no pierda vigencia la norma legal es que se expida de manera positiva la legislatura sosteniendo expresamente la norma legal. La ratificación parlamentaria opera en sentido inverso, acotando el efecto expansivo de la sentencia para reducirlo al caso concreto.

El artículo 113 del Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionado en 1996, establece: “*Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: ... 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de*

la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

3. *Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución”.*

La acción directa de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Superior de Justicia está reglamentada por la ley 402 del año 2000 (art. 17).

4. *Santiago del Estero*, en su reciente reforma constitucional del 2005, ha avanzado adoptando literalmente el art. 113 de la CABA.

Artículo 193: Función jurisdiccional. *“En su función jurisdiccional el Superior Tribunal de Justicia tendrá las siguientes competencias, de conformidad con las leyes que la reglamenten: 1. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: a) En las causas que le fueren sometidas sobre competencia o conflictos institucionales que se susciten entre la provincia y los municipios, entre los municipios o entre los poderes de un mismo nivel de gobierno. b) En las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces”.*

El caso de Santiago del Estero es singular porque en su reforma de 2005 adoptó el modelo de la CABA, sin embargo, el proceso ante el TSJ no cuenta con una ley especial como en la CABA, sino se regula por el CPCC (“juicio por inconstitucionalidad”; art. 807/811), como Acción Directa de Inconstitucionalidad de competencia originaria del TSJ (Caso “Rivero, Walter Fabián c/ Superior Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ juicio de inconstitucionalidad”, 20/04/2006) y con el efecto expansivo especial del art. 193.b de la CPág. La sentencia de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley es comunicada a la Legislatura, cuyo silencio durante tres meses se efectiviza la pérdida de vigencia, en caso de ratificación por mayoría de dos terceras partes de miembros presentes, retrotrae el efecto a las partes intervinientes.

V. Conclusión

En conclusión, a través de la regulación de los efectos expansivos de las sentencias pronunciadas por sus TSJ, el derecho constitucional provincial

de algunos Estados provinciales, concretamente trece, exhiben una notable aproximación al modelo del Tribunal Constitucional tanto cuanto admite acciones directas de inconstitucionalidad de una norma legal como cuando establece un efecto declarativo de las sentencias que siempre debe presentarse un caso, una controversia entre derechos subjetivos, pues no se acepta un proceso nomofiláctico, en abstracto y por eso mismo no se llega al extremo de una derogación final de la norma inconstitucional, sino le hace perder vigencia y aplicabilidad con carácter general, con efecto *ex nunc*. De este modo, aparecen algunas de las notas distintivas del control concentrado de constitucionalidad propio del sistema europeo o kelseniano. ♦

THOMSON REUTERS
LA LEY

▷ LANZAMIENTO

CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES COMENTADA

Patricio Maraniello (*Director*)



La primera obra que analiza en profundidad cada artículo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con sus concordancias a nivel nacional e interprovincial.

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en www.TiendaTR.com.ar

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™

THOMSON REUTERS®

Siganos en: [f](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) [in](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters) [yt](https://www.youtube.com/channel/UC...) [v](https://www.vimeo.com/channel/UC...) ThomsonReutersLatam • [i](https://www.instagram.com/ThomsonReutersLaLey) +LaleyArgentina

THOMSON REUTERS
LA LEY

▷ LANZAMIENTO

COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA:
UNA MIRADA IGUALITARIA

Roberto Gargarella y Sebastián Guidi
(Coordinadores)



Esta obra permite reconocer inmediatamente el estado de situación legal en relación con cada una de las cuestiones que trata la Constitución

- Cada capítulo contiene un exhaustivo tratamiento, interpretando la doctrina prevaleciente en el país y en el extranjero, y la jurisprudencia dominante sobre cada aspecto de la Constitución.

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en www.TiendaTR.com.ar

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™

THOMSON REUTERS®

Síganos en: [f](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) [in](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters-latam) [yt](https://www.youtube.com/channel/UC...) [v](https://www.vimeo.com/channel/...) ThomsonReutersLatam • [i](https://www.instagram.com/LaLeyArgentina) +LaLeyArgentina

THOMSON REUTERS

LA LEY

Es tiempo de nuevas reflexiones

▷ LANZAMIENTO

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL COMENTADO TRATADO EXEGÉTICO

2da. edición actualizada y aumentada

Jorge H. Alterini (Director general)
Ignacio E. Alterini (Coordinador)

A MÁS DE DOCE MESES DE LA APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY, LOS ESCENARIOS TEÓRICOS PLANTEADOS SE VUELVEN REALES Y CONCRETOS.

Encuentre en esta 2da. edición:

- **Nuevas reflexiones y reinterpretaciones** de cada uno de los artículos.
- **Los fallos más relevantes** de los Tribunales durante este tiempo de vigencia.
- **La primera y única reforma al Código Civil y Comercial** hasta el momento (*Publicada en el BO del 15/9/2016*).

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en www.TiendaTR.com.ar

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional
necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™

THOMSON REUTERS®

Signos en: [f](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) [in](https://www.linkedin.com/company/ThomsonReutersLaLey) [yt](https://www.youtube.com/channel/UCv...) ThomsonReutersLaLey • [G+](https://www.google.com/+LaleyArgentina) Google.com/+LaleyArgentina

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2017
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE “LA LEY” S.A.E. e I. — BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA — PROVINCIA DE BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA

