

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

ESTUDIOS DE DERECHO
CONSTITUCIONAL

Año 2013

DIRECTOR: ACADÉMICO ALFONSO SANTIAGO



BUENOS AIRES
2013

Estudios de derecho constitucional: año 2013

Alfonso Santiago... [et. al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2015.

176 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-2816-2

1. Derecho Constitucional. 2. Control de Constitucionalidad. Régimen federal. I. Santiago, Alfonso

CDD 342

© by Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2015
Av. Alvear 1711, 1° (C1014AAE) Buenos Aires

© by La Ley S.A.E. e I., 2015
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

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

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 130 ejemplares.

ISBN 978-987-03-2816-2

ARGENTINA

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.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 51

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 P. Guastavino (2 tomos).

20. *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. 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.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 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*.

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*.

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 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
SEGUNDO V. LINARES QUINTANA**

- *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.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

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

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

Presidente

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Secretarios

Académico Dr. Roberto E. Luqui
Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Tesorero

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Gálvez
Dr. Eduardo Duhalde

Dr. Juan José Álvarez
Dr. Juan José Álvarez

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
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. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
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. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Biliboni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. 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

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

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. Angel 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 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

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. 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 Guifañaz
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. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

PRÓLOGO

POR ALFONSO SANTIAGO⁽¹⁾

A comienzos del año 2013 asumí la Dirección del Instituto de Derecho Constitucional Segundo V. Linares Quintana, sucediendo en ese cargo al académico Dr. Juan R. Aguirre Lanari.

Quisiera que el prólogo de la publicación que recoge los trabajos expuestos a lo largo del año 2013 por algunos de los integrantes de nuestro Instituto, recogiera las palabras que me correspondió pronunciar en el acto de homenaje a mi antecesor en el cargo que tuviera lugar en la sede de nuestra Academia el 13 de agosto de ese año. Allí también se refirieron a la riquísima personalidad y trayectoria del Dr. Aguirre Lanari, los académicos Dres. Gregorio Badeni, Jorge Reinaldo Vanossi y Ricardo Haro.

Siento que de ese modo rindo el merecido homenaje a quien con tanta dignidad humana y categoría académica condujera nuestro Instituto durante más de una década. Por otra parte, considero que así expreso un deseo de los autores de las distintas colaboraciones que ahora estamos publicando.

Éstas fueron las palabras que entonces expresé:

“En mi carácter de director del Instituto de Derecho Constitucional Segundo V. Linares Quintana de esta Academia, es para mí una inmensa alegría darles la bienvenida a este acto de homenaje al académico Dr. Aguirre Lanari, quien durante los diez últimos años ha ejercido con tanta distinción la Dirección de nuestro Instituto, y a quien he tenido el honor de suceder muy recientemente en su cargo”.

Nuestra institución lleva ahora el nombre de quien fuera su maestro, el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, fallecido en el mes de enero último a la edad de 104 años.

El motivo de este acto, surgido casi por iniciativa popular, es reconocer y agradecer todo el trabajo realizado por el académico Dr. Aguirre Lanari

(1) Palabras del académico director del Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana”.

a lo largo de una década, para que el Instituto de Derecho Constitucional fuera un ámbito de alto debate científico en el que, a la vez, reina un ambiente muy grato de libertad, diálogo, respeto y amistad. En sus sesiones habituales participan constitucionalistas de diversas universidades, edades, orientaciones y corrientes de pensamiento, en un clima de marcado pluralismo. A la creación de este *ethos* de calidad académica y calidez humana han contribuido decisivamente las notables condiciones humanas y científicas de nuestro homenajeado.

Académico Dr. Juan Ramón Aguirre Lanari: con la realización de este acto, los miembros del Instituto de Derecho Constitucional sólo intentamos contribuir a saldar muy parcialmente la deuda de gratitud que el Instituto y cada uno de nosotros tenemos con usted.

Homenajear a los maestros es un aspecto medular de la vida académica porque así el genuino espíritu universitario se transmite de un modo vivo, atractivo y concreto, y los buenos ejemplos inspiran las conductas de los más jóvenes y mueven a la emulación. Destacar, reconocer, celebrar y agradecer lo bueno es uno de los mejores modos de contribuir a su difusión y predominio.

La preparación de este acto me ha permitido conocer aún más la riquísima y polifacética personalidad del Dr. Aguirre Lanari, su ascendencia vasca y sus raíces correntinas; su educación familiar junto a sus padres y a su tía Brígida; su formación en el Colegio Nacional de Corrientes, con el sello que allí le dejara para siempre el ejemplo y las enseñanzas de su profesor Benítez; los estudios universitarios cursados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires junto a sus compañeros y amigos, entre los que se puede mencionar a los luego también muy destacados doctores José Rey, Nicanor Costa Méndez y Ricardo Colombres; allí se hizo merecedor al Premio Tedín Uriburu por obtener la máxima calificación en todas las materias de Derecho Civil y se inició en las luchas estudiantiles; fue precisamente con motivo de estas luchas donde circunstancialmente conoce a Amelia, su esposa y compañera de toda la vida, con quien se casa en 1948. Inicia por entonces su dilatada carrera profesional en la que se irán combinando y enriqueciendo mutuamente sus facetas de abogado, hombre público, político y académico. Precisamente las exposiciones de los Dres. Vanossi, Badeni y Haro intentarán profundizar en estos aspectos de la intensa e interesantísima biografía del Dr. Aguirre Lanari.

Entre los múltiples aspectos de la personalidad del Dr. Aguirre Lanari que podría destacar, quisiera referirme a uno de ellos, puesto especialmente de relieve a lo largo de todos los años en los que dirigió nuestro Instituto. Me refiero a la concepción y ejercicio del poder entendido como acto de servicio a los demás, realizado de modo moderado, siempre en el marco de los principios y reglas por las que se rigen las instituciones y

creando espacios para la libertad y la iniciativa creativa de las personas. Esta plena coherencia entre lo que ha enseñado como constitucionalista y lo que ha vivido en su actuación como director de nuestro Instituto, es una de las enseñanzas más profundas y de los aportes más valiosos que nos podemos llevar como legado.

Con ocasión de la preparación de este acto, pude visitar el despacho de trabajo del Dr. Aguirre Lanari. Allí se pueden ver las fotos de su familia, de sus hijos y de sus nietos que él muestra con especial orgullo; otras recogen sus encuentros con grandes personalidades de la política internacional, como jefes de Estados, ministros, embajadores y hasta alguna con la Madre Teresa de Calcuta; otro grupo de fotografías son testimonio de su actuación política, en el Ministerio del Interior, en el Congreso y en otros foros públicos provinciales y nacionales. Sin embargo, entre todos los recuerdos que pude ver por allí el que más me impactó fueron las palabras grabadas en una placa que le fuera entregada por una institución integrada por sus coprovincianos correntinos. Allí se puede leer: "Al Dr. Juan R. Aguirre Lanari, grande en el talento, humilde en el corazón". Pienso que esas palabras son una síntesis muy acabada de la personalidad de nuestro homenajeado y, por ello, quisiera acabar remitiéndome a ellas para dejar espacio a los demás expositores.

Muchas gracias, Dr. Aguirre Lanari, por su ejemplo de vida y su abnegado trabajo al frente de nuestro Instituto. Esperamos poder honrar el legado que nos ha entregado. Todos los aquí presentes nos sentimos orgullosos de haberlo podido conocer, tratar y querer.



EL POPULISMO CONSTITUCIONAL

POR JORGE ALBERTO DIEGUES

SUMARIO: I. Introducción.— II. Orígenes, concepto y principios del “constitucionalismo popular”.— III. Los principios del constitucionalismo clásico.— IV. El constitucionalismo como dique de contención al despotismo electivo.— V. El populismo como antítesis del constitucionalismo.— VI. El constitucionalismo popular y la reforma constitucional.— VII. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Karl Popper observó que uno de los problemas centrales de la democracia moderna no es quien gobierna —lo que hoy día no ofrece mayores disputas— sino “cómo se gobierna”⁽¹⁾ o, dicho en otros términos, con qué límites se gobierna.

Las democracias modernas han ido acompañadas por un andamiaje institucional construido con el objeto de proteger el ejercicio verdadero y real del poder del pueblo a través de la limitación del poder político del gobierno. En ese contexto, el constitucionalismo fue concebido como una amalgama que, con el objeto de institucionalizar el ejercicio del poder, sirvió de límite para el absolutismo. Empero, desde hace unos años atrás, ha comenzado a abrirse camino una corriente que, aunque ostenta aún una posición marginal en el discurso de la teoría constitucional, se halla impregnada de ciertas ideas de raíces populistas, y fuerza hasta límites inusitados el principio de la soberanía popular. Con el objeto de justificar el predominio ilimitado de la voluntad popular, pretende incorporar al constitucionalismo una falsa escuela del derecho constitucional: el “constitucionalismo popular” por oposición a un “constitucionalismo institucionalista”⁽²⁾.

(1) POPPER, KARL, “Reflexiones sobre teoría y práctica del estado democrático”, en *La lección de este siglo*, Temas, Bs. As., 1998, p. 101.

(2) Conf. RISSO, GUIDO I., “El constitucionalismo institucionalista vs. el constitucionalismo populista”, *La Ley*, 13 de abril de 2012, pp. 1 y 2.

Nacida en los Estados Unidos, esta corriente se ha expandido, con sus particularidades sociopolíticas, a Latinoamérica. El movimiento doctrinario señalado ha sido sucedido principalmente en Venezuela, Ecuador y Bolivia, plasmándose en cambios constitucionales nacidos bajo el influjo de los profundos cambios políticos acaecidos en esos países. Desde hace aproximadamente una década esta corriente doctrinaria, nutrida por un creciente cuerpo de literatura jurídica, viene a cuestionar y preconizar importantes cambios en las categorías de pensamiento sustentadas por la bases del constitucionalismo. Esta situación me ha puesto en la necesidad de formular un estudio de su pensamiento, a la vez que motivado a formular algunas reflexiones en torno al derecho constitucional y su relación con el populismo, tema este último sobre el que debemos poner alguna atención. Será necesario a tal fin exponer los antecedentes del constitucionalismo popular y tratar de sistematizar sus postulados básicos, contrastarlos con los postulados del constitucionalismo clásico y enfatizar un enfoque de este último que, aunque implícitos en su dogmática, no ha ocupado la atención de la teoría política tradicional tanto como uno quisiera. Esto servirá para contrastar y en su caso, refutar, las principales ideas del llamado constitucionalismo popular. Esto constituirá, de aquí en adelante, el contenido de este trabajo.

II. ORÍGENES, CONCEPTO Y PRINCIPIOS DEL "CONSTITUCIONALISMO POPULAR"

El constitucionalismo popular es la cristalización jurídica del populismo. Sus raíces pueden hallarse en las ideas de Carl Schmitt, a mi criterio el más reconocido y sólido adversario del constitucionalismo del siglo XX. Lo entiendo así desde que fue este autor alemán quien diseñó explícitamente la idea de una Constitución como mecanismo limitador del poder del pueblo, calificando al constitucionalismo como un esfuerzo dirigido a reprimir lo político⁽³⁾.

Orgánica y sistemáticamente estudiada, el constitucionalismo popular tiene su origen en cierto espectro de la doctrina norteamericana como consecuencia de un antiguo debate en torno a la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

Si bien es verdad que el constitucionalismo popular no ha sido definido con precisión, contrariamente a lo sostenido por sus detractores, todas las variantes argumentativas de esta corriente en los Estados Unidos encuentran, a mi criterio, una idea directriz: la interpretación judi-

(3) SCHMITT, CARL, *El concepto de lo político*, (ed. de 1932) versión española de Rafael Agapito, Madrid, Alianza editorial, 1991.

cial de la Constitución. Según la definición expresada por Alexander y Solum

"el constitucionalismo popular es la doctrina que concibe que el pueblo mismo hace, aplica e interpreta la Constitución (...) la Constitución no es nada más y nada menos que la voluntad del pueblo, interpretada por el pueblo y respaldada por la amenaza de la aplicación popular. La ley ordinaria es la norma de los tribunales, pero el derecho constitucional es el derecho del pueblo mismo"⁽⁴⁾.

Los miembros de esta escuela tienen una visión más popular del constitucionalismo, lo hacen para señalar una sola hipótesis: la última palabra en la interpretación constitucional no debe ser de la Corte Suprema, sino que se encontraría en *the people themselves*, de modo de despojar a la supremacía constitucional de lo que ellos llaman la "supremacía" o "imperialismo judicial".

El constitucionalismo popular encuentra varios partidarios y vertientes. En ellas pueden citarse a autores como Mark Tushnet⁽⁵⁾ —profesor de Harvard—, Jeremy Waldron⁽⁶⁾ y Akhil Amar —profesor de la Universidad de Yale— entre los más destacados. Empero, el corazón de la doctrina, por la cantidad de trabajos producidos, la organicidad de su tesis y el vigor argumentativo, pertenece sin dudas al exdecano de la escuela de derecho de la Universidad de Stanford Larry Kramer⁽⁷⁾.

Entre su abundante bibliografía dedicada a la materia, hay una obra de Kramer que es la más destacada: *The people themselves*, publicada en 2004 en Nueva York⁽⁸⁾. Con un exhaustivo y prolijo revisionismo, sostiene este autor que el constitucionalismo popular es el significado habitual que se tenía de constitucionalismo, incluso antes de la sanción de la Constitución; explica que el origen del constitucionalismo popular se remontaría aún antes de la revolución americana y se sitúa en Inglaterra con la revolución gloriosa de 1688, donde fue el pueblo de Inglaterra que destituyó al monarca. El constitucionalismo del siglo XVIII se encontraba menos interesado por la claridad y rapidez de las resoluciones. Su noción de legalidad era menos rígida y más difusa y estaba más abierto a discutir

(4) ALEXANDER, LARRY - SOLUM, LAWRENCE B., "Popular? Constitutionalism?", en *Harvard Law Review*, 118-1594, pp. 1617, 1618.

(5) TUSHNET, MARK, *Taking the Constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

(6) WALDRON, JEREMY, *Law and disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

(7) Fue decano de la escuela de leyes de Stanford desde 2004 hasta el 31 de agosto de 2012, puesto que hoy ocupa la profesora de Derecho Constitucional Mary Elizabeth Magill.

(8) KRAMER, LARRY D., *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, Oxford University Press, New York, 2004.

sobre las distintas competencias en torno a las interpretaciones plausibles de la Constitución como a dar autoridad a una idea tan difusa como “el pueblo”⁽⁹⁾.

No resulta fácil formular una presentación sistémica de los postulados de esta corriente pues su desarrollo se encuentra en una etapa larvaria. Cada autor que escribe en su nombre esboza sus propias ideas, las cuales no necesariamente tienen eco en el resto. Con esta aclaración preliminar, un esfuerzo en la sistematización permitiría agrupar los postulados del constitucionalismo popular en tres principios.

1) Relativismo institucional

Ernesto Laclau concibe al populismo como una “lógica social” o, simplemente, “un modo de construir lo político”⁽¹⁰⁾. Y es uno de sus caracteres el “antiinstitucionalismo”⁽¹¹⁾. Pese a la tajante caracterización, yo no observo en el populismo una completa prescindencia institucional. Bien sabido es que, hoy día, no puede haber sociedad políticamente organizada sin instituciones. Por ello es que la característica definitiva del populismo no pasa por la prescindencia institucional sino por su *relativización*.

La plataforma teórica del constitucionalismo popular se asienta en el relativismo institucional. Tal circunstancia se ha visto reflejada a través de las críticas dirigidas contra el constitucionalismo clásico. Se dice así que los constitucionalistas profesan un exceso de celo en la protección de la Constitución, y que ello responde a que, más que constitucionalistas, sus partidarios son “institucionalistas”. Se caracteriza al institucionalismo como una nota propia de la escuela liberal que endurece al sistema de representación política y torna más conservadora la democracia, haciendo hincapié en determinadas instituciones políticas que en ciertos casos detienen los cambios pretendidos popularmente.

Cuando el populismo comienza su proceso de cristalización jurídica, la representación política, las instituciones, los mecanismos para limitar el poder que emplea el constitucionalismo son vistos entonces como complejidades, como “ideas burguesas” y, en cierto modo, como ideas conspirativas que tratan de corroer el principio esencial de la democracia, concebida únicamente como el gobierno exclusivo de las mayorías. Para refutarlas en el plano jurídico es que se forjan ciertas ideas que son contenidas en lo que puede calificarse verdadera y enfáticamente como “populismo constitucional”.

(9) *Ibidem*, p. 30.

(10) LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, 1ª ed., 7ª reimp., FCE, Bs. As., 2013, p. 11,

(11) *Ibidem*, p. 156.

En este sentido, un partidario de esta corriente afirmó:

“Según Jack Balkin, una de las notas distintivas del institucionalismo es una especie de ‘sensibilidad antipopular’ mediante la cual se ha producido un significativo endurecimiento del sistema de representación política. En la opinión de este autor, los institucionalistas muestran una profunda desconfianza hacia las preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad y un desdén por los valores populares.

”Desde que la democracia se piensa desde el registro institucionalista, se distanció más de la dinámica social y, en consecuencia, adquirió rasgos conservadores. Por ello es que los valores institucionalistas podrían llegar a ser, en algunos casos, diferentes a los valores propios de la cultura popular y, también en ciertos casos, hasta opuestos.

”Es decir, frente al concepto clásico de democracia como gobierno del pueblo, el constitucionalismo conservador tiende a garantizar el orden político estatuido mediante el establecimiento de determinadas instituciones políticas que regulan los cambios pretendidos popularmente. Pues observan con cierta desconfianza cualquier participación popular en las estructuras políticas; recordemos que desde el institucionalismo se prioriza el orden y la institucionalidad establecida por sobre los reclamos e intereses populares.

”Es por ello que el discurso institucionalista contiene un núcleo potencialmente autoritario, pues allí efectivamente existe la posibilidad de que la propia sociedad ponga en riesgo el esquema de orden vigente, constituyéndose como enemiga del sistema.

”En cambio, las democracias que subordinan la institucionalidad a lo social, tienden a desarrollar una legalidad constitucional más flexible, sin olvidar por ello uno de los peligros concretos del sistema democrático tradicional: las mayorías coyunturales que avanzan sobre las minorías”⁽¹²⁾.

En la línea descripta, ha expresado Ferreyra:

“La Constitución es una invención humana hecha por varones y mujeres que, muchas veces con ilusiones exageradas y detallistas, intentan encerrar el porvenir por medio de fórmulas normativas (o peor aún: deducirlo)”⁽¹³⁾.

(12) RISSO, GUIDO, “El constitucionalismo popular”, en *Página 12*, diario del 22 de enero de 2013, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-212354-2013-01-22.html>.

(13) FERREYRA, RAÚL G., “Constitucionalismo de ciudadanos y ciudadanas”, en *Diario Infobae*, columna de opinión del 24 de abril de 2013, disponible en <http://opinion.infobae.com/raul-gustavo-ferreyra/>.

2) La creación, interpretación y aplicación popular de la Constitución

Los Estados Unidos tienen en su seno una vieja disputa doctrinaria, preexistente al constitucionalismo popular, que gira en torno a la legitimidad democrática de la *judicial review*. Con sus argumentos propios, el constitucionalismo popular ha puesto también en la mira el control judicial de constitucionalidad. La tesis única del constitucionalismo popular norteamericano es una sola: *que el pueblo tiene la máxima autoridad para interpretar y hacer cumplir la Constitución y la consiguiente ilegitimidad del papel dominante de la Corte Suprema en la interpretación constitucional*. Esta doctrina no rechaza el control judicial de constitucionalidad ni la teoría de la independencia de los poderes con atribuciones propias en cada uno de ellos; lo que cuestiona es al Poder Judicial como intérprete final de la Constitución o, en palabras de Lawrence Tribe, “el monopolio judicial de la verdad constitucional”.

Con un exhaustivo, pero tal vez antojadizo revisionismo de la historia constitucional de su país, Larry Kramer observa que los defensores de lo que él llama la “supremacía judicial” responden a un elitismo y a un desdén por el pueblo, al que consideran incapaz de intervenir en cualquier asunto vinculado a la interpretación y aplicación de la Constitución. El control de constitucionalidad de los primeros tiempos en los Estados Unidos —explica— fue concebido como uno de los tantos mecanismos destinados a hacer cumplir la voluntad popular. Pero la institución no continuó siendo fiel a sus raíces populistas. Los federalistas elitistas, aristocráticos, monárquicos, comenzaron a dar un nuevo papel a los tribunales: la “supremacía judicial” en lugar de la “servidumbre popular”, formándose así una “oligarquía judicial”. Según Kramer, fue James Kent el primero de los juristas que comenzó a promover el nuevo rol de los tribunales como un Poder Judicial fuerte destinado a proteger a las minorías de la tiranía de las mayorías⁽¹⁴⁾. El profesor de Stanford invoca, para su teoría, las ideas de dos de los presidentes, Andrew Jackson y Franklin Roosevelt, quienes reivindicaron la autoridad interpretativa sobre la Constitución como los “Tribunos del pueblo”. Kramer afirma así:

“Durante más de dos siglos, cada reafirmación del constitucionalismo popular ha sido precedida por los esfuerzos para restaurar o ampliar la autoridad judicial (...) En cada caso, los jueces finalmente fueron demasiado lejos, tratando de controlar los asuntos en el corazón de la política contemporánea y precipitando una confrontación con los poderes políticos que llamaron a los estadounidenses a decidir una vez más si los jueces deben tener mucho que decir sobre sus vidas”⁽¹⁵⁾.

(14) KRAMER, LARRY, ob. cit., pp. 131-132.

(15) *Ibidem*, p. 227.

“Por sobre todo, [el constitucionalismo popular] significa insistir en que la Corte Suprema es nuestro sirviente y no nuestro amo: un sirviente cuya seriedad y conocimiento merece mucho respeto, pero que se supone en última instancia, para reflejar nuestros juicios acerca de lo que significa la Constitución y no a la inversa. La Corte Suprema no es la máxima autoridad en la tierra en el derecho constitucional. Somos nosotros”⁽¹⁶⁾.

Con el panorama descripto, y quizás como la consecuencia más dramática de su teoría, al llegar al epílogo de la obra, Kramer afirma:

“La Suprema Corte ha hecho esta apropiación [del monopolio judicial de la interpretación constitucional] por poder. La pregunta es: vamos a dejar que se salgan con la suya? (...) Qué es lo que hicieron las generaciones anteriores? Qué hicieron Jefferson, Jackson, Lincoln, el Congreso de la reconstrucción y Roosevelt? La Constitución deja un sinnúmero de respuestas políticas ante una Corte demasiado ambiciosa: sus jueces pueden ser sometidos a juicio político, el presupuesto de la Corte puede ser reducido, el Presidente puede ignorar sus decisiones”⁽¹⁷⁾.

El pensamiento de Kramer ha motivado una importante cantidad de literatura contestataria contra su obra. Pero quizás la más elocuente ha sido la del profesor de Harvard Lawrence Tribe en estos términos:

“La imagen del constitucionalismo popular de Kramer, desde su fundación hasta mediados del siglo XX es tan engañosa como limitada” (...) El mito de que el pueblo estaba habilitado para señalar a los jueces que ‘hay una autoridad más alta afuera con poder para revocar sus decisiones’ nunca operó como con ligereza él sostiene. [Kramer] ‘procede como si la revisión judicial ahogara intrínsecamente toda contradicción’. En verdad, sin embargo, la revisión judicial supone únicamente que la Suprema Corte tiene el deber de hacer cumplir la Constitución como ley suprema de la Nación. En un sistema regido ‘por leyes, y no por hombres’, las interpretaciones constitucionales que adopten los tribunales en el marco de las causas judiciales deben respetarse. Peor aún, el constitucionalismo popular de Kramer produciría un derecho constitucional del que se borraría incluso a la propia Constitución. Porque si el derecho constitucional fuera un vaso en el que el pueblo podría verter lo que quisiera que contenga en un momento dado ¿No se perdería el objetivo central perseguido con la elaboración de la Constitución? Una constitución significa ‘el compromiso de mantener’ que define quiénes somos (...) Larry Kramer debe pensar que *slogans* como ‘la tiranía de las mayorías’ son sólo eso: *slogans*, pero ninguna sociedad que se encuentra sometida a una Constitución puede ser tan ingenua. Sucumbiendo

(16) *Ibidem*, p. 248.

(17) *Ibidem*, p. 249.

a los cantos de sirena de moda de aquellos que asocian los sentimientos 'constitucionales' a una facción circunstancialmente mayoritaria, conduciendo a la Corte a inclinarse, Larry Kramer arriesga jugando al flautista de Hamelin a un universo amplio y potencialmente impresionante de los lectores y estudiantes. Mientras tanto, por desgracia pierde el punto central de la gran enseñanza del juez Marshall: 'Es una Constitución que estamos interpretando'" (18).

Algunas de las propuestas de Kramer han comenzado a impregnarse, todavía aislada y erráticamente, en nuestro país. En este sentido, Ferrera ha sostenido recientemente:

"[El control judicial de constitucionalidad] es uno de los paradigmas del control de la supremacía constitucional: aunque funciona sin los ciudadanos (ni sus representantes políticos) (...) ¿Hay acaso algún argumento suficiente que sustente que el control judicial de constitucionalidad es una herramienta sustentable en una sociedad abierta y plural? (...) la última palabra en el control de constitucionalidad no debe estar, exclusivamente, a cargo de los jueces. La construcción de un constitucionalismo ciudadano importa y se basa en la responsabilidad, tolerancia y compromiso en el marco de una sociedad abierta. Esta apertura, precisamente, es el mejor indicador que la realización del Derecho constitucional no 'debe' ni 'puede' quedar a cargo de los jueces" (19).

3) Revisión constitucional periódica

El constitucionalismo popular —en boca de uno de sus propulsores— ha pretendido entronizar entre sus postulados el principio de la periodicidad de las reformas constitucionales. Para robustecer el planteo, se recurre al pensamiento de Thomas Jefferson según el cual toda Constitución de un país democrático debía reescribirse cada una determinada cantidad de años. Aunque esta idea no ha sido profundizada ni reivindicada —bien que tampoco desechada— entre los constitucionalistas norteamericanos, Larry Kramer afirma que el proceso de enmienda constitucional fue concebido "para respetar y preservar la autoridad del pueblo sobre las constituciones, a la vez que reducir simultáneamente la posibilidad de inestabilidad política" (20). Por ello, afirma otro autor, los constitucionalistas no tienen por qué alarmarse ante la necesidad de una reforma constitucional; los que lo hacen más constitucionalistas es por-

(18) TRIBE, LAURENCE H., "The People Themselves: Judicial Populism", en *The New York Times*, diario del 24 de octubre de 2004, disponible en <http://www.nytimes.com/2004/10/24/books/review/24TRIBEL.html?pagewanted=print&position=&r=0>.

(19) FERREYRA, RAÚL G., ob. cit., disponible en <http://opinion.infobae.com/raul-gustavo-ferreyra/>.

(20) KRAMER, LARRY D., ob. cit., p. 53.

que son "institucionalistas" (21). En nombre de este pensamiento es que se ha reclamado la reforma de la Constitución Nacional, sosteniéndose:

"La Constitución argentina, por ser del año 1853, refleja intereses y valores propios de un pueblo rural del siglo XIX, y es por tanto una vieja fotografía de un pueblo que en nada se parece a una sociedad actual" (22).

III. LOS PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

Las civilizaciones antiguas no conocieron en general la democracia, y aquellas que la tuvieron abrieron las puertas de la libertad política, pero negaron al pueblo la libertad civil. Los individuos participaban de las asambleas públicas y en ciertos casos podían ser elegidos; mas finalizadas éstas quedaban sometidas al poder público. La Edad Media trajo consigo el desmembramiento de esa unidad política que representaba el Estado absoluto para pasar a un Estado estamentario dividido en grandes castas.

El paso de la Edad Media hacia la Edad Moderna enclavó nuevamente a la monarquía, esta vez bajo el absolutismo monárquico, concediendo al rey la suma del poder público cuyo poder derivaba de la divinidad. En 1680 veía la luz el *Patriarca*, que, escrita por Robert Filmer, fue quizás la más sólida obra teórica enderezada a la justificación del absolutismo en la literatura política inglesa (23). Expresaba en ella:

"La prerrogativa de un rey consiste en estar sobre todas las leyes (...) y no puede haber en él majestad soberana que esté bajo ellas, porque lo que da el propio ser a un rey es su potestad de dictar leyes, sin la cual sería un rey equívoco (...) es la forma de gobierno mediante un poder supremo la que propiamente les hace reyes" (24) (...) "[T]eniendo el poder

(21) RISSO, GUIDO, "El constitucionalismo institucionalista vs. el constitucionalismo populista", ob. cit., p. 1.

(22) *Ibidem*.

(23) El *Patriarca* fue publicada póstumamente a la muerte de Filmer, que tuvo lugar en 1653. No hay un momento exacto que marque su autoría; empero, teniendo en cuenta su año de nacimiento (1588), se estima que habría sido escrita en la época de Jacobo II, debido a las constantes referencias a su persona como "Su Majestad", o en su defecto de Carlos I. La obra se asentaba en tres columnas básicas: que el gobierno civil encuentra su origen en el gobierno de familia que los primeros "patriarcas" ejercieron sobre sus descendientes, teniendo así los reyes un poder natural sobre sus súbditos por "derecho de paternidad"; que "es antinatural que el pueblo gobierne o elija gobernantes", y que el rey está por encima de toda ley positiva.

(24) FILMER, ROBERT, *Patriarca o El poder natural de los Reyes*, trad. española de Pablo de Azcárate, Espasa Calpe, Madrid - Barcelona, 1920, cap. III, 8, p. 78.

[real] su origen en la ley de Dios, no puede ser limitado por ninguna ley inferior [pues] el padre de una familia la gobierna según la exclusiva ley de su propia voluntad, no según las leyes o voluntades de sus hijos o servidores" (25) (...) "Todos por debajo de él, y él por debajo de nadie, a no ser sólo Dios; si ofende, como ninguna providencia puede dictarse contra él, el único remedio está en pedirle que enmiende su falta, y si no lo hace, bastante castigo será para él esperar a Dios como un vengador" (26).

Aun con el panorama descrito, esta línea de tiempo se ha visto unida a través del intento común de garantizar la búsqueda de la libertad, la cual estaba inconcusa. Así lo advirtió Cicerón cuando decía que la "república es cosa del pueblo" pero "pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino la sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común" (27). El Ordenamiento de León (1188), la Carta Magna (1215), los Fueros de Aragón (1283), el *Agreement of the People* (1647), el *Instrument of Government* (1653), el *Bill of Rights* inglés (1689), la Declaración de Derechos de Virginia (1776), la Constitución de los Estados Unidos (1787), la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) y las doctrinas de Edward Coke y William Blackstone son los testimonios históricos de los intentos del pueblo por proteger sus derechos fundamentales limitando el poder público.

La ciencia del gobierno es eminentemente experimental y progresiva. El constitucionalismo es la cristalización jurídica de la democracia y se asienta en dos postulados axiológicos: el amparo de la libertad individual y la limitación del poder público. Si bien su punto de partida se halla con la Revolución Inglesa en 1688, que termina con el absolutismo real en ese país (28), pudiendo remontarse inclusive hasta el siglo XIII (29), su cristalización como doctrina política tiene lugar a mediados del siglo XVIII a partir de la consolidación de cuatro postulados fundamentales: 1) la inserción de la libertad y dignidad del hombre como idea política dominante; 2) la vigencia de una Constitución jurídica; 3) la forja de técnicas para evitar la concentración y el ejercicio abusivo del poder, y 4) el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades resultantes de la naturaleza humana. Tales ideas han permitido asentar el constitucionalismo en tres pilares fundamentales: 1) el imperio de la ley —a través de la doctrina del Estado de derecho, ensayada por Robert Von Mohl en

(25) *Ibidem*, cap. III, p. 62.

(26) *Ibidem*, p. 69.

(27) CICERÓN, MARCO TULLIO, "Tratado de la República" Lib. I, trad. española de Francisco Navarro y Calvo, en *Obras Completas*, t. II, Anaconda, 1946, Bs. As., p. 549.

(28) AJA ESPIL, JORGE, *Lecciones de derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs. As., 1971, p. 51.

(29) FAYT, CARLOS S., *Derecho político*, 11ª ed., t. II, La Ley, Bs. As., 2003, p. 27.

1832—; 2) la comunidad como titular del poder, y 3) la inserción de los estados en el orden internacional.

Para llevar a efecto la necesaria limitación del poder político es que se han adoptado técnicas que creen *instituciones* destinadas a ese fin. Esas técnicas son: 1) la supremacía constitucional, 2) la separación entre el poder constituyente y el poder constituido (Sieyès), 3) la división de las funciones del poder (Montesquieu, Locke, Aristóteles) y 4) la designación popular de los gobernantes. Así entonces, el constitucionalismo ha sido definido con razón por Fayt como *el proceso de institucionalización del poder mediante una constitución escrita a cuyas normas queda subordinado el poder político* (30).

IV. EL CONSTITUCIONALISMO COMO DIQUE DE CONTENCIÓN AL DESPOTISMO ELECTIVO

Stephen Holmes observa que "ninguna voluntad popular digna de tomarse en serio tiene una preexistencia mística; siempre es producto de limitaciones constitucionales" (31). Esto es verdad sólo en la democracia moderna, pues en las antiguas no aparece esta idea con nitidez.

La democracia como forma de gobierno suscitó siempre reservas entre los pensadores clásicos. Muchas críticas se ensayaron, pero hay entre ellas un germen común. Si la búsqueda de la libertad ha sido el anhelo común de todas las generaciones humanas, la preservación de la demagogia fue también la preocupación de varias de ellas. Sócrates le enseñaba a Critón:

"De ningún modo hemos de tomar tanto en cuenta lo que diga la gente, sino lo que el entendido en lo justo y en lo injusto, él solo y la verdad misma nos digan. De tal modo que tú no encaras como es debido la cuestión al comenzar proponiendo que debemos considerar la opinión de la gente acerca de lo justo, de lo noble, de lo bueno y de sus contrarios. 'Pero es patente, sin embargo', podría alguien en verdad decir, 'que la gente es capaz de hacernos morir'" (32).

Platón afirmó:

"La libertad excesiva debe producir, tarde o temprano, una extrema servidumbre [por lo que resulta natural que] la tiranía tenga su origen en el

(30) *Ibidem*.

(31) HOLMES, STEPHEN, "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en ELSTER, JON - SLAGSTAD, RUNE, *Constitucionalismo y democracia*, FCE, México, 1999, p. 258.

(32) PLATÓN, *Critón*, trad. española de Luis Noussan-Letry, 2ª ed., Astrea, 1973, Bs. As., pp. 40 y 41.

gobierno popular; es decir, que a la libertad más completa y más ilimitada suceda el despotismo más absoluto y más intolerable”⁽³³⁾.

También Cicerón captó que la tiranía podía provenir de un solo hombre tanto como del pueblo mismo. No en vano observó:

“Bajo el imperio absoluto de una facción tampoco puede decirse que existe república”, agregando que “a ningún Estado negaré más terminantemente el nombre de república que a ese en que impera como soberanía la multitud: si hemos asegurado que en Siracu[s]a no existía república, ni en Agrigento, ni en Atenas bajo la dominación de los tiranos, ni aquí cuando mandaban los decenviros, no sé cómo puede encontrarse bajo el *despotismo de la multitud*”⁽³⁴⁾ (...) “el imperio de la multitud no es menos tiránico que el de un hombre solo, y esta tiranía es tanto más cruel, cuanto que no hay monstruo más terrible que esa fiera que toma la forma y nombre del pueblo”⁽³⁵⁾.

También Filmer concluyó que “[n]o hay tiranía comparable a la tiranía de una multitud”⁽³⁶⁾.

El peligro de la dictadura de las mayorías fue advertido aun por aquellos autores que defendieron con fervor el principio de la soberanía popular como idea política. En el famosísimo capítulo LXI de *El Federalista*, Alexander Hamilton y James Madison pusieron debida atención en estos términos:

“[e]n una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría se une por obra de un interés común, los *derechos de la minoría* estarán en peligro”⁽³⁷⁾.

El asunto ocupó también la atención de Jefferson que, en sus *Notas sobre el Estado de Virginia*, a propósito de los defectos de la organización constitucional de su estado con anterioridad a la Constitución de 1776, advirtió sobre el peligro de la dictadura de las mayorías. Observó así

“[La concentración del poder] en las mismas manos constituye precisamente la definición del gobierno despótico. *No atenúa la cosa el que*

(33) PLATÓN, “La República”, L. VIII, en *Obras completas*, t. III, Bibliográfica Omeba, Bs. As., 1967, p. 377.

(34) La bastardilla es mía.

(35) CICERÓN, MARCO TULLIO, ob. cit., L. III, t. II, p. 610.

(36) FILMER, ROBERT, ob. cit., p. 57.

(37) MADISON, JAMES - HAMILTON, ALEXANDER - JAY, JOHN, *El Federalista*, 2ª ed. en español de Gustavo R. Velazco, FCE, México DF, 1957, cap. LI, p. 220. La bastardilla es mía.

esos poderes sean ejercidos por muchas manos y no por una sola. 173 despotas serían de seguro tan opresores como uno solo. Y a los que duden, dejen posar sus ojos en la república de Venecia. Tampoco nos vale el que los hayamos elegido nosotros mismos. *Un despotismo electivo no es el gobierno por el que luchamos, sino uno que no solamente se funde en principios libres, sino que sus líderes estuvieran divididos y equilibrados de tal modo entre distintos cuerpos de magistrados, que ninguno pasara de sus límites legales sin ser contenido y reprimido eficazmente por los otros*”⁽³⁸⁾.

Finalmente, John Hart Ely observa que la teoría de la representación política debe concebirse no sólo como el seguro de que el representante no separará sus intereses de aquellos de la mayoría de sus electores, sino también “que no separará los intereses de una coalición mayoritaria de aquellos de las diferentes minorías”⁽³⁹⁾.

El principio cardinal de la democracia popular es el gobierno de las mayorías; quien desconozca esto en toda su dimensión, reniega en el fondo de la democracia. Pero para que la democracia sea además una república el gobierno debe anclarse a ciertos límites que sirven de garantías institucionales para la convivencia de “todos”. El constitucionalismo existe entonces para aquellas situaciones en las cuales no puede confiarse en el gobierno representativo⁽⁴⁰⁾. Cuando el gobierno de las mayorías observa estas premisas puede decirse que estamos ante una democracia republicana; cuando ostenta todos los poderes, sea en uno o en varios magistrados es un *despotismo electivo*.

Cuando Locke⁽⁴¹⁾ y Montesquieu escribían que la libertad no es hacer “cada cual lo que se le antoja” sino estar sujeto a la ley, tenían amplia razón. Nadie hace siempre todo lo que quiere; cuando hay ley porque esta lo limita; cuando no la hay porque, más temprano que tarde encuentra la fuerza del más poderoso. Para evitar entonces someterse a la voluntad de otro es que es necesario someterse a la voluntad de la ley. Por ello es que en el fondo “la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla”⁽⁴²⁾. El constitucionalismo no es más que la encarnación del *rule of law* y representa,

(38) JEFFERSON, THOMAS, “Notes on the State of Virginia”, cap. XIII, en FORD, PAUL L. (ed.), *The works of Thomas Jefferson*, vol. IV, G.P. Putnam's & Sons, New York - London, 1905, p. 20. La bastardilla es mía.

(39) ELY, JOHN H., *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, trad. española de Magdalena Olguín, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, pp. 106 y 107.

(40) *Ibidem*, p. 217.

(41) LOCKE, JOHN, *Segundo tratado sobre el gobierno*, ed. española de Pablo López Álvarez, Madrid, Biblioteca Nueva, 1999, cap. VI, § 57, p. 79.

(42) *Ibidem*.

entonces, la línea demarcatoria entre la democracia republicana y el despotismo electivo.

Si como afirma Hayek, la Constitución es un recurso para limitar al gobierno⁽⁴³⁾, hay que agregar a ello que es además un recurso que se da el pueblo para limitarse a sí mismo, para protegerse contra las pasiones del momento, para proteger a las minorías de las mayorías. Las constituciones liberales consisten en buena medida en "metalimitaciones", esto es, reglas que obligan a cada mayoría a exponer a la crítica y a una posible revisión sus decisiones y, al mismo tiempo, en reglas que limitan la capacidad de cada generación de "robar opciones significativas a sus sucesoras"⁽⁴⁴⁾. Cumplen entonces una doble función: limitar a los representantes políticos de la comunidad y limitar a ella misma. Por ello es que actúan también como afirma Cass Sustein como "límites a la capacidad de gobernar de las mayorías"⁽⁴⁵⁾, y como en una república es deber de la mayoría respetar y proteger los intereses de la minoría, las constituciones refuerzan la democracia representativa⁽⁴⁶⁾.

Cierto es que el constitucionalismo tiene algo de conservador. El conservadorismo es una característica inherente al derecho en general, más que al constitucionalista y, en su justa medida, es algo razonable. Las constituciones modernas que los pueblos mismos se han dado contemplan y patrocinan expresamente medidas que, en cierto modo, podrían estimarse conservadoras. La forma federal de Estado; la obligación constitucional de los jueces de negarse a aplicar una ley sancionada por la "mayoría" parlamentaria cuando es contraria a la Constitución; la elección indirecta del presidente y senadores de la Nación —hasta 1994, en nuestro país—, y de los jueces nacionales; la creación de un Senado federal como contrapeso a la representación popular pura establecida en la Cámara de Diputados; la representación de las minorías en el órgano legislativo, entre otras, dan la medida de esto. A poco que reflexionemos sobre el particular, se advertirá que hasta la reforma constitucional del año 1994, en nuestro país más del 83% de las autoridades nacionales no eran elegidas directamente por el pueblo, bien que con una injerencia preponderante de éste.

John Stuart Mill decía que "el principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre", pues "no es libertad el poder de

(43) HAYEK, FEDERICO VON, "La planificación, el imperio de la ley y los derechos del hombre", conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 23 de abril de 1957, JA 1957-II, Sección Doctrina, p. 78.

(44) HOLMES, STEPHEN, ob. cit., p. 254.

(45) SUSTEIN, CASS, "Constituciones y democracias: epílogo", en ELSTER, JON - SLAGSTAD, RUNE, *Constitucionalismo y democracia*, ob. cit., p. 344.

(46) ELY, JOHN H., ob. cit., pp. 113 y 114.

renunciar a la libertad"⁽⁴⁷⁾. Si esto es válido para un individuo, tanto más lo es para una sociedad. El constitucionalismo es un ancla estabilizadora de la democracia; es, pues, un intento de impedir la posibilidad de que una Nación ceda su libertad y, en definitiva, su autodestrucción colectiva. La democracia no está exenta de paradojas; y hay que entender que los *límites legales* que se le imponen son necesarios para la subsistencia de ella.

V. EL POPULISMO COMO ANTÍTESIS DEL CONSTITUCIONALISMO

Fernando Henrique Cardozo —el "segundo Cardozo" diría yo, el Cardozo de su edad madura— explica que el populismo es una forma insidiosa del ejercicio del poder que se define por prescindir de la mediación de las *instituciones*, del Congreso y de los partidos, y por basarse en la relación directa del gobernante con las masas, cimentada en el intercambio de dádivas⁽⁴⁸⁾. Su característica definitoria es la apelación al pueblo por fuera de toda representación política institucionalizada, lo que Ernesto Laclau llama su "dimensión antiinstitucional"⁽⁴⁹⁾. El populismo mantiene asimismo una relación ambigua con la democracia, pues al mismo tiempo que reivindica el poder del pueblo trata de prescindir de todo mecanismo de representación política⁽⁵⁰⁾, a la que ve como un obstáculo entre las masas y la concreción de sus aspiraciones, expresadas obviamente en un "Führer"⁽⁵¹⁾. No se trata de una ideología propia, sino que puede estar presente en movimientos de signo ideológico muy diferente⁽⁵²⁾.

(47) MILL, JOHN S., *Sobre la libertad*, trad. española de Pablo de Azcárate, Alianza editorial, Madrid, 1997, cap. 5, p. 239.

(48) CARDOZO, FERNANDO H., "El populismo amenaza con regresar a América latina", diario *Clarín* del 18 de junio de 2006, disponible en: <http://edant.clarin.com/diario/2006/06/18/opinion/o-03002.htm>. La bastardilla es mía. Ernesto Laclau, por su parte, entiende que "el clientelismo (...) no es necesariamente populista, puede adoptar formas puramente institucionales, pero es suficiente que esté construido como un llamado público a 'los de abajo' fuera de los canales políticos normales para que adquiera una connotación populista". Conf. LACLAU, ERNESTO, ob. cit., p. 157.

(49) LACLAU, ERNESTO, *La razón populista*, ob. cit., p. 156.

(50) CANOVAN, MARGARET, "Populism", en KUPER, A. - KUPER, J. (ed.), *The social sciences encyclopedia*, p. 647, Routledge, London, 1996.

(51) Aunque el vocablo "Führer", en español "líder", "guía", si bien se conocía y empleaba asiduamente en Alemania, fue institucionalizado por el Tercer Reich para sepultar lo que quedaba de la Constitución de Weimar.

(52) WORSLEY, PETER, "The concept of populism", en IONESCU, G. - GELLNER, E. (comps.) *Populism. Its Meaning and National Characteristics*, Macmillan, London, 1969, p. 245.

La democracia moderna no es sencillamente el gobierno del pueblo, sino siempre es el gobierno del pueblo por ciertos canales preestablecidos, de acuerdo con ciertos procedimientos predeterminados, siguiendo ciertas normas electorales prefijadas⁽⁵³⁾. El populismo abjura de esta idea. La representación política es, pues, la antítesis del populismo. La consecuencia lógica que trae esta forma de ver la ciencia del gobierno es la identificación del Estado con la persona del líder, quien expresa *directamente y sin instituciones* la voluntad popular. El líder no "representa" sino, antes bien, "es" el pueblo. Al ser una encarnación del pueblo, el populismo no admite discursos complejos y ve todo como blanco o negro; hay para él "pueblo" y "no-pueblo", amigos y enemigos.

El observador inteligente deduce de estas reflexiones que constitucionalismo y populismo son dos criterios incompatibles entre sí. Mientras que el constitucionalismo es institucionalista, el populismo relativiza las instituciones para tener una relación directa entre el gobernante y el pueblo. Si bien podría discutirse que el constitucionalismo no es un concepto unitario, como tampoco lo es la democracia⁽⁵⁴⁾, no puede haber, como equivocadamente se plantea, un constitucionalismo institucionalista y un constitucionalismo populista, pues el constitucionalismo es institucionalista por definición.

A pesar de que, como expresé, el populismo no desconoce formalmente el valor de las instituciones, el gran vicio de raíz que presenta esta corriente de pensamiento es relativizar su importancia frente a las intenciones populares, posiblemente por no internalizar que aquéllas son también consecuencia de la voluntad popular. El principio fundante de la democracia, de la democracia republicana, es que nunca nadie puede detentar la totalidad del poder. Y si en una República el poder soberano reside en el pueblo, su poder es también limitado frente a aquella porción de ese mismo pueblo que lo rechaza. El mal llamado constitucionalismo popular es la manifestación de la demagogia y, precisamente porque relativiza la institucionalidad, no puede formar parte del constitucionalismo porque es la antítesis de él.

La democracia nace como un intento de garantizar la participación de todos en el gobierno y extirpar la aristocracia —entendida ésta como el gobierno de unos pocos— y la oligarquía. Pero si la oligarquía es de entre las tres formas de gobierno concebidas por Platón y Aristóteles la deformación de la aristocracia, hay que recordar junto a ello que la demagogia hace lo propio con la democracia.

(53) HOLMES, STEPHEN, ob. cit., p. 257.

(54) Es éste el criterio de Cass Sustein en el trabajo citado en este ensayo. Conf. SUSTEIN, CASS, ob. cit., p. 368.

El populismo es la deformación de la democracia, del Estado de derecho y del Estado constitucional. De lo primero, porque asume el gobierno para la mayoría y no para el pueblo todo; de lo segundo, porque niega la supremacía de la ley aun frente al pueblo que la hace; de lo último, por la conjunción de los dos motivos precedentes. Conviene tener esto presente para no dejarse alucinar por tan falsa concepción y seguirla en sus más perniciosas consecuencias que, al margen de su extravagancia, se presenta como una idea peligrosa, pues contribuye a acentuar el proceso de desconstitucionalización ya planteado y creciente.

VI. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Algunos trabajos que adhieren al constitucionalismo popular publicados en el país han reivindicado vigorosamente, entre los postulados del constitucionalismo popular, la periodicidad de las reformas constitucionales.

Como expresé anteriormente, el pensamiento ha sido ilustrado con respecto a la Constitución argentina señalándose que, por ser del año 1853, refleja intereses y valores propios de un pueblo rural del siglo XIX, y es por tanto una vieja fotografía de un pueblo que en nada se parece a una sociedad actual. Se trae asimismo el pensamiento de Jefferson, endilgándosele el pensamiento según el cual la Constitución de un país democrático debe reescribirse cada determinada cantidad de años para evitar que ninguna generación quede rehén de la voluntad y las ideas de una generación del pasado⁽⁵⁵⁾. Ninguna de las dos afirmaciones resultan ser válidas. Por razones de logicidad, comenzaré atendiendo esta última, y seguiré por la primera.

1) Thomas Jefferson y la reforma periódica de las Constituciones

Suele citarse una frase atribuida a Thomas Jefferson según la cual "[e]l poder constituyente de un día no puede condicionar el poder constituyente del mañana". En una carta escrita desde París a James Madison el 6 de septiembre de 1789, el principal redactor⁽⁵⁶⁾ de la declaración de la independencia de los Estados Unidos expresó:

(55) RISSO, GUIDO I., "El constitucionalismo institucionalista vs. el constitucionalismo populista", ob. cit., p. 1.

(56) Ojalá pueda difundirse en nuestro país la verdadera dimensión de la figura de John Adams en la independencia de los Estados Unidos, muy superior a la de Jefferson en esta materia. Aunque Jefferson redactó el primer borrador de la Declaración de Independencia, el borrador final presentado al Congreso Continental salió de las revisiones practicadas por John Adams y Benjamin Franklin.

“Puede demostrarse que ninguna sociedad puede hacer una Constitución perpetua, ni siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la presente generación. Puede entonces administrarla y todo lo que procede de ello como quiera durante su usufructo. Son amos también de sus propias personas, y pueden consecuentemente gobernar como les plazca (...) La Constitución y leyes dadas por sus predecesores quedan extinguidas entonces, en su curso natural, junto con aquellos que les dieron su existencia. Esto podría preservarse hasta que dejó de existir y no más. *Toda Constitución, entonces, y cada ley, naturalmente expiran a los 19 años de su vigencia.* Su duración más allá, constituye un acto de fuerza y no de derecho”⁽⁵⁷⁾ [Así] “entonces, los contratos, constituciones y leyes de cada sociedad quedan anulados a los 19 años de su sanción”⁽⁵⁸⁾.

El criterio expuesto ante Madison fue fundamentado con más amplitud en una carta dirigida a Samuel Kercheval el 12 de julio de 1816, a propósito de la reforma de la Constitución de Virginia. Jefferson expresó allí:

“Algunos ven a la Constitución con mojigata reverencia y, como el arca de la alianza, la consideran demasiado sagrada para ser tocada. Atribuyen a los hombres de generaciones anteriores una sabiduría sobrehumana, y suponen que lo hecho por ellos debe estar más allá de toda reforma (...) Ciertamente no soy un defensor de los cambios frecuentes y no probados en las leyes y las constituciones. Creo que las imperfecciones moderadas tienen mejor arraigo; porque, una vez conocidas, nosotros mismos nos adaptaremos a ellas, y encontraremos los medios prácticos para la corrección de sus defectos. Pero sé también que las leyes y las instituciones deben ir de la mano con el progreso de la humanidad (...) No debemos creer que una generación no es tan capaz como otra de cuidar de sí misma y de ordenar sus propios asuntos. Permítasenos, al igual que a nuestros Estados hermanos, valernos de nuestra razón y experiencia para corregir el crudo ensayo de nuestra primera experiencia, a pesar de su sabiduría, virtuosos y bien intencionados consejos. Y finalmente, *permítasenos establecer en nuestra Constitución su revisión por períodos determinados.* Lo que estos períodos deben ser, lo indica su propia naturaleza. De acuerdo a los índices europeos de mortalidad en cualquier período una mayoría estará muerta alrededor de los diecinueve años. Al final de ese período, entonces, una nueva mayoría tomará su lugar; o, en otras palabras, una nueva generación. Cada generación es tan independiente como la que la precedió. Tiene entonces, al igual que aquéllas, el derecho a elegir para sí misma la forma de gobierno que crea más adecuada para su propia felicidad; y consiguientemente, para adap-

(57) FORD, PAUL L. (ed.), *The works of Thomas Jefferson*, ob. cit., vol. VI, p. 9.

(58) Párrafo agregado por Jefferson a la copia de la carta que remitió a Madison al Dr. Gem. *Ibidem*, p. 12 en nota al pie.

tarse a las circunstancias en las que se encuentra, que recibió de sus predecesores. Y es para la paz y el bien de la humanidad que una oportunidad solemne de hacer esto cada diecinueve o veinte años, debe ser dada por la Constitución, de modo que pueda perdurar, con modificaciones periódicas, de generación en generación, hasta el fin de los tiempos (...) Han pasado cuarenta años desde la sanción de la Constitución de Virginia. Los mismos índices [se refiere a los índices de mortalidad europeos] nos dicen que, dentro de ese período, las dos terceras partes de las personas que vivieron en esa época estarán muertas. ¿Tiene entonces el tercio restante, si lo desease, el derecho a exigir obediencia a aquella voluntad y a las leyes hechas por ellos, a los otros dos tercios que componen la masa actual de adultos? Si no lo tiene, ¿quién lo tiene? ¿Los muertos? Los muertos no tienen derechos. No son nada; y no pueden ser dueños de nada (...) Este mundo corporal, y todo lo que hay en él, pertenece a los actuales habitantes, durante su generación. Son ellos los únicos que tienen derecho a decidir lo concerniente a ellos, y a sancionar la ley que los dirija; y esa declaración puede ser hecha solamente por su mayoría. La mayoría, entonces, tiene el derecho de elegir representantes a una convención, y hacer la Constitución que crea mejor para sí mismos”⁽⁵⁹⁾.

El pensamiento reseñado fue abrazado por una buena parte de los pensadores radicales del siglo XVIII. Así fue que, antes que Jefferson, en 1740 David Hume defendió la idea de que una generación no debía condicionar con sus principios y reglas a las generaciones venideras. Fue también lo que sostuvo Thomas Paine en 1791 cuando dijo:

“[t]oda edad y generación debe obrar con la misma libertad que disfrutaron las que la precedieron. La vanidad y presunción de gobernar más allá del sepulcro es el atentado más absurdo y tiránico. El hombre no posee alguna propiedad en su igual, y ninguna generación la tiene en las venideras. La legislatura o nación de cualquier tiempo pasado no ha tenido mayor derecho en disponer, obligar o dictar a las del presente, de[l] que tenemos nosotros para disponer, obligar o dominar sobre las que existirán cien o mil años después”⁽⁶⁰⁾.

Esta concepción radical fue refutada con considerable éxito, por Locke primero, y más tarde por Madison. Sostuvo el primero de los autores que si bien sólo los firmantes del pacto político habían consentido expresamente en el “contrato social”, las nuevas generaciones quedaban “tácitamente” obligadas a obedecer a las autoridades políticas, pues “todas aquellas personas que tienen bienes o el disfrute de una parte cualquiera

(59) *Ibidem*, vol. XII, pp. 11-14. La bastardilla es mía.

(60) PAINE, THOMAS, *El derecho del hombre*, trad. española de Santiago Felipe Puglia, Imp. de Matías Carey e Hijos, Filadelfia, 1821, cap. I, pp. 2 y 3. Para conocer en amplitud el pensamiento de Paine sobre este asunto, recomiendo leer el capítulo I en su integridad.

de los dominios territoriales de un gobierno, otorgan con ello su *consentimiento tácito* y se obligan a obedecer desde ese momento las leyes de tal gobierno mientras sigan disfrutando de esos bienes y posesiones”⁽⁶¹⁾.

En respuesta a la carta de Jefferson de septiembre de 1789 a que hice referencia, Madison le escribió otra el 4 de febrero de 1790 refutando su pensamiento. En lo que es materia de este trabajo, dice:

“Mis primeras reflexiones me conducen a pensar que la doctrina propuesta no es compatible en su totalidad con el curso de los acontecimientos humanos (...) Teóricamente aplicable para una Constitución, la doctrina parece encontrar en la práctica objeciones de peso ¿No cesaría un Gobierno de la necesidad al final de un período fijo, a menos que se prolongue por una reforma constitucional previa a su finalización, de quedar demasiado sujeto a la casualidad y consecuencias de un interregno? No se convertiría un Gobierno tan frecuentemente revisado demasiado mutable y novedoso para retener esa parte de perjuicio en su favor que constituye una saludable ayuda para el gobierno más racional? ¿No engendraría semejante revisión periódica facciones perniciosas que de otra manera no existirían; y agitaría la mentalidad pública más frecuente y violentamente de lo conveniente?”⁽⁶²⁾ (...) Si la tierra es el regalo de la naturaleza a los vivos, su título puede extenderse a la tierra solamente en su estado natural. Las mejoras introducidas por los muertos constituyen una deuda contra los vivos que se benefician de ellas. Esta deuda no puede ser satisfecha de otro modo que por una obediencia proporcional a la voluntad de los autores de las mejoras⁽⁶³⁾ (...) Ante estas dificultades sólo puedo encontrar alivio recurriendo a la doctrina según la cual el consentimiento *tácito* puede legitimar a los gobiernos y leyes establecidas, y que ese consentimiento debe inferirse a falta de una revocación expresa (...) Es dudoso que sea posible excluir totalmente la idea de un consentimiento implícito o tácito sin subvertir los fundamentos mismos de la sociedad civil. ¿En qué principio está que la voz de la mayoría vincula a la minoría? No puedo concebirlo como resultado de la ley natural sino desde un acuerdo fundado en la utilidad. (...) Antes, por lo tanto del establecimiento de este principio, era necesaria la *unanimidad*, y estrictamente, la teoría presupone el consentimiento de cada individuo con la regla que sujeta a la minoría a la voluntad de la mayoría. Si este consentimiento no puede otorgarse tácitamente, o no estar implícito donde ninguna evidencia positiva lo provea, ninguna persona nacida en sociedad podría al llegar a su edad adulta quedar obligada por cualquier acto de la mayoría y, o bien sería necesaria una

(61) LOCKE, JOHN, ob. cit., cap. VIII, §119, p. 117. La bastardilla es mía.

(62) HUNT, GAILLARD (ed.), *The writings of James Madison*, G. P. Putnam's Sons, New York - London, 1904, vol. V, pp. 438 y 439.

(63) *Ibidem*, p. 439.

renovación unánime de cada ley, o el consentimiento expreso de cada nuevo integrante debe obtenerse por la regla según la cual la mayoría decide por el todo”⁽⁶⁴⁾.

Madison ya había expresado tres años antes, en *El Federalista*, que “[e]l peligro de alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas, constituye una objeción todavía más seria contra la práctica de someter frecuentemente las cuestiones constitucionales a la decisión de toda la sociedad”. Para así razonar, observó:

“Todas las constituciones existentes fueron establecidas en medio de un peligro que reprimía las pasiones más hostiles al orden y la concordia de una entusiasta confianza del pueblo hacia sus patrióticos líderes que ahogó la acostumbrada diversidad de opiniones respecto a los grandes problemas nacionales, de un fervor universal por las formas nuevas, opuestas a las antiguas, originando el resentimiento y la indignación universales contra aquel gobierno, y en una sazón en que el espíritu de partido relacionado con las transformaciones por efectuar o con los abusos por corregir no podía infiltrar su levadura en la operación (...) sólo la razón del público debe reprimir y regular el gobierno. Las pasiones han de ser reprimidas y reguladas por éste”⁽⁶⁵⁾.

Según el criterio de Thomas Jefferson, cada generación tiene el derecho inviolable de partir de la nada, sin herencia del pasado. De ahí que la reforma constitucional periódica no es sino una minúscula parte de su pensamiento según el cual toda norma jurídica, incluidas las deudas contraídas por contrato, sólo podía vincular a la generación que las sancionó, y quedaba por tanto caduca al final de su generación, período que él calculó en diecinueve años con base en estadísticas que cita en los dos pergaminos que acabo de mencionar. Examinemos la siguiente cita de la carta a Madison a la que más arriba me referí:

“La pregunta acerca de si una generación tiene el derecho de vincular a otra parece que nunca ha sido hecha ni en éste ni al otro lado del Océano. Sin embargo, es una pregunta de importantes consecuencias, no sólo como una decisión de mérito, sino también por el lugar que ocupa entre los principios fundamentales de cada gobierno (...) Me propuse presentar algo sobre la tierra que supongo debe ser evidente por sí sólo: *que la tierra pertenece en usufructo a los vivos*; que los muertos no tienen ni poderes ni derechos sobre ella. La porción de tierra que ocupa cada persona deja de estarlo cuando ella deja de existir, y vuelve a la sociedad. Si la sociedad no ha sancionado reglas para la apropiación de estas tierras separadamente, éstas serán tomadas por los primeros ocupantes. Ellos

(64) *Ibidem*, p. 440. La bastardilla corresponde al original.

(65) Conf. MADISON, JAMES - HAMILTON, ALEXANDER - JAY, JOHN, *El Federalista*, ob. cit., cap. XLIX, p. 215.

serán por lo general la esposa e hijos del descendiente. Si ha sancionado reglas para la posesión, podrán otorgarse a la esposa e hijos, o a alguno de ellos, o al legatario del difunto. Entonces también puede otorgárseles a su acreedor. Pero el niño, el legatario, o el acreedor accede a ella, no por algún derecho natural, sino por una ley de la sociedad a la que pertenecen y a la que están sujetos. Nadie puede entonces por *derecho natural* obligar las tierras que ocupó, o a las personas que le sucedieron en la ocupación, al pago de deudas contraídas por aquél. En caso contrario, podría durante su propia vida comerse el usufructo de las tierras de varias generaciones, y entonces las tierras pertenecerían a los muertos y no a los vivos, lo que sería contrario a nuestro principio. Lo que es verdad respecto de cada miembro de la sociedad individualmente, lo es también respecto de todos ellos colectivamente, desde que los derechos de la totalidad no puede ser más que la suma de los derechos de los individuos (...) Ninguna generación puede contraer deudas mayores que las que pueda pagar durante el curso de su propia existencia (...) 19 años es el término más allá del cual ni los representantes de la nación, ni aun toda la Nación reunida puede endeudarse válidamente (...) El interés de la deuda pública de Francia es de hecho sino una dos milava parte de su lista de rentas, su pago es suficientemente practicable; por lo que se vuelve entonces una cuestión de honor o de conveniencia. Pero con respecto a las deudas futuras, ¿no sería sabio y justo que esa Nación declare en su Constitución en formación que ni la legislatura ni la nación misma pueden contraer mayores deudas que las que pueda pagar durante su propia generación o dentro de los 19 años? ¿Y que todos los contratos futuros se considerarán sin efecto mientras permanezcan impagos a los 19 años de su existencia? Esto pondría en guardia a los arrendatarios y prestamistas. Pero reduciría también la facultad de prestar a sus límites naturales, pondría coto al espíritu de guerra, al que también liberaría de un curso que ha sido seguido por la desatención de los prestamistas a esa ley de la naturaleza según la cual las generaciones futuras no deben ser responsables por las que las precedieron”⁽⁶⁶⁾.

El observador inteligente y que estudia el pensamiento de Jefferson en profundidad advierte que la reforma periódica de la Constitución es consecuencia de una concepción del mundo más amplia que él poseía. Por ello es que no puede citarse aislada y ligeramente, evitando examinar en profundidad las fuentes y falseando así su contenido. Los que ocurren a la autoridad de Jefferson para justificar la reforma constitucional deben hacerse cargo de todas las consecuencias de su teoría según la cual “la tierra pertenece a los vivos y no a los muertos”. Si así deciden hacerlo, me restaría pedirles que asuman que el ordenamiento jurídico sólo les garantizará su derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a

(66) FORD, PAUL L. (ed.), *The works of Thomas Jefferson*, ob. cit., vol. VI, pp. 3, 4, 6 y 8. La bastardilla corresponde al original.

la libertad de expresión *etcétera* durante los próximos diecinueve años, fuera de los cuales, aunque se admitan como naturales, deberán “plebiscitarse” a la próxima generación para continuar alojados en el ordenamiento legal.

Hecha esta primera observación, vayamos al fondo de su pensamiento. Ciertamente es, como quedó dicho, que Jefferson sostenía la periodicidad de la reforma constitucional. Lo que diferencia a una Constitución de las leyes ordinarias no son solamente los derechos fundamentales que aquélla contiene, sino su estabilidad como norma jurídica. Una de las misiones de toda Constitución es dotar de legalidad a largo plazo al ordenamiento jurídico de un Estado. La reforma periódica y por períodos establecidos que Jefferson proponía, a la vez que está fundada en premisas tan utópicas como radicales, como lo han puesto de manifiesto Locke y Madison, entraña a mi criterio una oposición a la idea misma de Constitución escrita como instrumento para limitar el poder. La rigidez constitucional, que es lo que en el fondo el pensamiento de Jefferson socava, es un instrumento estabilizador de la democracia. No debemos olvidarnos —dijo Marshall en “*McCulloch v. Maryland*”— que es una Constitución lo que estamos interpretando, *una Constitución destinada a perdurar durante siglos* y por lo tanto a adaptarse a las diversas crisis de los asuntos humanos⁽⁶⁷⁾.

Desde Puffendorf —pasando por Rousseau y Madison— hasta Marshall, nadie en la doctrina política sostiene ni defiende la existencia de una Constitución perenne. Los constitucionalistas modernos pensamos igual; no abogamos por una Constitución inalterable; toda ley positiva debe ser modificada. Decimos tan solo que el proceso de reforma debe ser complejo de modo que tenga lugar únicamente con un amplio consenso social. Por ello es que debe haber reglas duraderas, aunque no inalterables. Es la rigidez constitucional, a la vez que un resguardo contra las veleidades temporales del espíritu de partido, lo que desalentará todo frívolo intento de revisar la Constitución cada vez que el magistrado de turno lo necesite para perpetuarse en el poder. Juan Bautista Alberdi escribió al respecto:

“[e]l gran arte del gobierno, como decía Platón, es el arte de hacer amar de los pueblos la Constitución y las leyes. Para que los pueblos la amen es menester que la vean rodeada de prestigio y de esplendor. El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Éstas pueden ser necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible, o retardarse lo más. La verda-

(67) 17 US 316 (1819). El texto completo de la sentencia puede leerse en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>.

dera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación (...) *Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución*"⁽⁶⁸⁾.

2) El objetivo encubierto de la reforma periódica: la matriz institucional

Siendo profesor en Harvard, Lawrence Tribe enseñaba con razón que en cada momento de reforma constitucional emerge un ejercicio del poder constituyente amplio. De esta forma, por más que el resultado de una reforma sea el cambio de un solo artículo, debe entenderse que pasó por la mente del constituyente la posibilidad de reformar la totalidad de la Constitución aunque finalmente la reforma haya tenido como resultado una minúscula parte. Por lo que a nuestro país concierne, la Constitución argentina de 1853/60 fue reformada por última vez hace veinte años. Por ello es que es falso que refleje intereses y valores de un pueblo rural del siglo XIX. El error en que se incurre al lanzar semejante afirmación es obviar especialmente que la reforma constitucional de 1994 fue la más profunda hasta hoy, modificó 43 artículos de la Constitución y se llevó a cabo a través de la Convención Constituyente con mayor legitimidad y representación política de la historia argentina, contando con diecinueve bloques de representación política en su seno.

¿Puede mostrarse a los ojos de un criterio sano y bien informado que nuestra Constitución refleja las ideas de un pueblo rural del siglo XIX? Nuevamente, el observador inteligente deduce que lo que se insta al abogar por su reforma no es una actualización temporal de una carta deteriorada, sino el cambio de "matriz institucional". La Constitución originaria, como expresión del constitucionalismo, representa un obstáculo para el populismo; y es por eso que, a sus ojos, se hace necesario reemplazar la Carta Magna liberal ratificada vigorosamente con la última reforma constitucional. El resto, todo lo demás, es un mascarón de proa para llevar adelante este objetivo.

Sirviendo la reforma de estímulo al populismo, es a la vez un medio estéril de infatuación y de extravío, que no representa cosa alguna útil ni sería para el país.

VII. REFLEXIONES FINALES

Marx escribió una vez que todos los grandes hechos y personajes de la historia se producen dos veces, pero unas aparecen como tragedia y

(68) ALBERDI, JUAN B., *Bases*, Ciudad Argentina, Bs. As., 1998, cap. XXXIV, pp. 192 y 193. La bastardilla es mía.

otras como farsa⁽⁶⁹⁾. Los hechos del pasado, que como observaba Alberdi son la voz de la providencia y de la historia, son entonces testigos de todo esto. Estoy bien seguro cuando afirmo que el populismo y su misticismo democrático ha sido la gran tragedia de la República Argentina del siglo XX. La doctrina, que aparentemente introduce en las sociedades políticas las más elevadas y justas aspiraciones, es la que ha sido acompañada de las más dañinas consecuencias. El mundo entero conoció bien su verdadera cara; ha visto a líderes nacionales y populares que por la vara mágica de la demagogia alcanzaron la suma del poder público; que por un mesianismo irracional sumieron al mundo entero en una larga noche que dejó cincuenta millones de muertos; a líderes nacionales y populares que han experimentado un notorio enriquecimiento en la función pública; a líderes nacionales y populares que, apoyando al Eje durante la Segunda Guerra Mundial, tomaron partido por la tiranía en lugar de la libertad, y cobijaron más tarde sigilosamente a jefes de la Alemania nazi; que han sido partícipes de golpes de Estado; que clausuraron diarios cuando los criticaban; que encarcelaron legisladores cuando se les oponían; que destituyeron jueces cuando no fallaban como querían.

La experiencia es el oráculo de la verdad; y cuando sus respuestas son inequívocas, deberían ser concluyentes y sagradas. La demagogia —instrumento principal del populismo— nunca es la salida ni la solución de nada. Es el recurso de las mentes pequeñas, de los que carecen de talento y necesitan por tanto cortejar servilmente para agradar a quien no pueden llegarle a través de su capacidad.

La democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria⁽⁷⁰⁾. La historia es el más fiel testigo que no es el apego escrupuloso a las instituciones lo que la corroe; antes bien, que la mayor parte de los tiranos comienzan por ser demagogos⁽⁷¹⁾, cortejan servilmente al pueblo⁽⁷²⁾ y terminan pisoteando todas las libertades que le prometen⁽⁷³⁾. Sería un error histórico, entonces, ver en el constitucionalismo un obstáculo para la evolución de la sociedad.

(69) MARX, KARL, *El 18 brumario de Luis Bonaparte*, Prometeo, Bs. As., 2004, p. 15.

(70) HOLMES, STEPHEN, ob. cit., p. 258.

(71) ARISTÓTELES, *La política*, 6ª ed., Obras Maestras, Madrid, 1986, L. VIII, cap. VIII, § 3, p. 287.

(72) Conf. HAMILTON, ALEXANDER, en MADISON, JAMES - HAMILTON, ALEXANDER - JAY, JOHN, *El Federalista*, ob. cit., cap. I, p. 5.

(73) El paso de la democracia hacia la tiranía es explicado magistralmente por Platón en la parte final del Libro VIII de *La República*, ob. cit., t. III, pp. 379 a 385. Los dos párrafos siguientes sintetizan todo: "Por lo pronto, en sus primeros días de dominación ¿No sonrío [el tirano] graciosamente a todos los que encuentra, y no llega hasta decir que ni remotamente piensa en ser tirano? ¿No hace las más pomposas promesas en público y en particular, librando a todos de sus deudas, repartiendo las tierras entre el pueblo

La mayor parte de los padres fundadores del constitucionalismo, de los que sentaron las doctrinas más sanas para perfeccionar la democracia, no provino directamente de la clase popular. Ni Edward Coke —caballero y juez de la Corona británica— ni William Blackstone —caballero del reino y profesor en Oxford— ni Locke —noble inglés—, ni Montesquieu —miembro de la nobleza francesa—. Thomas Jefferson, James Madison, Alexander Hamilton, George Washington, John Adams, John Stuart Mill y Juan Bautista Alberdi, en mayor o menor medida, gozaban de elevadas posiciones en sus respectivas sociedades. Su pertinencia natural no les impidió sin embargo ser los creadores de los principios más trascendentes para perfeccionar la democracia moderna, la verdadera democracia. Porque lo más importante en una persona no es de dónde proviene, sino la pureza de su corazón; no es fingir ser un hombre del pueblo, sino estar junto a él.

La única forma de resolver la tensión constante entre constitucionalismo y democracia es asimilarlos integradoramente, y entender que lo “contramayoritario”, *en su justa medida*, como un anticuerpo, es parte integrante de la democracia.



y sus favoritos, y tratando a todo el mundo con una dulzura y una ternura de padre? Cuando “el protector del pueblo llega al poder “no creas que se duerm[e] en medio de su poderío; sube descaradamente al carro del Estado, destruye a derecha e izquierda todos aquellos de quienes desconfía, y se declara abiertamente tirano”. *Ibidem*, p. 381.

LEYES DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD: RADIOGRAFÍA DE UNA RELACIÓN DIFÍCIL

POR JOSÉ SEBASTIÁN ELIAS⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema argentina aplica, al controlar la constitucionalidad de normas y actos estatales, tests de constitucionalidad diferenciados para distintos tipos de situaciones⁽²⁾. Aunque no resulta obvio que una pauta

(1) Profesor de Derecho, Universidad de San Andrés (Buenos Aires, Argentina). Abogado (Universidad de Mendoza, 2001), L.L.M. Yale Law School (2007), J.S.D. Yale Law School (2014). Correo electrónico: selias@udesa.edu.ar. Las ideas presentadas en este artículo fueron discutidas en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho “Vaquerías 2013”, realizado en Valle Hermoso, Córdoba, los días 6 y 7 de setiembre de 2013 y en el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la reunión del 15 de octubre del mismo año. Agradezco a los asistentes a ambas reuniones académicas por la formulación de preguntas que me ayudaron a pensar y refinar los argumentos que presento. En especial, agradezco a Ricardo Caracciolo, Rodrigo Sánchez Brígido, Hernán Bouvier, Ezequiel Monti, José Luis Monti y Alfonso Santiago (h) por sus comentarios y críticas. Por supuesto, temo que he dejado unos cuantos de ellos sin respuesta aceptable, incluso en la versión que aquí ofrezco. Versiones anteriores de este texto fueron publicadas bajo los títulos “Emergencia económica, derechos de propiedad y control de razonabilidad”, en RIVERA, JULIO C. (H) - ELIAS, J. SEBASTIÁN - GROSMAN, LUCAS SEBASTIÁN - LEGARRE, SANTIAGO (DIRS.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. 1, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, pp. 906-929 y “Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año I, nro. 1, abril de 2014, pp. 115-156. Aquí expando ligeramente algunas de las ideas expresadas en ambas versiones previas.

(2) En otro lugar hemos realizado, junto con Rodrigo Sánchez Brígido, un mapa tentativo de los diferentes tipos de control de constitucionalidad empleados por la Corte argentina. Véase SÁNCHEZ BRÍGIDO, RODRIGO J. - ELIAS, SEBASTIÁN, “Tipos de

que prescriba aplicar siempre el mismo análisis de constitucionalidad sea peor que otra que dispone de exámenes diferenciados⁽³⁾, y aunque la estrategia de los controles diferenciados presenta sus propios problemas⁽⁴⁾, lo

control diferenciado de constitucionalidad. A propósito de los decretos de necesidad y urgencia, JA 2012-IV-903.

(3) De hecho, una pluralidad de jueces de la Corte argentina, en tiempos recientes, ha defendido la conveniencia de evitar los controles diferenciados, “al menos, en el ámbito de la libertad de expresión, que era el que estaba en juego en el caso”. Así, se sostuvo que “si bien se reconoce la clásica distinción de la jurisprudencia constitucional norteamericana que diferencia la regulación del contenido de otros aspectos del mensaje como el tiempo, el lugar o la manera en que se expresa el mismo, y la consecuente asignación de diferentes estándares de interpretación, en realidad parece preferible el estándar de razonabilidad con que se analiza en nuestro país la constitucionalidad de normas y con la jurisprudencia de este Tribunal, donde más que dar preeminencia a un derecho constitucional sobre otro ‘o establecer un escrutinio estricto para ciertos derechos por sobre otros’ siempre se ha predicado su armonización”, CS, 7/6/2005, “Asociación de Teleriodifusoras Argentina y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 328:1825, consid. 18, primer voto de los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. Como explicábamos en el texto citado en la nota 2, ninguno de estos jueces sostiene hoy una negativa cerrada a la aplicación del escrutinio estricto. Todos ellos han propiciado su aplicación a diferentes supuestos. La jueza Argibay, por ejemplo, ha propiciado su aplicación en el ámbito de la regulación de la propiedad por razones de emergencia económica (“Massa”, Fallos 329:5913), a las distinciones entre nacionales y extranjeros en el acceso a beneficios de la seguridad social (“Reyes Aguilera”, Fallos 330:3853), a los decretos de necesidad y urgencia no ratificados (Fallos 333:633; 334:799), y ha adherido a la aplicación de tal escrutinio en el caso de las categorías sospechosas en los términos del art. 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos (Fallos 329:2986; 331:1715; 332:433). La jueza Highton de Nolasco ha apoyado su aplicación en el mismo caso de “categorías sospechosas” (Fallos 327:5118; 332:433) y lo propio ha hecho el juez Lorenzetti (Fallos 331:1715; 332:433). Este último, a su turno, ha insinuado que la regulación por razones de emergencia podría llevar a un tipo de escrutinio intermedio, donde “todo aquel que pretenda restringir un derecho de propiedad constitucional tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión” (Fallos 329:5913, consid. 26, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; 330:855, consid. 16, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni). En suma, la tesis que rechaza la aplicación de niveles de escrutinio diferenciados ha sido abandonada por todos los jueces que firmaron el mencionado primer voto en “Asociación de Teleriodifusoras”.

(4) Véase, por ejemplo, la disidencia del juez Scalia en “United States v. Virginia”, 518 US 515, 567 (1996) (“[...] nuestra jurisprudencia actual sobre igualdad [...] considera que esta Corte es libre de evaluar todo lo habido y por haber aplicado uno de estos tres exámenes: escrutinio de la ‘base racional’, escrutinio intermedio, o escrutinio estricto. Estos tests no son más científicos que lo que sus nombres sugieren, y un elemento adicional de aleatoriedad se suma por el hecho de que depende en gran medida de nosotros mismos [determinar] qué test será aplicado en cada caso”; énfasis agregado).

cierto es que pueden esgrimirse diversas razones que justificarían dicha práctica⁽⁵⁾.

Más recientemente, y del mismo juez, su disidencia en “United States v. Windsor”, 570 US (2013) (“De acuerdo con mi escepticismo previamente expresado sobre el enfoque de los ‘niveles de escrutinio’, yo controlaría esta clasificación únicamente respecto de su racionalidad”).

(5) Véanse, por ejemplo, MICHELMAN, FRANK I., “Foxy Freedom?”, 90 *B.U.L. Rev.* 949, 961-972 (2010) (analiza la idea según la cual la doctrina de los tipos de control diferenciados —*tiers of scrutiny doctrine*— reflejaría la noción de una distinción moralmente significativa entre meros “daños” [a la libertad] fácilmente justificables y los “injustificables insultos a la dignidad que llamamos violaciones de la libertad” y sería consistente con una “visión político-filosófica según la cual toda ley regulatoria requiere una justificación honesta y sustancial (de modo que los legisladores que obran violando esta exigencia actúan de manera políticamente inmoral), pero solamente algunas pocas de esas leyes —las que afectan adversamente libertades especialmente importantes— deberían ser sometidas a un análisis minucioso por parte de jueces no responsables electoralmente”); GROSSMAN, PETER Z. - COLE, DANIEL H., “Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach”, 5 *Review of Law and Economics* 233, 235 (2009) (argumentan que, desde una perspectiva de bienestar social, “nada justifica *ex ante* creer que todos los derechos serían igualmente bien protegidos por las instituciones políticas o judiciales. Por el contrario, hay razones para suponer que niveles diferenciales de control judicial de constitucionalidad pueden ser deseables, dependiendo de la estructura de incentivos que exista, la que puede diferir respecto de varios derechos constitucionales o legales”); STOUT, LYNN A., “Strict Scrutiny and Social Choice: An Economic Inquiry Into Fundamental Rights and Suspect Classifications”, 80 *Geo. L. J.* 1787, 1808-1809 (1992) (sostiene que la teoría de la elección social sugiere algunas razones por las que las leyes que regulan intereses de privacidad serían más propensas a generar fallas legislativas que aquellas que regulan intereses económicos y, en consecuencia, justificarían menor deferencia judicial a las decisiones tomadas en el proceso político que regulan intereses del primer tipo); pero véanse, para una posición contraria a la de Stout y, en general, a la posición actualmente mayoritaria en los Estados Unidos que relega los derechos económicos a un nivel de protección menor, MASHAW, JERRY L., *Greed, chaos, and governance: using public choice to improve public law* 60 (Yale University Press, New Haven and London, 1997) (“[...] al negarse a controlar la sustancia de la legislación [...] en materia económica, la Corte afirma la preeminencia del proceso político democrático. En lo que a los valores fundamentales respecta, la democracia es por supuesto inobjetable. El punto es que no es *siempre* inobjetable, ni la categoría “legislación socioeconómica” identifica un dominio dentro del cual las objeciones [de la teoría de la elección racional] a la democracia no operan”; énfasis en el original); EPSTEIN, RICHARD A., “Judicial Review: Reckoning on Two Kinds of Errors”, en DORN, JAMES A. - MANNE, HENRY G. (EDS.), *Economic liberties and the judiciary* 39-46 (George Mason University Press, Fairfax, Va., 1987) (argumenta que el proceso legislativo presenta características que lo llevan a generar intercambios forzados de riqueza, que resultan socialmente subóptimos, por lo que la deferencia judicial hacia el proceso político tiene enormes costos y debe ser sustituida).

En todo caso, tampoco es claro que sea tarea sencilla, o aun posible, realizar el control siempre de la misma manera, incluso dentro de un sistema que no admite explícitamente niveles o tipos de control diferenciados⁽⁶⁾. El caso de las leyes de emergencia económica ilustra bien el carácter móvil de los estándares de control, en tanto la doctrina de “acomodamiento”⁽⁷⁾ abrazada por la Corte Suprema a su respecto

(6) Véanse WHITE, G. EDWARD, “Historicizing Judicial Scrutiny”, 57 *S.C. L. Rev.* 1, 35-53 (2005) (explica la jurisprudencia de la Corte estadounidense con anterioridad al surgimiento de la doctrina de los niveles de escrutinio en ese país y afirma que “la doctrina del *due process*, moldeada por los jueces, se convirtió, como antes lo habían sido las categorías de la jurisprudencia de la discreción departamental, en un sucedáneo del escrutinio judicial según tipos de legislación”) y FALLON, RICHARD H. (JR), “Strict Judicial Scrutiny”, 54 *UCLA L. Rev.* 1267, 1286-1287 (2007) (señala que “[m]ás que concebir a la razonabilidad como un estándar de control que podía ser contrastado con otros estándares disponibles [...] la Corte aparentemente lo consideraba como un requisito por definición de la validez de los ejercicios del poder de policía [...] si bien los análisis de razonabilidad más característicos de la era *Lochner* involucraban regulaciones económicas, la Corte frecuentemente encuadraba su análisis en los mismos términos cuando evaluaba la constitucionalidad de normas que restringían la libertad de expresión, de religión, o que trazaban líneas en base a la raza. Como resulta obvio desde una perspectiva moderna, las exigencias de razonabilidad pueden ser —y eran— entendidas de manera más o menos severa, incluso por diferentes jueces o ministros en un mismo caso”). En el derecho constitucional argentino, parece haber ocurrido algo similar. Véase LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes* 101 (Astrea, Buenos Aires, 1989) (escribiendo a mediados del siglo veinte, señalaba que “[...] en nuestro país [...] existe una dualidad de criterio: ciertas libertades se consideran como con un contenido estimativo-liberal fuertemente definido que el legislador no puede ultrapasarse; tal el goce de la propiedad, el de defensa en juicio, la libertad de ejercer industria o profesión, la libertad de reunión. Otras libertades, como el secreto de la correspondencia y papeles privados, en cambio, no han tenido un volumen estimativo-liberal lo suficientemente considerable o definido como para limitar la acción legislativa; y así, hasta ahora, no recordamos que se haya invalidado en nuestro país ninguna ley reglamentaria en esta materia”).

(7) La Corte Suprema ha abrazado, en general, la doctrina del “acomodamiento” (“[...] en nuestro derecho [...] las leyes dictadas en situaciones de emergencia, no se consideraron a extramuros de la Constitución Federal por desconocimiento del derecho de propiedad, cuando se limitaron a no suspender indefinidamente la ejecución de los derechos del acreedor, ni dificultaron el cumplimiento de las obligaciones con plazos excesivamente largos”, Fallos 313:1513; consid. 42; similares consideraciones en Fallos 326:417 —consid. 31, voto concurrente del juez Fayt—; 327:4495 —consid. 20, disidencia del juez Fayt—; 330:855 —primer voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco—; entre otros). Ocasionalmente, ha tomado una postura que podría definirse como “medidas extralegales”. Un ejemplo de esta tesitura es el nefasto “Química Merck”, donde se arguyó, entre otras cosas, que “los poderes de guerra [...] son anteriores y aun superiores a la propia Constitución, que debió ser consecuente consigo misma y con la defensa de su intangibilidad frente a la amenaza enemiga [...] se ha

implica admitir que la legislación de emergencia puede ser válida “aunque ella signifique restricciones a derechos individuales que, en circunstancias normales, no habrían sido admisibles de acuerdo con la Constitución”⁽⁸⁾. De acuerdo con esta idea, el control judicial reconoce al menos dos niveles: normal y de emergencia⁽⁹⁾. A diferencia de los tipos diferenciados de control aplicables en casos de normalidad, los que intensifican el control, la emergencia parece —en principio— volverlo más laxo.

En este texto pretendo profundizar en el funcionamiento del segundo nivel propuesto, aquel que contiene las leyes dictadas por razones de emergencia, y más específicamente las leyes de emergencia económica⁽¹⁰⁾. Retomando los criterios propuestos junto a Sánchez Brígido en otra ocasión, presentaré la doctrina de la emergencia económica desde la perspectiva de su aplicabilidad, contenido y justificación. Intentaré mostrar qué hace la Corte cuando controla la validez constitucional de este tipo de normas. Finalmente, intentaré dar cuenta de por qué, desde una variada gama de perspectivas, la Corte puede tener buenas razones para abrazar algunos de los tipos de control tradicionales, aun cuando ellos resulten aparentemente insostenibles, desde una perspectiva financiera relativamente sofisticada.

circunscripto a encomendar esa defensa [...] al Presidente de la República [...] dejando librado a su mejor acierto la forma y los medios más convenientes para salvaguardar los sagrados intereses de la República [...]”, Fallos 211:162. Sobre los distintos modelos de tratamiento judicial de las emergencias, véase Oren Gross & Fionnuala Ní Aoláin, *Law in times of crises: emergency powers in theory and practice* (New York, Cambridge University Press, 2006).

(8) CS, 15/5/1959, “Nadur, Amar v. Borrelli, Francisco”, Fallos 243:449.

(9) Una pintura más completa del tema, en línea con lo intentado en el texto citado en la nota 2, distinguiría dentro del nivel normal, los distintos subtipos de control diferenciado de constitucionalidad.

(10) Aunque muchas de las normas más recientes en materia de emergencia económica han sido encarnadas en decretos de necesidad y urgencia o, eventualmente, en decretos delegados, tales instrumentos normativos presentan peculiaridades propias en lo relativo al control a que están sujetos. Hemos analizado el tema en Rodrigo Sánchez Brígido y José Sebastián Elías, *ut supra*, nota 2. El análisis que ofrezco en este texto se relaciona exclusivamente con la materia de la regulación, y con independencia del tipo de normas en cuestión. Puede abarcar, claro, medidas de emergencia establecidas mediante los mencionados decretos, pero solamente en tanto normas de emergencia y en un segundo paso del análisis, vinculado al contenido de ellas y no a su origen. Por ello en el texto me referiré, en general, a leyes de emergencia económica.

II. LA DOCTRINA DE LA EMERGENCIA ECONÓMICA COMO TIPO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFERENCIADO

La doctrina del derecho de emergencia abrió el panorama constitucional a niveles diferenciados de escrutinio mucho antes de la existencia de una doctrina articulada que recibiera explícitamente la posibilidad de aplicar exámenes de constitucionalidad de astringencia variable⁽¹¹⁾. En rigor, uno podría considerar a la emergencia —más precisamente, a la emergencia económica— como el primer antecedente expreso de controles de intensidad diferenciada, de acuerdo con las normas y situaciones bajo examen. Así, en el célebre “Ercolano” la Corte abrió la puerta a las leyes de emergencia, con un pasaje algo cauteloso y que parece anticipar varias décadas la doctrina del escrutinio estricto. Dijo la mayoría:

“Hay restricciones a la propiedad y a las actividades individuales cuya legitimidad no puede discutirse en principio, sino en su extensión. Tales son las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas; y hay asimismo *otras limitaciones*, como son las que tienden a proteger los intereses económicos, *que no pueden aceptarse sin un cuidadoso examen*, porque *podrían contrariar los principios de libertad económica y de individualismo* profesados por la Constitución. A esta categoría corresponden las reglamentaciones de precios y de tarifas, inspiradas en el propósito de librar al público de opresiones o tiranías de orden económico”⁽¹²⁾.

El pasaje parece contener el germen de una doctrina que a un lector contemporáneo podría antojársele paradójica, por cuanto permite, por un lado, restricciones a los derechos en principio inadmisibles, en razón de una situación de emergencia, y a la vez exige un “cuidadoso examen” de ellas⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾. Una lectura anacrónica de “Ercolano” diría que los firmantes

(11) Esa línea comienza a insinuarse, en el derecho constitucional argentino, a partir del voto concurrente de los jueces Petracchi y Bacqué en la causa “Repetto”, Fallos 311:2272 (1988).

(12) CS, 28/4/1922, “Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renshaw, Julieta”, Fallos 136:170.

(13) Es claro que la expresión “cuidadoso examen”, tomada aisladamente, no parece decir mucho. Se trataría simplemente de un examen “no negligente”, idéntico al que corresponde realizar en cualquier caso. Pero la expresión no puede querer decir eso en el contexto en que es utilizada. Se vincula directamente a cierta categoría de regulaciones, sin que quepa asumir que respecto del resto de las regulaciones el análisis judicial pueda ser “no cuidadoso”, en el sentido de poco diligente.

(14) La idea de que las normas de emergencia generan un mayor deber de diligencia en el accionar, tanto para el legislador que las emite como para el juez que las controla, aparece ocasionalmente en algunos fallos relativamente antiguos. Así, en “Compañía Azucarera Tucumana contra Provincia de Tucumán sobre devolución de dinero”,

del voto mayoritario consideraban a las regulaciones que “tienden a proteger los intereses económicos” generales como “sospechosas”⁽¹⁵⁾. Todo lo contrario a la interpretación actual del derecho de emergencia, que es básicamente tolerante y, si algo no hace, es “sospechar” de la normativa que encarna restricciones por razones de emergencia, adoptando una actitud sumamente deferente respecto del legislador⁽¹⁶⁾.

fallado el 14 de diciembre de 1927 (Fallos 150:150), la Corte sostuvo que la legislatura provincial tenía el deber de expresar su pensamiento con mayor claridad, con mayor razón tratándose de una norma de emergencia. A su turno, en “Russo” (Fallos 243:472), el voto concurrente de Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte enfatizó que “el empleo de la policía de emergencia, lejos de liberar a los actos del Congreso del control judicial de constitucionalidad, exige que los magistrados lo practiquen con cuidadoso empeño [...] cuando el legislador invoca y ejerce poderes de emergencia, el juez debe ‘extremar su vigilancia sobre la legislación’” (consid. 6º). Más recientemente, se reiteró la postura en “Videla Cuello” (Fallos 313:1638), donde se dijo que ante situaciones de emergencia y frente al riesgo “al menos teórico” de extralimitación de los órganos del gobierno, los jueces deben desempeñar “con cuidadoso empeño” su función de custodios de la libertad de las personas (consid. 6º). Mientras más cercana en el tiempo es la invocación del pretendido especial deber de cuidado que tendrían los jueces al controlar la validez de normas de emergencia, más se desdibuja la idea de que el “cuidadoso examen” de “Ercolano” implica un tipo de análisis diferenciado de constitucionalidad. Hay razones históricas, que no puedo elaborar aquí por cuestiones de espacio, que explican por qué es posible leer “Ercolano” como conteniendo una “sospecha” respecto de la legislación de emergencia económica, razones que —por cierto— explican también por qué la misma frase, u otras similares, dejaron de traducir la idea de “sospecha” para limitarse a referir, tal vez, que los jueces deben ser puntillosos en corroborar la concurrencia de los requisitos canónicos de validez de las normas de emergencia.

(15) Nótese que las analogías con algunos de los tipos de control intenso contemporáneo no acaban allí. El criterio de aplicabilidad de la doctrina “Ercolano” coincide con el del escrutinio estricto actual. Se trata de la contradicción directa con los textos constitucionales (doctrina del voto de los jueces Petracchi y Bacqué en “Repetto”, Fallos 311:2272) y convencionales relevantes (doctrina del caso “Hooft”, Fallos 327:5118). En “Ercolano”, de todos modos, la Corte fue algo más vaga, al referirse genéricamente a la posibilidad de que los *principios* de libertad económica e individualismo que consagraba la Constitución fueran contrariados por la normativa en cuestión.

(16) En “Peralta”, por ejemplo, se dijo que “[...] esto no significa que, en relación a los que aducen haber sido afectados por el decreto en cuestión, no se deberá tener en cuenta sus derechos personales, pero que debe aceptarse que *su determinación se haya efectuado por los poderes públicos* [...]” (Fallos 313:1513, consid. 54; énfasis agregado). En “Bustos”, los jueces Belluscio y Maqueda sostuvieron que “El ejercicio de los mencionados controles no puede justificar que todas las medidas de política económica de los poderes competentes sean sometidas a la revisión, no de su legalidad sino de su acierto o su oportunidad, pues ello implicaría sustituir a los órganos constitucionales que tienen su origen directo en la voluntad popular por el criterio predominantemente técnico del Poder Judicial [...] *Los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos*, pues lo contrario

Por supuesto, la doctrina de la emergencia económica sufrió una evolución, que no es del caso reseñar aquí, y la “sospecha” de los jueces de “Ercolano” se transformó, más temprano que tarde, en la deferencia —en ocasiones, rayana en la abdicación judicial—⁽¹⁷⁾ que vino de la mano de la aceptación del poder de policía amplio (amplitud que, claro, solamente podría magnificarse por la invocación de razones de emergencia⁽¹⁸⁾). En “Avico” se abrazó expresamente esta idea, argumentando que

“[...] ella es la que está más de acuerdo con nuestra Constitución que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, *en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa* (arts. 14, 28

implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar” (Fallos 327:4495, consid. 12, primer voto de los jueces Belluscio y Maqueda; énfasis agregado). El juez Boggiano, a su turno, sostuvo que debía “derogar de tal modo decisiones tan fundamentales de política económica podría conducir a una generalizada incertidumbre sobre el valor de los bienes y servicios, pues si a un acreedor debe restituírsele inmediatamente dólares, por qué razón o fundamento a otros acreedores no habría que tratarlos igual. Bien se advierte que no incumbe a los jueces hacer distingos o establecer preferencias entre acreedores. *El legislador tiene aquí la palabra*” (Fallos 327:4495, consid. 33, voto concurrente en el resultado del juez Boggiano; énfasis agregado). El juez Zaffaroni abrazó una versión del conocido test del *clear mistake*, de origen “thayeriano”, al sostener que “el principio republicano impide que esta Corte asuma funciones correspondientes y reservadas a otros departamentos del Gobierno de la Nación y que interfiera en su ejercicio, pero que el mismo principio impone que controle los casos de *extrema irracionalidad o disfuncionalidad* que se traduzcan en *injustificadas lesiones de derechos* garantizados por la Constitución Nacional” (Fallos 327:4495, consid. 3º, voto concurrente en el resultado del juez Zaffaroni; énfasis agregado). En “Rinaldi” se sostuvo, en línea similar a lo hasta aquí expuesto, que “está fuera de discusión que los derechos que el contrato acuerda al acreedor constituyen su propiedad, como los demás bienes que forman su patrimonio y se hallan tutelados por el art. 17 de la Constitución Nacional, pero nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la existencia de derechos absolutos sino limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, *en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente* a fin de asegurar el bienestar general” (Fallos 330:855, consid. 35 del primer voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda; énfasis agregado).

(17) Fallos 211:162, por ejemplo.

(18) CS, 27/12/1944, “Vicente Martini e Hijos SRL”, Fallos 200:450 (“[...] se ha declarado que el carácter excepcional de los momentos de perturbación social y económica, y de otras situaciones semejantes de emergencia y la urgencia en atender a la solución de problemas que crean, autorizan el ejercicio del poder de policía del Estado, en forma más enérgica que la que admiten los períodos de sosiego y normalidad. Para aquellos supuestos esta Corte ha aceptado una injerencia mayor en el régimen de los derechos del propietario [...]).

y 67 de la Constitución) *lo estime conveniente*, a fin de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo”⁽¹⁹⁾.

La perspectiva de la aplicabilidad —qué requisitos deben cumplirse para que la doctrina de la emergencia económica resulte aplicable— es la que menor interés presenta, sin dudas. La doctrina resulta aplicable cuando una norma se autodenomina de emergencia. Será esperable que normas que pretendan introducir restricciones especialmente gravosas en los derechos patrimoniales recurran a la justificación de la emergencia. No habría entonces un problema significativo de casos que pasaran “bajo el radar” de la doctrina, generando “falsos negativos” (casos a los que debería aplicarse la doctrina, pero no se lo hace). Una vez determinada la aplicación de la doctrina, un requisito clásico es que exista una declaración de emergencia mediante ley del Congreso de la Nación⁽²⁰⁾. Se trata, claro, de un requisito del contenido del test de validez de la normativa de emergencia, y funciona unidireccionalmente, ya que no priva a los jueces de efectuar su propio juicio independiente respecto de la efectiva existencia de condiciones de emergencia⁽²¹⁾.

Mucho más interesantes son las perspectivas del contenido y de la justificación de este tipo de control de constitucionalidad diferenciado. A ellas dedicaré el resto de este texto.

(19) CS, 7/12/1934, “Avico, Oscar v. De la Pesa, Saúl”, Fallos 172:21, consid. 9º (voto de la mayoría); énfasis agregado. Aunque “Avico” no reniega, discursivamente, del límite a la discrecionalidad legislativa que impone el art. 28 de la CN, el énfasis de la argumentación recae sobre el amplio espacio de libertad de decisión del que goza el Congreso, no sobre los límites teóricos.

(20) CS, 7/6/1935, “Don Carlos Cadagán con la Compañía de Alumbrado Eléctrico de Río Gallegos por repetición de dinero cobrado en concepto de alquiler de medidor”, Fallos 173:65 (“[...] la propiedad puede ser regulada, como asimismo los contratos, cuando una situación de emergencia calificada por el Poder Legislativo impone esa regulación por razones de orden público [...] *es indispensable la declaración por ley de esa emergencia y de ese orden público*”; énfasis añadido). Más recientemente, el criterio fue reiterado, entre otros, en Fallos 313:1513 (consid. 46), 326:417 (consid. 35, voto concurrente del juez Fayt); 328:690 (consid. 8º, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni); 330:855 (consid. 17, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni); 330:5345 (consid. 15, disidencia del juez Lorenzetti); 331:1040 (consid. 15, disidencia del juez Lorenzetti). Vale destacar que los casos relativos a la crisis de 2002, la ausencia de mayorías que desarrollen este requisito no puede ser considerada como una erosión de su subsistencia, ya que los diversos votos de mayoría, concurrentes o disidentes con frecuencia refieren la declaración explícita de emergencia contenida en la ley 25.561, razón por la cual el requisito estaba cumplido y los jueces pueden haber considerado innecesario elaborar más sobre el punto.

(21) Véase, entre muchos otros, Fallos 313:1513; 325:28; 326:417; 327:4495; 328:690; 329:5913; 330:855.

a) La perspectiva del contenido (o qué hace la Corte cuando controla la constitucionalidad de leyes de emergencia económica)

Desde el punto de vista del contenido, el paso de la evaluación de la razonabilidad desde la normalidad a la emergencia puede describirse como un cambio en el peso que el juez da a ciertos eventos pasados (contratos celebrados, leyes sancionadas, etc.) *vis-a-vis*, en general, ciertos eventos posibles futuros (consecuencias) y valoraciones morales usualmente desplazadas, al menos parcialmente, por aquellos eventos pasados⁽²²⁾. En tales contextos, la Corte suele adoptar una postura decididamente consecuencialista, abandonando el deontologismo que, al parecer, rige su proceder en épocas de normalidad⁽²³⁾. Pero incluso en estos casos, el tribunal suele argumentar que hay límites a lo que puede hacerse por razones de emergencia⁽²⁴⁾.

(22) Como señala Waldron, “incluso una clara especificación textual no es sencilla en su impacto moral: puede estar dirigido a un área de la conducta en la que hay ya razones muy fuertes y fundamentales —de modo que la fuerza de cualesquiera razones provistas por la sanción del texto se verá de algún modo disminuida o su contenido será de algún modo distinto de aquel especificado, el que resulta comprometido por las razones preexistentes en ese campo—. A veces la fuerza de estas otras razones se conecta con otros eventos en los que se han sancionado normas [...] Pero en ocasiones, se trata de razones morales independientes” (*free-floating moral reasons*). Véase WALDRON, JEREMY, “Jurisprudence for Hedgehogs”, NYU School of Law, Public Law Research Paper nro. 13-4, borrador, Julio, 5, 2013, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2297888_code419245.pdf?abstractid=2290309&mirid=1 (visitada por última vez 2/9/2013), p. 11. El derecho de emergencia parece ser comprendido de forma particularmente ajustada por el fragmento transcripto.

(23) Véase FARRELL, MARTÍN D., *Filosofía del derecho y economía* 16-17 (La Ley, Buenos Aires, 2006). Farrell señala que “la ética de la función judicial es, normalmente, una ética deontológica [...] Pero el consecuencialismo tiene un papel importante que desempeñar en la decisión judicial [...] en casos en los cuales el respeto de un derecho provocaría trágicas consecuencias. En estos casos —excepcionales por cierto— prevalecen directamente las consideraciones de utilidad” y aclara que se trata de una descripción del funcionamiento del sistema jurídico argentino.

(24) La Corte suele argumentar también que “La medida del interés público afectado determina la medida de la regulación necesaria para tutelarlos, de modo que la razonabilidad de las mayores restricciones que se impongan deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse”, Fallos 313:1638, entre muchos otros. La afirmación puede ser entendida, al menos, de dos formas distintas. Puede considerarse que lo único que está diciendo es que al pasar de la regulación de la normalidad a la de la emergencia se admiten restricciones más fuertes, normalmente inadmisibles. O puede entenderse como expresando la idea de que las restricciones constitucionales dependen únicamente de la importancia de los fines perseguidos y resultan independientes de toda idea de contenido mínimo (o “esencial” o “sustancial”) inalterable de los derechos. La primera versión del argumento requiere una idea complementaria

La Corte tiene un cliché⁽²⁵⁾ que repite con mucha frecuencia respecto de los requisitos de validez de la legislación de emergencia. Según este cliché, entre otros recaudos⁽²⁶⁾, la norma de emergencia debe sujetarse al siguiente límite:

“Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato”⁽²⁷⁾.

El problema es, claro está, que hasta que no definimos qué es la “sustancia” del derecho y qué cuenta como una “mutación”, no hemos avanzado mucho. Necesitamos definir cuál es la línea de base respecto de la cual toda desviación o movimiento en cierta dirección constituye una transgresión constitucional. ¿Qué hace, en rigor, la Corte cuando aplica este límite constitucional a las leyes de emergencia económica?

A mi juicio, y por lo menos en lo que respecta a las últimas dos grandes crisis económicas, los jueces de la Corte han hecho una de dos cosas. En algunos casos, han efectuado un juicio de ponderación o “balanceo”, considerando de forma relativamente desestructurada diversos factores que podrían empujar la decisión en una dirección u otra. Con algunas licencias, podemos decir que se trata de juicios *all things considered*. A través de este tipo de razonamientos los jueces han admitido recortes *definitivos* de capital y de ganancias esperadas por los acreedores. En otros casos, más numerosos, los jueces han aplicado —o pretendido estar aplicando— un test mucho más estructurado (reglado), que básicamente

relativa a los límites absolutos. En la segunda versión, el criterio se vuelve fácilmente manipulable, pues basta enunciar un fin muy elevado (como la salvación nacional) para que cualquier medio se vuelva “razonable”, con total independencia de, por ejemplo, la entidad del sacrificio impuesto a los derechos o la distribución de los costos de la alegada salvación nacional. Esta segunda versión, claro, no da cuenta del texto del art. 28 de la Constitución Nacional. Una crítica similar fue efectuada tempranamente por Bianchi, al criticar el fallo “Peralta”. Véase BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL 1991-C-141.

(25) Así lo llama, con justeza, la jueza Argibay en su concurrencia en el resultado en la causa “Massa”, Fallos 329:5913, consid. 5º.

(26) El voto concurrente de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte en la causa “Russo” contiene la enumeración sistemática de los requisitos generales de validez de las normas de emergencia, según la jurisprudencia de la Corte Suprema. Allí se dijo que dicha normativa está sujeta a cuatro requisitos: a) situación de emergencia definida por el Congreso de la Nación; b) persecución de un fin público que “consulte los superiores y generales intereses del país”; c) transitoriedad de la regulación excepcional; d) razonabilidad del medio elegido —en términos de adecuación de medios y fines— y respeto del “límite infranqueable” fijado por el art. 28 de la CN.

(27) Fallos 313:1513, consid. 43. En igual sentido, Fallos 317:1492; 318:1887; 321:1984; 325:28, 1418; 330:3002; entre muchos otros.

camente puede resumirse diciendo que, al regular derechos patrimoniales, el legislativo puede imponer “esperas” y disminuciones de intereses, si fuera el caso, mas no puede aplicar “quitas” de capital.

Un ejemplo del primer enfoque puede tomarse del conocido caso “Bustos”. Allí se convalidó la “pesificación” de los depósitos bancarios, cuya intangibilidad había sido prometida por la ley 25.466, a una paridad que no reflejaba el valor del mercado de los dólares correspondientes al depósito original y que implicaba, en consecuencia, una pérdida de capital para los ahorristas. En dicha sentencia, la jueza Highton de Nolasco, concurriendo con la pluralidad que convalidó las medidas impugnadas, dijo que

“[...] las medidas enunciadas tienden a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras. Se trata de un índice compuesto sobre la base de la evolución del índice de precios al consumidor publicada por el INDEC, al cual se añade el cálculo de los réditos que corresponden a los depósitos o a los préstamos en su caso, lo cual se torna razonable como pauta destinada a mantener el poder adquisitivo del depósito en el mercado interno. Si bien en la actualidad se advierte que dicho índice sumado a los intereses, no resulta intolerablemente alejado del precio de la divisa norteamericana en el mercado libre de cambios —al punto que favorece al depositante con un capital que supera en más, la mitad de la brecha entre pesos uno y el valor del dólar libre a la cotización de la fecha—”⁽²⁸⁾.

Y que

“Dentro de un esquema constitucional donde priman los derechos humanos y ante la existencia de grandes sectores de la población con necesidades básicas insatisfechas y por debajo de la línea de indigencia, no se puede cohonestar una pretensión individualista por sobre el interés general”⁽²⁹⁾.

En suma, sostuvo que dado que el sacrificio que la norma imponía a los reclamantes no aparecía como intolerable y que la normativa promovería el interés general, vinculado a la satisfacción de necesidades básicas de grandes sectores de la población —argumento falaz a todas luces, pero eso es harina de otro costal— la normativa era constitucional. Ni una palabra sobre la ley 25.466 que, apenas cuatro meses antes, había prometido la intangibilidad de los depósitos, en términos inequívocos que excluían la posibilidad de que el Estado hiciera lo que finalmente hizo y que Highton, junto a sus colegas, convalidó. Tampoco demasiadas precisiones sobre por qué el sacrificio no era “intolerable”, a la luz de esa misma ley.

(28) Fallos 327:4495, consid. 26, voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco.

(29) Ídem, consid. 29.

El juez Zaffaroni utilizó un enfoque similar. Concurriendo en el resultado, y estableciendo diferencias en el tratamiento de distintas categorías de depositantes, Zaffaroni convalidó la quita o recorte de capital para los depósitos de mayor cuantía con base en las siguientes consideraciones:

“[...] el principio republicano [...] impone que controle los casos de extrema irracionalidad o disfuncionalidad que se traduzcan en injustificadas lesiones de derechos garantizados por la Constitución Nacional. En el caso, este último extremo no se presenta y la funcionalidad de la legislación cuya constitucionalidad se cuestiona resulta en general verificada por el curso posterior de los acontecimientos, desde que ha sido idónea para remontar los momentos más graves de la emergencia [...] resulta disfuncional al progreso social que las personas de menores recursos, que sufrieron el impacto más importante de este estado de necesidad, carguen con la pérdida parcial de sus ahorros cuando la situación más urgente se ha superado”⁽³⁰⁾.

Nótese que las razones centrales de la decisión sobre la razonabilidad de la normativa pasan por la aptitud correctiva de la crisis que, a juicio de Zaffaroni, habría exhibido la normativa atacada, y por ello resultar contraproducente a su concepción del progreso social que los pequeños depositantes (aquellos que tenían hasta setenta mil dólares) debieran perder parte de sus ahorros. La primera consideración, aunque a mi juicio es muy cuestionable desde la teoría constitucional, guarda alguna relación con lo que los tribunales normalmente hacen. La segunda parece traer al debate consideraciones políticas y morales normalmente excluidas de las razones judiciales. No es claro, por lo demás, qué visión concreta del progreso social se satisface con la protección de, únicamente, aquellos ahorristas que tuvieran hasta setenta mil dólares⁽³¹⁾. Se

(30) Fallos 327:4495, consid. 3º y 8º del voto concurrente del juez Zaffaroni.

(31) En un contexto donde las redistribuciones por razones de emergencia se repiten con alguna frecuencia, es necesario tener alguna teoría sobre la estabilidad de las posesiones, ya que —colocándonos, por ejemplo, en una posición *rawlsiana* que justifica las diferencias en tanto sean en beneficio de los menos favorecidos— las expectativas presentes de los menos favorecidos incluyen el avanzar y formar parte de clases más favorecidas, de donde las continuas disrupciones de la propiedad de estas últimas clases disminuyen las expectativas de largo plazo de quienes tienen menos. El punto general fue advertido tempranamente por Allen Buchanan. Véase BUCHANAN, ALLEN, “Distributive Justice and Legitimate Expectations”, 28 *Philos. Stud.* 419, 424 (1975) (“Las perspectivas de los que están peor incluyen sus posibilidades de ascender a posiciones más altas, de disfrutar de los beneficios de esas posiciones, y de poder continuar disfrutando de esos beneficios. Maximizar sus expectativas, entonces, requerirá tener en cuenta la estabilidad de los arreglos institucionales, ya que, *ceteris paribus*, la posibilidad de futuras disrupciones disminuye sus expectativas actuales”).

trata, en todo caso, de un juicio de valor en el que se “pesan” distintos factores de manera relativamente libre.

En los casos de “pesificación” de obligaciones no vinculadas al sistema financiero, la Corte admitió “quitas” más intensas. La saga convalidatoria iniciada en “Rinaldi” consintió grados dispares, pero significativos, de lesión patrimonial de los acreedores⁽³²⁾, y reconoció la posibilidad de que las normas de emergencia alteren, circunstancialmente, los derechos adquiridos de las partes⁽³³⁾. Los argumentos de los jueces —muy variables, por cierto—, oscilaron en torno a una supuesta razonabilidad “global” del sacrificio impuesto a los acreedores⁽³⁴⁾. Quizás la mejor descripción del enfoque analizado surja del siguiente fragmento del voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en la ya citada causa “Rinaldi”:

“En estos supuestos, la decisión debe fundarse en una razonable ponderación de los principios constitucionales en juego, y en una adecuada

(32) Según el análisis que efectúa Ibarlucía, la Corte aceptó quitas de entre el 30% y el 65%. Véase IBARLUCÍA, EMILIO, “La pesificación de las obligaciones ajenas al sistema financiero. Las distintas soluciones arbitradas por la Corte Suprema”, LL Supl. Const. 2008 (julio), pp. 19 y sgtes.

(33) CS, 3/7/2007, “Grillo, Vicente v. Sparano, Claudio”, Fallos 330:2902, consid. 18, voto de la mayoría integrada por los jueces Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco y Petracchi. Esto implica, claro está, que la línea de base intransgredible no está dada, al menos en ciertos supuestos, por los llamados “derechos adquiridos”. No son ellos la “sustancia” del derecho de propiedad.

(34) “[...] el Tribunal advierte que en la tensión entre los derechos constitucionales de propiedad y de protección de la vivienda, el legislador no se ha desentendido de los derechos de ambas partes de la relación jurídica, dado que [...] además de contemplar el del deudor a no verse privado de su vivienda por causa de la emergencia, procura que al percibir su crédito el acreedor sufra el menor perjuicio patrimonial posible en el contexto descripto. [...] ante la posibilidad de que un número muy importante de deudores hipotecarios puedan ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas por el citado art. 14 bis, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar [...] obedecen a un propósito de justicia [...] y la razonabilidad de las mayores restricciones que aquéllas imponen al derecho de propiedad del acreedor, deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse [...] si bien es cierto que en la causa no existe un cuestionamiento expreso de los acreedores respecto de la tasa de interés del 2,5% anual fijada por la ley 26.167, lo que conduce a su aplicación sin más en el caso dado el carácter de orden público de la norma que los fija (art. 17), resulta apropiado destacar que de adecuarse el capital en términos del esfuerzo compartido para el segmento de deudores de vivienda única y familiar, su determinación en esa forma no se presenta desprovista de razonabilidad, pues aunque la tasa es reducida e incide en menoscabo de los acreedores, su reconocimiento comporta un esfuerzo económico que puede entenderse comprendido en el *principio de equidad* que campea en este aspecto de la solución legal admitida como válida” (Fallos 330:855, consid. 46, 47 y 52, primer voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco).

consideración de las consecuencias económicas y sociales de la decisión que debe tomarse, ya que la finalidad esencial apunta a contribuir con la paz social. La verdadera misión que tiene el Tribunal en casos de relevancia institucional, no es averiguar la verdad, ni practicar silogismos, sino adoptar una decisión que permita apaciguar los conflictos, fundándose en argumentos constitucionales razonables, verificables y que tengan en cuenta los consensos sociales vigentes en el momento de tomarla”⁽³⁵⁾.

No se trata de averiguar la verdad (en términos, tal vez, de hechos pasados, tales como contratos celebrados, etc.), ni de practicar silogismos (considerando, nuevamente, ciertos hechos pasados normalmente relevantes para la práctica jurídica, como la sanción de leyes y la celebración de contratos con cláusulas que parecían estar dirigidas directamente a reglar con precisión situaciones como la que debía juzgarse)⁽³⁶⁾, sino de apaciguar conflictos a través de argumentos plausibles que consideren una multiplicidad de factores (legales y extralegales). El consecuencialismo asume un rol importante. En esta tarea de apaciguar los conflictos, el punto exacto en que la legislación de emergencia restringe de manera impermisible los derechos de propiedad será siempre móvil e imposible de conocer de antemano. El juicio de ponderación será siempre contextual y global. Se trata de un enfoque similar al adoptado por la Corte estadounidense desde los años cuarenta⁽³⁷⁾.

(35) Fallos 330:855, consid. 13, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

(36) En “Rinaldi” el contrato preveía expresamente, “como condición básica y fundamental que la parte deudora restituya dólares estadounidenses billete, asumiendo cualquier variación de cotización por abrupta e intempestiva que fuese y rechazando expresamente la posibilidad de invocar la teoría de la imprevisión y del abuso de derecho” (Fallos 330:855, consid. 30, primer voto de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco). Los jueces, sin embargo, decidieron apartarse de dichas solución convencional predeterminada. Para los jueces Maqueda y Highton de Nolasco, dicha estipulación no podía ser interpretada en el sentido de acordar derechos tan “absolutos o que puedan jugar en menoscabo de uno de los contratantes cuando el cambio radical producido con relación al peso destruyó el equilibrio de las prestaciones y resultó impuesto a ambas partes por un acto de autoridad con miras a proteger el interés general” (consid. 30). Los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, a su turno, vieron en esa cláusula una “situación de afectación de derechos fundamentales”, dentro de una “relación de consumo fácilmente identificable”, razón por la cual declararon su inoponibilidad (consid. 18, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

(37) “Los casos citados en el párrafo anterior hacen repetidas referencias a la situación de emergencia existente en el momento de la promulgación de las leyes cuestionadas. *Muchos de los decretos eran de carácter temporal*. Aquí estamos considerando una pieza permanente de la legislación. En lo que se refiere a la *Contract Clause* [de la Constitución de los Estados Unidos], ¿es un factor relevante? Creemos que no. ‘La emergencia no crea poderes (constitucionales), la emergencia puede

El segundo enfoque, que entiendo discursivamente dominante, ha sido reconstruido con claridad por la jueza Argibay, quien ha señalado que la jurisprudencia de la Corte

"[...] pese a todos sus meandros e interrupciones, ha dejado subsistente una limitación a las restricciones que el gobierno puede introducir, por razones de emergencia, en la propiedad de las personas, a saber: ha de recaer sobre los plazos para la exigibilidad judicial y renta pactada, pero no sobre el capital, es decir, la 'sustancia' del derecho [...] la gran mayoría de los fallos convalidaron leyes que establecían demo-

proporcionar la ocasión para que el ejercicio del poder. Pensamos en las situaciones de emergencia como [aquellas que] surgen repentinamente y pasan rápido. La emergencia de la depresión puede haber causado la legislación de 1932, pero la debilidad del sistema financiero sacada a la luz por esa emergencia se mantiene. Si el legislador pudo promulgar la legislación relativa a los retiros de fondos para proteger las asociaciones de esa emergencia, no vemos ninguna razón por la que el nuevo estado no deba continuar. Cuando se aprobó la Ley de 1932 los bancos comerciales y de ahorro, las compañías de seguros y las asociaciones de construcción y préstamos estaban sufriendo retiros de fondos importantes. La porción líquida de sus activos estaba siendo drenada rápidamente por sus clientes, dejando a las inversiones a largo plazo y los activos depreciados como un activo inadecuado para el pago de las obligaciones pendientes. Una aceleración o una continuación de esta tendencia a retirar fondos disponibles amenazaba con terminar rápidamente con la capacidad de las instituciones para satisfacer incluso las demandas normales. Tal amenaza de insolvencia exige la legislación para su control de la misma manera que la liquidación después de insolvencia lo hace. Dicha legislación podría ser clasificada como de emergencia, en un sentido, pero no tiene por qué ser temporal", "Veix v. Sixth Ward Building & Loan Ass'n Of Newark, N.J.", 310 US 32, 39-40 (1940), énfasis agregado. La idea del juicio global de razonabilidad en la materia ha sido defendida más recientemente por el juez Brennan. Así sostuvo que "Blaisdell sugirió limitaciones adicionales [para la validez de las normas de emergencia económica] que han sido luego integradas en la determinación general de la razonabilidad. La legislación sustentada en *Blaisdell* fue adoptada en virtud de una declaración de emergencia en el Estado, y estrictamente limitada en el tiempo. Decisiones subsiguientes invalidaron leyes estatales que no observaban tales limitaciones (citas internas omitidas). Decisiones posteriores abandonaron estas limitaciones como requisitos absolutos (citas internas omitidas). Sin lugar a dudas la existencia de una situación de emergencia y la duración limitada de la medida adoptada, son factores que deben evaluarse para determinar la razonabilidad de una restricción (de derechos), pero no pueden ser considerados como esenciales en todos los casos", "United States Trust v. New Jersey", 431 US 1, 22, fn. 19 (1977) (disidencia del juez Brennan). De todos modos, no es claro que actualmente la Corte estadounidense se haya despegado totalmente de ciertos elementos estructurales básicos en el juicio de razonabilidad de regulaciones comprendidas dentro del ámbito de actuación de la *Contract Clause*, como muestra la decisión mayoritaria en "United States Trust" y también lo decidido en "Allied Structural Steel Co. v. Spannaus", 438 US 324 (1978).

ras en la exigibilidad de ciertos derechos y limitaciones a la renta. Así fue en 'Avico' y había sido antes en 'Ercolano', fallo este al que se adherieron los jueces que formaron mayoría en aquél (Fallos 172:21, 67-68, considerando 9º). Y ese fue el caso también en los precedentes 'Nadur' —243:449—, 'Russo' —243:467—, 'White de Torrent' —264:344—. El esfuerzo que puede advertirse en la sentencia dictada en 'Peralta' (Fallos 313:1513, considerandos 40 a 44 y 52) por incluir las restricciones como una mera 'reprogramación' y mantener así su convalidación dentro del esquema tradicional, descansa en la premisa implícita de que incluso una medida de emergencia puede resultar inconstitucional por violación de la propiedad si afecta los derechos de manera 'sustancial' y definitiva"⁽³⁸⁾.

Como bien señala la jueza Argibay, en "Peralta" se insistió en que la conversión de depósitos a plazo fijo en bonos dolarizados a diez años

"[...] produjo una fuerte reprogramación de vencimientos, más no necesariamente una 'quita' como podría suponerse en un primer como no menos superficial análisis de la cuestión. Ello es así, pues aun 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 inflación que se había desatado, aquella 'quita' haya efectivamente ocurrido"⁽³⁹⁾.

La misma idea aparece en diferentes votos del juez Fayt —supuesto autor de "Peralta"⁽⁴⁰⁾—. Así, en "Longobardi", sobre pesificación de obligaciones no vinculadas al sistema financiero, este juez dijo:

"La conversión en pesos de los créditos en moneda extranjera, permite que el mutuario —deudor de la obligación de devolver el mismo bien que le fue entregado— cumpla con ella, entregando un bien de valor sensiblemente inferior. De esta conversión obligatoria deviene una *quita* que, como tal, resulta —utilizando la expresión de Fallos 313:1513— irremediabilmente confiscatoria. Los hechos de autos revelan paradigmáticamente una situación en la que el Estado no suministra un remedio para paliar una situación de emergencia sino que decide *mutar* la sustancia o esencia del derecho adquirido"⁽⁴¹⁾.

(38) Fallos 329:5913, consid. 5º, voto concurrente en el resultado de la jueza Argibay.

(39) CS, 27/12/1990, "Peralta, Luis A. y otra v. ENA y otros s/amparo", Fallos 313:1513, consid. 52.

(40) VERBITSKY, HORACIO, *Hacer la Corte: la construcción de un poder absoluto sin justicia ni control* 29 (Buenos Aires, Planeta, 1993).

(41) CS, 18/7/2007, "Longobardi, Irene Gwendoline y otros v. Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.", Fallos 330:5345, consid. 22 de la disidencia del juez Fayt. La bastardilla es del original.

La misma posición había observado en relación con los depósitos bancarios, voluntarios⁽⁴²⁾ o judiciales⁽⁴³⁾. En “Della Ghelfa” aclaró:

[...] es cierto que acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios; empero, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite y éste es su razonabilidad, con la *consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares*. El reintegro de la propiedad puede dilatarse en el tiempo que abarque la emergencia, pero necesariamente debe restituirse al titular, quien tiene derecho —reitero— a reclamar los daños y perjuicios que hubiera sufrido”⁽⁴⁴⁾.

La idea de la intangibilidad del capital no es nueva⁽⁴⁵⁾. En rigor, “Peralta” ya la refería⁽⁴⁶⁾, y Fayt había hecho hincapié en ella en el controvertido precedente “Smith”. Allí, al declarar la inconstitucionalidad de las restricciones a los retiros de depósitos bancarios, Fayt señaló que, a diferencia de lo que ocurría con las medidas enjuiciadas en “Peralta”, en este caso se “destruye [...] el valor de la moneda” que “es lo que interesa y no puede perderse de vista sin riesgo de incurrir en conclusiones equivocadas”⁽⁴⁷⁾.

(42) CS, 5/3/2003, “Prov. de San Luis v. Estado Nacional y otros s/amparo”, Fallos 326:417, consid. 39, voto concurrente del juez Fayt; Fallos 327:4495, consid. 25, disidencia del juez Fayt.

(43) CS, 20/3/2007, “EMM S.R.L. v. Tía S.A. s/ordinario s/inciente de medidas cautelares”, Fallos 330:971, consid. 11, voto concurrente del juez Fayt.

(44) CS, 8/5/2007, “Della Ghelfa, Darío Ángely y otra v. P.E.N. y otros s/amparo”, Fallos 330:2074, consid. 6º, voto concurrente del juez Fayt. Énfasis añadido.

(45) Lo que sí es nuevo es el reconocimiento de la posibilidad de demandar daños y perjuicios. Esta posición de Fayt implica, por cierto, la existencia de una diferencia sustancial entre “quita” y “espera”, en tanto la posibilidad de recuperar los daños y perjuicios (el costo de oportunidad directo e inmediato impuesto por la privación del uso del dinero) implica la compensación de cualquier disminución de valor presente impuesto por la “espera”. Debe destacarse, en todo caso, que la posición sostenida en “Della Ghelfa” implica un giro sustancial en la posición del juez Fayt sobre el punto. Antes sostuvo (Fallos 320:955 —voto concurrente de los jueces Fayt y Vázquez—) que admitida la validez constitucional de la norma de emergencia, no cabía su derogación elíptica por vía de la imposición de responsabilidad al Estado. Es claro que “Della Ghelfa” contiene una proposición distinta: el reintegro de la propiedad puede extenderse *válidamente* el tiempo que dure la emergencia, pero debe finalmente restituirse e indemnizarse los daños. Quiere decir que la indemnización admitida *ex hipotesis* en “Della Ghelfa” procede incluso si la normativa es declarada válida, y tal vez como requisito de dicha declaración. Más sobre este punto, más adelante.

(46) Fallos 313:1513, consid. 55.

(47) CS, 1/2/2002, “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención urgente en autos: ‘Smith, Carlos Antonio v. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo’”, Fallos 325:28, consid. 14 del voto concurrente del juez Fayt.

Inclusive algunos de los jueces que convalidaron la evidente pérdida definitiva de valor que la “pesificación” supuso para los depositantes bancarios se sintieron obligados a defender su posición en términos del enfoque en cuestión. Así, los jueces Belluscio y Maqueda sostuvieron que

[...] en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la “pesificación” se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor [...] La actora no ha demostrado que el reintegro a \$1,40 por dólar más el coeficiente de estabilización de referencia no alcance a cubrir el mismo poder adquisitivo del dinero depositado”⁽⁴⁸⁾.

En suma, según este enfoque, el Estado puede imponer esperas, fijar plazos, e inclusive reducir intereses, pero debe preservar el capital. Aunque algunos resistirían la corrección de esta reconstrucción de la jurisprudencia de emergencia⁽⁴⁹⁾, parece corresponder con el enfoque que los jueces, mayoritariamente, han adoptado explícita o implícitamente.

(48) Fallos 327:4495, consid. 9º, primer voto de los jueces Belluscio y Maqueda.

(49) Véase, por ejemplo, ROSENKRANTZ, CARLOS, “Prólogo. El derecho de propiedad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ADC”, en ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los derechos, 2005-2007: cómo impactan en la vida de los ciudadanos, las decisiones del Máximo Tribunal* 341-342 (Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008). Allí, Rosenkrantz ha sostenido que “la idea de que todo caso en el que se posterga el pago de lo debido y se quitan los intereses contractualmente pactados es igual a ‘Avico’ no se sostiene. Lo importante de ‘Avico’ no es, como la Corte señaló en ‘Peralta’, que no se redujo la cantidad debida (en ‘Avico’, el acreedor fue obligado a esperar a su deudor sin poder cobrar los intereses contractuales), sino, por el contrario, la magnitud de la quita que sufrieron los acreedores” (p. 341, nota a pie nro. 2) y ha criticado la reconstrucción de la jurisprudencia de emergencia realizada por la jueza Argibay (reproducida en el texto que acompaña la nota a pie nro. 37) sosteniendo que “del hecho de que ‘Avico’ y ‘Peralta’ sólo hayan prorrogado los plazos de cobro no puede concluirse que ninguna quita es constitucionalmente permisible [...] Por otro lado, la cuestión de si las quitas son constitucionalmente admisibles no fue parte del *thema decidendum* ni en ‘Avico’ ni en ‘Peralta’” (p. 342, nota a pie nro. 3). Si bien Rosenkrantz acierta en que las quitas no fueron abordadas directamente —aunque sí tangencialmente— por la Corte en las decisiones que cita, lo cierto es que hay razones para insistir en la postura que él rechaza. En primer lugar, la magnitud de la quita no parecer ser lo único que importa. La transitoriedad o definitividad de la quita han sido relevantes para la Corte, como surge con claridad de los esfuerzos argumentativos tanto en “Avico” (consid. 12) como en “Peralta” (consids. 42-44 y 52) para demostrar que no existía quita. En segundo lugar, en “Videla Cuello” (Fallos 313:1638), la Corte afirmó que “el resguardo del bien común histórico y concreto, confiado al Congreso, no lo autoriza a destruir, pero sí a suspender por un tiempo razonable” (consid. 8º). Finalmente, la Corte sí ha decidido, por unanimidad y con prácticamente la misma

Debe notarse que bajo cualquiera de los enfoques analizados, la normativa goza de la tradicional presunción de constitucionalidad, reforzada —en general— por una postura bastante deferente de los jueces. Quien ataca la validez de leyes de emergencia económica tiene sobre sus hombros la carga de la argumentación y, eventualmente, de la prueba. Por supuesto, ambos enfoques se distinguen en lo relativo a cuándo una norma será inconstitucional (o, lo que es lo mismo, cuándo violará la inalterabilidad de los derechos prometida por el art. 28 de la CN). Para el primer enfoque, es imposible determinarlo *a priori*, y dependerá del resultado del juicio global de ponderación de diversos factores. Para el segundo, las normas que imponen quitas definitivas de capital serán “irremediabilmente confiscatorias” y, en consecuencia, se hallarán “a extramuros de la Constitución”.

Dos de los actuales integrantes del Alto Tribunal han propuestos variaciones sobre estos enfoques. Así, el juez Lorenzetti ha insinuado una suerte de escrutinio intermedio, que constituiría un tipo mixto entre los dos ya analizados. Según Lorenzetti, la propiedad y el contrato gozan de protección constitucional en el derecho argentino. Esta protección comprende tanto la libertad de contratar (que el juez ve protegida en el art. 19 de la CN), como la de configurar el contenido del contrato. Ambos aspectos quedan bajo la tutela del art. 17 de la Constitución⁽⁵⁰⁾. ¿Qué efectos tiene esta elaboración, hasta aquí no demasiado novedosa? Pues bien, son dos consecuencias no menores. La primera, que “quien pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión”⁽⁵¹⁾.

integración que decidió “Peralta”, que las quitas definitivas —al menos las que no son consecuencia de un reajuste del contrato— son constitucionalmente inadmisibles. En “Iachemet” (Fallos 316:779), la Corte interpretó la restricción constitucional de no degradar la sustancia del derecho constitucional en juego como implicando la necesidad que la titular pudiera llegar a cobrar la totalidad de su crédito. En ese caso, donde la actora tenía 93 años al momento de la decisión, la Corte declaró inconstitucional la consolidación de un crédito reconocido por sentencia firme, en tanto la postergación implicaba que resultara “virtualmente imposible que la Sra. Iachemet, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, llegue a percibir la totalidad del crédito” (consid. 11). Entre los precedentes que interpretó el Alto Tribunal para así decidir estaba, justamente, “Peralta”. Rosenkrantz todavía podría replicar, como lo hace, que el tribunal está equivocado y que debe cambiar su interpretación. Discutiré ese argumento más adelante.

(50) Fallos 329:5913, consid. 25, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; 330:3483, consid. 4º, voto concurrente del juez Lorenzetti; 330:5345, consids. 12-13, disidencia del juez Lorenzetti; 331:1040, consid. 13, disidencia del juez Lorenzetti.

(51) Fallos 329:5913, consid. 26, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; 330:5345, consid. 13, disidencia del juez Lorenzetti; 331:1040, consid. 14, disidencia del juez Lorenzetti.

La segunda, que “toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva”⁽⁵²⁾. Ambos efectos parecen romper con el tipo tradicional de control de razonabilidad (“mera razonabilidad”) y con los subtipos específicos de emergencia económica, donde la carga argumentativa y, en su caso, probatoria, recae sobre quien impugna una norma, no sobre quien la defiende, y donde, en principio, no se aplica la interpretación restrictiva de los poderes estatales⁽⁵³⁾. La interpretación restrictiva, en el caso, parece significar que las restricciones a los derechos de propiedad deben ser interpretadas de forma que ellas no abarquen más supuestos que los consignados en el tenor literal de la norma y, posiblemente, que ante de la duda sobre si cierto supuesto está comprendido en la norma, debe estarse por la negativa⁽⁵⁴⁾.

Adicionalmente, el juez Lorenzetti parece adherir a una variante debilitada de la concepción según la cual el Estado no puede imponer “quitas” sobre el capital. Así, ha sostenido que si bien el Estado, en ejercicio de su potestad constitucional de fijar el valor de la moneda, puede alterar la moneda de pago, en tanto permita recuperar el total del valor del crédito⁽⁵⁵⁾. En suma, debe respetarse el capital, más allá de la moneda en que sea expresado (suponiendo, claro está, equivalencia de poder adquisitivo). Esa regla de respeto irrestricto del capital reconoce una excepción potencialmente amplia, en la imposibilidad relativa sobreviniente (acción de revisión)⁽⁵⁶⁾ y en un alegado orden público de protección de la

(52) Fallos 330:5345, consid. 14, disidencia del juez Lorenzetti; 330:3483, consid. 4º, voto concurrente del juez Lorenzetti; 331:1040, consid. 13, disidencia del juez Lorenzetti.

(53) Otro de los clichés en materia de derecho de emergencia es el que sostiene que “no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios” (Fallos 243:476, voto de los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte; 313:1513; 325:28; entre otros).

(54) Sobre el punto, véase el texto citado en la nota a pie nro. 3.

(55) Fallos 329:5913, consid. 24, ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti; 330:5345, consid. 12, disidencia del juez Lorenzetti; 331:1040, consid. 12, disidencia del juez Lorenzetti.

(56) Acción que, en su variante prevista en la Ley de Emergencia 25.561, sería constitucional por “ajustarse al estándar del derecho común” (Fallos 330:5345, consid. 16, disidencia del juez Lorenzetti). El argumento es cuando menos extraño. Puede querer decir que, dado que la acción de revisión (art. 1198, CCiv.) se usa regularmente sin que haya sido declarada inconstitucional, el hecho de que la acción especial de revisión establecida en la ley de emergencia sea equivalente a la del “derecho común” hace extensiva a ella su supuesta constitucionalidad. El problema es que una acción de revisión puede ser, en general, constitucional, e inconstitucional en un caso concreto (por ejemplo, podría argumentarse que la ley 25.466 volvía inconstitucional la aplicación de la acción de revisión al caso de los depósitos bancarios). Pero, en cualquier caso, la razón por la cual la acción de reajuste revisión de la ley 25.561 es constitucional, no

parte débil de un contrato⁽⁵⁷⁾. Puede consentirse que el acreedor reciba su capital disminuido si existe una imposibilidad relativa derivada de una excesiva onerosidad sobreviniente, y si la disminución se hace en protección de un grupo de deudores vulnerables.

No es del todo claro cómo se relacionan entre sí las distintas partes del escrutinio intermedio que propone el juez Lorenzetti. La inversión de la carga argumentativa —y, cabe presumir, eventualmente probatoria—, ¿juega siempre, o únicamente en supuestos de emergencia? De la argumentación general ofrecida por el juez, no surge que esté limitada a situaciones de emergencia, pero el contexto del argumento puede servir para limitar su alcance a tales tipos de situaciones. De todos modos, y teniendo en cuenta que Lorenzetti parece abrazar el enfoque según el cual la “quita” es un límite que solamente puede ser ultrapasado —incluso por razones de emergencia— en dos tipos de casos muy precisos, cuando el Estado regula sin imponer una “quita” definitiva, ¿se invierte en su perjuicio la carga argumentativa? Parecería que sí. Que el test propuesto ofrece una doble garantía: carga de argumentación sobre el Estado en todos los supuestos, y limitación de acciones regulatorias admitidas a “esperas” y reprogramaciones, salvo las “quitas” en razón de acciones de revisión o protección de la parte débil (las que deberían ser también debidamente justificadas en su extensión por el Estado). No es claro cuál es el estándar de justificación que deberá satisfacer el Estado, sea que se trate de “esperas”, sea que se trate de las “quitas” excepcionales que el juez reconoce como admisibles. Uno podría pensar que es, en este caso, el habitual de mera razonabilidad. Las “esperas” deben ser medios idóneos para perseguir fines legítimos y no ser desproporcionadas. El problema es que volvemos a necesitar una pauta que nos indique cuándo la “espera” o la “quita” devienen alteraciones inadmisibles de los derechos (art. 28, CN).

La jueza Argibay, a su turno, ha abrazado una postura también innovadora, construida sobre la base del enfoque que reconoce validez a “esperas” y reducciones de intereses e invalida las “quitas” o reducciones de capital. Así, en “Longobardi”, la jueza Argibay expresó que

“[...] una aplicación válida del ‘esfuerzo compartido’ debe ser algo distinto a una quita en el monto del capital que recibió y debe devolver el tomador del préstamo hipotecario, pues limitar el derecho de quien otorgó un empréstito a obtener la entrega de bienes diferentes y de

es por su adecuación al derecho común, sino por —al igual que la acción del derecho común— no transgredir, en general, ninguna norma constitucional.

(57) Fallos 330:855, consid. 19, voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; 330:5345, consid. 12 y 16, disidencia del juez Lorenzetti; 331:1040, consid. 12 y 16, disidencia del juez Lorenzetti.

menor valor constituye una restricción de su derecho de propiedad que no encuentra convalidación constitucional [...] cuanto más se acerca la restricción al objeto central del contrato entre particulares, mayor es el rigor con que habrá de examinarse la razonabilidad de la medida; se interpreta que no afectan al objeto central del contrato las medidas que demoran la exigibilidad judicial del derecho (Blaisdell) o modifican aspectos secundarios del contrato (Allied Structural Steel Co.). De modo tal que las necesidades estatales cuentan, pero no son el único factor a tomar en consideración [...] Si una razonable reducción de los intereses y extensión del plazo de pago [...] fuesen insuficientes para paliar la situación del deudor, nada más puede hacerse a costa del derecho de propiedad del acreedor, sin violar la Constitución Nacional. Un auxilio más completo, si es considerado indispensable por el Congreso, debe provenir de otra fuente”⁽⁵⁸⁾.

De acuerdo con lo transcrito, la “quita” es inadmisibles bajo cualesquiera circunstancias imaginables. En este sentido, los jueces Argibay y Fayt parecen abrazar idéntica postura. Sin embargo, hay alguna tensión entre la doctrina sostenida en los párrafos transcritos y la posición que la jueza desarrollara en “Massa”, poco tiempo antes. Allí, Argibay dijo que el decreto 214/2002, en tanto transformó la “sustancia” de la acreencia de los depositantes bancarios, en violación a la jurisprudencia tradicional, se encuentra “más allá de la zona dentro de la cual esta Corte ha reconocido presunción de constitucionalidad a las interferencias estatales”⁽⁵⁹⁾. Como puede advertirse con facilidad, en este supuesto la “quita” no se transforma en un límite absoluto, sino en una inversión de la carga argumentativa sobre la constitucionalidad de la medida. O, en otras palabras, una medida que instaure una “quita” debe presumirse inconstitucional. ¿Qué es lo que debe acreditar quien pretenda la validez de una norma tal? Según la jueza

“[...] cuando se pretende purgar la inconstitucionalidad de un acto de gobierno sobre la base de su utilidad, eficacia o conveniencia [...] los tribunales han de exigir más intensamente una demostración plena y convincente de que se trata de una medida insustituible y justa para atender una necesidad cuya satisfacción es impostergable [...]”⁽⁶⁰⁾.

En esta segunda variante propuesta por la jueza Argibay, la “quita” solamente es admisible si quien pretende defender su validez acredita, de manera “plena y convincente” (estándar al parecer muy exigente), que 1) el fin perseguido debe ser satisfecho de manera impostergable (suena muy parecido al test del *compelling state interest*, parte del escru-

(58) Fallos 330:5345, consid. 9º y 10, disidencia de la jueza Argibay.

(59) Fallos 329:5913, consid. 5º, concurrencia en el resultado de la jueza Argibay.

(60) Ídem, consid. 7.a.

tinio estricto del derecho estadounidense); 2) no hay otro medio (menos restrictivo) de alcanzar el fin; ⁽⁶¹⁾ 3) el medio elegido es “justo”. La tercera parte del test resulta, obviamente, la más complicada de precisar, puesto que no es claro qué propiedad del medio elegido (cierta “quita”) menta el requisito de “justicia” referido. Por ejemplo, supongamos que la única manera de preservar el sistema financiero es imponer una “quita” definitiva a los depositantes (esto, claro está, debería haber sido demostrado de manera plena y convincente). No hay, en consecuencia, un medio alternativo menos restrictivo del derecho. ¿Qué agrega el requisito de que la medida sea “justa”? ¿Es justa, por ejemplo, la imposición de la “quita” en cuestión si la gran mayoría de los ahorristas atrapados por la normativa de emergencia son pequeños ahorristas (como fue el caso de la “pesificación” impuesta por dec. 214/2002), aquellos que confiaron en la ley 25.466 y respecto de quienes, según el juez Zaffaroni, la imposición de esa pérdida parcial es disfuncional al progreso social? Tal vez todo eso sea cierto, y de todos modos la única manera de alcanzar ese fin impostergable sea la imposición de la “quita” en cuestión. Una interpretación posible es que la necesidad vuelve justa la medida, de modo que si la medida es insustituible, es justa. Pero esa lectura no da cuenta de la literalidad de la propuesta de Argibay, quien distingue ambos requisitos. Otra forma —mejor, a mi juicio— de interpretar el tercer requisito del test propuesto por la jueza Argibay es entender que para ser “justa” la medida requiere algún tipo de compensación especial, una vez que la emergencia haya sido superada ⁽⁶²⁾. En esta interpretación, la posición de

(61) Sobre los distintos elementos del juicio de razonabilidad, entendido en clave de proporcionalidad, véase CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* 61-110 (Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2004). También CLÉRICO, MARÍA LAURA, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* (Eudeba, Buenos Aires, 2009).

(62) La intuición respecto de la justicia de un requisito de compensación para quienes debieron cargar con los mayores costos en la superación de la crisis parece ser relativamente extendida. Véanse, por ejemplo, SARAJLIC, ELGAR, “Distributive Justice in Crisis”, 6 *C.E.U. Political Science Journal* 458, 477 (2011) (argumenta que una vez que la economía se ha estabilizado, deben tomarse medidas de tinte “prioritarista” para compensar las iniquidades distributivas generadas por las medidas de emergencia); ALEGRE, MARCELO, “Primer voto del juez Marcelo Alegre”, en ELIAS, JOSÉ S. - RIVERA, JULIO C. (H) - AZRAK, DAMIÁN (COORDS.), *¿Cómo podría haber sido decidido el caso “Peralta”? Repensando la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema* 37 (Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2013) (“[...] es inconstitucional que la ley de emergencia y el decreto en cuestión no contemplen un mecanismo de restitución de derechos una vez superada la emergencia, en la forma de una cláusula ‘de pago por mejor fortuna’ que comprometa al Estado a dejar sin efecto (o al menos limitar) la afectación a medida que la emergencia es superada. Es justo que una vez recobrada la normalidad, se acorten los plazos de devolución de los ahorros. De lo contrario, se

Argibay en “Massa” y la de Fayt en “Della Ghelfa” se parecerían mucho. La única diferencia sería que mientras la jueza Argibay admitiría, *ex hipotesis*, la validez constitucional de “quitas definitivas”, el juez Fayt no lo haría. Pero adviértase que si los perjuicios deben ser compensados, como requisito de justicia (y, en el test Argibay, de validez constitucional) de la medida, entonces la “quita” será siempre transitoria, en tanto la compensación posterior vendrá a eliminar la pérdida de valor admitida en una primera instancia ⁽⁶³⁾.

b) La perspectiva de la justificación (o por qué la Corte dice que hace lo que dice que hace, y por qué es preferible que haga lo que dice que hace a otras alternativas)

Cabe preguntarse, a esta altura, cuál es la justificación para aplicar uno u otro enfoque al analizar la constitucionalidad de leyes de emergencia que restringen derechos patrimoniales. En particular, es importante interrogarse respecto de cuál de los enfoques adoptados por el Alto Tribunal resulta preferible, si es que alguno.

Un consecuencialista como Martín Farrell, por ejemplo, atacaría seguramente el enfoque que yo he considerado dominante, por resultar insuficientemente flexible. La “quita”, como barrera rígida, es insensible al tipo de consideraciones consecuencialistas que Farrell defiende como propias de la ética judicial en situaciones de emergencia ⁽⁶⁴⁾ y que podrían aconsejar recortar el capital de los acreedores. Creo, sin embargo, que Farrell podría aceptar como regla general la proscripción rígida de las “quitas” por buenas razones consecuencialistas ⁽⁶⁵⁾. Respecto del primer

prolongaría el sacrificio de los legítimos derechos de un grupo cuando ya no subsisten los motivos para esa afectación”).

(63) Esto no sería así, claro está, si se admitiera que la compensación que vuelve “justa” y, ergo, constitucional la medida de “quita” inicial no fuera completa.

(64) Véanse, por ejemplo, FARRELL, MARTÍN D., *ut supra*, nota 23, pp. 16-17; FARRELL, MARTÍN D., “Disidencia del juez Martín D. Farrell”, en ELIAS, JOSÉ S. - RIVERA, JULIO C. (H) - AZRAK, DAMIÁN (COORDS.), *ut supra*, nota 62, p. 174; y FARRELL, MARTÍN D., *Entre el derecho y la moral. Preguntas con respuestas* 16 (AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012) (señala que una buena razón para fundar una decisión judicial es que ella se ajuste a los derechos en juego y que resistimos considerar una buena razón para una decisión judicial el que ella produzca las mejores consecuencias, salvo “muy contadas excepciones en casos de crisis”).

(65) He brindado razones consecuencialistas para criticar la decisión de la Corte que, en el caso “Bustos”, convalidara una “quita” definitiva, en ELIAS, JOSÉ S., “El caso ‘Bustos’: algunos problemas de teoría constitucional”, LL 2005-F-1486. Farrell parece admitir implícitamente el diferente valor consecuencialista de “quitas” definitivas y “esperas” al adherir explícitamente a la solución dada en “Peralta” y permitirse dudar de las bondades de la solución admitida en “Bustos”. Sobre su adhesión a la primera

enfoque —recordemos que utiliza un juicio de ponderación o balanceo relativamente desestructurado—, Farrell criticaría el carácter relativamente opaco de su argumentación, especialmente en lo relativo a las razones consecuencialistas que suelen animar su aplicación. Según su postura, explicitar el carácter puramente consecuencialista de la decisión permite acotar el precedente⁽⁶⁶⁾. Más allá de mis reparos sobre el punto⁽⁶⁷⁾, creo que alguien que compartiera los presupuestos teóricos de Farrell debería al menos considerar como potencialmente superadoras tesis como las de Lorenzetti y Argibay, con independencia de las críticas que a cada una de ellas pudiera efectuárseles, por distintas razones.

Desde otra perspectiva, Carlos Rosenkrantz también critica el enfoque denominante. “Quitas” y “esperas” no pueden recibir dispar trato constitucional

decisión y rechazo a la segunda, sobre bases consecuencialistas, véase FARRELL, MARTÍN D., *ut supra*, nota 23, p. 18 (“A diferencia de *Peralta*, no podría afirmar con igual convicción que *Bustos* sea también un ejemplo de buen cálculo consecuencialista”). Por supuesto, la distinta valoración que le merecen ambas decisiones podría obedecer a razones (consecuencialistas) que nada tengan que ver con la distinción entre “quitas” definitivas y “esperas”.

(66) Véase FARRELL, MARTÍN D., *ut supra*, nota 23, p. 13 (“Si el Tribunal no hace explícito que su decisión se basa en consideraciones consecuencialistas, el precedente que deja sentado es indudablemente peligroso: es posible que —en cualquier circunstancia— el gobierno se apropie de depósitos bancarios y los cambie por bonos, puesto que se supone que esa conducta no viola derechos [...] Si la Corte razona explícitamente sólo en términos de derechos, entonces aparentemente reconoce que hay —siempre— un derecho a apoderarse de los depósitos bancarios. Si la Corte admite en cambio que razona en este caso —por excepción— en términos consecuencialistas, entonces reconoce que no hay un derecho que justifique ese apoderamiento, pero que —en circunstancias muy especiales, y para impedir una catástrofe— puede actuarse sin derecho. El precedente deja de ser peligroso, puesto que queda rigurosamente acotado”).

(67) Farrell abraza una postura que podría calificarse como “medidas extralegales”. Se admite la violación de la Constitución, pero se lo hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad. Hay quienes ven en este tipo de medidas una virtud adicional, desde la perspectiva de la “ética de la responsabilidad”. Los políticos que deciden en la emergencia deberían tomar responsabilidad política por lo que hacen. Eso, sugiere el argumento, limitaría el ejercicio irresponsable del poder de manera “extralegal”. Uno de los problemas que presenta tal postura es que la cuestión de qué consecuencias generará, para la práctica constitucional; el admitir abiertamente la posibilidad de violaciones a la Constitución es totalmente contingente. Así como podría ocurrir lo que anticipan los defensores de las “medidas extralegales”, también podría perfectamente producirse un fenómeno de signo opuesto, anticipado en el famoso dictamen del entonces procurador general Sebastián Soler en “Cine Callao” (Fallos 247:121), de acuerdo con el cual los destinatarios de las normas se acostumbran al ejercicio del poder discrecional, produciéndose una paulatina pero inexorable degradación del valor social de la legalidad. Si ocurrirá lo uno, lo otro (o alguna otra cosa), es imposible saber de antemano.

[...] por la sencilla razón de que los efectos de ambas son idénticos. Dado el costo de oportunidad del uso del dinero, toda espera es igual a una quita. El costo de toda postergación de la fecha de la devolución de una cantidad de dinero determinada es igual al costo de una quita dado que el valor presente de una cantidad de dinero que se debe devolver más tarde siempre disminuye”⁽⁶⁸⁾.

Rosenkrantz tiene, obviamente, razón respecto de que, financieramente, “quitas” y “esperas” son, en general, equivalentes⁽⁶⁹⁾. Pero, ¿eso significa que deban ser *constitucionalmente* iguales?

Otros autores han ensayado críticas de similar tenor. Juan Cianciardo y Pilar Zambrano, anotando el fallo “Massa”, criticaron —por injustificada— la reticencia de los jueces a admitir la posibilidad, siquiera hipotética, de que una “quita” pudiera ser válida.

De acuerdo con su argumentación, una vez que se ha admitido la validez constitucional de una “espera”, no parece que pueda sostenerse que una “quita” sea más severa o gravosa para el acreedor que una “espera”; de hecho, es perfectamente factible que un acreedor prefiera ciertas “quitas” a determinadas “esperas”⁽⁷⁰⁾.

La noción de costos de oportunidad, ciertamente, da alguna base al argumento⁽⁷¹⁾.

(68) Véase ROSENKRANTZ, CARLOS F., *ut supra*, nota 49, p. 341, nota a pie nro. 2.

(69) Véase BREALEY, RICHARD A. - MYERS, STEWART C., *Principles of corporate finance* 16-21, 669-699 (New York, The McGraw-Hill Companies, 2000). Allí puede encontrarse una explicación sencilla de la idea de “valor presente” de un crédito, de los costos de oportunidad de un capital y de los mecanismos generales de valuación de un crédito. Si bien podría pensarse un caso en el que una “espera” no tuviera efectos financieros idénticos a una quita (por ejemplo, donde intereses suficientemente altos compensaran la espera) (véase AZIZE, CARLOS A., “La espera como quita en el concurso preventivo”, LL 2000-D-1269), un caso tal parece tan raro que la crítica de Rosenkrantz se sostiene para la generalidad de los casos.

(70) CIANCIARDO, JUAN - ZAMBRANO, PILAR, “El caso ‘Massa’. La interpretación constitucional en casos difíciles y el derecho de propiedad”, JA 2007-IV-1151. En igual sentido, véase IBARLUCÍA, EMILIO, *ut supra*, nota 32 (sostiene que “si se analiza fríamente, [una pérdida del 20 al 25%, en obligaciones no vinculadas al sistema financiero] no se trataba de una afectación del contenido esencial del derecho de propiedad, dado que, como hemos señalado, ¿qué acreedor no hubiera aceptado una quita de ese orden como alternativa a largas moratorias admitidas por la Corte?”).

(71) Dados que los costos de oportunidad son variables para los acreedores, y puede haber grupos de acreedores con necesidad de certeza en la acreencia, pero bajo costo de oportunidad actual, el argumento debería llevar a una solución que permitiera elegir entre disponibilidad inmediata, con quita, y espera con recuperación del total del capital, como los bonos. La solución tiene, sin embargo, sus propios problemas, que no puedo analizar aquí, por razones de espacio.

¿No es cierto, entonces, que —como sostiene George Priest— “la forma de la intervención del Estado es menos importante que la medida en que ella aumenta o disminuye el valor del derecho contractual para las distintas partes”?⁽⁷²⁾ Los críticos podrían atacar el enfoque dominante en la jurisprudencia de la Corte por cierta falta aparente de sofisticación en su razonamiento. Nociones básicas de finanzas deberían mostrar a abogados sofisticados que “quitas” y “esperas” no son sustancialmente distintas y, ergo, no deben recibir distinto tratamiento. Una línea argumental como ésta debería llevarnos, sin dudas, a preferir el primer enfoque analizado (juicio de ponderación o balanceo global, relativamente desestructurado y muy abierto a la consideración directa de las consecuencias).

¿Es posible salvar a la concepción dominante de críticas aparentemente tan destructivas? ¿Es posible justificar una preferencia por este enfoque, respecto del más libre y abierto que abraza el balanceo desestructurado? A mi juicio, sí⁽⁷³⁾. Las ciencias sociales vienen al auxilio de la jurisprudencia de la Corte y ofrecen una vía de rescate de la aparente sinrazón de su enfoque dominante. La teoría de las perspectivas, y su descendiente, el *endowment effect* prestan ayuda. Si bien, por razones de espacio, no puedo hacerle justicia al argumento aquí, una exposición somera basta para comprender por qué hay más y mejores razones de las que el ojo ve en el enfoque que distingue entre “quitas” y “esperas”⁽⁷⁴⁾.

La teoría de las perspectivas, elaborada inicialmente por Daniel Kahneman y Amos Tversky, es una teoría que explica cómo la gente toma decisiones entre alternativas diferentes que involucran riesgos. De manera muy simplificada, sostiene que la gente normalmente percibe los resultados de sus elecciones en términos de ganancias y pérdidas, en relación con un punto de referencia neutral, más que como estados finales de riqueza o bienestar⁽⁷⁵⁾. El punto de referencia para activos monetarios suele ser el valor del activo al momento de la elección⁽⁷⁶⁾. Una caracterís-

(72) PRIEST, GEORGE L., “Law and Economic Distress: Sangamon County, Illinois, 1837-1844”, 2 *J. Legal Stud.* 469, 492 (1973).

(73) Por supuesto, podría justificarse una preferencia por el enfoque que prohíbe las “quitas”, frente al balanceo desestructurado, por razones vinculadas con los resultados que muestra la historia del ejercicio del balanceo. Cualesquiera que fueren las rigidices indeseables del enfoque, podría argumentarse desde la perspectiva de lo “segundo mejor”, que se trata de la mejor alternativa asequible.

(74) Desarrollo esta línea argumental en detalle en mi tesis doctoral, “The Constitutional Protection of Property Rights in Argentina: A Reappraisal of the Doctrine of Economic Emergency”, inédita.

(75) KAHNEMAN, DANIEL - TVERSKY, AMOS, “Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk”, 47 *Econometrica* 263, 274 (1979).

(76) Ídem.

tica distintiva de las actitudes frente a los cambios de riqueza o bienestar es que las pérdidas resultan más significativas, subjetivamente, que las ganancias⁽⁷⁷⁾.

La teoría del *endowment effect* (o del “efecto de la dotación”), una teoría derivativa sugerida inicialmente por Richard H. Thaler, sostiene que los individuos perciben el desprenderse de un objeto que poseen como una pérdida mayor que la utilidad potencial de adquirir otro bien de idéntico valor⁽⁷⁸⁾. Si bien ha habido algunos cuestionamientos a esta teoría derivativa, lo cierto es que existe acuerdo generalizado en que hay una notable asimetría en la experiencia hedónica de ganancias y pérdidas⁽⁷⁹⁾.

Consistentemente con lo que cabría esperar, se ha observado que las percepciones de justicia relativas a acciones económicas dependen fuertemente de si ellas son presentadas como instaurando una reducción de ganancias o una pérdida actual⁽⁸⁰⁾. Adicionalmente, los costos de oportunidad son frecuentemente minusvalorados, en tanto aparecen en perspectiva disminuidos frente a la desutilidad que presentan las pérdidas actuales. Dos elementos más completan el cuadro teórico que, de manera sumamente resumida, quiero ofrecer aquí: los llamados efectos de “certidumbre” y de “aislamiento”. De acuerdo con el primero, los individuos sobrevaloran los resultados que consideran de ocurrencia cierta, frente a aquellos que se perciben como meramente probables⁽⁸¹⁾. Según el segundo, cuando los individuos comparan alternativas posibles, a fin de simplificar el proceso, suelen desestimar los elementos comunes que presentan las alternativas y focalizarse en aquello que las distingue⁽⁸²⁾.

De cierta manera, la ciencia moderna no ha hecho más que verificar lo que Bentham, Hume, y otros observadores tempranos, con medios

(77) Ídem, p. 279.

(78) Véase THALER, RICHARD, “Toward a Positive Theory of Consumer Choice”, 1 *J. Econ. Behav. Organ.* 39, 44 (1980).

(79) Véanse, por ejemplo, McDERMOTT, ROSE - FOWLEY, JAMES H. - SMIRNOV, OLEG, “On the Evolutionary Origin of Prospect Theory Preferences”, 70 *J. Polit.* 335, 337 (2008) (“Numerosos hallazgos prueban de manera experimentalmente muy robusta [...] que las pérdidas duelen más que lo que ganancias equivalentes complacen”); PLOTT, CHARLES R. - ZEILER, KATHRYN, “Exchange Asymmetries Incorrectly Interpreted as Evidence of Endowment Effect Theory and Prospect Theory?”, 97 *Am. Econ. Rev.* 1449, 1462 (2007) (“Si bien desafiamos la precisión general de la teoría del *endowment effect*, no cuestionamos la teoría de las perspectivas, que ha sido explorada en diferentes experimentos”).

(80) Véase KAHNEMAN, DANIEL - KNETSCH, JACK L. - THALER, RICHARD H., “The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias”, 5 *J. Econ. Perspect.* 193, 197 (1991).

(81) Véase KAHNEMAN, DANIEL - TVERSKY, AMOS, *ut supra*, nota 75, p. 265.

(82) Ídem, p. 271.

mucho más modestos, ya habían detectado con notable precisión: que los individuos liberales “están no tanto obsesionados con la búsqueda de ganancias [...] como atemorizados por la omnipresente perspectiva de la pérdida”⁽⁸³⁾.

Fácil es advertir que la distinción entre “quitas” y “esperas” se acomoda fácilmente en el cuadro teórico presentado. La gente percibe las “esperas” como menos gravosas que las “quitas”, independientemente de sus reales efectos financieros. Por un lado, al comparar las perspectivas de una “quita” y de una “espera”, el individuo sobrevalora el único resultado que se le aparece como cierto (la pérdida de valor definitiva que implica la “quita”) frente al que se representa como meramente posible (el uso alternativo del recurso, de aceptar la “quita” o, lo que es lo mismo, el costo de oportunidad que la “espera” le impone). A la inversa, sobrevalora la certeza de recuperar el total del capital a través del tiempo (“espera”), frente a la mera posibilidad de recuperar todo o parte de la “quita” mediante un uso alternativo del dinero. Además, en el proceso de comparación, se enfatiza aquello que distingue a “quitas” y “esperas” (definitividad y certeza de la pérdida versus transitoriedad y eventualidad de la pérdida), y se omite reflexionar sobre lo que tienen en común (disminución del valor presente del crédito). En suma, “quitas” y “esperas” aparecen a los ojos del lego como opciones claramente distintas —en ocasiones, se trata de una realidad, no de una simple percepción—⁽⁸⁴⁾, de diferente valía, y con distinta adaptabilidad a la idea de “inviolabilidad” de la propiedad que promete la Constitución.

Este modo de percepción de la realidad que exhiben los individuos determina que la Corte Suprema pueda tener buenas razones, instrumentales y no instrumentales, para interpretar la inviolabilidad de la propiedad en situaciones de emergencia, en términos de la distinción entre “quitas” (impermisibles) y “esperas” (permisibles). Aquí mencionaré simplemente cinco argumentos que, posiblemente de modo conjunto y seguramente algo caótico, pueden contribuir a explicar (y defender) el enfoque dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Se trata de un argumento *textualista*, un argumento basado en la *cognición cultural* (o argumento *consecuencialista en sentido amplio*), un argumento *utilitarista*, y finalmente dos argumentos basados en la idea de *construcción de legitimidad*.

(83) WOLIN, SHELDON S., *Politics and vision (expanded edition)* 294 (Princeton, Princeton University Press, 2004).

(84) Para quien, por ejemplo, no hay oportunidades de inversión que puedan potencialmente compensar la “quita” y, a la vez, valora especialmente la seguridad de su inversión, “quitas” y “esperas” serán ciertamente diferentes, y no desde lo meramente perceptivo.

El argumento textualista consiste, básicamente, en lo siguiente: dado que la Constitución está destinada a regir a todos los individuos de la comunidad, ésta debe ser interpretada de un modo “no esotérico”, las interpretaciones deben reflejar de modo más o menos aproximado aquello que un lector contemporáneo razonable entendería al enfrentar los textos en cuestión; los individuos perciben “quitas” y “esperas” de modo diferente y, en ese esquema de percepciones, las “esperas” se acomodan mucho mejor a la idea de “inviolabilidad” de la propiedad prometida por el artículo 17 de la Constitución que las “quitas”; en suma, la “resistencia semántica”⁽⁸⁵⁾ de la cláusula de la inviolabilidad de la propiedad, de acuerdo con las convenciones interpretativas relevantes de la comunidad argentina⁽⁸⁶⁾, tolera “esperas”, mas no “quitas”, y los jueces deben fidelidad a ese texto. Este argumento supone una actitud “internalista” de parte de los jueces: el compromiso individual de decidir los casos que se les presentan del modo más fiel posible a las normas legales que ellos reciben⁽⁸⁷⁾. Tiene, además, un potencial justificativo relativamente claro, desde el punto de vista normativo.

Desde una perspectiva “externalista”, y decididamente instrumental, pueden analizarse los otros tres argumentos. El primero de ellos, el de la cognición cultural (o consecuencialista en un sentido amplio), se apoya, por un lado, en el canon consecuencialista de interpretación que impone la Corte Suprema⁽⁸⁸⁾, y por otro lado, en la idea —recientemente desarrollada por académicos legales y científicos sociales—⁽⁸⁹⁾ según la cual las personas tienen

(85) Fallos 328:2056, consid. 24, voto concurrente del juez Zaffaroni (usa la idea para delimitar lo que constituye propiamente interpretación de una norma legal y para distinguirlo de aquello que va más allá de la interpretación); Fallos 328:3399, consid. 21, voto de la mayoría y consid. 7º, voto concurrente del juez Fayt (hacen suya la expresión del juez Zaffaroni en Fallos 328:2056).

(86) Desarrollo el argumento según el cual la concepción popular de la propiedad constitucional en la Argentina se apoya fuertemente en la distinción entre “quitas” y “esperas” y, en consecuencia, es bien explicada por las teorías de las perspectivas y del *endowment effect* en el texto citado *ut supra*, nota 73.

(87) Véase FERREJOHN, JOHN, “Positive Theory and the Internal View of Law”, 10 *U. Pa. J. Const. L.* 273, 293 (2008) (define la orientación judicial “internalista” como el compromiso individual de los jueces de resolver las cuestiones legales que les son presentadas del modo más fiel posible a las normas legales recibidas y argumenta que tal actitud es debida a los litigantes potenciales).

(88) Sostiene la Corte Suprema reiteradamente que, al interpretar una norma, “no cabe prescindir de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma”. Véanse, entre muchísimos otros, Fallos 331:1262; 327:769; 326:2095; 324:68; 320:1962; 317:856; 310:464; 302:1284.

(89) Véanse, por ejemplo, KAHAN, DAN M. - BRAMAN, DONALD, “Cultural Cognition and Public Policy”, 24 *Yale L. & Pol’y Rev.* 149 (2006); KAHAN, DAN M. - HOFFMAN, DAVID

"[...] una disposición psicológica a ajustar sus creencias fácticas sobre la eficacia instrumental (o la perversidad) del derecho a sus evaluaciones culturales de las actividades sujetas a regulación"⁽⁹⁰⁾.

Si esto es cierto, entonces incluso jueces que comprenden adecuadamente la equivalencia financiera entre "quitas" y "esperas" pueden encontrar muy difícil separarse de las percepciones de sus conciudadanos sobre el tema. La distinción entre "quitas" y "esperas" es una parte importante del bagaje cultural que sirve como transfondo contra el que los jueces deben evaluar las distintas soluciones legales posibles. En tal contexto, el fenómeno de la cognición cultural puede impactar las decisiones de los jueces de dos maneras distintas. Una de ellas es a través de la manera en que los mismos jueces evalúan las consecuencias de los distintos criterios constitucionales entre lo que deben elegir para decidir. La otra, más indirecta, es a través de cómo los destinatarios (en sentido amplio) de las decisiones de la Corte Suprema perciben dichas decisiones, y en este sentido, el argumento de la cognición cultural se toca —aunque no se identifica— con el argumento de la construcción de legitimidad. Aunque razones de espacio me impiden, nuevamente, desarrollar el argumento con el detenimiento necesario, una breve presentación bastará para comprender la idea que está en juego.

El primer mecanismo tiene que ver con cómo son percibidas, en general, las actividades reguladas, inclusive por los propios jueces. Tomemos, por ejemplo, el caso de si la protección de la propiedad privada produce efectos beneficiosos desde el punto de vista de la promoción de la inversión y el desarrollo sostenible. Asumamos por un momento que la protección del capital, en lugar de —por ejemplo— la moderación en la eventual regulación del potencial productivo de ese capital, es considerado central para la producción de aquellos efectos beneficiosos desde el punto de vista macroeconómico. Si ese fuera el caso, entonces sería posible para los jueces evaluar las consecuencias de permitir reducciones de capital como nocivas en el largo plazo, cualesquiera que fueran sus similitudes con las "esperas", desde el punto de vista de los efectos financieros inmediatos⁽⁹¹⁾. Nótese que se trata de cómo son percibidas "quitas" y "esperas", no de qué efectos tienen efectivamente en la promoción del desarrollo económico del país. O asumamos, de modo

A. - BRAMAN, DONALD, "Whose Eyes Are You Going to Believe? *Scott v. Harris* and the Perils of Cognitive Illiberalism", 22 *Harv. L. Rev.* 837 (2009); KAHAN, DAN M. - SLOVIC, PAUL, "Cultural Evaluations of Risk: 'Values' or 'Blunders'?", 119 *Harv. L. Rev.* 1110 (2006).

(90) KAHAN, DAN M. - BRAMAN, DONALD, *ut supra*, nota 89, pp. 151-152.

(91) Desde una perspectiva ligeramente distinta en lo que hace al tipo de consecuencias que serían relevantes, el juez Zaffaroni parece haber entendido que la desprotección del capital de ciertos ahorristas producía consecuencias socialmente negativas (consid. 8º de su voto concurrente en la causa "Bustos").

ciertamente no implausible⁽⁹²⁾, que la intermediación financiera es percibida como un negocio de riesgo bajo para banqueros e inversores profesionales, pero relativamente riesgoso para el pequeño ahorrista, lo que lleva a cierta valoración sobre la actividad y sobre los distintos sujetos intervinientes. Si esa valoración cultural de la actividad es relativamente extendida, es posible que los jueces consideren que la preservación del capital del ahorrista produce las mejores consecuencias posibles (las que, por supuesto, pueden ser simplemente la minimización de los daños).

La otra manera a través de la cual la cognición cultural puede impactar en las decisiones judiciales, haciendo que —al menos discursivamente— se tienda a proteger el capital en situaciones de emergencia, tiene que ver con lograr revestir las decisiones que la Corte entiende razonables desde el punto de vista político de significados sociales compatibles con los valores culturales de los ciudadanos, lo que los volvería más receptivos hacia tales decisiones. Si, por ejemplo, la Corte cree que la política encarnada en el canje compulsivo de depósitos de corto plazo, en australes, por bonos dolarizados de largo plazo es razonable, tiene sentido presentarla como una "fuerte reprogramación, mas no necesariamente una quita", si ello contribuye a lograr la aceptación social de la decisión⁽⁹³⁾. Esto es especialmente así, cuando se prevé que la decisión a adoptar sobre la cuestión de fondo será impopular⁽⁹⁴⁾. No abro juicio aquí sobre la valoración que pueda merecer un uso instrumental de los argumentos como el que supone el argumento que aquí presento. Intento, simplemente, ofrecer una explicación adicional respecto de por qué la Corte sostiene esta distinción entre "quitas" y "esperas".

Un tercer argumento es de corte utilitarista. De acuerdo con esta hipótesis, los jueces abrazarían una distinción financieramente insosteni-

(92) Una percepción tal parece subyacer al voto concurrente del juez Zaffaroni en la causa "Bustos" (consid. 8º), y al voto concurrente del juez Lorenzetti en la causa "Rodríguez, Ramona" (Fallos 331:901, consid. 7º).

(93) Véase KAHAN, DAN M. - BRAMAN, DONALD, *ut supra*, nota 89, p. 171 (argumentan que quienes estén interesados en ayudar a los ciudadanos a converger en apoyo de políticas que son, desde el punto de vista empírico, razonables, deberían enfocarse "menos en los hechos y más en los significados sociales. Solamente cuando los ciudadanos perciben que una política encarna un significado social compatible con sus valores culturales se vuelven receptivos a la evidencia empírica sobre las consecuencias que dicha política tendrá").

(94) Véase SIMON, DAN - SCURICH, NICHOLAS, "Lay Judgments of Judicial Decision-Making", 8 *J. Empirical Legal Stud.* 709, 715 (2011) (exhiben resultados de experimentos según los cuales "cuando el resultado preferido de los participantes fue congruente con la decisión adoptada por el tribunal, los participantes parecían ser insensibles al tipo de razones dadas por la corte. Sin embargo, cuando la decisión de la corte contradujo sus resultados preferidos, los participantes fueron receptivos al razonamiento ofrecido").

ble porque, de acuerdo con la manera más extendida en que “quitas” y “esperas” son percibidas por el común de la gente, la defensa del capital produciría una mayor utilidad global —por ejemplo, reduciendo lo que Michelman llama los “costos de desmoralización”⁽⁹⁵⁾ de las expropiaciones—. El argumento es, por cierto, altamente estilizado, ya que el cálculo de utilidad es extremadamente complejo y es imposible afirmar que, en todos los casos, la desutilidad de aceptar la violación de las preferencias ciudadanas es mayor que la utilidad potencial de aceptar una reducción del capital. Pero es una línea de explicación posible.

Los dos últimos argumentos que quiero ofrecer, y que me limitaré a introducir brevemente, se vinculan estrechamente con la idea de la (re) construcción de la legitimidad sociológica, y el consiguiente poder político, del Alto Tribunal. La Corte sabe que no tiene la espada ni la billetera y que

“[...] el efecto perdurable de las decisiones judiciales depende de la argumentación que contengan, pues los jueces no poseen otro medio de imposición en la opinión pública [...] que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos”⁽⁹⁶⁾.

En ese contexto, apuntar a las concepciones populares de la propiedad constitucional puede parecer una idea razonable, si se pretende (re) posicionarse como un actor institucionalmente relevante⁽⁹⁷⁾. Nótese dos

(95) Véase MICHELMAN, FRANK I., “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law”, 80 *Harv. L. Rev.* 1165, 1214 (1967).

(96) Fallos 308:2268, consid. 7º, voto concurrente del juez Petracchi; 311:1499, consid. 7º, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué.

(97) Diana Kapiszewski ha argumentado que la opinión pública no ha sido un factor que la Corte Suprema argentina haya considerado al decidir los casos más relevantes en materia de emergencia económica y, en consecuencia, no ha tomado el camino de intentar construir una base de apoyo popular. Puede señalarse, sin embargo, que: a) el estudio de Kapiszewski cubre únicamente el período que va desde “Rolón Zappa” (1986) hasta “San Luis” (2003), de modo que deja afuera un número importante de casos, anteriores y posteriores, en los que la Corte ha defendido la distinción “quita”-“espera” y en los que no cabe descartar *a priori* el argumento de la legitimidad; b) en particular, el estudio no cubre las decisiones de la Corte Suprema en su integración actual, integración que —en particular bajo la presidencia del juez Lorenzetti— ha mostrado un interés particular en construir canales de comunicación con la opinión pública (audiencias públicas, *amicus curiae*, difusión *online* de las decisiones más importantes de la Corte y de los tribunales inferiores a través del “Centro de Información Judicial”, entre otras iniciativas); c) algunas de las decisiones que la Corte dictó sobre emergencia económica en su integración actual de siete miembros, muestran particular interés por alcanzar al público con sus razones (véase, por ejemplo, la ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti en “Massa”, que explícitamente invoca la necesidad de que los ciudadanos conozcan las razones de las decisiones que los afectan); d) el estudio dice que en ningún

cosas. Por un lado, si la Corte abraza interpretaciones que, a ojos de un ciudadano lego, resultan compatibles con su entendimiento de la “inviolabilidad de la propiedad”, el tribunal aparece realizando simplemente la tarea de aplicar normas claras que están establecidas en la Constitución. Jonathan Miller ha sugerido que una actitud de ese tipo fue un factor importante del éxito de la Corte Suprema argentina hasta 1930⁽⁹⁸⁾. Por otro lado, aun si los ciudadanos desconocen el texto constitucional, el hecho de que las decisiones del tribunal apunten a dar cuenta de las intuiciones comunes sobre ganancias y pérdidas, intuiciones que —como ya señalé están muy vinculadas a las percepciones de justicia en materia económica—⁽⁹⁹⁾ debería también contribuir al desarrollo de su legitimidad sociológica. Desde esta perspectiva, la Corte parecería como “haciendo lo correcto”, a los ojos del ciudadano común, con independencia de toda referencia a texto alguno de la Constitución.

Existe una segunda perspectiva, también vinculada a la legitimidad sociológica de los tribunales, que justifica preferir lo que aquí he considerado la concepción dominante (basada en la distinción entre “quitas” definitivas y “esperas”) frente a la concepción que propone la realización de juicios de ponderación globales y relativamente desestructurados. En efecto, este último tipo de control de constitucionalidad de normas de emergencia que restringen los derechos de propiedad exige a los tribunales ponderar factores múltiples —en ocasiones posiblemente inconmensurables— en un cálculo consecuencialista que, más allá de que se realice sin aspiraciones de gran precisión, resulta sumamente complejo y, además, difícil de distinguir del tipo de consideraciones apropiadas para el foro legislativo. Bajo este enfoque, como es evidente, no hay for-

caso la Corte tomó decisiones basada en la idea de construir apoyo popular, pero no analiza los casos en que el Alto Tribunal *no tomó* decisiones que podría haber dictado, en razón de su directa contradicción con la opinión pública y profesional (un buen ejemplo es “Bustos”, que fue objeto de rechazo masivo en los tribunales inferiores y en la opinión pública y que no pudo repetirse, a pesar de encontrarse el Tribunal integrado por una mayoría de jueces designados por el gobierno interesado en la convalidación de las medidas de emergencia); e) aun si, con carácter general, fuera cierta la afirmación de Kapiszewski, ello únicamente quitaría valor al argumento de la legitimidad en tanto hipótesis explicativa del comportamiento de la Corte, pero podría todavía valer la pena explorar su valía descriptiva en cuanto a los efectos que sus decisiones sobre el tema podrían producir. Véase KAPISZEWSKI, DIANA, *High Courts and economic governance in Argentina and Brazil* 139 (Cambridge University Press, New York, 2012).

(98) Véase MILLER, JONATHAN M., “Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the US Model and Its Collapse in Argentina”, 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 77, 79-80 (1997) (argumenta que la fuente principal de legitimidad de la Corte Suprema argentina, y una de las razones de su éxito inicial, fue la posibilidad de señalar como base de sus decisiones reglas constitucionales claramente establecidas).

(99) Véase *ut supra* nota 80.

mas canónicas de decidir los casos. Las decisiones variarán de caso en caso y se apoyarán en consideraciones normalmente consideradas como ajenas a las decisiones judiciales. De este modo es muy probable que los tribunales decidan de maneras que sean percibidas como simplemente políticas y sin apoyo en el derecho vigente (“Bustos” es un excelente botón de muestra)⁽¹⁰⁰⁾. Esto viola lo que Lawrence Lessig llama “la restricción de Frankfurter”. De acuerdo con esta restricción, una regla de decisión judicial “es una regla inferior si, en su aplicación, parece ser política, en el sentido de permitir que factores extra-legales controlen su aplicación”⁽¹⁰¹⁾. Esa restricción implica, de acuerdo con lo dicho respecto de la legitimidad sociológica de los tribunales y lo que esperamos de ellos, que la Corte debería evitar reglas de decisión que parezcan políticas, a fin de minimizar los costos institucionales y preservar —o, en el caso argentino, mejor sería decir construir— su capacidad de ser relevantes. Desde este punto de vista, entonces, la distinción entre “quitas” y “esperas”, en tanto facilita la tarea de los tribunales, permite dotar a sus decisiones de predictibilidad y constituye en definitiva un estándar evaluativo más manejable, resulta superior al criterio que propone la realización de juicios de ponderación globales.

Me detengo aquí. Un desarrollo más acabado de estas ideas preliminares excede largamente el marco de este artículo⁽¹⁰²⁾. Mi objetivo ha sido presentar de forma relativamente sencilla qué es lo que la Corte hace cuando aplica el control de constitucionalidad a las leyes de emergencia y explicar por qué hace —o dice que hace— lo que hace. Identifiqué dos enfoques hacia el control de razonabilidad de medidas de emergencia económica. Uno, el juicio de ponderación global y relativamente desestructurado, con un fuerte énfasis en las consecuencias; otro, más bien reglado y apoyado en la idea de la existencia de un núcleo “duro” de la propiedad, constituido por el capital. ¿Hay razones para preferir un enfoque sobre el otro? Aunque en este texto no desarrollo de manera mínimamente detallada las críticas posibles a las aplicaciones del enfoque

(100) La sentencia generó reacciones virulentas, que incluyeron el pedido de juicio político a algunos de los miembros de la pluralidad de “Bustos”, el abierto desconocimiento por los tribunales inferiores, la crítica pública a través de sentencias y declaraciones de los jueces inferiores, y el rechazo sustancial de la opinión pública. Trato este tema con mayor detenimiento en mi tesis doctoral, citada *ut supra*.

(101) LESSIG, LAWRENCE, “Translating Federalism: *United States v. Lopez*”, 1995 *Sup. Ct. Rev.* 125, 174. El nombre de la restricción rinde homenaje al exjefe de la Corte Suprema estadounidense Félix Frankfurter, quien en un libro sobre la *commerce clause*, publicado algunos años antes de su llegada al Máximo Tribunal, describía el funcionamiento de una restricción de ese tipo.

(102) Para una exploración mucho más profunda de estas ideas, véase el texto citado *ut supra*, nota 74.

que se basa en un juicio de ponderación global⁽¹⁰³⁾, creo que las breves transcripciones realizadas a modo de ejemplo dan una idea aproximada de los problemas generales que presenta la utilización de dicho enfoque por nuestros jueces. Cualesquiera que fueran los méritos teóricos de una postura tal, pienso que —en nuestro contexto— brinda demasiada discrecionalidad a los jueces, discrecionalidad que, en mi opinión, no han utilizado con acierto. Incluso siendo potencialmente subóptimo, el enfoque que defiende el capital presenta algunas ventajas frente a su rival: claridad, predictibilidad, algunos límites al potencial de redistribución regresiva del poder de policía de emergencia⁽¹⁰⁴⁾, mayor fidelidad al texto constitucional⁽¹⁰⁵⁾ y la posibilidad de contribuir a la (re)construcción de la legitimidad de la Corte Suprema, legitimidad que conlleva la acumulación del capital político necesario para ser un actor independiente en el sistema institucional argentino y, en consecuencia, un garante efectivo de nuestros derechos y de la división de poderes⁽¹⁰⁶⁾.



(103) Ofrezco mis críticas a los diversos argumentos esbozados por la Corte Suprema en el marco de la crisis de 2001-2002 en el texto citado *ut supra*, nota 65 y, más profundamente, en ELIAS, JOSÉ S., “Massa’ y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”, JA 2008-II-1326.

(104) Sobre el punto, remito nuevamente al texto citado *ut supra*, nota 74.

(105) Aquí no me ocupo de defender la teoría textualista de interpretación de la cláusula de la “inviolabilidad” que el argumento supone, pero asumo que no es totalmente implausible, y creo que el lector podrá concederme eso.

(106) En un contexto en el que la Corte Suprema hubiera tenido una mayor reserva de apoyo popular, casos como “Sosa” (Fallos 332:2502 y 333:1771) habrían tenido seguramente un final distinto. Compárese, por ejemplo, lo ocurrido en los Estados Unidos con la decisión recaída en el muy polémico caso “Bush v. Gore” (531 US 98 (2000)) con lo acaecido aquí en el ciertamente menos importante “Sosa”. Allí, el candidato presidencial a quien la decisión le cerraba el acceso a la Casa Blanca, Al Gore, reconoció inmediatamente la decisión. Aquí, el entonces expresidente Néstor Kirchner —cuya decisión como gobernador de la provincia de Santa Cruz— había invalidado la Corte, por inconstitucional, armó un acto público de resistencia a la decisión, acompañado por el gobernador de la provincia, Daniel Peralta, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli, entre otras figuras políticas (véase, por ejemplo, http://www.larazon.com.ar/economia/Kirchner-sumo-Scioli-apoyo-Peralta_0_174600016.html; visitada por última vez el 16/9/2013). El costo político de incumplir decisiones de la Corte Suprema parece ser bastante diferente en ambos contextos. “Sosa” es, como describe gráficamente Álvarez Ugarte, la “gran ballena blanca” de la Corte argentina. Para un análisis del caso (y otros), en el marco de la controversia sobre el autoatribuido carácter de la Corte Suprema de intérprete final de la Constitución, véase ÁLVAREZ UGARTE, RAMIRO, “El Constitucionalismo Popular y los problemas de la ‘última palabra’: apuntes para un Contexto Latinoamericano”, 13:1 *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 75 (2012) (disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/13JURIDICA_03UGARTE.pdf; visitada por última vez 16/9/2013).

DESFIGURACIÓN Y RECUPERACIÓN DE NUESTRO RÉGIMEN FEDERAL CONSTITUCIONAL

POR PABLO MARÍA GARAT⁽¹⁾

BREVE INTRODUCCIÓN EXPLICATIVA

El propósito de esta breve exposición preliminar, en el marco del título un tanto ambicioso, consiste en presentar dos ideas —en modo alguno novedosas— sobre las que quisiera llamar la atención en tanto que entiendo no resultan quizá suficientemente consideradas en sí mismas y en su vinculación recíproca, ante una nueva crisis de la república federal, entendida estrictamente la palabra “crisis” en tanto que cambio o transformación.

• *Primera idea*

En retrospectiva histórica *la desfiguración y abandono en el orden de la constitución material de nuestro federalismo y el debilitamiento de las instituciones constitucionales del régimen federal ha sido la causa inmediata del debilitamiento de la república y sus instituciones*. Es el resquebrajamiento de la forma de Estado lo que ha comprometido la forma de gobierno y no a la inversa.

(1) Profesor protitular de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Tributario en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina; miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado; miembro del Comité Ejecutivo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Ha sido asesor jurídico en la Comisión de Coparticipación Federal del Senado de la Nación entre 1996 y 2004 y vicepresidente de la Comisión Federal de Impuestos en 1997. Presidente de la Fundación Civildad.

• *Segunda idea*

El federalismo es un orden de libertades concretas que tiende a asegurar la unidad en la diversidad y el equilibrio de autoridad y libertad, para lo cual resulta imprescindible la vigencia plena del principio de subsidiariedad en el diseño y desarrollo del régimen federal constitucional, así como en su recuperación, cuando el mismo —como lo sostenemos— se ha visto desfigurado.

La vinculación de ambas ideas es un corolario inevitable: el debilitamiento del federalismo, así entendido, se traduce inmediatamente en un exceso de autoridad y la pérdida de las libertades concretas cuyo marco de ejercicio es el de las autonomías territoriales y sectoriales, o sea: el debilitamiento de la república que, de sí, consolida aún más la degradación del federalismo, lo que torna más compleja aún la recuperación de aquella y sus instituciones.

Repetimos: no es que la república se ha debilitado a causa del exceso del poder presidencial sin límites para su ejercicio —y ello ha degradado el régimen federal—, sino que al debilitarse los límites que éste opone a los excesos de aquel poder su consecuencia es el debilitamiento del orden republicano, lo cual agrava aún más el proceso de centralización y desfederalización.

Algunos podrán argüir que, en realidad, se trata de un círculo vicioso dentro del cual es difícil determinar dónde comienza la corrupción del régimen constitucional de la república federal.

Sin embargo, una mirada objetiva a los hitos de nuestra historia preconstituyente y posterior a la consolidación de la etapa constitucional puede echar luz al respecto.

I. PREFIGURACIÓN, CONFIGURACIÓN Y DESFIGURACIÓN DE NUESTRO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL FEDERAL

El régimen federal argentino no ha sido un simple modelo constitucional para distribuir competencias entre las Provincias y el Gobierno Federal que aquéllas decidieron reconocer y organizar al constituir la Confederación Argentina, la cual ha sido previa al Estado federal organizado formalmente sobre la base de los “pactos preconstituyentes” que la Constitución menciona en el Preámbulo y que se celebraron en aquel marco confederativo.

Ni siquiera representa, solamente, nuestra forma de estado adoptada en el orden constitucional.

El régimen federal argentino representa el modo natural e histórico de ordenar las relaciones entre las ciudades y sus cabildos fundaciona-

les primero, y el conjunto de Provincias y municipios que conforman la Nación Argentina después. Modo natural e histórico de ordenar relaciones, pero también de resolver conflictos.

Se trata del federalismo a secas y no solamente del Estado federal, como veremos.

Esta es la *prefiguración* de nuestro régimen federal constitucional que, con el antecedente inmediato del Acuerdo de San Nicolás a la vista, se plasma en la Constitución de 1853/60 sobre la base de los pactos preconstituyentes y aquella matriz fundacional de los cabildos por ciudades que la etapa virreinal centralista, administrativista y borbónica, de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, no pudo eliminar de nuestra memoria genética institucional.

La regla federal *configurativa* del orden constitucional de 1853/60 es muy clara: *el Gobierno Federal, en cabeza de una presidencia fuerte, tiene poderes y recursos de excepción, reservándose las Provincias los demás poderes y resultando implícito que el ejercicio de los concurrentes les correspondía en primera instancia, siendo tal diseño el sacrificio que ellas realizaban para asegurar la unión nacional y consolidar la paz interior. Ésta es la lectura honesta de los arts. 104 (hoy 121) y concordantes del modelo originario.*

El régimen federal constitucional se debilita después de Pavón. Allí comienza la *desfiguración*.

Entre 1862 y 1883, durante ciento veintiún años resulta difícil encontrar los rastros del federalismo argentino. Sólo la reacción apasionada y refundacional de Leandro N. Alem y quienes lo acompañaron con distinto grado de compromiso —en primer lugar Aristóbulo del Valle— recordó a los argentinos que la Constitución de 1853/60 se firmó para clausurar cuarenta años de guerras civiles y afirmar definitivamente la república federal.

Apenas entre 1891 y 1896 (año de la muerte de Del Valle y el suicidio de Alem) hubo en el país una reacción federal manifiesta.

Entre 1880 y 1916 el Partido Autonomista Nacional (por su porción mayoritaria) —en verdad un sistema de acuerdos de distintas ligas políticas del interior para construir y asegurar el poder y la sucesión presidencial— eliminó toda posibilidad de recuperación federal. Su aporte a la organización institucional y el desarrollo nacional no es el tema de discusión aquí, sino su falta de compromiso con el federalismo como marco para alcanzar estos objetivos.

La Unión Cívica Radical desde 1916 y el Partido Justicialista desde 1946 representaron la incorporación de enormes sectores sociales a la vida política y económica, el desarrollo de la industria nacional, la incorpora-

ción de los derechos sociales con rango constitucional y muchos logros más; pero todo ello sin consideración suficiente o —en algún período— con franco desapego de nuestro régimen federal.

Los momentos posteriores de vigencia de la Constitución y —por razones obvias— el *facto* no modificaron este estado de cosas; estos últimos sólo lo agravaron aún más. Ni siquiera las presidencias fugaces y ejemplares de Arturo Illia y Arturo Frondizi o el abrazo generoso de Perón y Balbín se plantearon esta cuestión como determinante para recuperar definitivamente el orden constitucional.

En todos estos hitos históricos la lucha fue por el poder y la república; no por el federalismo.

Y las Provincias, lejos de ser ajenas a ello, constituyeron —por el abandono de sus clases dirigentes de su responsabilidad y misión histórica— el factor determinante para este curso de los acontecimientos.

Mitre, Sarmiento, Avellaneda, Roca, Irigoyen y Perón, las grandes presidencias que marcaron de modo indeleble la historia nacional no podrían haber llegado a ejercerlas —ni sostenido sus programas de gobierno— sin el apoyo de las dirigencias políticas locales. Y esto no ha sido suficientemente subrayado. E importa mucho porque, como veremos, tal conducta se reproduce, de hecho, durante estos treinta años de democracia recuperada y federalismo pendiente que transcurren desde 1983 hasta hoy.

Estas afirmaciones son duras pero estamos convencidos de ello. Y no estamos solos.

En una obra clásica en la materia, Ricardo Zorraquín Becú expresa:

“Después de 1853, y sobre todo cuando la nación quedó definitivamente organizada, el auge del comercio exterior determinó una economía destinada en lo fundamental a la exportación de productos agrarios y la correlativa importación de artículos manufacturados que pasaban, en una enorme proporción, por el puerto bonaerense. Los ferrocarriles fueron construidos para servir a esa política económica y la legislación se adaptó a sus necesidades. Los derechos de aduana fueron, hasta hace un cuarto de siglo [escribe en 1957] los principales rubros del cálculo de recursos de la Nación. Más tarde, ésta se apoderó de los impuestos internos, de los impuestos a los réditos y de otros gravámenes que quitaron a las provincias sus medios de acción y las sometieron a las determinaciones del gobierno central. La cláusula constitucional que le permitía regular el comercio sirvió para intervenir en las economías regionales fijando los precios, ordenando la producción, reglamentando el trabajo, etcétera. A través de los medios de comunicación y transporte cada vez más modernos produjo un creciente intercambio humano e ideológico entre todas las regiones del país, que hizo desaparecer poco a poco las peculiaridades regionales y los sentimientos localistas, para someter a

todos ellos, desde fines del siglo XIX, al pensamiento de Buenos Aires. Las provincias, desde entonces, dejaron de defender sus autonomías porque sus intereses políticos y económicos las inclinaban a secundar el engrandecimiento porteño. (...) Pero no son estos factores solamente los que han producido la desaparición del federalismo entre nosotros. Ha habido y subsisten todavía razones políticas de una trascendencia mucho mayor, que son las que realmente han dado un golpe de muerte al sistema ideado en 1853 (...) Aunque parezca paradójico, es la democracia —o mejor dicho los defectos de nuestra democracia— la causa fundamental del centralismo que ha reemplazado el sistema federal. En efecto, la aparición de los grandes partidos populares que actúan en todo el territorio de la Nación bajo una dirección centralizada, frecuentemente personalista, ha hecho perder el sentido auténtico del federalismo. La disciplina partidaria impone una obediencia que impide el desarrollo de las tendencias locales, de tal modo que la dirección unitaria de los grupos políticos orienta de la misma manera la acción de los gobiernos formados por ellos (...) la política de masas, propia de este siglo, como actúa a la zaga de un caudillo y realiza movimientos que repercuten simultáneamente en toda la nación, no puede adaptarse a las necesidades locales ni tener en cuenta los intereses, los problemas y los sentimientos de cada región”⁽²⁾.

Esta extensa pero inevitable cita nos parece de rigurosa actualidad: ¿cómo no ver en esta descripción, que abarca desde fines del siglo XIX a mediados del siglo XX, el drama actual del régimen federal argentino?

Y ello, que trasciende toda consideración crítica entre y/o sobre conservadores, liberales, nacionalistas, radicales, peronistas o socialistas, nos interpela gravemente: la desfiguración de nuestro régimen federal constitucional es indiscutible y ha sido obra de la dirigencia argentina durante más de un siglo la cual, sin embargo, continúa reivindicando su recuperación en una irrazonable esquizofrenia política que sólo puede conducir otra vez al drama nacional.

Desde una visión política, económica o sociológica con la letra aún fresca de la Convención de 1860, la “razón de estado” o “de partido” o la “emergencia económica” —avalada esta última por la Corte Suprema de Justicia de la Nación— privó sobre el principio federal, sea para restringir el ejercicio de los poderes provinciales o para avanzar sobre ellos.

A partir de 1983 con la recuperación del orden constitucional se inicia un ciclo institucional con marcados elementos en favor de la recuperación del federalismo. Como si la memoria genética constitutiva guiara el curso de las decisiones más relevantes, las fuerzas políticas en su

(2) ZORRAQUÍN BECÚ, RICARDO, *El federalismo argentino*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1958. pp. 237 a 239.

totalidad se orientan a la recuperación de nuestro federalismo de base municipal.

Entre 1985 y 1991 claramente un conjunto de iniciativas políticas van preparando el camino para la reforma constitucional que finalmente tiene lugar en 1994 incluyendo temas que se ordenan al fortalecimiento del régimen federal.

Sin embargo, dos años antes, en 1992, se produce una serie de hechos, esta vez en nombre de la "emergencia previsional", que van a condicionar absolutamente la obra reformista y, una vez más, la frustración que desde hace veinte años sentimos por la nueva desfiguración del modelo federal y la consecuencia inmediata otra vez: el debilitamiento de la república por la ausencia de los límites al poder nacional. Y otra vez con el consentimiento interesado de los representantes provinciales, privilegiando la razón de partido o la permanencia en el poder por sobre el ideario federal y los intereses y libertades concretos de los pueblos que representan.

Veamos primero los hitos destacables entre 1985 y 1991:

1. El ciclo constituyente provincial que se inicia alrededor de 1985 con una casi unánime tendencia a reivindicar los *poderes reservados* por las *Provincias* en 1853/60 y a consagrar expresamente la *autonomía municipal*.

Jujuy, Salta, La Rioja, Santiago del Estero, Córdoba, Río Negro, San Juan, San Luis, La Pampa y Tierra del Fuego preparan el escenario de reformas que recogería la Convención de 1994. Especialmente en materia de régimen municipal de autonomía. Después de 1991 se sumarían todas las Provincias con excepción de *Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza* que, ignorando groseramente la manda constitucional del nuevo art. 123, mantienen regímenes de autarquía municipal.

2. El anteproyecto de reforma incluido en los *Dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia en 1986* especialmente en lo referido al "sistema federal".

Transcribimos la parte correspondiente al "sistema federal" del *Dictamen Preliminar presentado al presidente Dr. Raúl Ricardo Alfonsín por el Consejo para la Consolidación de la Democracia el 7 de octubre de 1986 (exposición del Dr. Carlos S. Nino)*.

EL SISTEMA FEDERAL

"El sistema federal que proponemos consiste en sostener y mantener, con toda claridad, el federalismo real e histórico. Ello es, mantener a cargo de las provincias los poderes reservados y no delegados, y a cargo del Estado Nacional, los poderes taxativamente delegados. Los poderes concurren-

tes deben ser objeto de concertación entre los gobiernos provinciales y el gobierno nacional. Los poderes implícitos también pueden ser objeto de negociación, pero utilizando siempre una norma de razonabilidad.

"Sin embargo, entendemos que este federalismo puede sostenerse y mantenerse en la medida en que *se le asigne a un organismo institucionalizado la función específica de control y defensa del sistema federal.*

"Entendemos que el Senado de la Nación, por muchas razones, no ha podido defender el sistema federal; y no pudo hacerlo porque la actual Constitución no le ha asignado al mismo esa función específica y tampoco le ha provisto de los instrumentos idóneos para hacerlo. Al Senado de la Nación hay que respetarlo porque él asume la defensa y afirmación del sistema federal que es uno de los instrumentos más idóneos para democratizar las decisiones.

"Por eso, entendemos que *el Senado Federal debe asumir totalmente el control del ejercicio de los poderes delegados, no delegados y concurrentes de las provincias en sus relaciones con el gobierno central.* Además, el Senado deberá mantener sus funciones legislativas, pero ejerciéndolas de otra manera, respetando así el sistema bicameral del Poder Legislativo que consagra la Constitución. (...) También podrá el Senado constituirse y organizarse en forma regional a los efectos de tratar los problemas de planeamiento o de concertación.

"En cuanto a la composición de la Cámara de Senadores, el Consejo ofrece una doble alternativa, las que deberán ser consideradas en bloque ya que responden a principios distintos. Por un lado, la Cámara de Senadores se compondría de dos senadores por provincia, elegidos por las legislaturas provinciales con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, manteniendo las Legislaturas un derecho de revocatoria. Los senadores deberán durar seis años, renovables por terceras partes cada dos años y podrán ser reelegibles. Por el otro, la Cámara de Senadores se compondría de dos senadores por provincia también, pero elegidos por las legislaturas provinciales por mayoría absoluta de votos, y sin derecho de revocatoria. Los senadores deberán durar cuatro años, sin renovación parcial y podrán ser reelegibles.

"El Consejo entiende aconsejable la eliminación de la figura del Vicepresidente de la Nación como presidente del Senado. Las autoridades del Senado deberán ser elegidas de su seno (un presidente, un vicepresidente primero y un vicepresidente segundo) los que durarían dos años en sus funciones no siendo reelegibles.

"Para el caso de afealdía definitiva, asumiría la presidencia de la Nación el presidente del Senado, el que deberá convocar a elecciones a realizarse dentro de los noventa días.

"Resulta claro que la presente propuesta lleva implícita la modificación de algunos artículos de la Constitución, pero en ningún caso implica

la reforma del sistema establecido en la misma y menos aún, implica la negación de sus instituciones o poderes.

"El Consejo se ha pronunciado también por la asignación explícita de la propiedad de los recursos naturales a las provincias, sin perjuicio de que su explotación correspondiere a las provincias y/o a la Nación y/o a los particulares, según los acuerdos celebrados entre la Nación y las provincias. No hay que olvidar que el Estado Federal es una empresa concurrente entre los distintos Estados Provinciales; en consecuencia, los distintos Estados miembros, no sólo deben compartir el trabajo y el esfuerzo comunitario, sino también las riquezas y los beneficios del sistema (ética de la solidaridad).

"También se entiende que el régimen legal aplicable a los establecimientos de utilidad nacional, debería permitirle a las provincias conservar los poderes de policía e imposición tributaria. Esta reforma se condice con la jurisprudencia de la Corte Suprema.

"En cuanto al poder tributario de las provincias y de la Nación, como así también al régimen de los servicios públicos, no se considera necesario modificar las cláusulas constitucionales, ya que tales temas deberán caer bajo el proceso de concertación en el ámbito del Senado de la Nación.

"Y, por último, con respecto a la indispensable herramienta de la intervención federal a las provincias en todo sistema federal y para contrarrestar los verdaderos estragos que su práctica ha ocasionado en nuestro país, el Consejo estima necesario completar el texto constitucional con las siguientes prescripciones:

"1) La facultad de disponer la intervención constituye una atribución del Congreso de la Nación.

"En caso de receso puede decretarla el Poder Ejecutivo Nacional, simultáneamente, convocará al Congreso para su tratamiento.

"2) Cualquiera de los tres poderes clásicos locales —Ejecutivo, Legislativo o Judicial— puede requerir la intervención.

"3) La medida no implica la intervención automática a los tres poderes locales, puede ser parcial, en cuyo caso deberán coexistir los poderes intervenidos con las autoridades provinciales no afectadas por la medida.

"4) La personalidad de la provincia no se extingue. El interventor debe cumplir lo dispuesto en la Constitución Provincial y en las leyes locales.

"5) Los contratos y demás obligaciones asumidas por la provincia con anterioridad a la intervención no se suspenden.

"6) El interventor únicamente puede destituir a los jueces provinciales cuando la intervención alcance al Poder Judicial.

"7) La intervención encaminada a garantizar la forma republicana de gobierno no podrá durar más de seis meses.

"8) Una ley especial reglamentará las intervenciones federales".

3. El *Acuerdo de Reafirmación Federal de Luján de 1990*, que constituye el antecedente inmediato de la reforma de 1994 en materia federal, suscripto por el presidente Carlos Saúl Menem y todos los gobernadores el 24 de mayo de 1990.

Destacamos de su texto:

ACUERDO DE REAFIRMACIÓN FEDERAL

"Considerando:

"Que la necesidad de reafirmar en nuestra patria el espíritu Federalista, establecido en la Constitución Nacional, determinó que tanto el Gobierno Nacional como los Gobernadores de todas las Provincias produjeran documentos que resalten la revalorización del federalismo, Institución Básica de nuestra organización política.

"Que el Federalismo en la Argentina no surge históricamente ni se concibe actualmente como una mera técnica gubernamental de división territorial de las competencias estatales, sino que tiene su origen en un largo período signado por conflictos internos que modelaron a lo largo de los años el perfil de la Nación Argentina.

"Que en tal sentido, reafirmar el Federalismo, no supone sólo redistribuir nuevamente algunas competencias o reasignar responsabilidades funcionales, sino reasumir el compromiso de asentar la convivencia futura sobre la base del respeto, la tolerancia y la garantía de igualdad, oportunidad de todas las partes que componen el Estado Nacional, cualquiera sea su enclave territorial su densidad poblacional, su potencialidad económica o su grado de desarrollo.

"Que la *desfederalización del País es un problema real, cuya solución debe ser encarada efectivamente por el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales, mediante conductas que exterioricen una voluntad clara y concreta, en orden a revitalizar los principios federalistas sobre los que se asienta nuestro sistema institucional.*

"En consecuencia:

"Es objetivo de este Acuerdo de Reafirmación Federal:

"1) Promover la solución del desequilibrio federal existente en las relaciones entre la Nación y las Provincias, puesto que los preceptos contemplados en nuestra Constitución de 1853/60 fueron desnaturalizadas en el devenir histórico posterior a raíz de las frecuentes interrupciones a la normalidad institucional y sucesivas deformaciones centralizantes originadas en normas y prácticas de los Poderes del Estado.

"II) Contribuir a la consolidación, fortalecimiento y perfeccionamiento del actual sistema institucional, procurando diseñar una herramienta eficiente para el logro de una mayor democratización del poder, abriendo cauces a una participación más directa de la ciudadanía.

"III) Convertirse en uno de los instrumentos eficientes para construir un proyecto de sociedad basado en el desarrollo económico y social integrado, autónomo e informado conceptualmente para la Justicia Social que resguarde el bienestar de todos los Argentinos.

"IV) Impulsar el desarrollo de un Federalismo de concertación, entre otros medios, a través de la formalización de acuerdos interjurisdiccionales que instituyan regiones que aporten al nuevo equilibrio territorial perseguido y que favorezcan el proceso de integración latinoamericana conducido por la Nación.

"V) Promover el desarrollo de la autonomía de los Municipios como ámbitos en los que la democracia asume un papel necesario y cotidiano.

"VI) Asegurar que Nación y Provincias arbitren medidas para lograr el ejercicio por parte de los Estados locales de los poderes reservados que constitucionalmente les competen y que han sido indebidamente asumidos por el Gobierno Nacional a través del tiempo, así como también adoptar las soluciones institucionales que conduzcan a una mejor participación de las Provincias en el ejercicio de los poderes concurrentes con la Nación.

"En cumplimiento de los objetivos expuestos, el acuerdo de Reafirmación Federal permitirá desarrollar progresivamente las propuestas contenidas en este documento, mediante los instrumentos jurídicos que autoriza el actual sistema constitucional, sin perjuicio de afirmar que una cabal reestructuración del sistema federal deberá ser consagrado adecuadamente por una Reforma de la Constitución Nacional en la que debiera contemplarse garantías que aseguren la plena vigencia del equilibrio federal".

4. La Convención Constituyente Nacional para la Reforma Constitucional de 1994 que recibió estos importantísimos antecedentes —consensuados por la mayoría abrumadora de las fuerzas políticas nacionales y provinciales— así como la evolución de la constitución material y el derecho judicial en lo referido a los temas mencionados en materia de distribución funcional y territorial del poder, en el marco de la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma y los temas por ella habilitados en relación con el fortalecimiento del federalismo, incluyó las siguientes cuestiones:

a) Reconocimiento de la *autonomía municipal* dentro de nuestro *régimen federal* (art. 1º), con el alcance y contenido que determinen las Provincias, a través de sus constituciones, en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero (arts. 5º y 123).

b) Reconocimiento de la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires* como un nuevo sujeto formal de la estructura constitucional del Estado Federal (art. 129).

c) Previsión formal de la creación de *regiones* como institución de las Provincias para el *desarrollo económico y social* (art. 124).

d) Reconocimiento del *dominio originario* de las Provincias sobre los *recursos naturales* existentes en su territorio (art. 124).

e) Atribución al *Congreso de la Nación* de facultades que se encontraban implícitas y ahora se explicitan: "Proveer al *desarrollo humano* y el *crecimiento armónico* de la Nación, promoviendo el *equilibrio de provincias y regiones*" (art. 75, inc. 19).

f) Distribución de *competencias* en materia *tributaria* entre el *Gobierno Federal* y los *gobiernos de Provincias* y la adopción del *régimen de coparticipación federal* como *sistema constitucional de coordinación tributaria* (art. 75, incs. 2º y 3º).

g) Exigencia de adecuar el *Presupuesto General de la Nación* a los mismos criterios establecidos en el art. 75, inc. 2º, para asegurar que el gasto federal tenga en cuenta los mismos objetivos que el régimen de coparticipación federal que se acuerde entre el gobierno federal y las provincias (art. 75, inc. 8º).

A pesar de toda esta evolución favorable a la recuperación del federalismo entre 1983 y 1994, la tendencia a la "desfederalización" en el orden material continuó particularmente como derivación de:

a) la *concentración del ejercicio del poder de imposición y su administración en el Gobierno Federal* a partir de la crisis de 1989/90 y el inicio en 1992 del *deslizamiento del sistema de coparticipación federal hacia un sistema de transferencias condicionadas e incondicionadas*,

b) a consecuencia de ella, la *consolidación de la regla de la "emergencia económica"* para justificar también el mayor ejercicio de poderes por parte del Poder Ejecutivo en desmedro del Congreso y de las Provincias y, muy especialmente,

c) el *abandono del Senado de su rol moderador del ejercicio del poder presidencial*. Esto último consecuencia de una errada —en mi opinión— "partidocratización" excesiva del órgano de representación de las Provincias en el nuevo art. 54 de la Constitución reformada⁽³⁾.

(3) Art. 54: El Senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos. Cada senador tendrá un voto.

Entonces, *hay una crisis del Estado federal que treinta años de democracia no han logrado revertir.*

Y esta crisis del Estado federal, una vez más, ha debilitado claramente la república y el ejercicio del Gobierno Federal conforme a las reglas de la Constitución.

Y cabe preguntarse: *¿esta crisis, es del federalismo argentino o de nuestro Estado federal?*

¿Dicho de otro modo, lo que está en crisis, es decir, profundamente cuestionado, agraviado y amenazado, es nuestro federalismo como principio rector del régimen político argentino tradicional o el "Estado federal argentino", o sea: el régimen político constitucional?

El interrogante se justifica, en nuestra opinión, porque si lo que está en crisis es lisa y llanamente el federalismo argentino, en un momento en que tal principio de organización del régimen político está en alza en todo el mundo, lo que resta es debatir su abandono formal constitucional liso y llano, para dar coherencia al orden jurídico en relación con nuestra realidad política.

Pero si, como creemos, lo que se encuentra en crisis, particularmente, desde fines del siglo XIX y principios del XX, es el "Estado federal argentino" en su expresión material y como consecuencia de las conductas públicas, como manifestación deformada de nuestro régimen político tradicional (caracterizado por el federalismo como principio rector y expresión de armonía política entre la unidad y la diversidad) entonces lo que tenemos por delante es un desafío: *la recuperación federal.*

Además de adoptar la forma de Estado federal los representantes de las Provincias en 1853 y 1860 adoptaron y ratificaron la forma de gobierno republicano representativa.

Esto quizá no ha sido debidamente interpretado a lo largo de nuestra historia.

Porque fundamentalmente no sólo se trata de que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes. Ni de la mera división de poderes, periodicidad de funciones, publicidad de los actos de gobierno y transparencia en la gestión de gobierno, todo ello indiscutible y esencial a esta forma de gobierno.

Haber adoptado la república federal significa fundamentalmente constituir una organización política donde el ejercicio del poder del gobierno federal, en todas sus funciones y ramas, se apoya particularmente en la diversidad de nuestras provincias, tanto las fundacionales como las que se constituyeron después sobre los territorios nacionales.

Esto tiene corolarios muy concretos que no se han respetado: *el sistema electoral nacional debe asegurar la vinculación estrecha entre distrito y representación; la actividad legislativa no puede hacer prevalecer los intereses de partido sobre los de las diversas regiones o grupos naturales de provincias; el Senado de la Nación tiene una responsabilidad esencial en la participación de las provincias en el gobierno federal, especialmente en la definición de las políticas de Estado que en nuestro caso debe contemplar especialmente los intereses de la Nación en su conjunto tanto como las de cada una de sus partes; el ejercicio del Poder Ejecutivo por parte de un hombre de provincia no garantiza de sí el respeto a la república federal si todo lo anterior no se verifica en la realidad política concreta, formal y material.*

Y, muy especialmente: *que de la recuperación y consolidación del régimen federal, como orden de libertades concretas, dependerá la vigencia efectiva de la república y sus instituciones, y no al revés.*

Si todo lo dicho no bastara para confirmar esta tesis correspondería plantear su contrario y tratar de verificarlo: resultaría entonces que el exceso de ejercicio del poder presidencial, a partir del avance sobre el Congreso de la Nación y el crecimiento del hiperpresidencialismo, así como el condicionamiento del Poder Judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han debilitado la República y con ello consolidado el avance del Poder Ejecutivo sobre los poderes reservados de las Provincias y el consecuente deterioro y degradación del régimen federal.

Ésta es la tesis que no compartimos —al menos en dicha formulación— que parece reiterarse habitualmente.

Y no la compartimos por dos razones definitivamente explícitas y verificables:

a) Antes de que todo esto ocurra, en el orden de las conductas, debió darse una admisión de ello por parte de las fuerzas políticas mayoritarias que tuvieron a su cargo la dirección del país desde 1862 hasta hoy. De otro modo —entre nosotros— no se alcanza la primera magistratura. Sin consenso previo de los liderazgos políticos territoriales ninguna presidencia se ha erigido y sostenido. El origen provinciano mismo de las grandes presidencias lo acredita. Primero se abandonó el sostenimiento del régimen federal allí donde nació: en las Provincias fundacionales, y especialmente donde constitucionalmente se lo quiso fortalecer: la Provincia de Buenos Aires.

b) Lo anterior se ratificó formalmente con la adhesión de los gobernadores y senadores de las Provincias al liderazgo nacional de turno en detrimento del ejercicio de los poderes reservados por ellas al

establecerse la organización constitucional federal. Y muy particularmente al admitirse la mutación del régimen de distribución de la renta tributaria federal, fortaleciendo la "bolsa" en manos del Poder Ejecutivo y aceptando la emergencia como el modo "ordinario" antes que extraordinario de ejercicio del poder constitucional.

Insistimos: primero se abandonó en el orden material el régimen federal y luego se degradó la república y no a la inversa. De otro modo, ninguna presidencia hubiese devenido en "hiperpresidencialismo" por simple funcionamiento de los frenos naturales que nuestra historia acredita: los poderes y liderazgos locales, sea a través de su expresión política agonal o a través de su ejercicio formal en el marco arquitectónico constitucional.

Por todo ello, creemos que el debate de una "agenda del federalismo" en la Argentina es entonces más actual y necesario que nunca.

Y hablamos de "federalismo" antes que de "régimen o Estado federal" porque primero nos parece que debemos volver a los principios que, como lo hemos anticipado, entendemos siguen vigentes en el ideario colectivo de la Nación, aunque no se refleje ello en el ejercicio de los poderes constitucionales.

El problema no está en el orden jurídico constitucional sino en encontrar los criterios y vías para su vigencia efectiva. A ello apunta este aporte.

II. LA DINÁMICA DEL ORDEN SOCIAL Y POLÍTICO

Las sociedades en el siglo XXI probablemente necesiten especialmente del federalismo como sistema de relaciones internas, como principio para resolver las cuestiones que afectan a la unidad política soberana que históricamente hayan constituido o, también, para la organización de otras nuevas de naturaleza confederativa. No solamente me refiero entonces a aquellas organizadas bajo la forma del estado federal en su Constitución, sino también a las que se han establecido formalmente como estados unitarios y aún las confederaciones que, bajo ese nombre u otro pero representando la convergencia de Estados soberanos en una unidad superior, puedan desarrollarse en el futuro.

Para fundamentar adecuadamente la afirmación según la cual *el federalismo es nuestro programa de Estado* es necesario realizar algunas consideraciones previas a partir de la evidencia que nos dice que la naturaleza social y política del hombre (aun para los que niegan el concepto de naturaleza y la sociabilidad y politicidad del ser humano) se expresa en una dinámica de vida social y política del hombre en comunidad que debe ser observada y reconocida conforme por lo menos a cómo se responden dos cuestiones:

1. Cómo se armoniza el binomio *unidad-diversidad* y
2. Cómo se resuelve la tensión entre *autoridad* y *libertad*.

No es éste el momento para un desarrollo de filosofía política aunque, ante la también evidente crisis política, social y económica que expresa el mundo en el inicio del siglo XXI, toda vez que se pretenda aportar algo a la resolución de la misma resultará inevitable explícita o implícitamente filosofar, en tanto uno quiera indagar acerca de las causas de los problemas y no quedarse en el fenómeno de los efectos, actitud típica de la política en los últimos siglos.

Dicho esto, debemos agregar que la respuesta a las dos cuestiones precisadas no son unívocas sino análogas en la constitución y organización de toda comunidad política.

Efectivamente, ello se da a través de la historia particular de dicha comunidad y normalmente concluye en la adopción de un determinado modo de organización político y social que, justamente, responderá a dichas dos cuestiones.

Y ello define entonces el régimen político propio de toda comunidad soberana que no será otro, en su legitimidad, sino el de su tradición histórica.

El régimen político expresa, entonces, primero una forma de Estado (y aquí también eludiremos deliberadamente el debate en torno al concepto de Estado y aun el de soberanía, para tomar como supuesto la distinción entre el Estado como la sociedad políticamente organizada y el gobierno como la expresión formal de su autoridad soberana) y luego como una forma de gobierno (en el sentido más amplio que incluye no solamente la expresión de quién y cómo ejerce la *autoritas* y la *potestas*, el poder de *imperium*, sino también cuán amplia es la participación y la representación política y social).

Pero independientemente de cómo se resuelve concretamente en la historia de cada nación la cuestión del régimen político que la rige, lo que resultará ineludible es responder al menos a estas dos cuestiones.

¿Por qué resultan previas estas cuestiones a la del federalismo y el régimen federal?

Adelantamos la respuesta que vamos a desarrollar afirmando que el federalismo es la respuesta de organización política y social que mejor se conforma a la naturaleza del hombre y que respeta, al mismo tiempo, su libertad, expresada a través de las concreciones de la vida social desde el hecho ineludible de la familia como la comunidad social esencial y la necesidad de un orden de autoridades que van desde la familiar y local hasta la de la comunidad política soberana.

La sociedad política no es un aglomerado de individuos sino una "sociedad de sociedades", un "todo de orden" de naturaleza moral que exige para su pervivencia frente a otras y para la realización de su propio bien común de un régimen político que asegure y armonice la unidad en la diversidad y equilibrio, en su dinámica, la necesidad de la autoridad a distintos niveles con el reconocimiento y respeto de las libertades concretas de las personas, las familias y los grupos sociales intermedios, tanto territoriales (comunidades políticas locales de carácter autónomo e infrasoberano) como sectoriales de la vida económica y social.

Y aquí, entonces, entra en juego la cuestión del federalismo.

III. EL FEDERALISMO COMO APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (UNA IDEA Y SUS CONSECUENCIAS)

Partimos en esta parte propositiva de una sola idea y las consecuencias prácticas de su aceptación.

Proponemos considerar al federalismo (como ya lo han hecho otros) como una expresión concreta del *principio de subsidiariedad*, entendido este principio en sentido negativo (no hacer) y positivo (hacer subsidiariamente). Como tal no se opone a la eficacia del gobierno; y es (o debiera ser) en su aplicación práctica respeto de la libertad del nivel de gobierno más pequeño (lo que constituye verdaderamente acercar la decisión al destinatario de ella) y acción subsidiaria (solidaria) cuando ese nivel, por causas objetivas, no puede ejercer plena y eficazmente sus libertades y facultades para atender las responsabilidades a su cargo.

Esto no es original entre nosotros. Ya fue propuesto especialmente por el profesor Dr. Pedro J. Frías desde su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y a través de múltiples escritos, desde mediados de los años 70, en el siglo pasado.

También en el derecho y la ciencia política comparados respecto de la relación entre el federalismo y el principio de subsidiariedad, aunque nos hacemos cargo de ciertas objeciones a esta interpretación (Schindler, Adonis y Jones, entre otros).

Sin perjuicio de ello, proponemos esta hipótesis no solamente por los fundamentos que daremos sino porque entendemos que no es por casualidad que este principio se vea receptado formalmente en importantes documentos constitucionales en el plano nacional e internacional.

Aparece por primera vez en el pensamiento de la Doctrina Social de la Iglesia en 1931 en el texto de la Encíclica del Papa Pío XI, *Quadragesimo Anno*, punto 79 que dice: "Pues aun siendo verdad, y la historia lo

demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dársele a una sociedad mayor y más elevada, *ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos*".

Resaltamos la última línea porque queremos destacar que este principio no deber ser interpretado sólo en el sentido del "autogobierno" sino también de la ayuda, justamente "subsidiaria", cuando la comunidad menor no puede alcanzar por sí sus fines.

Es receptado formalmente en el *Tratado de Maastricht* (1992) que establece:

Artículo 3 B

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

"En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, *conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.*

"Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

Esto es ratificado y precisado por el *Tratado de Lisboa* (2007) que dice:

Artículo 3 ter

"1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. *El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.*

"2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

"3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión".

También aparece en el artículo 23 de la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* así como en las leyes 59 (1997) y 265 (1999) de la *República Italiana*. Especialmente en la Argentina, dentro del derecho público provincial comparado, la más moderna de las constituciones provinciales, la de la *Provincia de Tierra del Fuego (1991)* recoge este principio expresamente en la atribución de competencias a sus municipios cuando dispone en su *art. 173, inc. 16*:

Competencia

"Artículo 173. — La Provincia reconoce a los municipios y a las comunas las siguientes competencias: (...)

"16 - Ejercer cualquier otra competencia de interés municipal que la Constitución no excluya taxativamente y en tanto no haya sido reconocida expresa o implícitamente como propia de la Provincia, *atendiendo fundamentalmente al principio de subsidiariedad del Gobierno Provincial con respecto a los municipios*".

Antes de continuar nos interesa precisar, en relación con todo ello, que el federalismo puede ser visto como un sistema de libertades concretas de las entidades territoriales infrasoberanas así como un sistema eficaz de relaciones entre los grupos sociales y el gobierno a cualquier nivel y de los distintos niveles de gobierno entre sí, tanto en sentido vertical como horizontal y sea ello dentro del estado federal o la confederación, y aun —bajo cierta interpretación extensiva— dentro del estado unitario o del llamado "federo-regional". Esto subraya los dos aspectos complementarios del principio (negativo y positivo u omisión y acción) que explicitaremos enseguida.

Esta interpretación del federalismo tiene en mi opinión consecuencias prácticas relevantes que, sin pretensión de agotar su posible contenido, nos interesa inventariar particularmente primero en general y luego para fundamentar porqué entendemos al *federalismo como nuestro programa de estado*, frente al manifiesto proceso de "desfederalización" luego de treinta años de recuperación de la vigencia del orden constitucional.

Así, dichas consecuencias, derivadas de la consideración del *federalismo como aplicación práctica del principio de subsidiariedad* podrían incluir al menos:

1. Una determinada interpretación del concepto de *descentralización*.
2. La aceptación del concepto de "autonomía local" en tanto que el federalismo aparece, al menos en ciertas sociedades políticas como la Argentina, como un "federalismo de ciudades" en su origen, lo cual, al mismo tiempo, se proyecta en la realidad del siglo XXI como algo cada vez más evidente por la importancia de las ciudades como sujeto político territorial.
3. Una especial valorización de la *cooperación horizontal* dentro del estado federal entre los entes territoriales locales.
4. La cuarta consecuencia práctica se refiere a la cuestión de la *regionalización* hacia adentro del estado federal.
5. La quinta, de importancia sustantiva en mi opinión, se refiere a la *distribución efectiva de las competencias* entre el Gobierno federal y las Provincias y sus municipios, aplicando efectivamente como regla constitucional el principio de subsidiariedad.
6. En sexto lugar, y derivado del mismo principio, así como resuelto lo anterior, el hecho de que deviene imprescindible organizar la *distribución del "poder de imposición"* de conformidad a aquella distribución de competencias, asegurando su ejercicio efectivo.
7. Finalmente, que todo ello requiere para su concreción práctica y sustentabilidad en el tiempo un *reaseguro institucional* identificado en uno o varios órganos de la constitución política del estado federal o federación.

Desarrollaremos todo esto en particular.

IV. EL FEDERALISMO COMO APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ANTE EL PROCESO DE "DEFEDERALIZACIÓN" DEL RÉGIMEN POLÍTICO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Finalmente llegamos a la consideración de una posible aplicación de aquellas consecuencias que analizamos —derivadas de entender al federalismo como una aplicación práctica del principio de subsidiariedad— que, al mismo tiempo, responde a la necesidad de *garantizar un equilibrio en la dinámica de la vida política y social asegurando la unidad en la diversidad y la autoridad en el respeto a la libertad en todas sus manifestaciones*.

1) La descentralización en el estado federal

La primera consecuencia de afirmar al federalismo como una aplicación práctica del *principio de subsidiariedad* es una determinada inter-

pretación del término “descentralización” según la cual ésta no consiste en *delegar el poder de decisión y/o ejecución* sino en *reconocer derecho a la decisión y ejecución y, además, aceptar la conveniencia de delegar la ejecución cuando no existe un derecho a la decisión* pero ello es adecuado para la acción eficaz de gobierno; todo bajo ciertas reglas de distribución y reserva de competencias de naturaleza constitucional.

Desde una postura filosófica esto es aplicable a cualquier sociedad política, como la que expresa el estado federal, a los fines de su organización interna.

Desde una perspectiva histórica esto se justifica totalmente en países como la Argentina donde las ciudades y Provincias precedieron y constituyeron la federación constitucional.

Esto tiene derivaciones muy importantes, en mi opinión, para el fortalecimiento de los aspectos relevantes del federalismo en el siglo XXI, no solamente en la Argentina.

2) Nuestro federalismo de base municipal y la autonomía local

La segunda consecuencia práctica es que si, como creemos, el federalismo es primero (al menos entre nosotros esto tiene verificación histórica) un “federalismo de ciudades” o dicho de otro modo, un *federalismo de base municipal*, su vigencia efectiva exige el reconocimiento del régimen municipal como un régimen autonómico en todos sus aspectos, institucional, político, administrativo, económico y financiero, tal como lo garantiza la Constitución Argentina en su art. 123.

El federalismo argentino es un federalismo de base municipal por su origen histórico enraizado en la vida comunal y los cabildos por ciudades, así como en las Provincias que nacieron a partir de ellos y constituyeron la Confederación Argentina, denominada habitualmente República Argentina (art. 35 de la Constitución Nacional).

Además, las nuevas Provincias, creadas a partir de los territorios nacionales, tienen su base sociológica en las ciudades fundadas en su territorio.

Por lo tanto puede afirmarse efectivamente que, primero, hemos sido un federalismo de ciudades, que luego se hicieron Provincias.

Pero en pleno siglo XXI nos encontramos con lo que el maestro del federalismo argentino, el Dr. Pedro J. Frías nos recordaba siempre: el fenómeno de la “glocalización”; es decir, esa característica del hombre de esta nueva era que vive cotidianamente con un pie en su barrio, su vecindario, su municipio, su ciudad, y otro en el mundo a través de la *web*.

Esto representa un desafío a la soberanía política de los estados nacionales y su supervivencia como tal. Pero también puede ser su fortaleza.

El municipio es la comunidad sociopolítica esencial que no llega a constituir una soberanía política pero expresa la primera aproximación del hombre en sociedad hacia ella.

Se es argentino porque se vive en un municipio que es parte histórica de una Provincia, que ha constituido con otras en un determinado momento de su historia un estado soberano. Si además esto se ha desarrollado bajo la forma federal y expresado formalmente en la organización constitucional, no puede imaginarse el federalismo sin la autonomía municipal sosteniendo sus libertades locales, al mismo tiempo que se asegura la unidad política de la Nación.

El federalismo es unidad en la diversidad antes que cualquier otra cosa, como lo hemos afirmado.

Insistimos: el municipio, la ciudad, es el gran protagonista político del siglo XXI pero necesita —porque hay una historia que respetar y porque de otro modo nos encontraríamos ante el caso de la ciudad-estado— de las unidades políticas superiores que lo representan en su diversidad. La Provincia argentina no se explica sin los municipios autónomos y éstos no pueden desarrollar plenamente su autonomía en relación con otros municipios en un territorio determinado sin una organización política, social, económica y cultural que constituye la provincia, del mismo modo que éstas, o son entidades soberanas, o se mantienen en la unidad política superior que históricamente han constituido bajo la forma de la Confederación primero y el Estado Federal (la Nación Argentina), después.

Ahora bien, no todas las Provincias argentinas han ajustado sus constituciones con la regla federal del art. 123 que garantiza la autonomía municipal desde la Constitución Nacional⁽⁴⁾. Y nada menos que tres de las Provincias más importantes se encuentran en mora al respecto: Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe. Pero, a pesar de ello, la evolución jurídico-política de la autonomía municipal es irreversible: hoy ya ciento cuarenta y seis municipios en la mayoría de las Provincias han dictado sus Cartas Orgánicas Municipales, es decir, han ejercido un poder constituyente de tercer grado para la autonomación fundamental del gobierno local.

Este grado de autonomía municipal, tutelado por una norma constitucional federal es, en mi opinión también, casi único en el mundo y constituye el reaseguro para la efectiva vigencia del federalismo más allá de su debilitamiento actual en la Argentina, como en casi todas partes,

(4) Constitución Nacional, art. 123: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

especialmente por las distorsiones producidas en el sistema fiscal federal que es otro de los aspectos que queremos considerar, consecuencia de aceptar o no al federalismo como una descentralización política que no se basa en la delegación sino en el reconocimiento de los poderes a las provincias y sus municipios.

3) Las relaciones intergubernamentales horizontales como clave del federalismo cooperativo

A mi entender, siguiendo a la mayoría de los autores desde mediados del siglo XX en adelante, en un régimen de estado federal el nombre de la coordinación posible es el de “concertación” o “cooperación”.

Se trata siempre de un régimen de plena libertad y responsabilidad con subsidiariedad (que es la esencia del régimen federal), dentro del cual horizontal y verticalmente se relacionan los actores públicos con una dinámica especial.

Ahora bien, en este sentido, la tercera consecuencia que observamos —derivada de la hipótesis inicial— es que para realizar el *aspecto positivo del principio de subsidiariedad*, por aplicación del mismo, *es preferible la cooperación horizontal antes que recurrir a la integración (intervención) vertical*, tanto como ello sea posible.

Me refiero a que las relaciones e integración vertical *suponen necesariamente el desarrollo eficaz de las relaciones e integración horizontales*.

Desde esta perspectiva, el debate entre “federalismo dual” o “competitivo” y “federalismo cooperativo” o de “concertación” carece de sentido porque hablamos de *federalismo subsidiario y solidario*.

Esto supone entender definitivamente, como veremos, el valor de las *microrregiones o distritos de desarrollo intermunicipales y las regiones interprovinciales*.

Es en este marco de relaciones que el *principio de subsidiariedad* alcanza su máxima posibilidad: *no es primero interactuando con el nivel de gobierno superior sino con el del mismo rango* que pueden afrontarse los problemas que cada entidad territorial —dentro del estado federal— no puede resolver por sí misma.

Y es recién luego de esto, o agotado ello, que conviene y se justifica la *intervención directa del gobierno provincial o federal* según el nivel del que hablamos.

Éste es también un criterio razonable para la cooperación vertical y horizontal y el juego de ambas en orden al interés del estado federal. Y el modo de hacer converger en la base del mismo dos conceptos estratégi-

cos como los de *la autonomía municipal y el desarrollo local* reconocidos como tales por todos los documentos de la ONU, especialmente a partir de los desarrollos del PNUD desde los años 80 en el siglo pasado.

Otra vez *la unidad en la diversidad*.

4) La regionalización hacia dentro del Estado federal

La cuarta consecuencia de entender y reconocer al federalismo como expresión concreta y aplicación práctica del principio de subsidiariedad es la necesidad de promover las *relaciones intergubernamentales horizontales* —como lo anticipáramos— con *sentido regional* y desde el nivel más pequeño: *distritos de desarrollo local, especialmente en torno a ciudades intermedias, microrregiones y regiones interprovinciales*.

La región, la vida regional, constituyen una dimensión vital del hombre en sociedad y expresan fundamentalmente la relación social, cultural y económica, homogénea y espontánea, de comunidades histórica y políticamente consolidadas aunque infrasoberanas: el municipio y la provincia en nuestro caso.

Así, la región expresa particularmente un modo de relación esencial en el marco del federalismo de cooperación y concertación. Desde esta perspectiva la región configura el ámbito decisivo para fortalecer las partes, lo diverso, desde lo pequeño a lo más complejo, por aplicación del principio de subsidiariedad, convergiendo hacia lo uno, respetando las libertades locales y contribuyendo a la realización del bien común.

En otro sentido la región se presenta como una realidad natural de *homogeneidad interna* localizada en un medio *heterogéneo*. Esto resulta evidente en la *región intermunicipal, zona o comarca*.

Como se señala en el Documento de la Secretaría General del Consejo Federal de Inversiones “Nuevas claves para el federalismo”:

“La región no se agota en lo interprovincial, sino que este mecanismo de integración es aplicable a nivel de comunidades o municipios, tanto en los aspectos públicos como privados...”

Las regiones cambian a través del tiempo su delimitación natural. Como todo hecho vital la región es dinámica. La evolución del transporte y las comunicaciones más el alto impacto de la innovación tecnológica contribuyen a ello. Sin embargo, como realidad es permanente, ya que expresa un inevitable ámbito de relación político socio-económico y cultural.

La delimitación regional más que un problema técnico constituye un desafío político arquitectónico para alcanzar el justo equilibrio. Es

difícil y compleja. Lo es como la vida misma, pero que los límites naturales de la región varíen constantemente no puede llevar a concluir en su inexistencia. Porque la vida regional es expresión de la vida humana, donde se entremezclan los vínculos de la sangre y los de la tierra. Desde siempre la región implica integración y ésta requiere equilibrio, el cual, a su vez, exige solidez en lo propio para asegurar la justicia en la relación integrativa.

El *municipio*, realidad primaria, configurará expansivamente los *distritos de desarrollo* y la *región intermunicipal*. Éstas y las *provincias*, como realidades superiores se concertarán en *grandes regiones* las que, a su vez, buscarán un equilibrio en el contexto nacional.

Cuando el marco regional es de carácter *supranacional*, la integración supone la coherencia y solidez interna como requisito indispensable para el éxito del proceso asociativo, en este caso en particular sin mengua de los intereses plurales y unitivos propios del estado federal.

En el contexto regional el municipio con ejercicio de su autonomía plena tiene un rol esencial. Es el *sujeto primario* del proceso de concertación que caracteriza a la región misma. Y esto se relaciona con el concepto de *descentralización* que hemos expresado anteriormente. Porque considerar al municipio en la región supone en primer término tratar de echar luz acerca del concepto mismo de *descentralización*.

Si por *descentralización* se entiende *delegar* poder de decisión y *asignar* capacidad de desarrollo propio, evidentemente también es posible "crear" y "planificar" la región como un ámbito donde, a través de dicha "descentralización", se distribuyen y asignan arbitrariamente, desde un "centro", los roles y funciones territoriales.

Ahora bien, si por *descentralización* entendemos reconocer *derecho a la decisión* para ordenar y promover un modo propio de desarrollo socio-político y económico, el enfoque y propuesta es totalmente diverso. Se requerirá de la aplicación efectiva del *principio de subsidiariedad* para fortalecer desde la *autonomía municipal* y el *desarrollo local* el proceso asociativo regional a diferentes escalas y como expresión concreta del federalismo de cooperación en la integración horizontal, como lo hemos planteado. En la práctica esto supone trabajar con *distritos de desarrollo* que vinculan en una estrategia común a pequeños y medianos municipios; o promover el desarrollo de una *microrregión* en torno a una o varias *ciudades de escala intermedia*; supone también la conformación de *regiones interprovinciales* (incluyendo especialmente el caso de las *regiones metropolitanas* como una de las expresiones territoriales más complejas a atender en el siglo XXI), sobre la base de estas realidades previas, especialmente cuando ello posibilita asentar el crecimiento de las economías regionales sobre desarrollos locales o microrregionales

consolidados. Y, por supuesto, esto permitirá que los procesos de integración supranacionales, en los grandes marcos regionales, se promuevan con menos asimetrías que suelen ser consecuencia del impacto desigual de la integración en las distintas regiones del estado federal si todo lo anterior no es tenido en cuenta.

5) La distribución de competencias y su ejercicio efectivo en materias concurrentes

La quinta consecuencia de la afirmación propuesta originalmente es que todo ello conduce a *una clara distribución de competencias entre el Gobierno Federal, las Provincias y sus municipios* así como su *coordinación solidaria y subsidiaria a todos los niveles de relación intergubernamental*.

La mayoría de las competencias son, por su naturaleza, *concurrentes*. Por ello, otra vez, *la regla para su ejercicio debería ser la del principio de subsidiariedad*; y esto debiera encontrarse formalmente receptado por las leyes fundamentales y asegurado por el control político de los ciudadanos sobre los gobiernos (sistemas electorales sencillos y transparentes; consejos consultivos con verdadera representación sectorial; institutos de participación política especiales: iniciativa; consulta popular; referéndum; plebiscito; revocatoria, etc.).

Hemos sostenido que la *descentralización* en un estado federal bajo un proceso de "desfederalización" no puede constituir sino la devolución de competencias que corresponden histórica y constitucionalmente a las provincias y municipios, y que han sido absorbidas ilegítimamente por el gobierno federal, o bien la delegación de aquellas que le corresponden a este último.

Si adoptáramos el esquema clásico para distinguir las funciones de gobierno en la perspectiva fiscal (Musgrave, 1959; Oates, 1972) podríamos concluir con la mayor parte de la doctrina en que el gobierno federal debería asumir la política exterior y la defensa nacional, así como las funciones de prestación de servicios indivisibles, distribución de la renta, estabilización económica y promoción del desarrollo equilibrado, siempre que ello beneficie al conjunto de todos los habitantes del país, mientras que las provincias y los municipios deben asumirlas en aquellos casos cuyo beneficio se limite a su propio ámbito territorial. Particularmente en el suministro de bienes y servicios públicos divisibles.

Si analizamos ahora la distribución de competencias de la Constitución Nacional de 1853/60, observaremos que este enfoque encuadra perfectamente con su arquitectura.

El Gobierno Federal tiene a su cargo la política exterior; la defensa; la paz interior; la política monetaria; el crédito externo; el comercio inter-

jurisdiccional; garantizar la protección integral de la familia y la seguridad social. Tiene además la competencia genérica y, entendemos, subsidiaria respecto de las Provincias y municipios, en todo "lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, ...al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y desarrollo científico y tecnológico... al crecimiento armónico de la nación y al poblamiento de su territorio...". Tiene también la competencia de sancionar las leyes de organización y de base de la educación que aseguren su carácter común.

Para todo ello, ejerce con exclusividad la facultad de dictar la legislación de fondo (art. 75, inc. 12) y dispone de los ingresos fiscales provenientes del comercio exterior, de las rentas de su patrimonio y, con mayor restricción, de las "contribuciones" (impuestos) que establezca conforme a lo dispuesto en la misma Constitución Nacional (arts. 4º, 75, incs. 1º, 2º y 3º).

Las Provincias, y sus municipios dentro del juego de las autonomías locales, se reservan todas las demás competencias para proveer los bienes y servicios públicos esenciales que demandan las respectivas comunidades en su jurisdicción territorial y para concurrir con el Gobierno Federal a fin de colaborar en el ejercicio de las funciones propias de éste. Particularmente tienen la competencia de asegurar el régimen municipal, la educación primaria y la administración de justicia, y promover el desarrollo integral de sus respectivas comunidades (arts. 5º, 121, 122, 123, 124 y 125 de la Constitución Nacional).

Para ello disponen de los recursos provenientes de las "contribuciones" (impuestos) directas e indirectas sobre las personas, cosas y actividades sujetas a su jurisdicción, y de la renta de su patrimonio (arts. 121 y 75, incs. 2º y 3º, también de la CN).

Este enfoque *privilegia la eficacia sobre la eficiencia*. Busca ordenar los medios al fin. Si la finalidad de la organización nacional fue preservar la unidad en la diversidad, a través de la forma de estado federal, éste es el fin a tutelar. *En cambio, si sólo importa el eficiente suministro de bienes y servicios públicos que la comunidad, en abstracto considerada, demanda, da lo mismo adoptar la forma de estado unitaria o federal. Sólo interesa una correcta aplicación de las técnicas correspondientes a la descentralización administrativa.*

Considerado lo anterior, cabe señalar que la evolución de la constitución material ha sido negativa para la consolidación del Estado Federal de la Constitución Nacional de 1853/60, en materia de ejercicio efectivo de la distribución de competencias entre el Gobierno Federal y los gobiernos de Provincia.

Frente a ello, desde principios de la década del 80, en el siglo XX, se observa una tendencia a la refederalización del país que no se ha terminado de concretar adecuadamente. Queda especialmente por delante una definición que hace a la estructura y dinámica del Estado Federal: en materia de *competencias concurrentes* —especialmente las referidas a la salud, la educación, la promoción económica y social, la protección del medio ambiente y la seguridad— todavía hay una excesiva superposición antes que coordinación entre los tres niveles de gobierno, siendo muy débil la coordinación horizontal regional o microrregional.

6) El poder de imposición en el estado federal

La sexta consecuencia práctica de considerar al federalismo como expresión concreta del principio de subsidiariedad y que se relaciona directamente con la posibilidad de asegurar la vigencia efectiva de la anterior referida al ejercicio de las competencias por los distintos niveles de gobierno dentro del estado federal, se refiere al "poder de imposición" (*taxing power* o *power of taxation* según diversos autores).

El corolario en este caso es que el *poder de imposición* debería estar distribuido conforme a los criterios que hemos propuesto en el punto anterior, respecto de las competencias en general.

Es decir que debe reconocerse su ejercicio a todos los niveles en un verdadero *sistema fiscal federal* que, *para no gravar excesivamente al contribuyente, exige de la coordinación*.

Desde el 31 de diciembre de 1996 nuestro país se encuentra en mora deliberada con el mandato de la Cláusula Transitoria Sexta de la reforma constitucional nacional de 1994 para la sanción de un nuevo régimen de coparticipación federal de impuestos. Ahora bien, ¿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?

Sin pretensión de encontrar la respuesta definitiva ensayaremos aportar algunas consideraciones a un debate pendiente del que todos hablan pero pareciera nadie quiere dar.

Hay primero una cuestión determinante: un verdadero "sistema fiscal federal", concepto más restringido en su aplicación que el de "federalismo fiscal", se refiere antes a relaciones entre gobiernos locales y su contribución a la "unión nacional" que a la relación entre ellos y el gobierno central, si es que nos hacemos cargo de nuestra historia federal. Basta leer el Preámbulo de la Constitución Nacional y el art. 121 al respecto.

Se habla pues de federalismo fiscal y de descentralización... y, sin embargo, ¿es ello aplicable a cualquier régimen político constitucional? Creo que éste es el problema a debatir en la perspectiva ya no del "federalismo fiscal" sino del federalismo a secas, y en todo caso del sistema fiscal que cada organización política constituida bajo la forma federal de estado decida adoptar.

Ello nos permite plantear varios interrogantes, hoy plenamente vigentes:

a) ¿Es la coordinación financiera, fiscal, tributaria e impositiva —especialmente la *tributaria* para lo que en este trabajo nos interesa— aplicable a los estados federales bajo cualquiera de los sistemas posibles? En caso afirmativo, ¿quid de la separación de fuentes, cuando no es el adoptado? y, ¿con qué características?

b) Si, aún así, la coherencia se mantiene, ¿cómo se evita que la coparticipación, por ejemplo, como uno de tales sistemas de coordinación, provoque el deslizamiento desde la "autonomía" (sistema de separación de fuentes) al "centralismo" (sistema de transferencias o asignaciones) cuando ello implica la renuncia al menos transitoria por parte de las provincias al ejercicio del poder tributario sobre los denominados "impuestos coparticipables"?

Obviamente, estos interrogantes no se justifican en un estado unitario con alto grado de descentralización, ya que en ellos la coordinación en tales campos no sólo es deseable sino necesaria.

El problema consiste en que ella no es trasladable, sin más, y bajo cualquier sistema a un estado federal sin admitir, al menos, cierta mutación del orden de competencias o distribución de poderes propio de tal sistema.

Así, creemos —como lo señalamos antes— que en un régimen de estado federal el nombre de la coordinación posible es el de "concertación" o "cooperación". ¿Y cuál es la diferencia entre éstos y aquélla?

Muy claramente: la que va de ser beneficiario del ejercicio de una facultad ajena que se le delega, a ser beneficiario y *titular* de esa misma facultad.

O lo que es igual, la que va de un régimen tutelado (en definitiva esto es el régimen unitario respecto de los niveles subnacionales), a un *régimen de plena libertad y responsabilidad con subsidiariedad* (que es la esencia del régimen federal).

Todo esto es aplicable a nuestra realidad y organización constitucional. En nuestro país nunca se asumió, por todos los niveles de gobierno,

el sentido propio de un régimen federal: la *libertad con responsabilidad*. En un régimen federal éste es el verdadero concepto de *correspondencia fiscal*.

Después de asumido ello es que puede hablarse de justicia, equidad, solidaridad y cooperación.

Por ello, entendemos —vale reiterarlo una y otra vez— que el *federalismo* sólo se identifica con la *descentralización* en tanto ésta suponga *reconocer derecho a la decisión antes que delegar poder de decisión*.

Si el régimen de coparticipación impositiva es sólo una "muleta" de un estado federal "centralizado", en vías de "descentralización", terminará siendo, en el mejor de los casos, un eficiente sistema de *asignación por transferencias* pero nunca un régimen de concertación que respete la libertad con responsabilidad de provincias y municipios, propia de tal Estado.

Y esto tampoco es declamativo, ya que la consecuencia de ello, en materia financiera y fiscal *será la imposibilidad de lograr que los gobiernos provinciales y municipales asuman definitivamente sus competencias y se hagan cargo de asegurarse los recursos necesarios a través de una mejor administración tributaria*.

Por el contrario, se presupuestará mal, se comprometerá el gasto público más allá de los recursos y se recargará sobre la administración tributaria nacional (que hoy no es estrictamente federal) la responsabilidad del ingreso.

Por ello, insistimos en que el camino para la recuperación y fortalecimiento de nuestra organización federal, desde la perspectiva financiera (comprensiva de lo tributario), no comienza por garantizar que a todos nos irá bien (tentación programática y a veces demagógica), sino por asegurar los medios concretos para el ejercicio de las libertades o autonomías provinciales y municipales, asumiendo horizontal y verticalmente el compromiso de la subsidiaridad y solidaridad por la redistribución de recursos para que se alcance por dicha vía, cuando ello fuere objetivamente necesario, lo que la Constitución Nacional denomina "un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional", en su art. 75, inc. 2º.

En esta perspectiva, pues, no son siempre sinónimos los términos federalismo y descentralización, ni es aplicable la teoría del federalismo fiscal —como único modelo teórico— a un estado federal. En todo caso habrá que seguir precisando *de qué se trata la diferencia entre un régimen tutelado altamente descentralizado y otro de plenas libertades locales que no abandona el principio de la unidad en la diversidad*.

Finalmente, en lo que a este punto se refiere, admitido lo anterior podríamos agregar que esta coordinación fiscal federal debería contemplar tres elementos característicos en su diseño a fin de estar en línea con el principio de subsidiariedad:

a) Tener previamente asegurado como marco referencial una clara y efectiva distribución de competencias entre el gobierno federal y las provincias, particularmente en cuanto a su ejercicio (responder a la pregunta: ¿Qué hace o debiera hacer cada nivel de gobierno? y determinar a partir de ello la distribución de la renta fiscal federal más adecuada).

b) Coordinar no solamente la distribución entre el gobierno federal y las provincias y sus municipios del producido de la recaudación de impuestos nacionales cuya creación, modificación y eliminación queda reservada hoy con exclusividad al gobierno federal, sino coordinar antes el ejercicio mismo del poder de imposición y administración tributaria sobre estos recursos con, por lo menos, un rol más activo de las Provincias en el Congreso de la Nación a través del Senado, debiendo —por ejemplo— someterse a éste bajo procedimientos agravados, el acuerdo sobre toda creación, modificación o eliminación de impuestos nacionales coparticipables.

c) Acercar la administración tributaria (especialmente en su aspecto recaudatorio) al contribuyente y, por ende, al nivel local. En esto los sistemas de información y gestión coordinada y de percepción de las obligaciones tributarias diseñados con la mayor sencillez entre distintos niveles de gobierno, desde la base municipal, dentro del estado federal, resultan indispensables para la más eficaz captación y distribución de la renta tributaria federal.

V. LAS RELACIONES ENTRE PRESIDENCIALISMO, FEDERALISMO Y SISTEMA FISCAL COORDINADO EN NUESTRO ESTADO FEDERAL

Corresponde ahora preguntarnos: en nuestro Estado Federal, ¿quien garantiza la vigencia del federalismo tal como lo hemos descrito y lo recepta la Constitución Nacional?

¿Sólo la Constitución misma y su interpretación por los jueces? La historia dice que no es suficiente. El federalismo es probablemente la más sofisticada de las formas de estado y requiere de una cultura política muy especial, arraigada en los pueblos que integran la federación.

Aquí conviene repasar nuestro modelo originario.

La organización constitucional originaria de 1853/60 decidió la adopción de la república presidencialista y federal diseñando una presidencia unipersonal con fuertes atribuciones.

Para moderar este presidencialismo que debía asegurar la unidad de la Federación se estableció una clara limitación a su ejercicio del poder de imposición: el Tesoro Nacional se integraba esencialmente con las rentas del comercio exterior (a las que las Provincias renunciaron en histórico debate del 22 y 23 de abril de 1853) y sólo excepcionalmente —como explicó el convencional Gorostiaga— de los impuestos internos (utilizado este término en sentido amplio incluyendo tanto los directos como los indirectos) cuando razones de tal naturaleza lo exigieran y por tiempo determinado.

Por otra parte, el equilibrio entre presidencialismo fuerte y federalismo trató de asegurarse también por la integración de un Senado electo de manera indirecta por la provincias en la inteligencia de que sus representantes —en igualdad de condiciones por todas ellas— expresarían los intereses diversos a ser tenidos en cuenta por el Gobierno Federal en el Congreso de la Nación, casi con mandato imperativo.

Limitación en el ejercicio del poder de imposición y Senado de fuerte ligazón con los intereses locales fueron, pues, los reaseguros constitucionales que debían moderar en el diseño constitucional originario al ejercicio del poder presidencial. Ello concluía con cuarenta años de guerras civiles.

El federalismo moderando al presidencialismo es nuestro modelo original. Por ello sostenemos que degradado aquél resulta inevitable el debilitamiento de la república por el exceso del poder presidencial.

Como señalábamos al principio, a partir de la crisis financiera de 1890/91 y durante ciento veinte años de modo ininterrumpido, este diseño original fue mutando hasta lo que hoy se exhibe claramente: *un Gobierno Federal que concentra en el Tesoro Nacional más del ochenta por ciento de la renta pública; una presidencia que ha desbordado en el ejercicio de sus poderes particularmente desde la crisis económica de 1989/90 —para hablar sólo de esta última etapa constitucional— y un Senado donde predominan los intereses de partido por sobre los locales y regionales, salvo contadas excepciones.*

Expresado lo anterior, quizá se entienda mejor nuestra *hipótesis secundaria*: una nueva ley convenio de coparticipación impositiva federal no necesariamente será buena para el federalismo argentino si consolida la mutación descrita en lugar de que, con ocasión de su debate, sanción y aprobación, se pueda plantear al menos parcialmente la recuperación del modelo constitucional originario con equilibrio de presidencialismo y federalismo.

Para ello creemos que, entre otras, podrían considerarse dos propuestas que no requieren reforma constitucional alguna: en primer término, y respecto de la *coparticipación federal de impuestos*, las provincias deben recuperar el ejercicio *efectivamente* compartido del poder de imposi-

ción en materia de impuestos nacionales coparticipables y no solamente acordar porcentajes de la distribución.

El Tesoro Nacional debe reducirse a las responsabilidades de gasto que estrictamente han sido delegadas al Gobierno Federal y las concurrentes deben ser asumidas en su ejercicio, *primero* por las Provincias con base en el *principio de subsidiariedad*. Solamente a partir de un reordenamiento —conforme al orden jurídico constitucional— de las competencias a todos los niveles (qué hace cada nivel de gobierno) es posible debatir seriamente la distribución de las fuentes tributarias (qué recursos requiere cada uno de estos niveles), la reforma integral en la materia y el llamado sistema de coparticipación federal para promover y alcanzar la solidaridad y equidad de Provincias y regiones, como lo establecen los art. 75, inc. 2º, y 19 de la Constitución Nacional, que aseguren a todos los habitantes un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

En segundo lugar, el *Senado*, como cámara originaria para la sanción de una nueva ley convenio de coparticipación federal, así como de las que provean a equilibrar el desigual desarrollo relativo de Provincias y regiones y habitualmente revisora del proyecto de Presupuesto Nacional como programa federal de gobierno (como manda el art. 75, inc. 8º de la Constitución Nacional), *debería recuperar el rol de garante del federalismo antes que representante de una mayoría partidaria ocasional*.

Al efecto, quizá la elección de los senadores nacionales en comicios separados de todo otro acto electoral contribuya a una decisión por parte de los pueblos de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires más acorde con ello, exigiendo a los candidatos explicitar su compromiso con el régimen federal al que deben servir, independientemente de la razón de partido. Esto sin perjuicio de señalar que —aquietados los espíritus en el futuro— habrá que encarar una reforma constitucional que restituya y fortalezca al Senado de la Nación como el órgano de representación de las Provincias y la ciudad de Buenos Aires en el Gobierno Federal y moderador institucional del ejercicio del poder presidencial.

Por último, podríamos dejar como tópico para la “agenda del federalismo” el debate en torno a la creación de un “Consejo de Estado Federal”, integrado por todos los gobernadores de Provincia y el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como órgano consultivo del Poder Ejecutivo Nacional sobre materias que expresamente se explicitarían y hacen a la vigencia del federalismo establecido por la Constitución Nacional. Nuestro modelo constitucional originario y, aún más, nuestra historia política no se sentirían agraviadas con ello.

VI. PERSPECTIVA DEL ESTADO FEDERAL Y EL FEDERALISMO ARGENTINO EN EL SIGLO XXI: ENTRE LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL

En el final sólo queda reiterar nuestra convicción en cuanto a que la respuesta efectiva y posible para la recuperación del federalismo en la Argentina en pleno siglo XXI —signado por la globalización, la integración regional supranacional, la aparición de nuevos actores desde fuera de la política que inciden sobre ella como las corporaciones económicas y las organizaciones no gubernamentales y, particularmente, el impacto de la era tecnológica que ya ha comenzado— consiste en *la aceptación de aquel como aplicación práctica del principio de subsidiariedad y sistema de libertades locales concretas*.

Pero podríamos agregar que se trata también de entender el *arraigo* como un valor existencial absolutamente estratégico en la perspectiva política del siglo XXI, en el que la población de familias vinculadas a su tierra constituye el primer requisito para la integridad territorial de una Nación.

Al concepto “pensar en lo global y actuar en lo local”, acuñado a fines de los 90 del siglo XX se agrega ahora el de *fortalecer el municipio* y promover el desarrollo local como bases del federalismo para *reintegrar socialmente* a los excluidos por los vientos de la globalización.

Sobre el municipio fortalecido podrá pensarse seriamente en la recuperación y fortalecimiento de las Provincias como “bisagras” del federalismo; de las regiones naturales como ámbito de equilibrio del todo nacional y, en definitiva, del Estado Federal como expresión acabada de la unidad en la diversidad.

Se trata, ni más ni menos que de recuperar, en fidelidad a nuestra historia y con la necesaria actualización que el siglo XXI exige, la vigencia efectiva del federalismo así descrito. Y por esta vía asegurar la vigencia plena de la república federal.

Y no podemos dejar de señalar —con nuestra historia a la vista— que esto tiene una sola respuesta: el cambio profundo en las conductas públicas.

Conductas públicas claramente encarnadas: la Presidencia de la Nación como expresión de la unidad federal; los Gobiernos Provinciales como expresión de la diversidad; el Senado de la Nación como participación y representación de la diversidad en la unidad y, finalmente, las autoridades municipales como titulares del legado fundacional: la patria federal que nació en las ciudades y sus Cabildos, expresión quizá la más acabada de la democracia local al servicio del bien común.

Por ello nos haremos eco de las palabras de Ricardo Zorraquín Becú en su obra clásica ya citada:

“Comprendo perfectamente que la adopción de estas proposiciones significaría un cambio fundamental en la estructura y funcionamiento de nuestras instituciones. Pero me animo a sugerirlas porque considero que es indispensable ofrecer soluciones prácticas a los problemas vitales que plantea una organización política que es indispensable perfeccionar, modernizándola.

”La estructura del Estado, en efecto, es el problema más importante del sistema constitucional. Si se desatiende este aspecto, la República continuará irremisiblemente por el camino de la centralización unitaria en que vive, acentuándose cada vez más el pavoroso desequilibrio político, social económico y financiero que ahora existe... El problema no es solamente institucional: repercute en todos los aspectos de la vida del país. Interesa a la defensa nacional en cuanto el restablecimiento del federalismo permitirá crear núcleos de población y riqueza en la periferia del territorio. Es vital para su economía que así podrá ser una economía de producción y de abundancia mediante la formación de capitales y la expansión de las exportaciones. Conciérne a la vida política porque limitará los poderes excesivos que hoy tiene el Presidente de la Nación, fortaleciendo en cambio a las otras autoridades, que podrán contrarrestar sus abusos. Y por último, afianzará la democracia al permitir que los núcleos regionales puedan resolver por sí solos sus problemas, sin esperar la ayuda o la decisión de los organismos centrales, que actúan muchas veces, sin tener en cuenta o desconociendo totalmente las aspiraciones y tendencias de aquéllos”.

La vigencia de esta apelación escrita hace más de cincuenta años interpela nuestra conciencia cívica: ¿seguiremos así por una generación más?

Se impone una apelación extrema a la memoria federal argentina que todavía no se ha extinguido en todos y cada uno de nuestros municipios, en todas las Provincias a lo largo y ancho del país, allí donde las familias viven y conviven y de cuyo seno saldrán —o no—, entre los dos bicentenarios de la Patria, las nuevas dirigencias que la Argentina necesita en otra encrucijada de su historia.



POTESTADES TRIBUTARIAS DE LOS MUNICIPIOS

POR ALFREDO SILVERIO GUSMAN

1. LA TRASCENDENCIA DEL MUNICIPIO, AHORA Y ANTES

Dentro del bosquejo de la organización federal, las municipalidades tienen una función vital. Joaquín V. González en su obra clásica de nuestra literatura jurídica, analizando los mandatos formulados a los estados provinciales en el art. 5° de la Constitución histórica, advirtió que no fueron insertos de un modo casual, sino que los tres apuntaban a un mismo objetivo. Razonó que si la educación da al hombre el conocimiento de sus derechos, si la justicia los garante, el municipio le presenta el primer teatro donde puede ejercitarlos⁽¹⁾. Antes, Alexis de Tocqueville había advertido que es en el municipio donde reside la fuerza de los pueblos libres⁽²⁾.

En la actualidad, han alcanzado una dimensión singular, por diversas razones. Piénsese, por ejemplo, que alguno de ellos, como sucede con la Municipalidad de Lomas de Zamora, cuenta con una población que supera con creces la de varias provincias argentinas. Entre los motivos de ese rol preponderante que han adquirido, se encuentran las dificultades financieras del sector público, cuyo estrato superior de gobierno ve como una salida la descentralización operativa de funciones hacia los municipi-

(1) Ver *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Estrada Editores, 1951, p. 662. En similar orden de ideas, Tocqueville hace el siguiente parangón: “Las instituciones municipales son a la libertad lo que las escuelas primarias son a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo; le hacen saborear su uso pacífico y le acostumbran a servirse de ella” (*La democracia en América*, Ediciones Orbis, Madrid, 1985, p. 45).

(2) Conf. *La democracia en América*, cit., p. 45. Dice el autor en otros pasajes de su obra donde destaca la importancia del municipio: “... arrebatad la fuerza y la independencia del municipio, y nunca hallaréis más que administrados y en absoluto ciudadanos” (p. 51).

pios⁽³⁾. Al margen de esa coyuntura, aunque si nos atenemos a nuestra realidad, más que de coyuntura debería hablarse de estructura, lo cierto es que resulta recomendable que las necesidades sean atendidas en el ámbito más inmediato al del vecino, sin interferencias burocráticas, lo que provoca un mayor control social ("gobierno de propios", como suele decirse)⁽⁴⁾. Allí el sujeto experimenta y percibe todos los días la realidad local, a través de la efectiva recepción de respuestas —con prescindencia de que éstas sean adecuadas o no— a sus necesidades fundamentales personales y colectivas⁽⁵⁾. Una buena demostración de la dimensión que han adquirido las municipalidades es el protagonismo político que en estos tiempos lograron varios de los exintendentes locales.

Desde otra óptica, lo cierto es que esas responsabilidades que son asignadas o asumidas por los municipios, comúnmente no se ven acompañadas por la transferencia de partidas o por la posibilidad de generación de los recursos necesarios para afrontarlas, lo cual coloca a los instrumentos tributarios como un elemento imprescindible para la gestión.

2. ¿AUTONOMÍA O AUTARQUÍA?

La Constitución histórica hacía referencia a los municipios en el art. 5º, donde incorpora el mandato a los estados provinciales de asegurar el régimen municipal, cuyo incumplimiento obsta a que la Nación les garantice el goce y ejercicio de sus instituciones. La norma se complementaba con el art. 106, que establecía que cada provincia dicta su propia Constitución conforme con lo dispuesto en el precitado art. 5º.

Desde hace casi un siglo se viene discutiendo si estamos ante entes autónomos, por lo tanto, poseedores de un poder normativo propio y originario o simples reparticiones autárquicas, que si bien se administran a sí mismas, lo hacen conforme a una norma de creación que les es impuesta (no se dan sus propias instituciones de gobierno)⁽⁶⁾. Por lo

(3) Ver GUSMAN, ALFREDO S., "¿Son realmente autónomos los municipios en la Constitución argentina?", en AA.VV., *Estudios de derecho público*, pub. por la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, p. 491.

(4) Tocqueville describió la particular relación existente entre el vecino y el municipio: "El habitante (...) se acostumbra a las formas sin las que la libertad no actúa más que por revoluciones, se penetra de su espíritu, le toma gusto al orden, comprende la armonía de los poderes, y recoge, en fin, ideas claras y prácticas sobre la naturaleza de sus deberes, así como sobre la extensión de sus derechos" (*op. cit.*, ps. 52/53).

(5) Conf., PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, "El fundamento constitucional del régimen de los servicios públicos", en AA.VV., *Cuestiones de intervención estatal*, Ed. RAP, p. 733.

(6) Para profundizar acerca de las nociones de autonomía y autarquía, ver GUSMAN, ALFREDO S., "Organización de la Administración Pública", pub. en *Rev. Régimen*

general el debate se encuentra aunado al tema de si los municipios tienen potestades tributarias propias o derivadas.

En un principio la Corte delineó al municipio como una delegación del poder provincial con fines administrativos que la Constitución previó como entidades del régimen provincial, concepto que, de acuerdo con la terminología actual, podemos entender como "autarquía". Así lo sostuvo, por ejemplo, en los casos "Municipalidad de La Plata v. Ferrocarril del Sud" (de 1911)⁽⁷⁾ o más cercano en el tiempo, en "Municipalidad de Laprida v. UBA"⁽⁸⁾.

Ese criterio evidencia modificaciones en el caso "Martínez Galván de Rivademar", de 1989⁽⁹⁾. Aunque, si bien se lee, la Corte no se manifiesta en forma categórica a favor de la autonomía municipal⁽¹⁰⁾, da algunas señales acerca de una diferente concepción del municipio. Por empezar, respecto de la discusión sobre el carácter autárquico o autónomo de los mismos, el Alto Tribunal explicita que deja de lado su criterio acerca de la mera autarquía municipal ("mal se avienen con el concepto de autarquía, diversos caracteres de los municipios"). Para el Supremo, a tenor del art. 5º de la Constitución histórica, la obligación de las provincias no se limita a establecer el régimen municipal. Es preciso, además, dotarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el cumplimiento de sus cometidos. A continuación, en el consid. 8º, describe ciertas características de los municipios (su origen constitucional y, en consecuencia, la imposibilidad de ser suprimidos por ley, su base sociológica constituida por la población que los conforma, las facultades de legislación⁽¹¹⁾, el ser personas de derecho público, la aptitud de crear entes autárquicos en su seno, la elección popular de sus autoridades) que trascienden los rasgos de las entidades autárquicas. Finaliza el análisis del tema advirtiendo que, ante el diferente panorama que éstos exhiben en el derecho público provincial, no puede predicarse con carácter único y uniforme que se trata de entes autárquicos. Como síntesis del fallo, en rigor del *obiter dictum*⁽¹²⁾ que nos

de la Administración Pública, N° 355, p. 25; "Autarquía y descentralización", pub. en ED 179-755.

(7) Fallos 114:282.

(8) Fallos 308:647.

(9) Ver Fallos 312:326.

(10) Aunque cierto es que, a diferencia de lo que sostengo, en el fallo "Municipalidad de Rosario v. Provincia de Santa Fe", que con posterioridad analizaré, el voto minoritario manifiesta que en "Rivademar" quedó delineada la autonomía municipal.

(11) En el consid. 8º, la Corte alude al carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas.

(12) Rectamente, lo central del fallo es una cuestión de empleo público. También se deslizan interesantes desarrollos sobre los actos de los gobiernos *de facto*.

interesa, podría extraerse que la Corte abandona el criterio de considerar a las municipalidades como entes autárquicos, dando a entender, de un modo un tanto implícito, que se trataría de entidades autónomas, pero sin llegar a precisar en qué consistiría la mentada autonomía.

Aproximadamente dos años más tarde y con una composición ampliada a nueve magistrados, la Corte se pronuncia en el caso "Municipalidad de Rosario v. Provincia de Santa Fe"⁽¹³⁾, que, a la hora de reconocer autonomía al municipio, impresiona como menos generoso que el fallo "Rivademar", aunque, paradójicamente, en "Municipalidad de Rosario" alude a "autonomía gubernamental" y a "unidad política autónoma", expresiones ausentes en "Rivademar". A diferencia de este fallo, en el que la Corte se expide por unanimidad, en "Municipalidad de Rosario" surgen fisuras entre los miembros del Alto Tribunal, con la curiosidad que tanto la mayoría como la minoría reivindican la doctrina del fallo "Rivademar" en apoyo a la solución a la que arriban.

La Corte recuerda que la Constitución no ha prefijado un régimen económico financiero municipal, y que consagrarlo compete a cada provincia. En todo caso, para que se verifique una afectación a las facultades de los municipios, las normas deberían impedir su existencia. En definitiva, en "Municipalidad de Rosario" se aclara que al régimen municipal no se le pueden negar las atribuciones suficientes para el cumplimiento de su cometido, pero ellas no deben ir más allá de las que surjan de la Constitución y las leyes provinciales.

3. LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Cuando durante 1994 las entonces mayorías políticas consensúan el llamado Núcleo de Coincidencias Básicas y se sanciona la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, entre los puntos habilitados para el debate se incluyó el de la autonomía municipal⁽¹⁴⁾. Como consecuencia de ello se agrega sobre este asunto a la Ley Fundamental una disposición adicional a la del art. 5º de la Constitución histórica. Me refiero al art. 123, que establece: "Cada provincia dicta su propia Constitución (...) asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo y financiero".

Es cierto que el constituyente empleó el vocablo "autonomía municipal", mas no parece haberlo hecho desde un sentido técnico del término. Nótese que en varios pasajes de la Constitución se alude a "autonomía",

(13) Fallos 314:415.

(14) Art. 3º, apart. b) de la ley 24.309.

por ejemplo, en la cláusula de nuevo progreso del inc. 19 del art. 75 se refiere a la "autonomía y autarquía de las universidades nacionales"⁽¹⁵⁾; alude a "autonomía funcional" en los arts. 85, 86 y 120, referidos a la Auditoría General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público, respectivamente; o el art. 129 habla de un "régimen de gobierno autónomo" para la Ciudad de Buenos Aires. Ante supuestos tan heterogéneos, se puede advertir que no dispensa al léxico un sentido unívoco. Más allá del *nomen iuris* empleado, la autonomía implica un poder normativo propio para darse sus propias instituciones⁽¹⁶⁾. Esto, en principio, no se concilia con la remisión que formula la norma respecto a que el alcance y contenido de la autodeterminación del municipio va a ser resuelto por la Constitución provincial. En definitiva, la reforma constitucional de 1994 ratifica la subordinación y dependencia jerárquica del municipio respecto de la provincia⁽¹⁷⁾.

Se observa entonces que la Convención Constituyente, al no establecer el régimen económico y financiero municipal y decidir que las facultades de los municipios se supeditan a lo que estatuya cada Constitución provincial, más que en el caso "Rivademar", parece estar inspirada en lo resuelto en "Municipalidad de Rosario v. Provincia de Santa Fe". Aun luego de la reforma constitucional el municipio se encuentra sujeto a lo que dispongan, por encima de sus normas, no sólo la Constitución, los Tratados Internacionales y las leyes nacionales, sino también la Constitución y las leyes de su provincia⁽¹⁸⁾. De hecho, luego de la reforma constitucional, en un pleito que involucraba a la Municipalidad de La Plata, la Corte resolvió un conflicto en donde el municipio invocaba su autonomía, remitiendo a los argumentos de "Municipalidad de Rosario v. Pcia. de Sta. Fe"⁽¹⁹⁾.

En el mismo sentido, por ejemplo en los casos "Telefónica de Argentina v. Municipalidad de General Pico"⁽²⁰⁾ y "Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de Chascomús"⁽²¹⁾, el tribunal de la cumbre interpretó el

(15) Surge a simple vista la ausencia de terminología técnica, pues va de suyo que si la universidad es autónoma también es autárquica.

(16) Como señalaba Linares, autonomía implica la atribución de autoconstituirse subordinada a la Constitución Nacional, de autolegislarse y de autoejecutar su orden jurídico (*Derecho administrativo*, p. 219).

(17) Ver CASÁS, José O., "Restricciones al poder tributario de los municipios de provincia a partir de la ley de coparticipación tributaria", en AA.VV., *Derecho tributario municipal*, Ed. Ad-Hoc, vol. 1, p. 26.

(18) Ver NAVEIRA DE CASANOVA, GUSTAVO, "Competencias tributarias de los municipios", en AA.VV., *Derecho tributario municipal*, cit., vol. 1, p. 102.

(19) 28/5/2002, "Municipalidad de La Plata".

(20) Fallos 320:162.

(21) Fallos 320:619.

art. 123, de consuno con el art. 5º, en el sentido de que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen.

4. LAS FACULTADES TRIBUTARIAS DE LOS MUNICIPIOS SURGEN DE LA RESPECTIVA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

Llevando ese esquema al plano estrictamente tributario, no me parece fundamentado sostener que los municipios cuenten con facultades tributarias originarias, desde el momento que cada Constitución provincial es la que se las otorga. Por lo tanto, gozarán de las potestades tributarias que les asignen los estados provinciales, los que, desde luego, no podrán restringirlas de un modo tal que les impida ejercer sus atributos⁽²²⁾. De hecho, la Constitución sigue distribuyendo las competencias tributarias entre la Nación y las provincias, lo cual corrobora que las atribuciones municipales en materia fiscal son derivadas.

En conclusión, las facultades tributarias de los municipios son necesarias —desde que no pueden ser negadas de un modo tal que impida la subsistencia del ente político— y heterogéneas —variables, de conformidad con lo acordado en cada Constitución provincial—⁽²³⁾.

Así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso “Seará v. Municipalidad de Berazategui”, que declaró inconstitucional un canon por extracción de agua del subsuelo, al sostener que las facultades de los municipios bonaerenses en materia tributaria son limitadas, pues de acuerdo con la Constitución local en la que hallan fundamento (arts. 192, inc. 5º y 193, inc. 2º) están sujetas, bajo pena de nulidad a los límites de las facultades otorgadas por la Legislatura provincial⁽²⁴⁾.

En lo que respecta a las constituciones provinciales, no se evidencia uniformidad en el tratamiento dispensado al tema. Por ejemplo, la de la provincia de Buenos Aires —pese a haber sido reformada con posterioridad a la Convención Constituyente Nacional de 1994— adolece de normas al respecto y por lo tanto la cuestión queda diferida a los vaivenes propios de la legislación ordinaria. En cambio, la Constitución de Córdoba, en su art. 188, consagra que las municipalidades disponen

(22) Criterio que también se deriva del citado fallo “Municipalidad de Rosario v. Pcia. de Sta. Fe”.

(23) Conf. en tal sentido GUSMAN, ALFREDO S., *Análisis de derecho constitucional económico*, Ed. Ad-Hoc, ps. 199/200.

(24) Del 11/3/2009, pub. en *Periódico Económico Tributario*, nro. 11, de 2009.

de los recursos provenientes de impuestos que ellas establezcan en sus respectivas jurisdicciones, en armonización con el régimen impositivo provincial y federal y que también son fuente de sus recursos los precios públicos que cobren, ya sea a título de tasa, derechos, patentes o contribuciones por mejoras.

5. SITUACIÓN DE LOS MUNICIPIOS ANTE LOS MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y DISTRIBUCIÓN TRIBUTARIA

Ahora bien, la distribución de facultades tributarias entre distintos órdenes de gobierno requiere de la debida armonización del ejercicio de las competencias inherentes al poder fiscal, para posibilitar un federalismo de concertación, de modo de alcanzar un adecuado equilibrio institucional y evitar la doble o múltiple imposición en el territorio nacional.

En ese sentido, las potestades tributarias de los municipios también se encuentran circunscriptas por los compromisos de coordinación vertical asumidos por las provincias en la ley de coparticipación y demás pactos fiscales. Antes de continuar, es de considerar que en atención a que los municipios, como expuse, tienen un poder tributario derivado de las provincias que integran, no es admisible poner en duda las facultades provinciales de asumir obligaciones por el conjunto de sus municipios. De hecho, cuando reciben los recursos resultantes sin formular reservas, están tácitamente aceptando la situación. Al margen de esta cuestión jurídica, a igual conclusión se arriba desde el plano de la realidad de gobierno, pues no parece factible consensuar un sistema de distribución de esta índole con las casi dos mil doscientas municipalidades existentes a lo largo de nuestra República, con escasa uniformidad de intereses entre sí.

Dado que el Congreso continúa en su condición de moroso en cuanto a la sanción de un régimen de coparticipación conforme al inc. 2º del art. 75 de la Constitución reformada, la cuestión se sigue rigiendo por la ley 23.548, denominada “Régimen Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales entre la Nación y las Provincias”, y sus numerosas e inorgánicas modificaciones, tan así es que Casas lo describe como un “laberinto”⁽²⁵⁾. Mejor que se intente sistematizar sus disposiciones, pues en la Argentina, la experiencia indica que nada hay más permanente que lo transitorio, y pese a que la cláusula transitoria sexta de la Constitución fijaba el año 1996 como plazo tope para reemplazar ese régimen de la ley

(25) Ver CASÁS, JOSÉ O., “Restricciones al poder tributario de los municipios de provincia a partir de la ley de coparticipación tributaria”, ya citada, p. 43.

23.548 por una reglamentación acorde al nuevo sistema, para la fecha el tema siquiera figura en la agenda parlamentaria⁽²⁶⁾.

En fin, la ley de coparticipación establece que la adhesión de las provincias al régimen trae aparejada su aceptación sin limitaciones ni reservas. En lo que concierne al tema en análisis, significa la adopción del compromiso provincial de no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, tampoco establezcan gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por la ley que instituye el mecanismo⁽²⁷⁾. Tanto provincias como municipios quedan excluidos de la posibilidad de gravar materias impositivas sujetas a los impuestos nacionales distribuidos, ni las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos a que se refiere la ley, excepto lo referente a las tasas de servicios efectivamente prestados. Asimismo el art. 9º, inc. e), determina la obligación de las provincias de derogar los gravámenes provinciales y de promover⁽²⁸⁾ la derogación de los tributos municipales que resulten en pugna con el régimen de la ley, debiendo el gobernador o el intendente, según sea el caso, suspender su aplicación dentro de los diez días corridos de la notificación de la decisión de la Comisión Federal de Impuestos que así lo declare.

La provincia se obliga a establecer un sistema de distribución de los ingresos que se originen en la ley para los municipios de su jurisdicción⁽²⁹⁾. La norma no está desprovista de instrumentos coercitivos para su cumplimiento, pues obliga a las provincias a suspender la participación de lo recaudado en impuestos nacionales y provinciales a aquellos municipios que no cumplan con el compromiso⁽³⁰⁾.

Asimismo, el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento (suscripto el 12/8/1993 y ratificado por la ley 24.307), insiste con la limitación ya vista, pues, refiriéndose en forma específica a las tasas municipales, previó que no sólo deben tratarse de servicios efectivamente prestados, sino que su cuantía no puede exceder el costo que derive de su prestación. Además, provincias y municipios se obligaron a

(26) No está demás recordarle a los poderes constituidos que la disposición transitoria sexta establece que "Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal serán establecidos antes de la finalización del año mil novecientos noventa y seis..."

(27) Art. 9º, incs. a) y b) de la ley 23.548.

(28) Casás (conf. "Restricciones al poder tributario...", cit.) advierte que cuando se trata de tributos provinciales, el precepto define una obligación de resultado (derogar los gravámenes), mientras que en el caso de los tributos municipales se trata de una obligación de medios (promover la derogación).

(29) Art. 9º, inc. g) de la ley 23.548.

(30) Art. 9º, inc. f) de la ley 23.548.

derogar los tributos que gravaran directa o indirectamente, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo.

Es importante tener presente que en el fallo emitido durante 2012, "Pan American Argentina LLC. Sucursal Argentina v. Pcia. de Chubut"⁽³¹⁾, la Corte Suprema, adoptando la posición de Jarach⁽³²⁾, circunscribió la noción de "gravámenes análogos". Consideró que los impuestos locales son análogos a los nacionales unificados cuando se verifique alguna de las siguientes hipótesis: definiciones sustancialmente coincidentes de los hechos impositivos o definiciones más amplias que comprendan los hechos impositivos de los impuestos nacionales o más restringidas que estén comprendidos en éstos, aunque se adopten diferentes bases de medición; a pesar de una diferente definición de los hechos impositivos, adopción de bases de medición sustancialmente iguales. El Alto Tribunal no considera relevante para desechar la analogía la circunstancia de que no coincidan los contribuyentes o responsables de los impuestos, siempre que exista coincidencia substancial, total o parcial, de hechos impositivos o bases de medición.

6. LA ENCRUCIJADA MUNICIPAL

Conforme a las limitaciones indicadas, uno llega a comprender, aunque por cierto no a justificar, el esfuerzo imaginativo de los intendentes y concejos deliberantes al organizar "servicios" para tener algún margen tributario. Porque en la práctica han visto resignado su poder de imposición ante las prohibiciones de establecer gravámenes análogos a los nacionales distribuidos. Todo ello agravado ante la situación actual en que el porcentaje de la coparticipación automática hacia las provincias y, por ende, a sus municipios, se encuentra en el nivel más bajo que se registra y en un contexto de transferencia de funciones que las obliga a contar con mayor disponibilidad financiera.

Ante este panorama y la presión fiscal nacional, difícilmente un tributo local —sea éste provincial o municipal— pueda superar la tacha de análogo con uno nacional, salvo aquellos como el inmobiliario, ingresos brutos, sellos, patentes, transmisión gratuita de bienes, expresamente dispensados de ese condicionamiento (sólo a las provincias) en el régimen de coparticipación. Como indica Casás, ya no quedan terrenos baldíos al margen de la acción recaudatoria estatal⁽³³⁾.

(31) Fallo del 19 de junio de 2012.

(32) Extraída del Anteproyecto de Ley de Unificación y Distribución de Impuestos; Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales. Consejo Federal de Inversiones. Buenos Aires, 1966, ps. 183 y ss.

(33) Conf. "Restricciones al poder tributario...", cit., p. 64.

Cobran entonces particular envergadura, desde el punto de vista rentístico, las tasas retributivas de servicios, ya que a los municipios no les queda otra materia imponible⁽³⁴⁾. De allí la diligencia de los Fiscos locales en prestar servicios, o al menos hacer que así parezca, para hacerse de los recursos necesarios. Creo que debemos reconocerle a la Municipalidad de Río Cuarto la calidad de pionera en la materia.

Aunque actualmente la polémica gira en derredor de la "tasa de combustible" (en rigor, "canon por uso de la trama municipal") que perciben algunos municipios bonaerenses (y también la provincia de Córdoba) por cargar combustible líquido en las estaciones de servicio, la más característica de estas figuras es la tasa de inspección, seguridad e higiene, como se la conoce en la provincia de Buenos Aires, sin perjuicio de distintas denominaciones que le han dado otras ordenanzas municipales (también es usual que se la llame "contribución sobre la actividad económica" o "contribución que incide sobre el comercio"). Para que se justifique su imposición, desde la perspectiva de la normativa superior que hemos visto, se requiere no sólo que el sujeto pasivo haga ejercicio habitual de actividades a título oneroso en el municipio, sino que éste además le brinde una actividad administrativa divisible y la suma resultante debería tener relación con el costo del servicio prestado⁽³⁵⁾.

La base imponible viene dada por los ingresos y gastos del contribuyente derivados de dicho ejercicio de actividades en territorio municipal. Incluso, ciertas agencias de recaudación municipales, pretenden hasta incluir en la base imponible ingresos provenientes de rentas de fuente extranjera o los ingresos por exportaciones, ensanchando en grado sumo el monto de la tasa y alejándose nítidamente del servicio supuestamente prestado.

Vayamos ahora al panorama jurisprudencial, que nos ofrece diversos matices. Sostuvo la Corte en el caso "Banco Nación v. Municipalidad de San Rafael" (de 1956) que no resulta inválido establecer el monto a satisfacer valorando la capacidad contributiva del obligado, a fin de cobrar a los menos pudientes una contribución menor que la requerida a los que mayor capacidad posean y, de ese modo, equilibrar el costo del servicio público⁽³⁶⁾. En el mismo sentido sostuvo la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Nobleza Piccardo v. Municipalidad de San

(34) Ver GUSMAN, ALFREDO S., "¿Son realmente autónomos los municipios...?", ya citado.

(35) La realidad arroja que resulta harto dificultoso establecer una equivalencia exacta entre la tasa que abona el contribuyente y el costo del servicio que presta el municipio.

(36) "Banco de la Nación Argentina v. Municipalidad de San Rafael", pub. en Fallos 234:663.

Martín"⁽³⁷⁾ que la tasa no se transforma en impuesto por la sola razón de medirse por los ingresos brutos del contribuyente⁽³⁸⁾.

Por cierto, alguna jurisprudencia provincial hubo de sostener que la prestación del servicio no se esgrime como excluyente a los fines de la imposición de la tasa municipal, pues el hecho imponible surge en razón de la configuración efectiva del presupuesto normativo, en tanto exista estructurado un servicio público concerniente a la actividad, sin que la concreta utilización que de él efectuara el contribuyente se erigiera en presupuesto determinante del surgimiento de la obligación tributaria⁽³⁹⁾. Este criterio, tal vez en abstracto razonable, no se condice con la limitación asumida en el régimen de coparticipación tributaria.

En cambio, la Corte Suprema, en el caso "Cía. Química v. Municipalidad de Tucumán" (1989)⁽⁴⁰⁾, consideró inconstitucional una tasa municipal establecida en retribución de servicios indivisibles hechos en interés general. Veinte años más tarde, en el caso "Laboratorios Raffo v. Municipalidad de Córdoba"⁽⁴¹⁾ (2009), remitiendo al dictamen del Ministerio Público, descalifica la percepción de la tasa que vengo analizando a raíz de que el contribuyente no tiene un local en el municipio y, por lo tanto, ningún servicio podía materialmente recibir, descartando entonces su carácter de tasa. De tal modo se transformaría, como dicen con ironía los objetores de este tipo de tributación, en un "impuesto a la valija". Por ende, el fallo lo asimila a un impuesto incompatible con la ley de coparticipación. La importancia de una prestación efectiva de la actividad también es rescatada en otra sentencia de la Corte en el caso "Municipalidad de Concordia v. Nación AFJP"⁽⁴²⁾, también resuelto por remisión al dictamen fiscal. En el caso el municipio pretendía cobrarle por la misma actividad de inspección tanto al Banco Nación como a la AFJP que funcio-

(37) Del 28/11/1995, pub. en ED 166-593.

(38) En cambio, el Tribunal Superior de La Rioja en el caso "Convenor" (del 20/11/2012), consideró inconstitucional una tasa que se determina exclusivamente en función de los ingresos generados por el obligado al pago en forma mensual, sin considerar el desarrollo de la actividad municipal.

(39) Conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Primera Nominación de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba, 5/6/2003, "Laboratorios Poen S.A. v. Municipalidad de Río Cuarto". En sentido similar a este último precedente, puede consultarse Valdés Costa, Ramón, *Curso de derecho tributario*, pp. 321/322. Sin llegar a sostener ese criterio, otros tribunales han desarrollado una presunción de efectividad en los servicios, cuya consecuencia procesal sería el traslado de la carga de la prueba hacia el contribuyente (ver Tribunal Superior de Córdoba, Sala Contencioso Administrativa, 21/12/2000, "Frigorífico Tinnacher").

(40) Del 5/9/1989, pub. en Fallos 312:1575.

(41) Fallos 332:1503.

(42) Fallo del 26/3/2009.

naban en la misma sede, lo que no fue admitido por la Corte. En un fallo más reciente, recaído en la causa “Quilpe S.A.”⁽⁴³⁾, la Corte da un paso más todavía y sostiene, aplicando —sin mencionarla— la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que es el municipio quien debe demostrar la efectiva prestación del servicio individualizado en el contribuyente para justificar la validez de la imposición de la tasa.

Por cierto, ante la propagación de tasas similares sin demasiados pruritos a la hora de exhibir la concreción del servicio, como sucede también con la mencionada tasa de combustible, dicho precedente asesta un duro golpe a las pretensiones recaudatorias de los municipios. De todos modos, logran subsistir porque el Alto Tribunal, en ese y otros precedentes, no ha desacreditado a aquellas tasas que se determinan teniendo como base la capacidad contributiva o los ingresos del contribuyente. Sin embargo, no parece casual que dada la sustancial identidad entre el dictamen de la Procuración General de la Nación y los considerandos del fallo “Quilpe”, la Corte no haya remitido *in totum* al parecer del Ministerio Público. La única diferencia viene dada por la admisión que hace el dictamen del empleo de la capacidad contributiva como base de cálculo de la tasa (con sustento en el antiguo precedente de la Corte en “Banco Nación v. Municipalidad de San Rafael”, ya citado), aspecto sobre el que la sentencia del Supremo nada dice, lo cual podría dar lugar a conjeturar que el criterio jurisprudencial podría variar.

7. ATRIBUCIONES PARA ESTABLECER EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS MUNICIPALES

Otro tema conflictivo es si las ordenanzas municipales —y también las leyes provinciales— pueden establecer normas en materia de prescripción de los tributos que perciben. El tema nos lleva a diferentes ejes, como la cláusula de los códigos del inc. 12 del art. 75 de la Constitución, la autonomía del derecho tributario, entre otros, que me abstengo de analizar para no apartarme del objeto de este trabajo. Lo cierto es que la Corte Suprema, en el caso “Filcrosa v. Municipalidad de Avellaneda”⁽⁴⁴⁾, emitió un pronunciamiento adverso a las autonomías locales, invalidando aquellos plazos de prescripción contenidos en las normas locales que se aparten del quinquenal establecido en el art. 4027, inc. 3º del Código Civil, sosteniendo, entre otros argumentos, que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local sino un instituto general del derecho, ajeno a las legislaciones provinciales. Sostuvo que

(43) Del 9 de octubre de 2012.

(44) Fallos 326:3899.

del art. 75, inc. 12, la Constitución deriva la implícita pero inequívoca limitación provincial —y también municipal— de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan a la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza (consids. 9º y 12).

Tan polémico es el fallo que diversos prestigiosos tribunales superiores provinciales expresamente dejaron de lado el criterio de la Corte Suprema, por ejemplo, la Corte Suprema de Santa Fe en el caso “Comuna de Recreo v. Santiroco”⁽⁴⁵⁾ y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el caso “Sociedad Italiana de Beneficencia”⁽⁴⁶⁾, aunque luego este último ajustó su jurisprudencia a la doctrina del más Alto Tribunal federal⁽⁴⁷⁾.

A mi modo de ver, el criterio de la Corte nacional pierde de vista que la potestad que tiene el Congreso de sancionar códigos uniformes para toda la Nación con asiento en el inc. 12 del art. 75, lo es con la salvedad, que formula la misma norma, de no alterar las jurisdicciones locales. Es decir, los atributos que corresponden a las provincias por no haber sido delegados conforme al artículo constitucional 121, entre ellos la de darse sus propias instituciones de acuerdo con el art. 122, lo que incluye organizar su sistema recaudatorio. Siempre y cuando, claro está, las regulaciones locales no sean irrazonables, como, por ejemplo, si declararan un plazo de prescripción de veinte años para el cobro de sus tributos. Es más, como lo sostiene el voto minoritario del fallo “Filcrosa”, siquiera la legislación tributaria nacional se atuvo al plazo de prescripción establecido en el Código Civil, consagrando en la ley 11.585 un término de diez años⁽⁴⁸⁾.

Cuando debí analizar el tema durante mi intervención como fiscal en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, también postulé un criterio distinto al del fallo “Filcrosa”, en defensa de las autonomías locales⁽⁴⁹⁾. Asimismo, para esa época tuve en cuenta el cambio de composición en la Corte Suprema, esperanzándome, ante algunos fallos del Alto Tribunal que reivindicaron el derecho público local y la reafirmación de las potestades provinciales, como, por ejemplo, el fallo “Barreto v. Pcia. de Bs. As.”⁽⁵⁰⁾, que el criterio de “Filcrosa” no

(45) Del 6/8/2003.

(46) Del 17/11/2003, pub. en ED. 205-479.

(47) T.S.J., 22/10/2013, “G.C.B.A. v. Marini”.

(48) Ver art. 56 de la ley 11.683 (t.o. 1998).

(49) Conf. dictamen 11.287 del 21/3/2007 de la Fiscalía Nº 2 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(50) Del 21/3/2006, que consideró que el art. 1112 del Código Civil no puede ir en desmedro de las potestades locales para regular la responsabilidad del Estado.

perdurara. De todos modos, la Corte acabó con esas expectativas en el caso "Casa Casmma v. Municipalidad de La Matanza"⁽⁵¹⁾, que reafirma el criterio de "Filcrosa" sin analizar los argumentos empleados por los superiores tribunales locales diferentes a ese fallo.

Por cierto, el Código Civil y Comercial recientemente sancionado, que entrará en vigencia en 2016, retoma en este aspecto la interpretación correcta y deja a salvo las potestades de las legislaciones locales para regular el plazo de prescripción liberatoria de los tributos (art. 2532 *in fine*).

8. ATRIBUCIONES PARA GRAVAR EL ESPACIO PÚBLICO UTILIZADO POR UN SERVICIO PÚBLICO FEDERAL

Resta abordar otra cuestión polémica relativa a las tasas de uso de dominio público (sea subterráneo, aéreo, vía pública) que perciben o pretenden hacerlo los municipios gravando a los prestadores de servicios interjurisdiccionales.

Ante las dificultades para obtener ingresos de otras fuentes, luego de la ola privatizadora de comienzos de la década del 90, los Fiscos locales dirigieron su atención hacia los concesionarios de servicios públicos privatizados, ámbito en el que se presupuso capacidad contributiva suficiente.

La Corte Suprema, en el ya citado caso de "Telefónica v. Municipalidad de General Pico"⁽⁵²⁾ sostuvo que la pretensión del municipio de obtener el cobro de una tasa por la ocupación o uso de espacios de dominio público se encuentra en pugna con la exención establecida en el art. 39 de la ley federal de telecomunicaciones 19.798⁽⁵³⁾, por lo tanto el ejercicio de la potestad municipal resulta inválido. Esta posición ha sido reiterada, con la actual composición del Cívero Tribunal en la causa "Impsat S.A. v. G.C.B.A."⁽⁵⁴⁾.

Frente a esta tendencia jurisprudencial, los municipios, a través de la federación que los agrupa, en su momento reclamaron la sanción de una

(51) Del 26/3/2009, Fallos 326:3899.

(52) Ver en sentido similar 17/3/1998, "Municipalidad de Ensenada v. Telefónica de Argentina".

(53) Establece la norma: "A los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. Este uso estará exento de todo gravamen".

(54) Fallo del 2/3/2011.

ley que les permitiese la fijación del derecho de ocupación por el uso del espacio aéreo y terrestre municipal. Inicialmente tuvieron éxito, pues lograron que el Congreso sancione la ley 25.464 que les reconoció —junto con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, literalmente, competencia originaria para establecer dicho gravamen. Asimismo, la norma derogaba la exención del art. 39 de la ley federal de telecomunicaciones.

En aquellos aciagos días de 2001, cuando se sancionó la ley, se produjo un fuerte lobby de las empresas tendiente a lograr el veto presidencial, resistido con no menos énfasis por los intendentes, quienes virtualmente hicieron una suerte de piquete en el patio de las palmeras de la Casa Rosada. Finalmente la firma de Fernando De La Rúa se inclinó por el veto mediante dec. 1194/01, sin que, pese a la iniciativa de la Cámara de Diputados, el Congreso haya insistido en la sanción.

Desde un plano estrictamente jurídico, es evidente que el Congreso no puede distribuir las potestades tributarias originarias por encima de lo dispuesto en la Constitución Nacional, por lo que mal podría reconocerle a las municipalidades una competencia que no les fue otorgada en la Ley Madre. En cambio, ninguna objeción constitucional puede caber respecto a la eliminación de las exenciones existentes por el uso del espacio municipal, cuestión propia de la valoración política del Poder Legislativo.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como cierre, para que no queden dudas, me gustaría remarcar que en el marco jurídico actual es indispensable para admitir la validez de la tasa municipal, que ésta responda, más que a un servicio, a una actividad concreta respecto del obligado al pago. Por cierto, ello no significa que dicha actividad que se arancela con la tasa deba beneficiar al contribuyente, o que éste pueda desinteresarse de su recepción. De allí que prefiera hablar de una actividad más vinculada con la noción de poder de policía que con la de servicio público. Es más, nada obsta a que la actuación municipal hasta pueda perjudicar al sujeto pasivo, como sucede si a raíz de la inspección deviene la clausura del local por no encontrarse en condiciones.

Sucede que, en los hechos, la potestad tributaria de los municipios se encuentra debilitada o, más bien, evaporada por la prohibición de establecer impuestos análogos a los nacionales coparticipados. De allí la importancia que han adquirido, desde el punto de vista rentístico, las tasas retributivas de servicios, ya que a los municipios no les queda otra materia imponible. Por eso la proliferación de "tasas" en virtud de los "servicios" de inspección, contralor, seguridad, higiene, salubridad, trama, moralidad, profilaxis, piso, abasto, ocupación de espacio, etc., que

en su mayoría se vinculan, más que con un real servicio, con el poder de policía municipal. En definitiva, parafraseando a uno de los poemas más logrados de Borges, podemos decir que los municipios consideran que "...para todo hay término y hay tasa...".

Saliendo de la abstracción de la poesía y entrando a la realidad de la economía, la situación provoca efectos indeseables, porque distorsiona la competitividad de costos entre los contribuyentes, dado que fluctuarán según el apetito fiscal de la localidad en donde operen. Por otro lado, se percibe una manifiesta inequidad, pues los pequeños y medianos contribuyentes, por falta de recursos, terminarán tributando las tasas que les impongan los municipios, mientras que aquellos que pueden asumir un asesoramiento profesional más calificado y hasta litigar —máxime los que por razones de proximidad puedan llevar la cuestión a los fueros federales—, generalmente lograrán llegar a exonerarse de esa carga.



EL USO DEL DERECHO COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

POR JULIO CÉSAR RIVERA (H)⁽¹⁾

1. INTRODUCCIÓN

El uso del derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional constituye un fenómeno global. En este sentido, se observa actualmente un proceso de diálogo entre los tribunales supremos en virtud del cual los jueces cada vez más tienen en cuenta los enfoques adoptados por otros tribunales respecto de problemas similares, especialmente en materia de derechos humanos⁽²⁾. Este uso del derecho constitucional extranjero en la interpretación constitucional ha contribuido a generar un proceso de migración de ideas constitucionales a través de los distintos sistemas legales⁽³⁾. Este proceso de migración —según Sujit Choudhry— “está rápidamente emergiendo como una de las características esenciales de la práctica constitucional contemporánea”⁽⁴⁾.

En la Argentina, sin embargo, el uso del derecho extranjero en la interpretación constitucional es una práctica aceptada ya desde los orígenes de nuestro sistema constitucional, debido a la relación genética que existe entre la Constitución argentina de 1853 y la Constitución de los

(1) Profesor de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires) y Global Adjunct Professor of Law (NYU School of Law). Basado en el capítulo de la obra de RIVERA (h), JULIO CÉSAR - ELIAS, JOSÉ SEBASTIÁN - GROSMAN, LUCAS SEBASTIÁN - LEGARRE, SANTIAGO (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, p. 200.

(2) Cfr. L'HEUREUX-DUBÉ, CLAIRE, “The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court”, en 34 *Tulsa Law Journal* 15, p. 21 (1998).

(3) CHOUDHRY, SUJIT, “Migration as new metaphor in comparative constitutional law”, en CHOUDHRY, SUJIT (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 1 y 13.

(4) CHOUDHRY, SUJIT, “Migration as new metaphor in comparative constitutional law”, cit., p. 13.

Estados Unidos⁽⁵⁾. En efecto, la redacción de la Constitución de 1853 estuvo fuertemente influida por la Constitución de los Estados Unidos y su interpretación por los tribunales estadounidenses⁽⁶⁾. Los principios fundamentales del derecho público argentino —un sistema republicano, presidencialista y federal y un Poder Judicial con la facultad de ejercer el control de constitucionalidad en casos concretos— tienen su origen en el sistema constitucional estadounidense⁽⁷⁾.

Debido a esta relación genética entre la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución argentina de 1853, la Corte Suprema argentina entendió que era razonable tener especialmente en cuenta la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses al momento de interpretar la Constitución argentina. En este sentido, la Corte Suprema argentina sostuvo en 1877 que

“El sistema que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares”⁽⁸⁾.

(5) Las constituciones se encuentran genéticamente relacionadas cuando una ha influido en la redacción de la otra. Cfr. CHOUDRHY, SUJIT, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, 74 *Indiana Law Journal* 819, p. 838 (1999).

(6) Véase, por ejemplo, BIANCHI, ALBERTO B., *Historia de la formación constitucional argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 192 (destacando que la Constitución de los Estados Unidos ejerció una influencia poderosa en la redacción de la Constitución de 1853); GARCÍA MANSILLA, MANUEL - RAMÍREZ CALVO, RICARDO, *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 227 (afirmando que la Constitución de los Estados Unidos tuvo una “influencia vital y determinante en nuestro ordenamiento constitucional”); GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho constitucional argentino*, J. Lajouane eds., Buenos Aires, 1917, t. I, p. 382 (expresando que los constituyentes no se limitaron únicamente a tomar la Constitución estadounidense, sino que dieron a nuestra Nación la forma de gobierno que aquélla había creado); PADILLA, ALBERTO, *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*, Buenos Aires, Jesús Ménéndez ed., 1927, p. 8 (sosteniendo que la Constitución argentina “reconoce en la de Estados Unidos su filiación ideológica”); VANOSSI, JORGE R., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”, en *Revista Jurídica de San Isidro*, nro. 10-11, pp. 73 y 75 (1976) (sosteniendo que la Constitución argentina de 1853 adoptó los principios fundamentales del régimen político estadounidense).

(7) VANOSSI, JORGE R., “La influencia de la Constitución ...”, cit., p. 75.

(8) CS, 21/8/1877, “Lino de la Torre s/Recurso de hábeas corpus”, Fallos 19:231.

Durante una primera etapa —que va aproximadamente desde 1863 (fecha de la primera integración de la Corte Suprema) hasta 1903⁽⁹⁾— la Corte Suprema argentina sistemáticamente fundamentó sus decisiones en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses cuando se debatían los alcances de normas constitucionales que habían sido tomadas del texto de la Constitución de los Estados Unidos.

La jurisprudencia estadounidense fue particularmente relevante a los fines de interpretar la facultad de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad⁽¹⁰⁾, los límites al control y la existencia de cuestiones políticas no justiciables⁽¹¹⁾, los alcances de la jurisdicción federal⁽¹²⁾ y la supremacía del derecho federal⁽¹³⁾.

Del análisis de estas decisiones surge, como advierte Jonathan Miller, que los tribunales argentinos consideraron —durante esta etapa— que la jurisprudencia estadounidense era de seguimiento obligatorio⁽¹⁴⁾. Ésta era justamente la visión defendida por Sarmiento, quien sostenía que “el

(9) El período se origina en 1863 porque es la fecha de la primera integración de la Corte Suprema y se extiende hasta 1903 porque, en general, los historiadores de la Corte Suprema coinciden que en ese año comienza una nueva etapa en la historia de la Corte. Véase, por ejemplo, HUERTAS, MARTA MARÍA MAGDALENA, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)* (2001), Ed. Dunken, Buenos Aires, 2001, p. 17 y OYHANARTE, JULIO, “Historia del Poder Judicial”, en *Todo es historia*, N° 61, Buenos Aires, 1972, p. 88.

(10) La Argentina fue el primer país en adoptar el sistema estadounidense de control de constitucionalidad difuso según el cual los jueces tienen la facultad de declarar inaplicable en el caso concreto toda norma que consideren inconstitucional. Véase, por ejemplo, CS, 3/5/1865, “Domingo Mendoza y Hno. v. Provincia de San Luis s/derecho de exportación - Cuestión de competencia”, Fallos 3:135 (declarando por primera vez la inconstitucionalidad de una norma provincial —con sustento en los artículos 9° y 10 de la CN— en cuanto dicha norma local fijaba derechos a los productos de la provincia que se extraían al exterior de ella, afectando de esta manera la libre circulación de las mercancías). CS, 22/9/1887, “Sojo”, Fallos 32:120 (declarando la inconstitucionalidad de una ley federal que otorgaba jurisdicción originaria a la Corte Suprema en casos de hábeas corpus, con el argumento de que la jurisdicción originaria de la Corte no podía ser ampliada por ley, tal como lo había sostenido la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Marbury v. Madison”, 5 US 137 [1803]).

(11) La Corte Suprema argentina adoptó la noción de “cuestiones políticas no justiciables” delineada por la Corte Suprema estadounidense a partir del caso “Luther v. Borden” (48 US 1 [1849]). Cfr. CS, 7/9/1893, “Joaquín M. Cullen v. don Baldomero Llerena”, Fallos 53:420.

(12) Cfr. “Sojo”, cit.

(13) Cfr. “Mendoza y Hno. v. Provincia de San Luis”, cit.

(14) MILLER, JONATHAN M., “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of US Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, en 46 *American University Law Review* 1483, p. 1546 (1997).

derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante, en los puntos análogos e idénticos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida i adoptada su interpretación como interpretación genuina de nuestra constitución”⁽¹⁵⁾. Según Sarmiento, “sería monstruoso, por no decir ridículo, pretender que las mismas ideas, espresadas con las mismas palabras, para fines idénticos, hubiesen en nuestra constitución de producir diversos resultados, o tener significado distinto”⁽¹⁶⁾.

Si bien esta concepción de la jurisprudencia estadounidense como de “seguimiento obligatorio” se fue diluyendo poco a poco a partir de principios del siglo XX, la Corte Suprema argentina y los tribunales inferiores continuaron importando diversas doctrinas o estándares constitucionales delineados por la Corte estadounidense, lo que confirma la relevancia de esta jurisprudencia para los jueces argentinos⁽¹⁷⁾.

(15) SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853*, Imprenta de Julio Belin I. Cía., Santiago de Chile, 1853, p. 8.

(16) SARMIENTO, DOMINGO FAUSTINO, *Comentarios...*, cit., p. 10.

(17) Por ejemplo, en materia de derecho de propiedad y emergencia económica la Corte Suprema argentina adoptó en el caso “Avico v. de la Pesa” (CS, 7/12/1934, “Avico v. De la Pesa”, Fallos 172:21) el estándar establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Home Building & Loan Ass’n v. Blaisdell” (290 US 398 [1934]). Los problemas que plantea la importación de esta estándar constitucional se analizan en el apartado 2.2.2 de este trabajo.

En lo que se refiere a la libertad de expresión, la Corte Suprema argentina importó el estándar de la real malicia adoptado por la Corte estadounidense en el célebre caso “New York Times v. Sullivan” (376 US 254 [1964]), tal como se explica en mayor detalle en el apartado 2.2.1 de este trabajo.

Asimismo, la Corte argentina importó la doctrina sentada por la Corte estadounidense en los casos “Cox Broadcasting Corp. v. Cohn” (420 US 469 [1975]) y “The Florida Star v. B.J.F.” (491 US 524 [1989]) según la cual si un diario obtiene lícitamente información verdadera acerca de una cuestión de interés público, los funcionarios estatales no pueden castigar constitucionalmente la publicación de la información, si no existe la necesidad de promover un interés estatal del más alto orden. Analizo los principales cuestionamientos a la importación de esta doctrina en el punto 2.1 de este artículo.

Por su parte, los tribunales penales han importado la doctrina del caso “Brandenburg v. Ohio” (395 US 444 [1969]), según la cual el Estado no puede prohibir o proscribir la prédica del uso de la fuerza o la violación a la ley, excepto cuando tal prédica fuera dirigida a incitar o a producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción (cfr. C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 8/7/1994, “Ortiz, Sergio”, LL 1995-D-524; C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 27/4/2006, “Bonafini, Hebe s/procesamiento”, LL 2006-E-45).

En el área de las garantías penales, la Corte aplicó la doctrina del “fruto del árbol venenoso”, cuyo origen en el derecho constitucional estadounidense se remonta al

Amén de las innumerables referencias a las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se encuentran también — en los fallos de la Corte argentina — referencias a sentencias del Tribunal Constitucional alemán⁽¹⁸⁾, del Tribunal Constitucional español⁽¹⁹⁾, de la Cámara de los Lores del Reino Unido⁽²⁰⁾, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽²¹⁾,

caso “Silverthorne Lumber Co v. United States” (308 US 338 [1939]) y según la cual corresponde excluir del proceso la prueba obtenida ilegalmente (Cfr. CS, 13/5/1986, “Rayford y otros”, Fallos 308:733 y CS, 19/11/1987, “Francomano”, Fallos 310:19).

(18) Véase, por ejemplo, CS, 26/4/1995, “Partido Comunista s/ acción de amparo”, Fallos 318:567 (consid. 7º del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y Fayt); CS, 15/10/1998, “Urteaga, Facundo Raúl v. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de la FF. AA. s/ amparo ley 16.986”, Fallos 321:2767 (consid. 10 del voto concurrente del juez Petracchi); CS, 19/9/2000, “González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba”, Fallos 323:2659 (consid. 10 del voto concurrente del juez Petracchi); CS, 14/6/2005, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, Fallos 328:2056 (consid. 19 del voto del juez Lorenzetti); CS, 17/3/2009, “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento Distrito Capital Federal”, Fallos 332:433 (consid. 15 del voto concurrente del juez Fayt).

(19) Véase, por ejemplo, CS, 16/4/1998, “Petric, Domagoj Antonio v. Diario Página 12”, Fallos 321:885 (consids. 9º y 12 del voto de los jueces Petracchi, López y Bossert, consid. 10 del voto del juez Moliné O’Connor, consid. 16 del voto del juez Vázquez); CS, 20/10/1998, “Menem, Eduardo s/ querrela por calumnias e injurias”, Fallos 321:2848 (consids. 10, 15 y 16 del voto de los jueces López, Vázquez, Boldu y Miguel); CS, 25/9/2001, “Menem, Carlos Saúl v. Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 324:2895 (consids. 4º y 14 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López, consids. 4º y 17 del voto concurrente del juez Vázquez); CS, 3/5/2007, “Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación”, Fallos 330:1989 (consid. 8º del voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); CS, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto cv. PEN - Ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.985”, Fallos 332:111 (consid. 24 del voto de la mayoría); CS, 11/8/2009, “Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años — causa 46/85 —”, Fallos 332:1769 (consids. 11 y 21 del voto en disidencia del juez Maqueda).

(20) Véase, en este sentido, CS, 7/7/1992, “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otro”, Fallos 315:1492 (consid. 27 del voto de la mayoría).

(21) Véase, por ejemplo, CS, 12/11/1998, “Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737”, Fallos 321:2947 (consid. 9º del voto en disidencia del juez Petracchi); “Menem, Eduardo”, cit. (consid. 13 del voto en disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert); “González de Delgado”, cit. (consid. 8º del voto concurrente del juez Petracchi); CS, 16/11/2004, “Hooft, Pedro v. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos 327:5118 (consid. 4º del voto de la mayoría); CS, 3/5/2005, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Fallos 328:1146 (consid. 52); CS, 8/3/2005, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita”, Fallos 328:341 (consid. 16 del voto en disidencia del juez Petracchi y consid. 15 del voto en disidencia del juez Belluscio); CS, 27/12/2005, “T., R. A. s/ internación”, Fallos 328:4832 (consid. 5º); CS, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la identidad travesti - Transexual v. Inspección General de Justicia”, Fallos 329:5266 (consid. 12); “Halabi v. PEN”, cit.

de la Corte Suprema de Canadá⁽²²⁾, de la Corte Constitucional de Italia⁽²³⁾, de la Corte Constitucional de Colombia⁽²⁴⁾, de la Corte de Casación francesa⁽²⁵⁾, del Tribunal de Gran Instancia de París⁽²⁶⁾ y del Tribunal Constitucional de Perú⁽²⁷⁾.

A pesar de las excesivas referencias al derecho constitucional extranjero en los fallos de la Corte Suprema argentina, esta práctica no ha generado demasiados cuestionamientos en nuestro país⁽²⁸⁾. El propósito de este artículo es llamar la atención acerca de algunas cuestiones que deberían ser tenidas en cuenta por los tribunales argentinos al considerar la importación de un estándar constitucional elaborado por un tribunal extranjero. De esta manera, el artículo no incursiona en el debate primario acerca de la legitimidad de esta práctica sino que —a los fines de este trabajo— la acepta como punto de partida pero trata de demostrar que existen barreras significativas a la importación mecánica e irreflexiva de estándares constitucionales extranjeros que ha realizado la Corte Suprema argentina a lo largo de su historia.

2. LAS BARRERAS A LA IMPORTACIÓN DE ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES EXTRANJEROS

La importación de estándares constitucionales delineados por tribunales extranjeros se encuentra sometida a ciertos límites que deberían ser tenidos en cuenta al interpretar la Constitución.

(consid. 24 del voto de la mayoría); "Gualtieri Rugnone de Prieto", cit. (consid. 11 del voto en disidencia del juez Maqueda).

(22) "Hoof", cit. (consid. 4º del voto de la mayoría); "Arancibia Clavel", cit. (consid. 30 del voto concurrente del juez Boggiano); CS, 10/5/2005, "Lariz Iriondo, Jesús María s/solicitud de extradición", Fallos 328:1268 (consid. 32 del voto en disidencia del juez Boggiano).

(23) Véase, por ejemplo, "Gualtieri Rugnone de Prieto", cit. (consid. 35 del voto en disidencia del juez Maqueda).

(24) Véase, por ejemplo, CS, 26/10/2004, "Bustos, Alberto Roque y otros v. E.N. y otros s/amparo", Fallos 327:4495 (consid. 28 del voto en disidencia del juez Fayt).

(25) "Petric", cit. (consids. 23 y 24 del voto concurrente del juez Fayt).

(26) Véase, por ejemplo, "Menem v. Editorial Perfil", cit., (consid. 14 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López).

(27) Véase, en este sentido, CS, 7/6/2005, "Asociación de Teleriodifusoras Argentinas y otro v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 328:1825 (consid. 12 del voto en disidencia parcial de los jueces Petracchi y Belluscio).

(28) Una de las pocas excepciones es la aguda crítica de ROSENKRANTZ, CARLOS F., "Against borrowing and other nonauthoritative uses of foreign law", 1 *International Journal of Constitutional Law* 269 (2003). Según Rozenkrantz, incluso el uso no autoritativo del derecho constitucional extranjero es problemático porque impide la implantación y desarrollo de una cultura constitucional y añade una complejidad innecesaria a los fallos de la Corte Suprema (pp. 292-293).

En primer lugar, la importación de una doctrina constitucional no puede depender exclusivamente de su mérito intrínseco —o sea, si al intérprete le parece una solución conveniente, justa o razonable— sino que además debe tenerse en cuenta si dicha doctrina constitucional resulta compatible con el texto constitucional que está siendo interpretado.

En segundo lugar, la interpretación constitucional se desarrolla en un contexto histórico-político particular. Antes de importar un determinado estándar constitucional resulta fundamental conocer el marco histórico-político en el que se adoptó dicho estándar, ya que su importación puede resultar inconveniente, injusta o innecesaria en un contexto diferente.

En tercer lugar, es necesario tener presente que la interpretación constitucional depende también del contexto institucional. La importación de un determinado estándar constitucional —cuya creación resulta razonable en marco de determinados arreglos institucionales— puede llevar a resultados irrazonables en un país que tiene un contexto institucional diferente.

A continuación, analizo cada una de estas cuestiones.

2.1) Los límites impuestos por el texto constitucional

El ideal abstracto del constitucionalismo implica la existencia de un gobierno limitado, el respeto del Estado de derecho y la protección de los derechos individuales⁽²⁹⁾. Pero la concreción de esos principios básicos del constitucionalismo en una constitución escrita concreta depende de factores culturales e históricos que son específicos de cada país. De ahí que los textos constitucionales de las democracias liberales presenten variaciones significativas; cada constitución importa un hecho histórico único⁽³⁰⁾. Como observa Rosenkrantz, "[s]iempre habrá innovación y creación en el derecho constitucional, porque siempre habrá diferentes formas de intentar solucionar problemas constitucionales"⁽³¹⁾.

Por consiguiente, los tribunales no pueden importar doctrinas o estándares constitucionales desarrollados por tribunales extranjeros sin previamente evaluar si dicho estándar fue creado con base en un texto

(29) Cfr. ROSENFELD, MICHEL, *The Identity of the Constitutional Subject*, Routledge, New York, 2010, p. 151. Por ello, el constitucionalismo no debe ser confundido con la simple existencia de una constitución (Cfr. WHITTINGTON, KEITH E., "Constitutionalism", en WHITTINGTON, KEITH E. - KELEMEN, DANIEL R. - CALDEIRA, GREGGORY A., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 281).

(30) ROSENFELD, MICHEL, *The Identity...*, cit., p. 149.

(31) ROSENKRANTZ, CARLOS F., "Against Borrowing...", cit., pp. 282-283.

constitucional que presenta diferencias significativas con el texto constitucional local en la materia de que se trata. Los jueces no son libres para desarrollar la Constitución como mejor les parezca sino que tienen una obligación de fidelidad frente a ésta⁽³²⁾.

La importancia del texto constitucional como barrera a la importación de estándares constitucionales creados por tribunales extranjeros ha sido destacada por diversos tribunales constitucionales. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica sostuvo —al resolver un planteo de inconstitucionalidad de una norma que prohibía la venta de alcohol en determinados negocios los días domingo, Viernes Santo y el día de Navidad— que la Constitución de Sudáfrica trata la cuestión de la libertad religiosa de forma diferente a la Constitución estadounidense⁽³³⁾. En este sentido, el voto de la mayoría cuestiona la opinión de la disidencia por hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en materia de separación entre Iglesia y Estado establecida en la Primera Enmienda, a pesar de que la Constitución de Sudáfrica no prohíbe la promoción de la religión por parte del Estado⁽³⁴⁾.

La Corte Constitucional de Sudáfrica también tuvo en cuenta las diferencias de los textos constitucionales al declarar la inconstitucionalidad de la pena de muerte. En efecto, la Corte sudafricana se rehusó a seguir la interpretación de otros tribunales supremos —como las de la Corte Suprema de los Estados Unidos y de la Corte Suprema de India— que habían rechazado un planteo similar⁽³⁵⁾. En este sentido, la Corte sudafricana afirmó que, en dichos países, el texto constitucional reconocía —expresa o implícitamente— la validez de la imposición de la pena de muerte, mientras que ello no era el caso en Sudáfrica⁽³⁶⁾. La Corte sudafricana enfatizó que al usar el derecho comparado “hay que tener en cuenta que estamos obligados a interpretar la Constitución de Sudáfrica y no un instrumento internacional o la constitución de algún país extranjero, y que esto tiene que hacerse con el debido respeto a nuestro ordenamiento jurídico, nuestra historia y las circunstancias, y la estructura y el lenguaje de nuestra propia Constitución”⁽³⁷⁾.

En nuestro país, la Corte Suprema también ha destacado la relevancia del texto constitucional argentino al evaluar la adopción de doctrinas

(32) Cfr. GOLDSWORTHY, JEFFREY, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, en CHOUDHRY, SUJIT, *The Migration of Constitutional Ideas*, cit., pp. 115 y 141.

(33) Cfr. “State v. Solberg”, 1997, CCT 40/96, §100.

(34) “State v. Solberg”, cit., § 99-102.

(35) Cfr. “State v. T. Makwanyane and M. Mchunu”, 1995, CCT/3/94.

(36) “State v. T. Makwanyane and M. Mchunu”, cit., § 38.

(37) “State v. T. Makwanyane and M. Mchunu”, cit., § 39.

constitucionales foráneas. En materia de federalismo, la Corte Suprema argentina ha rechazado en diversas oportunidades la importación de los estándares constitucionales estadounidenses cuando nuestra Constitución se aparta del texto de la Constitución de los Estados Unidos. Por ejemplo, en “Avegno v. Provincia de Buenos Aires”⁽³⁸⁾, la Corte rechazó la interpretación propugnada por la provincia de Buenos Aires según la cual, las provincias no podían ser demandadas por los particulares ante los tribunales federales, tal como lo establecía la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos. Al respecto, la Corte Suprema argentina destacó que nuestra Constitución no tenía una norma similar a la Enmienda XI de forma tal que “nuestros constituyentes quisieron y dieron al Poder Judicial atribuciones más extensas que los Americanos”⁽³⁹⁾.

Siguiendo un razonamiento similar, la Corte argentina se rehusó —en “Ferrocarril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe s/repetición de pago indebido”⁽⁴⁰⁾— a importar mecánicamente la jurisprudencia estadounidense en virtud de las diferencias existentes entre ambos textos constitucionales respecto de las facultades del Congreso. Al analizar la constitucionalidad de una ley federal que eximía a los ferrocarriles del pago de impuestos provinciales, la Corte destacó que

“Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia debe servirnos de modelo, también lo es que en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales y no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales.

“El punto sometido hoy al fallo de la Suprema Corte, es precisamente uno de estos.

“En la constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso diez y seis del artículo sesenta y siete de la Constitución nacional”⁽⁴¹⁾.

Por la misma razón, sería irrazonable adoptar los estándares constitucionales de la Corte Suprema estadounidense en materia de acciones afirmativas que establecen que este tipo de medidas deben quedar

(38) CS, 10/11/1874, “José Leonardo Avegno v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 14:425.

(39) “José Leonardo Avegno v. Provincia de Buenos Aires”, cit., p. 438.

(40) CS, 3/7/1997, “Ferrocarril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe s/repetición de pago indebido”, Fallos 68:227.

(41) “Ferrocarril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe s/repetición de pago indebido”, cit., p. 235.

sometidas a un escrutinio estricto para acreditar que la medida en cuestión promueve un interés estatal impostergable y está estrechamente ajustada a la promoción de dicho interés⁽⁴²⁾. En efecto, la Constitución argentina —a diferencia de la Constitución estadounidense— expresamente autoriza al Congreso a “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23). Esta singularidad del enfoque estadounidense en materia de acciones afirmativas también ha sido observada en Canadá en donde se ha señalado que el art. 15, inc. 2º de la *Charter of Rights and Freedoms*, en cuanto expresamente autoriza los programas de acción afirmativa, impide la aplicación de los principios desarrollados por los tribunales estadounidenses en el derecho constitucional canadiense⁽⁴³⁾.

Sin embargo, en otras áreas del derecho constitucional, la Corte Suprema ha hecho referencia a la jurisprudencia de tribunales extranjeros, a pesar de las significativas diferencias existentes entre los textos constitucionales.

Por ejemplo, en materia de derecho a la intimidad y libertad de expresión, la Corte Suprema argentina ha importado la doctrina establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos en los casos “Cox Broadcasting Corp. v. Cohn”⁽⁴⁴⁾ y “The Florida Star v. B.J.F.”⁽⁴⁵⁾, según la cual los intereses a favor de la protección del derecho a la intimidad palidecen cuando la información cuestionada ya se encuentra en registros públicos⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, el derecho constitucional a la privacidad —en el sistema legal estadounidense— sólo resulta violado cuando existe una *conducta estatal o gubernamental*, de manera tal que la protección de la intimidad de los individuos frente a la conducta invasiva de los medios de prensa (o de cualquier otro sujeto no estatal) surge *exclusivamente* de normas infraconstitucionales⁽⁴⁷⁾. Al carecer de jerarquía constitucional, el dere-

(42) Véase, por ejemplo, “Gratz v. Bollinger”, 539 US 244 (2003).

(43) Cfr. L'HEUREUX-DUBÉ, CLAIRE, “The Importance of Dialogue...”, cit., p. 37.

(44) 420 US 469 (1975).

(45) 491 US 524 (1989).

(46) Cfr. CS, 2/7/1993, “Pérez Arriaga, Antonio v. Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.”, Fallos 316:1623, consid. 13 del voto de los jueces Barra, Fayt y Cavagna Martínez y “Pérez Arriaga, Antonio v. Diario La Prensa S.A.”, Fallos 316:1632, consid. 7º del voto de los jueces Boggiano y Petracchi.

(47) Véase, por ejemplo, RICH, BRUCE - BRILLIANT, LIVIA D., “Defamation in Fiction; The Limited Viability of Alternative Causes of Action”, 52 *Brooklyn Law Review* 1, 20, nota a pie 94 (1986); VOLOKH, EUGENE, “Freedom of Speech and Information Privacy:

cho a la intimidad cede generalmente ante los derechos de la Primera Enmienda y ante otros derechos constitucionales con los cuales entra en conflicto⁽⁴⁸⁾. En cambio, en el derecho argentino, el derecho constitucional a la intimidad constituye un escudo protector tanto frente a las conductas invasivas de funcionarios estatales como frente a los actos de otros sujetos privados que gozan de un enorme poder, como los medios de comunicación, por lo que no resulta razonable aceptar la prevalencia sistemática y automática de la libertad de expresión, que caracteriza a la jurisprudencia estadounidense en esta área⁽⁴⁹⁾.

El uso de precedentes extranjeros difícilmente compatibles con el texto constitucional se constata también en materia de la libertad de expresión y censura previa en la medida en que algunos jueces de la Corte Suprema han tratado de justificar el dictado de medidas preventivas, en decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que las admiten en algunos supuestos excepcionales⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, como advierte el juez Petracchi, la prohibición de censura previa —establecida en el art. 14 de la Constitución argentina y en el art. 13, inc. 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos— es “el resultado de una poderosa tradición constitucional latinoamericana que no tiene parangón en otros continentes”⁽⁵¹⁾. Por consiguiente, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos o de la Corte Suprema de los Estados Unidos que admite ciertas restricciones previas no puede ser importada de forma mecánica en nuestro derecho constitucional ya que se sustenta en textos constitucionales o convencionales que no vedan expresamente la censura previa. En este sentido, Petracchi expresó que “[d]esconocer los alcances que en esta materia tiene la Carta Regional de los Derechos

the Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You”, 52 *Stanford Law Review* 1049, p. 1107 (2000); ZIMMERMAN, DIANE L., “Requiem for a Heavyweight: a Farewell to Warren and Brandeis’s Privacy Tort”, en 86 *Cornell Law Review* 291, p. 298 (1983).

(48) Cfr. CLARK, TERENCE J., “When Privacy Rights Encounter First Amendment Freedoms”, 41 *Case Western Reserve Law Review* 921, 923 (1991).

(49) Así lo afirma con meridiana claridad el juez Petracchi —en su voto concurrente en el caso “Ponzetti de Balbín”—: el área de exclusión tutelada por el derecho a la intimidad “no sólo se impone como un límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares, especialmente cuando éstos integran grupos que, en el presente grado de desarrollo de los medios de comunicación, se han convertido en factores que ejercen un poder social considerable, ante los cuales no cabe dejar inermes a los individuos”. Esto no debe sorprender ya que la oponibilidad de los derechos constitucionales a los particulares es la regla general en el derecho constitucional argentino (CS, 5/9/1958, “Kot, Samuel”, Fallos 241:291).

(50) Véase, por ejemplo, CS, 3/4/2001, “S., V. v. M., D. A.”, Fallos 324:975, (considerando 10 del voto de los jueces Moliné O’Connor y López).

(51) “S., V. v. M., D. A.”, cit., considerando 8 del voto en disidencia del juez Petracchi.

Humanos —trayendo a colación la permisividad censoria que se advierte en otras latitudes— no sólo reflejaría una hermenéutica errónea sino que borraría uno de los rasgos más peculiares del sistema americano, en aras de no se sabe qué vaga homogeneización”⁽⁵²⁾.

En síntesis, la interpretación constitucional debe comenzar por el texto del documento constitucional. La importación de doctrinas o estándares de otros tribunales constitucionales no depende exclusivamente de su mérito intrínseco sino que resulta necesario analizar en cada caso si son compatibles con el texto constitucional argentino.

2.2) Los límites impuestos por el contexto histórico-político

Muchos derechos constitucionales se encuentran consagrados en principios generales abstractos que no nos dicen nada acerca de cómo resolver un conflicto constitucional concreto. La resolución de dichos conflictos exige analizar los bienes que cada derecho protege y los fines que se persiguen mediante su reconocimiento⁽⁵³⁾. Como ha expresado la Corte Suprema argentina, los derechos constitucionales “deben operar según las leyes que reglamenten su ejercicio, *atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen*”⁽⁵⁴⁾.

En estos casos en los que el texto constitucional no es determinante, uno podría pensar que la importación de estándares constitucionales extranjeros encuentra menos obstáculos. Sin embargo, hay que tener presente que la interpretación constitucional no opera en el vacío sino en un contexto determinado, susceptible de influir en la elaboración de los estándares constitucionales⁽⁵⁵⁾. En efecto, en algunos casos, el desarrollo de un estándar constitucional determinado es pensado como un “anticuerpo” frente a un hecho histórico concreto que es percibido como negativo⁽⁵⁶⁾. En otros casos, hay ciertos fenómenos históricos positivos

(52) “S., V. v. M., D. A.”, cit., consid. 17 del voto en disidencia del juez Petracchi.

(53) Cfr. SERNA, PEDRO - TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 53.

(54) CS, 11/8/1988, “Schoklender, Sergio Mauricio s/causa n° 19.889”, Fallos 311:1438 (consid. 6°). Énfasis añadido.

(55) Cfr. SAUNDERS, CHERYL, “The use and misuse of comparative constitutional Law”, *13 Indiana Journal of Global Legal Studies* 37, p. 67 (observando que el uso del derecho constitucional extranjero en la interpretación constitucional exige el conocimiento del contexto político, social, económico, histórico y cultural en el que se desarrolla ese derecho extranjero).

(56) Por ejemplo, en materia de libertad de expresión, los tribunales estadounidenses exhiben una manifiesta hostilidad hacia las leyes que discriminan con base en el contenido de la expresión. Uno de los principios cardinales de la jurisprudencia estadounidense es que el Estado no puede restringir la difusión de una idea deter-

que refuerzan la visión de un determinado derecho potenciando su expansión⁽⁵⁷⁾.

minada con el único argumento de que dicha idea es nociva, peligrosa u ofensiva y por ello se ha otorgado una tutela constitucional a la difusión de expresiones de odio (*hate speech*) sustancialmente más fuerte que la existente en otros países. Si bien hay diversos factores políticos, históricos y culturales que han llevado a la Corte Suprema de los Estados Unidos a otorgar una amplia protección constitucional a las expresiones de odio, la persecución de disidentes políticos durante la Primera Guerra Mundial y durante el macartismo ha contribuido a aumentar la desconfianza hacia el Estado cuando regula la libertad de expresión. En el marco de esos dos fenómenos históricos singulares, los intentos de castigar la difusión de expresiones de odio son percibidos en los Estados Unidos como una nueva forma de macartismo; o sea, como un intento de imponer una nueva forma de ortodoxia secular. Por consiguiente, la tribunales estadounidenses han enfocado el debate acerca de las expresiones de odio como un conflicto entre el Estado opresor que quiere imponer por la fuerza un determinado punto de vista y el individuo disidente. Cfr. MORAN, MAYO, “Talking about Hate Speech: A Rhetorical Analysis of American and Canadian Approaches to the Regulation of Hate Speech”, en *1994 Wisconsin Law Review* 1425, p. 1435 [1994]. A, su vez, ello ha llevado a los tribunales a rechazar sistemáticamente todo intento de realizar distinciones en el ámbito del discurso político (cfr. RIVERA, JULIO CÉSAR, *Libertad de expresión y expresiones de odio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 57-58).

En cambio, en Alemania, el problema de las expresiones de odio es enfocado desde la perspectiva del Holocausto y los horrores del nazismo (Cfr. BRUGGER, WINFRED, “Ban or Protection of Hate Speech? Some Observations based on German and American Law?”, en *17 Tulane European and Civil Law Forum* 1, p. 14 [2002]). Por consiguiente, quienes difunden expresiones de odio no son vistos como meros disidentes políticos sino como sujetos que buscan implementar una ideología racista que en el pasado causó la muerte de millones de personas.

Como puede observarse, en el caso de los Estados Unidos el fenómeno histórico negativo cuya repetición debe evitarse es la persecución política de disidentes mientras que en Alemania es el Holocausto. Las diversas experiencias históricas llevan a interpretaciones constitucionales radicalmente diferentes.

(57) Por ejemplo, el éxito del movimiento por los derechos civiles tuvo una destacada influencia en la concepción de la libertad de expresión en los Estados Unidos. A pesar de que el principal objetivo del movimiento por los derechos civiles era la lucha contra la discriminación, las organizaciones de derechos civiles jamás incluyeron la sanción de leyes contra las expresiones de odio en sus objetivos (Cfr. WALKER, SAMUEL, *Hate Speech*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1994, pp. 103-104). Por el contrario, el éxito del movimiento por los derechos civiles dependió —en gran medida— de una amplia interpretación de la libertad de expresión por parte de los tribunales (Cfr. STROSSEN, NADINE, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, en *1990 Duke Law Journal*. 484, p. 567 [1990]). Los métodos empleados por las organizaciones de derechos civiles y las tácticas diseñadas por los gobiernos de los Estados del sur para combatirlos generaron numerosos conflictos legales en materia de libertad de expresión, de los cuales las primeras casi siempre salieron victoriosas. Ello llevó a un

A continuación, explico a partir de dos casos concretos —la doctrina de la real malicia y las restricciones al derecho de propiedad por razones de emergencia económica— por qué es fundamental tener en cuenta el marco histórico y político en el que un tribunal extranjero desarrolló una determinada interpretación constitucional antes de importar de forma mecánica e irreflexiva dicha interpretación. La interpretación constitucional depende de fenómenos históricos específicos de cada país y lo que constituye una solución razonable para un país puede no ser lo más razonable o justo para otro que tiene una historia diferente.

2.2.1) La doctrina de la real malicia

La Corte Suprema argentina ha importado, en materia de libertad de expresión, la doctrina de la real malicia⁽⁵⁸⁾. De acuerdo con esta doctrina —cuyo origen se remonta al célebre fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en “New York Times v. Sullivan”⁽⁵⁹⁾— los funcionarios públicos y las figuras públicas deben probar —para obtener la reparación pecuniaria por la publicación de una información inexacta acerca de cuestiones de interés público— que dicha información fue publicada con conocimiento de su falsedad o con notoria despreocupación acerca de si era falsa o no⁽⁶⁰⁾.

destacado profesor estadounidense a sostener que los afroamericanos recuperaron para todos las libertades que los comunistas habían perdido (KALVEN JR., HARRY, *The Negro and the First Amendment*, Ohio State University Press, Columbus, 1965, p. 6). Esta experiencia histórica demuestra —a los ojos estadounidenses— que la libertad de expresión es la mejor aliada de las minorías y que resulta imprescindible para la realización de profundos cambios sociales en aras de una sociedad más justa y más igualitaria (Cfr. MINOW, MARTHA, “Regulating Hatred: Whose Speech, Whose Crimes, Whose Power? An Essay for Kenneth Karst”, en 47 *UCLA Law Review* 1253, p. 1267 (2000); RUBINSTEIN, WILLIAM B., “Since When is the Fourteenth Amendment our Route to Equality? Some Reflections on the Construction of the ‘Hate Speech’ Debate from a Lesbian/Gay Perspective”, en *Speaking of Race, Speaking of Sex. Hate Speech, Civil Rights and Civil Liberties*, New York University Press, New York, 1994, pp. 280 y ss; WEINSTEIN, JAMES, *Hate speech, Pornography and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Westview Press, Boulder, 1999, pp. 104-118).

(58) Cfr. CS, 24/6/2008, “Patitó, José Angel y otro v. Diario La Nación y otros”, Fallos 331:1530; CS, 16/11/2009, “Brugo, Jorge Ángel v. Lanata, Jorge y otros”, Fallos 332:2559; 9/11/2010, “Dahlgren, Jorge Eric v. Editorial Chaco S.A. y otro s/daños y perjuicios”, Fallos 333:2079. Para un análisis de la evolución de la doctrina de la real malicia en la Argentina, véase RACIMO, FERNANDO M., “Los contenidos mínimos de la doctrina de la real malicia en el marco de la responsabilidad civil”, ED 209-972.

(59) 376 US 254 (1964).

(60) Para un análisis detallado de la doctrina de la real malicia en la jurisprudencia estadounidense, véase MIDDLETON, KENT R. - TRAGER, ROBERT - CHAMBERLIN, BILL F., *The Law of Public Communication*, 5ª ed., Longman, 2000; FRANKLIN, MARC.

Ahora bien, como ya he señalado, la interpretación de principios constitucionales abstractos como la libertad de expresión se desarrolla muchas veces en función de fenómenos histórico-políticos concretos. Por ello, a los fines de comprender las razones que llevaron a la Corte Suprema estadounidense a adoptar la doctrina de la real malicia en “New York Times v. Sullivan” es necesario explicar el contexto histórico en el que se dictó dicho fallo⁽⁶¹⁾.

El caso “New York Times v. Sullivan” tiene su origen en una solicitada publicada el 29 de marzo de 1960 en el *New York Times* por el “Comité para la defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur”. En dicha solicitada, se denunciaban diversos atropellos cometidos por la policía de los Estados del sur contra los manifestantes que luchaban por el reconocimiento de los derechos civiles de las personas afroamericanas y se pedía una contribución económica.

Pocos días después, el comisionado Sullivan de la ciudad de Montgomery (Alabama) —que tenía a su cargo la supervisión de los departamentos de Policía, Bomberos, Cementerios y Pesas y Romanas— promovió una acción civil por difamación mediante la cual reclamaba la suma de US\$ 500.000. La acción de Sullivan se sustentaba en dos párrafos de la solicitada que decían lo siguiente:

– “En Montgomery, Alabama, después que los estudiantes entonaron ‘My Country ‘Tis of Thee’ en la escalinata del capitolio estatal, sus líderes fueron expulsados de sus escuelas y camiones repletos de policías armados con escopetas y gases lacrimógenos rodearon el campus de la Universidad Estatal de Alabama. Cuando el estudiantado en pleno protestó a las autoridades estatales al negarse a volver a matricularse, estas respondieron haciendo cerrar el comedor con candado para intentar rendirlas por hambre” (tercer párrafo de la solicitada).

– “Una y otra vez, los que en el Sur violan la Constitución han respondido con intimidación y violencia a las protestas pacíficas del Dr. King. Han hecho detonar bombas en su casa que casi les causaron la muerte a su esposa y su hijo. Lo han agredido físicamente. Lo han detenido siete veces por ‘exceso de velocidad’, por ‘vagancia’ y por otros ‘delitos’ parecidos. Y ahora le han acusado de ‘perjurio’, un delito grave por el que pudieran imponerle diez años de prisión” (sexto párrafo de la solicitada).

A. - ANDERSON, DAVID A. - BARNETT LIDSKY, LYRISSA, *Mass Media Law*, Foundation Press, New York, 2005.

(61) Para un completo estudio del contexto histórico en el que emerge la doctrina de la real malicia y del caso “New York Times v. Sullivan”, véase LEWIS, ANTHONY, *Make No Law. The Sullivan Case and the First Amendment*, Vintage Books, New York, 1992.

Si bien Sullivan no estaba expresamente mencionado en dichos párrafos, argumentó en el juicio que la palabra "policía" que aparece en el tercer párrafo se refería a él dada su condición de comisionado de Montgomery encargado de supervisar la policía. Respecto del sexto párrafo, alegó que, en la medida en que es la policía la que habitualmente realiza detenciones, la aseveración de que "Lo han arrestado siete veces" era posible de ser interpretada como un acto del cual era responsable en su calidad de comisionado. Además, como los que habían arrestado a King son los mismos que cometieron los otros atropellos descritos en la solicitada, Sullivan afirmó que ello implicaba que, según la solicitada, dichos actos fueron cometidos por la policía de Montgomery y, por lo tanto, eran también su responsabilidad.

Sullivan fue seguido por el gobernador de Alabama —quien demandó al *New York Times* por US\$ 1.000.000—, el alcalde de la ciudad de Montgomery —quien reclamó un resarcimiento de US\$ 500.000— y por otros dos comisionados de la ciudad de Montgomery —quienes también demandaron por US\$ 500.000 cada uno—⁽⁶²⁾.

Los antecedentes del juez que resultó competente para entender en este caso no invitaban al *New York Times* al optimismo. En los años 1960 y 1961, dicho magistrado había prohibido operar en Alabama a la *National Association for the Advancement of Colored People* —una de las principales organizaciones de derechos civiles en los Estados Unidos—, había también prohibido manifestaciones en contra de la segregación racial en los colectivos y había impedido al Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos examinar los registros de votación en todos los condados del Estado de Alabama⁽⁶³⁾. En su propio tribunal, las personas afroamericanas y de raza blanca debían estar sentadas en lugares separados⁽⁶⁴⁾.

El sistema legal de Alabama tampoco ayudaba al *New York Times*. De acuerdo con el *common law* de ese Estado, una afirmación "difamatoria *per se*" se presumía falsa. La única defensa del demandado era probar la veracidad de la noticia "en todos sus detalles", de forma tal que aun un error meramente trivial podía generar responsabilidad. En el caso concreto, el *New York Times* no podía satisfacer esa carga ya que la solicitada contenía algunas afirmaciones erróneas⁽⁶⁵⁾.

(62) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit., p. 13.

(63) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit., p. 26.

(64) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit.

(65) Las principales inexactitudes de la solicitada eran las siguientes: a) los estudiantes no cantaron "My Country 'Tis of Thee" sino el Himno Nacional; b) si bien nueve estudiantes fueron expulsados, ello no obedeció a que hubieran dirigido la manifestación en el Capitolio sino a otras razones; c) no todos los estudiantes sino

En poco menos de dos horas y media, el jurado —compuesto exclusivamente de hombres blancos— condenó al *New York Times* a pagar la suma de US\$ 500.000 —la mayor suma otorgada en el marco de una acción por difamación en toda la historia de Alabama—⁽⁶⁶⁾.

El verdadero objetivo de Sullivan y demás funcionarios sureños era silenciar la prensa estadounidense que estaba educando al país acerca de la naturaleza del racismo y estaba cambiando las actitudes políticas acerca de esta cuestión⁽⁶⁷⁾. Téngase en cuenta que hacia 1960 —a pesar de lo dispuesto por la Corte Suprema federal en el célebre caso "Brown v. Board of Education"—, ni un solo afroamericano asistía a una escuela o universidad pública con personas de raza blanca en Alabama, Mississippi, Georgia, Louisiana y Carolina del Sur y solamente el 14% de los afroamericanos habían podido registrarse para votar en Alabama⁽⁶⁸⁾.

Esta estrategia de intimidar a los medios de prensa para que dejaran de informar acerca de las violaciones groseras a los derechos civiles empezó a propagarse por todos los Estados del sur. Al momento en que la Corte Suprema federal tenía que resolver "New York Times v. Sullivan", los medios de prensa se encontraban demandados por funcionarios sureños por la suma de US\$ 300.000.000⁽⁶⁹⁾. Es en este contexto histórico que la Corte Suprema federal creó la doctrina de la "real malicia", cuya finalidad principal era poner fin a este uso de las acciones difamatorias como medio de intimidación.

La Corte Suprema federal señaló que el caso debía ser analizado en el contexto de "un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto, y que éste puede incluir ataques vehementes, cáusticos y algunas veces hasta desagradablemente mordaces contra el gobierno y los funcionarios públicos"⁽⁷⁰⁾. Según la Corte, la solicitada —en tanto expresión de queja y protesta acerca de una de las principales cuestiones públicas de nuestro tiempo— parecería claramente merecer la tutela constitucional⁽⁷¹⁾. La cuestión radica —advierte la Corte— en determinar si dicha

sólo una mayoría de ellos cuestionó la expulsión y no lo hicieron negándose a matricularse sino boicoteando las clases durante un día; d) el comedor del campus nunca estuvo cerrado con candado; e) aunque la policía estuvo desplegada en grandes números en el campus, nunca lo rodeó; f) el Dr. King no había sido arrestado siete veces sino cuatro.

(66) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit., p. 35.

(67) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit., p. 42.

(68) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit., p. 21.

(69) LEWIS, ANTHONY, *Make no law...*, cit., p. 36.

(70) "New York Times v. Sullivan", cit., p. 270.

(71) "New York Times v. Sullivan", cit., p. 271.

tutela se pierde debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones de hecho y a la presunta difamación del demandado⁽⁷²⁾.

En este sentido, la Corte estadounidense expresó que "las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y que es necesario protegerlas a fin de que la libertad de expresión tenga el espacio vital que precisa para sobrevivir"⁽⁷³⁾. Según la Corte, una regla como la de Alabama que "obliga al crítico de la conducta oficial a garantizar la veracidad de todas sus afirmaciones fácticas —y a hacerlo so pena de condenas por difamación virtualmente ilimitadas— lleva a algo comparable a una 'autocensura'⁽⁷⁴⁾. La Corte subrayó que —de acuerdo con esta regla— los que consideren criticar la conducta oficial podrían abstenerse de hacerlo, aun cuando creyesen que es cierto y aunque sea, de hecho cierto, por miedo a no poder probarlo en el juicio o a los gastos que ello implicaría, de forma tal que tenderían a publicar informaciones que se mantengan bien lejos de zona ilegal⁽⁷⁵⁾.

La Corte Suprema estadounidense concluyó que la libertad de expresión exige una regla federal que prohíba a los funcionarios públicos obtener un resarcimiento por informaciones erróneas difamatorias acerca de cuestiones de interés público a menos que demuestren que dicha información fue difundida con "real malicia", o sea, con conocimiento de su falsedad o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no⁽⁷⁶⁾.

En el caso concreto, la Corte sostuvo que de la prueba producida no surgía que el *New York Times* hubiera actuado con "real malicia". Según la Corte, dicha prueba podría llevar —a lo sumo— a la conclusión de que el diario había obrado con negligencia por no haber descubierto los errores de hecho que contenía la solicitada, pero ello no resultaba suficiente para probar el "temerario desinterés" que se precisaba para justificar su condena⁽⁷⁷⁾.

Como puede observarse, la doctrina de la "real malicia" constituyó una respuesta —como un anticuerpo— al abuso de las acciones difamatorias por parte de los funcionarios sureños con el objetivo de silenciar a la prensa que informaba acerca de las gravísimas violaciones a los derechos civiles que estaban teniendo lugar en el sur de los Estados Unidos. Si los funcionarios de los Estados del sur no hubieran distorsionado el *common law* en materia de difamación de una forma tan grotesca a

(72) "New York Times v. Sullivan", cit.

(73) "New York Times v. Sullivan", cit., pp. 271-272.

(74) "New York Times v. Sullivan", cit., p. 279.

(75) "New York Times v. Sullivan", cit.

(76) "New York Times v. Sullivan", cit., pp. 279-280.

(77) "New York Times v. Sullivan", cit., p. 288.

los fines de silenciar a los medios de prensa con condenas millonarias, quizá nunca la Corte Suprema estadounidense habría adoptado el estándar de la real malicia⁽⁷⁸⁾.

Por ello, antes de importar dicho estándar, la Corte Suprema argentina debió haber evaluado si en nuestro país existía un abuso de las acciones de difamación con fines intimidatorios, tal como ocurrió en los Estados Unidos. Éste fue justamente el análisis que hizo la Corte Suprema de Canadá en el caso "Hill v. Church of Scientology of Toronto"⁽⁷⁹⁾. En este fallo, la Corte canadiense observó, con cita de académicos estadounidenses, que la decisión de la Corte estadounidense en "New York Times v. Sullivan" "había estado excesivamente influenciada por los hechos dramáticos que originaron el litigio y no había resistido la prueba del tiempo"⁽⁸⁰⁾. Al rechazar la importación de la "real malicia", la Corte Suprema canadiense destacó que una revisión de los veredictos de los jurados revela que no hay peligro de que se condene a los medios de prensa a pagar sumas abultadas que pongan en riesgo su viabilidad⁽⁸¹⁾. En otras palabras, desde la perspectiva de la Corte canadiense, la "real malicia" constituyó una respuesta a un problema específico de la historia estadounidense que en Canadá no existe, de forma tal que no hay necesidad de importar dicho estándar⁽⁸²⁾.

Ahora bien, ¿cómo es la situación en la Argentina en materia de acciones civiles por difamación? ¿Existía una situación de abuso con fines intimidatorios susceptible de justificar la adopción de un remedio tan fuerte como la "real malicia"?

La respuesta no es simple. Por un lado, la historia argentina revela que los funcionarios públicos tienden a hostigar a los medios de prensa y a los periodistas que informan acerca de cuestiones de interés general. Además, hay ciertas jurisdicciones provinciales en las que no hay una tradición de independencia del Poder Judicial, lo que puede resultar particularmente problemático cuando funcionarios locales demandan por difamación ante la justicia provincial.

(78) En este sentido, el abogado del *New York Times* en Alabama —T. Eric Embry— observó que el abogado de Sullivan fue de gran ayuda para llegar a la Corte Suprema. Según Emery, "si hubiera solicitado cincuenta mil dólares, nunca habríamos llegado ahí" (citado en LEWIS, ANTHONY, *Make No Law...*, cit., p. 61).

(79) "Hill v. Church of Scientology", [1995] 2 S.C. R. 130.

(80) "Hill v. Church of Scientology", cit., § 127.

(81) *Íd.*, § 140.

(82) En sentido similar, destacando la especificidad histórica de "New York Times v. Sullivan", véase LEIGH, LEONARD, "Of Free Speech and Individual Reputation: New York Times v. Sullivan in Canada and Australia", en LOVELAND, IAN (ED.), *Importing the First Amendment*, Hart Publishing, Oxford 1998, pp. 51 y 66.

Sin embargo, no ha existido en la Argentina un fenómeno histórico semejante al que dio origen al caso "New York Times v. Sullivan", caracterizado por la presentación de demandas multimillonarias por difamación con fines de silenciamiento de la prensa.

En realidad, en la Argentina, el hostigamiento a la prensa se exteriorizó principalmente mediante el inicio de acciones penales basadas en los delitos de desacato y de calumnias e injurias cuya única finalidad era suprimir la crítica y el disenso. Sin embargo, la derogación del delito de desacato en 1992 —en el marco de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁽⁸³⁾— y las modificaciones sustanciales introducidas a los delitos de calumnias e injurias mediante la ley 26.551 —a raíz de la condena al Estado argentino en el caso "Kimel v. Argentina" resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁸⁴⁾— han sin dudas constituido un paso positivo en aras de dificultar ostensiblemente el uso de las acciones penales difamatorias con fines intimidatorios. Estas reformas tornaron manifiestamente innecesaria la importación de la doctrina de la real malicia en el ámbito penal ya que ninguna expresión vinculada a cuestiones de interés general puede ser castigada penalmente.

Y si bien es cierto que las acciones civiles —como ha sido observado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— pueden también generar un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión cuando los tribunales fijan montos indemnizatorios desproporcionados con el daño efectivamente causado⁽⁸⁵⁾, el sistema legal argentino —con base en el art. 1109 del Código Civil— no ha dado lugar a un ejercicio abusivo de las acciones por difamación por parte de los funcionarios públicos.

En efecto, se trata de un sistema en el que a) el mero error no genera responsabilidad sino que hay que acreditar, además, que el medio de prensa obró con culpa o negligencia; b) la carga de la prueba está en cabeza del demandante, lo que incrementa sustancialmente las posibilidades de éxito del demandado dadas las limitaciones probatorias del derecho procesal argentino; c) no existe la posibilidad de condenar al

(83) La denuncia ante la Comisión Interamericana tuvo su origen en la condena penal al periodista Verbitsky por desacato, basada en un artículo periodístico en donde se calificaba al juez de la Corte Suprema Augusto Belluscio como "asqueroso". Durante el trámite de esta denuncia ante la Comisión Interamericana, el Estado argentino se comprometió a derogar el delito penal de desacato y el caso fue resuelto de forma amistosa (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 22/94, Caso 11.012).

(84) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/5/2008, "Kimel v. Argentina".

(85) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27/1/2009, "Tristán Donoso v. Panamá", § 21.

pago de sumas millonarias en virtud de la inexistencia del instituto de daños punitivos en nuestro sistema civil (ni siquiera cuando el medio de prensa o el periodista obra con dolo)⁽⁸⁶⁾.

En este marco jurídico, la posibilidad de autocensura es sustancialmente inferior a la existente en el sistema legal de Alabama cuyo abuso llevó a la Corte de los Estados Unidos a crear la regla de "real malicia" dado que a) Alabama tenía un sistema de responsabilidad civil objetiva según el cual la única defensa posible del medio de prensa ante una noticia difamatoria era probar su veracidad; b) la carga de la prueba recaía en el demandado, y c) el medio de prensa puede ser condenado a pagar sumas millonarias como "daños punitivos".

En realidad, en la Argentina, la Corte había buscado evitar la autocensura de la prensa a través de la doctrina "Campillay", en virtud de la cual los medios de prensa no son responsables por la difusión de una noticia falsa o inexacta cuando identifican la fuente de la noticia⁽⁸⁷⁾. En estos casos, según la Corte, "se permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad con la sola cita de la fuente"⁽⁸⁸⁾. De esta forma, esta doctrina permite al medio de prensa transmitir lo dicho por un tercero sin necesidad de verificar previamente su veracidad⁽⁸⁹⁾. Esta doctrina otorgaba una protección más que suficiente a los medios de prensa frente a los eventuales abusos de las acciones civiles por difamación por parte de funcionarios o figuras públicas.

En síntesis, la importación mecánica de la doctrina de la real malicia es problemática porque dicha doctrina estaba dirigida a un problema —el abuso de las acciones por difamación y la autocensura— que la Argentina había enfrentado mediante otros medios —derogación de leyes penales y doctrina "Campillay"— con resultados más que razonables, lo que tornaba innecesaria dicha importación.

(86) En lo que concierne a la ausencia de daños punitivos y su relevancia al momento de analizar la importación de la doctrina de la "real malicia", véase el apart. 2.3.1 de este artículo.

(87) Para un mayor desarrollo acerca de los alcances de esta doctrina véase, RIVERA (H), JULIO CÉSAR, "La evolución de la doctrina 'Campillay' en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, septiembre 2010, p. 219.

(88) "Dahlgren", cit., consid. 8º del voto de la mayoría.

(89) Cfr. RIVERA (H), JULIO CÉSAR, "La evolución de la doctrina...", cit., p. 224. En este mismo sentido, véase FLORES, OSCAR, "Bajo la sombra de Campillay", LL 2008-B-484, pp. 486-487.

2.2.2) La doctrina de la emergencia económica

La Corte Suprema argentina también ha adoptado los estándares constitucionales delineados por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en materia de restricciones a los derechos contractuales durante situaciones de emergencia económica, en el caso "Home Building & Loan Association v. Blaisdell"⁽⁹⁰⁾.

En dicho fallo, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró constitucional una ley de moratoria hipotecaria del Estado de Minnesota que autorizaba a los jueces locales a extender el plazo de rescate (*redemption period*) de los inmuebles vendidos en ejecuciones hipotecarias (pero no más allá de 1 de mayo de 1935). El objetivo de esta ley era proteger a los deudores hipotecarios, amenazados con la ejecución de los inmuebles donde habitaban. La Corte sostuvo que el Poder Legislativo tenía una "autoridad residual para sancionar leyes tendientes a proteger los intereses vitales de la gente" y que la cláusula constitucional acerca de la inalterabilidad de los contratos "no puede ser interpretada como que impide intervenciones limitadas y temporarias respecto al cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una gran calamidad pública, como un incendio, una inundación o un terremoto"⁽⁹¹⁾. Por lo tanto, "si el poder del Estado existe para dar alivio temporario contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas [...] no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran el mismo alivio sean producidas por causas económicas"⁽⁹²⁾. En este marco, la Corte concluyó que la ley de Moratoria Hipotecaria era válida porque: a) la ley de Minnesota expresamente declaró la existencia de una situación de emergencia que requería la protección de los deudores hipotecarios; b) la ley fue dirigida a un fin legítimo, es decir, no fue una mera ventaja particular de los individuos sino para la protección de un interés fundamental de la sociedad; c) la medida adoptada era razonable y adecuada para el fin buscado: en este sentido la Corte destacó que los intereses seguían corriendo y que la integridad de la deuda no había sido afectada; d) la ley era de vigencia temporal, limitada a la existencia de la situación de emergencia⁽⁹³⁾.

La Corte Suprema argentina importó el estándar de "Blaisdell" en "Avico v. de la Pesa"⁽⁹⁴⁾. En "Avico", estaba en juego la constitucionalidad de la ley 11.741 sobre moratoria hipotecaria que prorrogaba por el

(90) 290 US 398 (1934).

(91) "Blaisdell"; cit., p. 439.

(92) "Blaisdell", cit., ps. 439-440.

(93) "Blaisdell", cit., ps. 444-448.

(94) CS, 7/12/1934, "Avico v. De la Pesa", Fallos 172:21.

plazo de tres años las obligaciones hipotecarias vencidas y que limitaba al 6% anual el máximo de interés que puede cobrarse durante la vigencia de la ley. La Corte Suprema argentina —siguiendo a la Corte estadounidense— afirmó que una ley de moratoria era válida en la medida en que a) existiera una situación de emergencia, que impusiera al Estado el deber de proteger los intereses vitales de la comunidad; b) que esa ley tuviera como finalidad proteger los intereses generales de la sociedad y no a ciertos individuos; c) que la moratoria fuera razonable; d) que la duración de la ley fuera por un tiempo determinado, necesario para conjurar la situación de emergencia⁽⁹⁵⁾.

En este marco, la Corte argentina observó que existía una situación de crisis económica de una intensidad jamás conocida, que había motivado una enorme depreciación de los bienes inmuebles⁽⁹⁶⁾ (los remates judiciales se realizaban casi todos sin bases y se adjudicaban a los acreedores a precios que importaban un despojo). Por lo tanto, la Corte concluyó que "la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como lo es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y de los intereses por seis meses vencidos, así como el máximo del 6% en la tasa de interés, son justos y razonables, como reglamentación y regulación de los derechos contractuales"⁽⁹⁷⁾.

En función de la doctrina delineada en "Avico v. de la Pesa", la Corte Suprema argentina convalidó sistemáticamente todas las medidas de emergencia económicas adoptadas por los diferentes gobiernos en los últimos setenta años.

Una excelente síntesis de la aplicación de la doctrina de la Corte Suprema en materia de emergencia económica se encuentra en el fallo "Videla Cuello"⁽⁹⁸⁾, en donde la Corte Suprema en forma unánime rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la ley 23.696 de suspensión de las ejecuciones de sentencia. La Corte subrayó que su jurisprudencia "ha admitido, en situaciones de emergencia, la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente los efectos de los contratos libremente ajustados por las partes, como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos u otras, a fin de proteger el interés público en presencia de graves perturbaciones". A título de ejem-

(95) "Avico v. de la Pesa", cit., consid. 8°.

(96) "Avico v. de la Pesa", cit., consid. 12.

(97) "Avico v. de la Pesa", cit.

(98) Corte Sup, 27/12/1990, "Videla Cuello, Marcelo sucesión de v. La Rioja, Pcia. de s/daños y perjuicios", Fallos 313:1648 (1990).

plo, la Corte recordó que, de acuerdo con su jurisprudencia, “es lícito que la ley disponga la fijación del plazo y el precio de las locaciones urbanas; la reducción de las tasas de interés pactadas entre particulares; la moratoria hipotecaria; el establecimiento de precios máximos; la suspensión de desalojos y lanzamientos; la imposición de la agremiación obligatoria a los viñateros [...], la paralización transitoria de los juicios de reajuste de haberes previsionales; la disminución del monto de jubilaciones ya acordadas ...”⁽⁹⁹⁾.

Uno de los casos más paradigmáticos de aplicación de la doctrina de “Avico v. de la Pesa” es “Peralta v. Estado Nacional”⁽¹⁰⁰⁾, en el que la Corte declaró constitucional un decreto del Poder Ejecutivo que limitaba la devolución de los depósitos a plazos fijos a \$ 1,000,000 abonándose el excedente en Bonos del Estado (Bonos Externos 1989). La Corte reconoció la existencia de una situación de emergencia del sistema financiero argentino y expresó que “al acudir a ese medio de pago se produjo una fuerte reprogramación de vencimientos, mas no necesariamente una quita” puesto que “aun admitiendo que la paridad del mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la normal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de inflación que se había desatado, aquella quita haya efectivamente ocurrido”⁽¹⁰¹⁾. Por lo tanto, la Corte concluyó que la medida adoptada por el Poder Ejecutivo no afectaba el derecho de propiedad porque “no hay violación del art. 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad. Antes bien, hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico y financiero”⁽¹⁰²⁾.

A diferencia de lo que señalé respecto de la importación de la doctrina de la real malicia, el problema con la doctrina del caso “Blaisdell” no radica tanto en su aplicación original en el caso “Avico v. de la Pesa” —ya que los efectos de la crisis económica de la década de los treinta se habían extendido tanto a la Argentina como a los Estados Unidos de forma tal que el contexto era relativamente similar— sino en su recu-

(99) “Videla Cuello”, cit., consid. 7º.

(100) Corte Sup, 27/12/1990, “Peralta, Luis v. Estado Nacional”, Fallos 313:1513.

(101) “Peralta”, cit., consid. 52.

(102) “Peralta”, cit., consid 56.

rrente aplicación durante los siguientes setenta años. Como ha observado Horacio Spector, “hay una diferencia sustancial entre aplicar una regla de expropiación una vez cada cien años y aplicarla cada diez”⁽¹⁰³⁾. Las cíclicas restricciones a los derechos contractuales en el marco de la doctrina de la emergencia económica deberían haber llevado a la Corte Suprema argentina a delinear un estándar constitucional más ajustado al contexto argentino. Un estándar tan deferente como el de “Blaisdell” —desarrollado para un país como los Estados Unidos en el que el derecho constitucional de propiedad tiene una fuerte protección por parte de los órganos políticos— no es la mejor solución para un país cuyos órganos políticos han establecido toda clase de restricciones a este derecho en los últimos setenta años.

Esta misma crítica fue justamente hecha por el presidente de la Corte Suprema —Ricardo Lorenzetti— en el caso “Rinaldi”. Según Lorenzetti, “[l]a historia de los precedentes de esta Corte muestra que hubo una postura demasiado amplia respecto de las restricciones admisibles [a los derechos contractuales] [...], que es necesario corregir porque sus efectos institucionales han sido devastadores”⁽¹⁰⁴⁾. El análisis de Lorenzetti confirma la importancia de ajustar las doctrinas y estándares constitucionales a los fenómenos histórico-políticos concretos del país.

2.3) Los límites impuestos por el contexto institucional

La elaboración de estándares constitucionales depende no solamente del texto constitucional y del contexto histórico-político sino también del contexto institucional. Hay ciertas interpretaciones constitucionales que son más compatibles que otras con determinados arreglos institucionales⁽¹⁰⁵⁾.

Por ejemplo, como observa Tushnet, las características esenciales del sistema de ejecución de las normas penales deben ser tenidas en cuenta al momento de interpretar los alcances de la libertad de expresión. En este sentido, Tushnet destaca que un sistema penal como el estadounidense en el que cualquier fiscal de distrito puede iniciar una acción penal incrementa el riesgo de que se promuevan procesos penales claramente injustificados en materia de libertad de expresión, a diferencia de lo que sucede en un sistema centralizado como el canadiense en el que la

(103) SPECTOR, HORACIO, *Constitutional Transplants and the Mutation Effect*, 83 *Chicago-Kent Law Review* 129, p. 45 (2008).

(104) CS, 15/3/2007, “Rinaldi, Francisco A. y otro v. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”, Fallos 330:855, consid. 14 del voto concurrente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

(105) Cfr. TUSHNET, MARK, “Some reflections on method in comparative constitutional law”, en CHOUDHRY, SUJIT, *The Migration...*, cit., pp. 76-77.

promoción de acciones penales depende del fiscal general de cada provincia. Estas diferencias institucionales, según Tushnet, no pueden ser pasadas por alto al momento de delinear los estándares constitucionales en materia de libertad de expresión y expresiones de odio⁽¹⁰⁶⁾.

La doctrina de la real malicia proporciona —nuevamente— un excelente caso para analizar la relevancia del contexto institucional en la importación de doctrinas extranjeras. En efecto, en lo que respecta a las acciones civiles por difusión de informaciones inexactas, hay ciertas diferencias significativas en el contexto institucional estadounidense y argentino que no fueron evaluadas por la Corte Suprema argentina al momento de adoptar la real malicia: a) la inexistencia de daños punitivos en el sistema civil argentino, y b) la inexistencia del *discovery* en el sistema procesal argentino⁽¹⁰⁷⁾. Analizo a continuación ambas cuestiones.

2.3.1) La inexistencia de “daños punitivos” en el sistema de responsabilidad civil argentino

En casi todos los países del *common law*, el sistema de responsabilidad civil permite la imposición de los denominados “daños punitivos” que son sumas otorgadas en exceso de cualquier daño compensatorio⁽¹⁰⁸⁾. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha definido a estos “daños punitivos” como “multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia”⁽¹⁰⁹⁾. De esta definición surgen los dos fines principales de los daños punitivos: a) castigar conductas particularmente reprochables y b) disuadir al demandado y a terceros de realizar dicha conducta en el futuro.

En cambio, en el sistema de responsabilidad civil argentino, “el autor culpable del daño sólo está obligado a la reparación del mismo, pero en modo alguno a sufrir una pena o castigo”⁽¹¹⁰⁾. La única excepción a este principio se encuentra consagrada en el art. 52 bis la ley 24.240 de defensa del consumidor⁽¹¹¹⁾.

(106) TUSHNET, MARK, “Some reflections on...”, cit., p. 77.

(107) Cfr. PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 465.

(108) Para un mayor análisis del concepto de daños punitivos y su desarrollo en el *common law*, véase LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

(109) “Gertz v. Robert Welch Inc.”, 418 US 323, 350 (1974).

(110) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, LL 1994-B-860, p. 867.

(111) Dicha norma dispone que: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá

La ausencia de daños punitivos en nuestro sistema de responsabilidad civil debió haber sido tenida en cuenta al momento de evaluar la importación del estándar de “New York Times v. Sullivan”. En efecto, el principal problema del fallo emitido por los tribunales de Alabama radicaba en el monto excesivo y abusivo otorgado como indemnización, posibilitado —en gran medida— por el sistema de daños punitivos.

Por ello, muchos académicos estadounidenses han señalado que —en realidad— la solución más acertada para combatir el problema de autocensura generado por indemnizaciones millonarias era establecer toques indemnizatorios⁽¹¹²⁾. En este mismo orden de ideas, el *Justice White* sostuvo que

“En ‘New York Times’, en lugar de aumentar la carga de la prueba del demandante a un nivel casi imposible, podríamos haber logrado nuestro objetivo [...] mediante la limitación de los daños indemnizables a un nivel que no constituya una amenaza indebida para la prensa. Los daños punitivos podrían haber sido objeto de escrutinio como el *Justice Harlan* sugirió en ‘Rosenbloom’ [...] o tal vez incluso prohibidos por completo”⁽¹¹³⁾.

Sin embargo, el abogado del *New York Times* ante la Corte Suprema Federal —Herbert Wechsler— observó que en 1964 habría sido imprudente cuestionar el sistema de daños punitivos y presuntos ya que éste se encontraba demasiado consolidado en todo el mundo angloparlante⁽¹¹⁴⁾.

Ahora bien, el hecho de que en el sistema de responsabilidad civil argentino los jueces carezcan de la facultad para imponer “daños punitivos” en materia de acciones de resarcimiento civil contra los medios de prensa es particularmente relevante a los fines de evaluar si resulta necesaria la adopción del estándar de la real malicia.

En primer lugar, la posibilidad de que los tribunales condenen a los medios de prensa a pagar sumas millonarias es significativamente menor en la Argentina, de manera tal que el problema de la autocensura no es comparativamente tan grave como el que provocó la adopción del

aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

(112) Cfr. EPSTEIN, RICHARD A., “Was New York Time v. Sullivan Wrong?”, en 53 *University of Chicago Law Review* 782, p. 817 (1986); SUNSTEIN, CASS R., *On Rumors*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009, p. 79.

(113) “Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders”, 472 US 749, p. 771 (1985) (voto concurrente del *Justice White*).

(114) Citado en LEWIS, ANTHONY, *Make No Law...*, cit., p. 222.

estándar de la real malicia en los Estados Unidos⁽¹¹⁵⁾. Si bien es cierto que aun en un sistema de responsabilidad civil como el argentino no puede descartarse la existencia de sentencias que fijan montos indemnizatorios desproporcionados con el daño efectivamente causado⁽¹¹⁶⁾ y que estas sentencias pueden generar un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión, dicho problema puede solucionarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, tal como lo viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽¹¹⁷⁾. En otras palabras, no parece haber en la Argentina —a diferencia de lo que observaba Wechsler en los Estados Unidos— un obstáculo para enfrentar el problema de la autocensura que eventualmente generen los montos indemnizatorios desproporcionados mediante un escrutinio estricto de éstos con sustento en el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, la ausencia de un sistema de daños punitivos en la Argentina altera aún más el equilibrio entre los intereses en juego. En efecto, en los Estados Unidos, la doctrina de la “real malicia” otorga a los medios de prensa una protección extraordinaria pero, al mismo tiempo, los medios se enfrentan con la posibilidad de sufrir condenas millonarias en el supuesto de que obren con “real malicia”. En cambio, en la Argentina, la tutela extraordinaria que brinda la doctrina de la “real malicia” no se encuentra equilibrada con un sistema de daños punitivos que disuada a los periodistas de difundir información falsa con conocimiento de su falsedad. De forma tal que la adopción de la doctrina de la real malicia en la Argentina importa poner a los medios de comunicación en una posición

(115) Cfr. THURY CORNEJO, VALENTÍN, “¿Todos los caminos conducen a la real malicia? Un balance del año judicial 2010 en materia de libertad de expresión y honor”, JA 2011-I-1083, p. 1098.

(116) A primera vista, creo que los tribunales civiles argentinos tienden a sobrevalorar el daño moral en este tipo de casos en la medida en que las indemnizaciones fijadas a favor de personas difamadas tienden a ser mayores que las otorgadas a personas que han sufrido padecimientos morales objetivamente más serios, como la muerte de un hijo. Sin embargo, a los fines de evaluar la magnitud de este problema sería necesario realizar un estudio comprensivo de los montos indemnizatorios que fijan los tribunales en concepto de daño moral, lo que excede a los fines de este trabajo.

(117) Véase, por ejemplo, TEDH, 8/6/2010 “Andreescu v. Rumania”, § 100 en donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que la suma fijada en concepto de indemnización por daños y perjuicios representaba más de quince veces el salario medio y TEDH, 2/3/2010, “Antica et la Sociéte ‘R’ v. Rumania”, § 54, en donde el tribunal expresa que la suma indemnizatoria constituía más de treinta veces el salario medio mensual. Lo importante de estos casos es el escrutinio de los montos indemnizatorios y no el criterio concreto que utiliza el Tribunal para evaluar la proporcionalidad, ya que la comparación con el “salario medio mensual” aparece como bastante discutible.

aun más favorable que la que gozan en los Estados Unidos, que ha sido criticada por su falta de equilibrio⁽¹¹⁸⁾.

2.3.2) La inexistencia del *discovery* en el sistema procesal argentino

Una de las características más distintivas de los sistemas del *common law* es la institución del *discovery*, cuyo objeto consiste en permitir a las partes acceder a toda la información relevante vinculada al caso con anterioridad al inicio del juicio⁽¹¹⁹⁾. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha sostenido que el proceso de *discovery* delineado en las Normas Federales de Procedimiento Civil juega un rol fundamental en la preparación del juicio en cuanto consiste en un instituto que busca “reducir y clarificar las cuestiones básicas entre las partes” y “esclarecer los hechos o información sobre la existencia o paraderos de hechos acerca de esas cuestiones” permitiendo de esta manera a las partes “obtener el conocimiento más completo posible de los temas y hechos antes del juicio”⁽¹²⁰⁾.

De acuerdo con lo establecido en las Reglas Federales de Procedimiento Civil (Estados Unidos), toda parte se encuentra automáticamente obligada —sin necesidad de requerimiento previo— a identificar aquellos testigos que puedan poseer información relevante para la elaboración del caso y a poner a disposición de la parte contraria las copias o la descripción por categorías y lugares de archivo de todos los documentos, datos y otros bienes tangibles procesalmente relevantes que se encuentren en su posesión, custodia o control y que serán utilizados para justificar su caso. Asimismo, durante el proceso extrajudicial de *discovery*, toda parte tiene derecho a requerir la exhibición de documentos, tomar declaraciones testimoniales, solicitar a la parte contraria que conteste un interrogatorio escrito bajo juramento, realizar inspecciones oculares de objetos y/o propiedades y solicitar el examen físico y mental de las personas declarantes.

En materia de prueba de los elementos de la doctrina de la “real malicia”, este proceso de *discovery* tiene un papel fundamental, en la medida en que permite al demandante investigar el proceso editorial de la información cuestionada, ya sea mediante el testimonio de los periodistas involucrados o el examen de las fuentes utilizadas, las grabaciones, notas y memos escritos por el periodista y las comunicaciones entre el perio-

(118) Respecto de esta falta de equilibrio, véase, por ejemplo, LEIGH, LEONARD, “Of Free Speech...”, cit., p. 56.

(119) Cfr. CHASE, OSCAR G. - HERSHKOFF, HELEN (EDS.), *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, St. Paul, 2007, p. 208.

(120) “Hickman v. Taylor”, 329 US 495, p. 501 (1947).

dista y sus editores. La Corte Suprema de los Estados Unidos observó que la carga de la prueba establecida por la doctrina de la "real malicia" era sustancial y que, por consiguiente, impedir al demandante investigar el proceso editorial de la noticia constituiría una interferencia significativa con su capacidad para demostrar el conocimiento de su falsedad o su temerario desinterés acerca de si era falsa o no ⁽¹²¹⁾.

Las diferencias con el sistema procesal argentino no pueden ser más marcadas. De acuerdo con el art. 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el demandante tiene que adjuntar toda la prueba documental y ofrecer toda la prueba restante juntamente con el escrito de demanda, sin saber qué hechos van a ser reconocidos o desconocidos por la parte demandada, sin conocer tampoco cuáles van a ser sus testigos y qué es lo que van a decir en el juicio, y sin tener acceso alguno a los documentos en poder del demandado susceptibles de beneficiar la postura del demandante. O sea, en el arcaico sistema procesal argentino, el demandante debe presentar su demanda totalmente a ciegas.

Estas diferencias no pueden ser ignoradas al momento de analizar la razonabilidad de la importación del estándar de la "real malicia" ⁽¹²²⁾. Como ha sido observado por la Corte Suprema estadounidense, la doctrina de la "real malicia" es muy exigente respecto de la carga de la prueba que se pone en cabeza del demandado y esta exigencia sólo tiene sentido en el marco de un sistema procesal como el estadounidense que permite al demandante investigar el proceso editorial de formación de la noticia con anterioridad al juicio y acceder a los archivos del periodista. En el arcaico y excesivamente formalista sistema procesal argentino, esta carga de la prueba es muchísimo más difícil de satisfacer y su imposición lleva a resultados injustos.

Por otro lado, aun reformando el Código Procesal, la posibilidad de acceder a las fuentes utilizadas por el periodista e investigar el proceso editorial de la noticia encontraría en la Argentina un obstáculo significativo en el secreto de las fuentes periodísticas cuya tutela constitucional surge de los arts. 14 y 43 de la Constitución Nacional. Si bien los alcances de este derecho no han sido todavía claramente delineados por los tribunales argentinos, se ha señalado que "la voz fuentes que utiliza la Constitución Nacional no alude tan solo a la identidad del informante sino también a los materiales entregados por esa persona a quien ejerce la actividad periodística, así como también los materia-

(121) "Herbert v. Lando", 441 US 153 (1979).

(122) Cfr. PIZARRO, RAMÓN D., *Responsabilidad civil...*, cit., p. 465 y THURY CORNEJO, VALENTÍN, "¿Todos los caminos...", cit., p. 1097. Ambos autores cuestionan la importación de la doctrina de la real malicia por no tener en cuenta estas diferencias procesales.

les, instrumentos y lugares de trabajo de esta última persona" ⁽¹²³⁾. Por lo tanto, es muy poco probable que los tribunales argentinos permitan a los afectados por una información falsa el acceso al proceso editorial de la noticia como lo admitió la Corte Suprema estadounidense en "Herbert v. Lando".

En este sentido, el juez de la Corte Suprema Adolfo Vázquez expresó en su voto concurrente en el caso "Gesauldi" que "es evidente la dificultad fáctica —no imposibilidad— que existe para acreditar el dolo o la grave negligencia en los términos de la doctrina de la real malicia, habida cuenta de que para lograr ello se debería tener acceso a los archivos del periodista u órgano de prensa demandado, a las constancias relativas a entrevistas, investigaciones previas, conferencias, correspondencia, etc., encontrándose el actor en muchos casos con el valladar que significa el mantenimiento del secreto de las fuentes de información (arg. art. 43, Constitución Nacional)" ⁽¹²⁴⁾. Por ello, Vázquez sostuvo que "debe buscarse un 'adecuado equilibrio' que sin restar efectos a la doctrina de la real malicia como útil herramienta para contribuir al sostenimiento de una prensa libre, tampoco deje en indefensión al individuo frente a una injusta agresión periodística, extremo este que se logra, en el aspecto aquí tratado, colocando también en cabeza del órgano de prensa la carga de aportar 'solidariamente' la prueba de signo contrario indicada, máxime ponderando que es dicho medio quien, precisamente, está en mejores condiciones profesionales, técnicas y fácticas de hacerlo" ⁽¹²⁵⁾. Sin embargo, este criterio aislado del juez Vázquez nunca fue seguido por los demás miembros del tribunal.

Es interesante remarcar que otros tribunales extranjeros han realizado un análisis similar al del juez Vázquez, a los fines de evaluar la razonabilidad de la importación del estándar de la "real malicia" en un sistema legal que protege el secreto de las fuentes periodísticas. El juez Steyn de la Cámara de los Loes del Reino Unido observó en el citado caso "Reynolds v. Times Newspapers" —en el que la Cámara de los Loes rechazó la importación de la doctrina de la "real malicia"— que, a diferencia de lo resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en "Herbert v. Lando", un demandante en Inglaterra no puede obligar a un periodista a revelar sus fuentes. Por consiguiente, según Steyn, dadas las restricciones procesales del sistema inglés, no corresponde adoptar el estándar estadounidense de la real malicia ya que sería inaceptablemente difícil

(123) VENTURA, ADRIÁN, *Libertad de expresión y garantías*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 981.

(124) CS, 17/12/1996, "Gesauldi, Dora M. v. Cooperativa Periodistas Independientes Ltda. y otros", Fallos 319:3085, consid. 20 del voto concurrente del juez Vázquez.

(125) "Gesauldi", cit.

para una víctima de difamación demostrar la existencia de un temerario desinterés acerca de la veracidad de la noticia⁽¹²⁶⁾.

En síntesis, la regla de la “real malicia” exige un sistema procesal que permita el acceso del demandante a los archivos del periodista. Si esto no es posible, la adopción de esta regla dificulta sustancialmente las posibilidades de éxito de una acción de resarcimiento por difusión de información falsa, alterando aun más el equilibrio entre los intereses en juego.

3. CONCLUSIÓN

La Corte Suprema argentina —en sus diferentes integraciones— ha abusado de las referencias al derecho extranjero en sus fallos. No se trata de referencias meramente genéricas sino que, como se ha explicado, la Corte Suprema ha importado de forma mecánica numerosas doctrinas o estándares constitucionales elaborados por tribunales extranjeros.

El propósito de este trabajo fue advertir que existen importantes barreras al uso del derecho extranjero en la interpretación constitucional. La práctica de la Corte muestra que, en algunas ocasiones, se han adoptado interpretaciones constitucionales que no son compatibles con nuestro texto constitucional, o que no llevan a resultados razonables en un contexto histórico-político o institucional diferente al del país en el que se originó.

Resulta necesario mirar un poco más hacia adentro, identificar los problemas específicos que existen en nuestro país en materia constitucional —muchos de los cuales no existen en otros países más desarrollados cuyas doctrinas constitucionales importamos— y ajustar la interpretación constitucional al texto de la Constitución y al contexto histórico-político e institucional argentino.



(126) “Reynolds v. Times Newspaper Ltd. And Others” [1999] 4 All ER 609 (HL), voto del Lord Steyn.

EL CONTROL COMO PARTE DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL

POR ALFREDO M. VÍTOLO

Hace poco más de cincuenta años, Alexander Bickel en su libro *The least dangerous branch*⁽¹⁾ planteó el dilema que desde entonces se transformaría en uno de los principales temas de debate del constitucionalismo moderno: la llamada “dificultad contra-mayoritaria”. En su argumentación, Bickel señala que el control judicial de los actos de gobierno presentaría problemas de legitimidad democrática, toda vez que cuando individuos no electos utilizan el poder de revisión judicial para anular las acciones de los funcionarios o legisladores democráticamente electos por el pueblo, actúan ilegítimamente en contra de la “voluntad mayoritaria” expresada por las instituciones representativas.

En la misma línea se han expresado recientemente en nuestro país altos funcionarios del gobierno nacional, incluyendo la presidente de la Nación⁽²⁾ y sus principales espadas legislativas⁽³⁾, afirmando que el Poder Judicial debe “democratizarse”. En este sentido se enmarcan las leyes recientemente sancionadas con ajustada mayoría por el Congreso de la Nación (una de las cuales, la que disponía modificaciones en el modo de selección de los integrantes del Consejo de la Magistratura, ha sido hace poco declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁴⁾).

La cuestión, más allá de su formulación académica por Bickel, está lejos de ser novedosa. En 1832, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos debió resolver el caso *Worcester v. Georgia*⁽⁵⁾. Un grupo de hom-

(1) BICKEL, ALEXANDER, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Bobbs-Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962.

(2) Diario de Sesiones —Senado— Asamblea Legislativa del 1 de marzo de 2013.

(3) Diario de Sesiones —Senado— sesión del 17 de abril de 2013.

(4) CSJN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo v. Poder Ejecutivo Nacional ley 26.855 s/ medida cautelar”, sentencia del 18 de junio de 2013.

(5) 31 US 515 (1832).

bres blancos encontró oro en tierras de propiedad de los indios Cherokee dentro del territorio del estado de Georgia. El Estado dictó entonces una serie de leyes desconociendo la propiedad de las comunidades Cherokee y, con base en ellas, se condenó a prisión a un grupo de misioneros, Worcester entre ellos. La demanda de Worcester llegó a la Corte Suprema, en donde su presidente, John Marshall, redactó la sentencia convalidando la propiedad Cherokee de las tierras. El presidente de los Estados Unidos, Andrew Jackson, enterado de la decisión judicial, resolvió enviar tropas federales a Georgia, no con la finalidad de hacer cumplir la sentencia de la Corte, sino a fin de desalojar a los Cherokee de sus tierras, motivando así el éxodo de la población Cherokee hacia el vecino estado de Oklahoma. Según cuenta la historia, el presidente Jackson habría expresado al desconocer la decisión judicial: "John Marshall ha tomado su decisión, ahora, que él también la haga cumplir" (6).

El episodio que acabamos de relatar nos parece suficiente para demostrar lo erróneo de la proposición de Bickel. Como ya señalara Hamilton en el número 78 de *El Federalista*, el poder del Poder Judicial, lejos de ser "antidemocrático", depende para su adecuado funcionamiento del apoyo que le brinden los restantes poderes "democráticos" del Estado sin el cual nada puede hacer, ya que los jueces carecen tanto de la bolsa (el dinero) como de la espada (la fuerza) (7). Temer sobre esta endeble base un presunto "gobierno" de los jueces es —en todo caso— una exageración.

En una reciente conferencia pronunciada por el juez Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos, refiriéndose a la independencia judicial, señaló:

"La independencia [del Poder Judicial] es una cuestión de costumbre, hábito y expectativa institucional. Construir esas costumbres, hábitos y expectativas requiere tiempo y apoyo, no sólo de los tribunales y de los abogados, sino también de la comunidad a la que sirven" (8).

Esos mismos principios resultan aplicables al control judicial. El apoyo al mismo se ha ido consolidando a lo largo de los años, habiendo quedado atrás la desobediencia de Jackson. Así podemos ver la fortaleza que ha adquirido el sistema en los Estados Unidos en casos tales como *Brown v. Board of Education* del año 1954 (9), resolviendo la integración racial

(6) Ver <http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/antebellum/history2.html>.

(7) HAMILTON, ALEXANDER, *El Federalista*, N° LXXVIII.

(8) BREYER, STEPHEN, Associate Justice, Supreme Court of the United States, "An Independent Judiciary: In Honor of the Sesquicentennial Anniversary of the Massachusetts Superior Court", exposición realizada en el Fairmont Copley Plaza Hotel, Boston, Massachusetts, EE.UU., el 22 de septiembre de 2009. Disponible en http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeeches.aspx?Filename=sp_09-22-09.html.

(9) 347 US 483 (1954).

compulsiva en las escuelas de Alabama, *Bush v. Gore* del año 2000 (10), dando un corte al proceso electoral de aquel año o *Citizens United* del año 2010 (11), resolviendo un espinoso tema de contribuciones a campañas electorales y libertad de expresión. La aceptación de la célebre frase del juez Jackson (no el presidente) de "no somos finales por ser infalibles, pero somos infalibles por ser finales" (12) y la necesidad de respetar sus decisiones, por controvertidas que ellas sean, se ha transformado en un principio no escrito, integrante, en palabras de Laurence Tribe de esa "Constitución invisible" que rodea al texto constitucional (13).

La efectividad del control judicial de constitucionalidad como herramienta resulta por lo tanto enteramente dependiente de la aceptación voluntaria del mecanismo como parte necesaria del sistema de frenos y contrapesos que conforma el diseño del Estado constitucional de derecho. Contrariamente a la afirmación de Bickel, la "dificultad contramayoritaria" lejos de ser un problema, constituye una pieza central de aquel diseño.

Si por democracia entendemos solamente el gobierno de la mayoría, evidentemente el Poder Judicial no es un poder democrático. Si, por el contrario, entendemos por democracia el "gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo", utilizando la célebre definición de Abraham Lincoln (14), claramente sí lo es.

Cuenta la historia que cuando Benjamín Franklin, uno de los más respetados hombres en los Estados Unidos de su tiempo, y uno de los redactores de su Constitución, modelo de la nuestra, fue interpelado a la salida de la Convención Constituyente de Filadelfia por una señora que le preguntó: "Dr. Franklin, ¿qué nos están dejando, una república o una monarquía?", éste contestó con firmeza: "una república... si pueden mantenerla" (15).

La frase atribuida a Franklin encierra una profunda enseñanza. El mantenimiento de la república y sus valores no son una tarea fácil y exigen un compromiso permanente por parte de la ciudadanía y los gobernantes.

La república se asienta sobre ciertas premisas fundamentales que constituyen verdaderas "reglas de juego" que apuntan a garantizar la libertad individual, fin esencial del Estado. El control judicial de constitucionalidad de los actos de gobierno, constituye precisamente, no una

(10) 531 US 98 (2000).

(11) 558 US 310 (2010).

(12) *Brown v. Allen*, 344 US 443 (1951).

(13) Ver TRIBE, LAURENCE, *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008.

(14) LINCOLN, ABRAHAM, *Gettysburg Address*, 19 de noviembre de 1863.

(15) Ver <http://www.bartleby.com/73/1593.html>.

consecuencia del juego, como parecería surgir del pensamiento de Bickel, sino una de las reglas del mismo, un verdadero axioma constitucional⁽¹⁶⁾. Obviamente, ello no importa desconocer que puedan existir otros modelos constitucionales que se funden en premisas diferentes, sino sólo que el modelo de base norteamericana, del cual hemos sido tributarios, pone al control judicial como un elemento integrante del diseño.

Es interesante señalar que ni la palabra democracia, ni ninguno de sus derivados, se encuentran en el texto constitucional original (la reforma de 1957 la incluyó al referirse a la “organización sindical libre y democrática”⁽¹⁷⁾ y, la de 1994 incluyó el vocablo en varios otros contextos), el cual hace hincapié, sin embargo, ya en su artículo primero, en que “la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana...”. ¿Significa acaso que nuestros constituyentes no tuvieron en cuenta los principios democráticos al tiempo de darnos la Constitución? Muy por el contrario. Los constituyentes de 1853, teniendo el principio de soberanía popular como regla central⁽¹⁸⁾, limitaron el principio democrático subsumiéndolo en la idea republicana. En virtud de ésta, el soberano, el pueblo actuando a través de sus representantes, se sujeta a la Constitución a la que reconoce superioridad.

Como expresa Manuel Aragón, el control del poder constituye un elemento indispensable del concepto de Constitución, ya que “sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa, y sólo si el control forma parte del concepto de constitución puede ser entendida ésta como norma”⁽¹⁹⁾.

En la antigüedad, la función de juzgar formaba parte del poder real. El rey (muchas veces Dios o su representante) era la personificación de la justicia y quien resolvía las controversias entre particulares desde su sabiduría y magnanimidad. Sin embargo, al rey no se lo podía juzgar. La máxima *The King can do no wrong* (el Rey no puede actuar mal) era la regla imperante. El rey estaba fuera del sistema y por encima de sus súbditos.

Los cambios de las ideas políticas sobre el origen del poder y los desarrollos filosóficos acerca de la igualdad intrínseca de los seres humanos

(16) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, p. 28.

(17) Constitución Nacional, art. 14 bis

(18) La Constitución se dicta por los “representantes del pueblo” conforme señala el Preámbulo. Ver VÍTOLO, ALFREDO M., *La idea de pueblo*, exposición realizada en la Universidad Católica Argentina en 2009 en el ciclo de conferencias sobre el Bicentenario Patrio, publicada en EDCO, mayo 2010.

(19) ARAGÓN, MANUEL, *Constitución y control del poder*, Ciudad Argentina, 1995, p. 12.

llevaron a mutar esa realidad y la función de juzgar fue —de a poco— separándose de la figura del rey-gobernante infalible, como una garantía de esa igualdad.

El gobernante pasó de este modo a estar sujeto a la ley y obligado por ella. Así las constituciones modernas organizan el poder popular estableciendo las bases y límites conforme éste puede ser ejercido, protegiendo las libertades individuales de la opresión de las mayorías circunstanciales. Alberdi, defensor de un Poder Ejecutivo fuerte decía en la Bases, “dad al poder ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una constitución”⁽²⁰⁾, señalando que ésta constituiría la limitación y el freno a los posibles excesos del poder.

Ya con anterioridad, Montesquieu, el célebre pensador y politólogo francés había señalado que “no hay libertad si el poder de juzgar no se encuentra separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si aquél estuviese unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, puesto que el juez sería legislador. Si estuviese unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”⁽²¹⁾. Iguales ideas fueron postuladas por otros pensadores de la época como John Locke⁽²²⁾, quienes tuvieron también influencia decisiva en el desarrollo del constitucionalismo moderno.

Así, el constitucionalismo republicano de nuestros días se asienta sobre la premisa central de la división de poderes que colaboran y se controlan recíprocamente, evitando así la superioridad de uno sobre los restantes.

El diseño de un Poder Judicial en igualdad de jerarquía con los restantes poderes gubernamentales, separándolo de la idea de “administración de justicia”, dependiente de los otros poderes estatales, es una creación norteamericana. Conforme a este diseño —adoptado por nuestros constituyentes— la función primordial del Poder Judicial es controlar la acción de los restantes poderes del Estado, toda vez que todos ellos se encuentran limitados por una norma superior, la Constitución. Éste es el rol que la Constitución argentina asigna al Poder Judicial en cabeza de cada uno de sus integrantes de todo fuero y jurisdicción.

Alexander Hamilton es quien mejor ha sintetizado el principio, y a sus palabras, escritas hace más de doscientos años con claridad meridiana, debemos necesariamente remitirnos:

(20) ALBERDI, JUAN B., *Bases*, El Ateneo, Madrid, 1913, p. 139.

(21) MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ed. Libertad, 1944, Libro XI, Cap. 6, p. 150.

(22) LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 144.

"Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa... Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta...

"No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.

"Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

"Esta conclusión *no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son*"⁽²³⁾.

(23) HAMILTON, ALEXANDER, *El Federalista*, N° LXXVIII,

Este mismo principio fue tomado luego por Marshall en el célebre caso *Marbury v. Madison*:

"La cuestión acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en derecho aplicable en el país es de un gran interés... pero, afortunadamente, su grado de complejidad no alcanza la medida de ese interés. Para resolverla sólo parece necesario reconocer determinados principios que se suponen bien arraigados"⁽²⁴⁾.

Por ello los jueces, por expreso mandato constitucional, deben resolver conforme a la Constitución, sin dejarse atraer por los cantos de sirena de las eventuales mayorías de un momento. Y es por ello que su independencia de todo otro poder político resulta indispensable en todo momento.

Así lo ha señalado nuestro Tribunal Cimero desde largo tiempo atrás al sostener que:

"La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución" por lo que no resulta "posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia *transgresión constitucional*"⁽²⁵⁾.

En tiempo más reciente, cabe recordar la disidencia del juez Petracchi en la causa *Cocchia*:

"los jueces no están llamados por la Ley Fundamental a acompañar o secundar las políticas escogidas por los poderes a quienes les están confiadas éstas. Tampoco, por cierto, están aquéllos convocados a oponerse a tales decisiones.

"La función judicial es muy otra. Se trata, en suma, de resolver las contiendas traídas a su conocimiento de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y, en su caso, contrastar la validez de éste, no por su adecuación a 'programa' alguno, sino por su conformidad con la Constitución Nacional y las leyes que en su consecuencia se dictaren"⁽²⁶⁾.

Para garantizar aquella independencia, la Constitución rodeó al Poder Judicial de un conjunto de protecciones, evitando que sus cargos queden a merced del capricho del gobernante de turno o de mayorías esporádicas.

(24) 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

(25) CSJN, "*Horta v. Harguindeguy*", Fallos 137:47 (el destacado es propio).

(26) Fallos 316:2624.

Su legitimación democrática proviene de la mecánica de su nombramiento. Ellos son nombrados por el presidente de la Nación, con acuerdo del Senado (todos ellos funcionarios electivos), aún después de la reforma de 1994. Esa legitimación democrática indirecta, vale decirlo, no es diferente de la que poseen los ministros del Poder Ejecutivo, muchos otros funcionarios de la administración, otros órganos constitucionales como el Defensor del Pueblo y el auditor general de la Nación y de la que poseía el propio presidente de la Nación con anterioridad a la última reforma constitucional.

Para evitar quedar sujetos a presiones coyunturales, se estableció que los cargos judiciales durasen mientras dure la buena conducta del magistrado⁽²⁷⁾. De este modo, ningún presidente podría normalmente alterar la composición del Poder Judicial, al poder sólo nombrar jueces en caso de vacancias producidas por renuncias o muerte, o en el excepcional supuesto de mal desempeño (el que nunca podría consistir en la discrepancia con el contenido de las sentencias), siempre debiendo contar con acuerdo del Senado⁽²⁸⁾. También se estableció que sus remuneraciones no podrían ser reducidas en modo alguno, evitando por esta vía las sanciones a los jueces por decisiones que disgustasen al poder de turno.

Como contrapartida, a fin de evitar que los jueces pudieran transformarse en un "gobierno paralelo", la Constitución sólo admitió la actuación de éstos en el marco de una causa concreta en donde se alegue que la actuación gubernamental vulnera un derecho concreto del peticionante. En este sentido, nuestra Corte Suprema ha sostenido ya en primeros fallos que

"a la Corte no le corresponde hacer declaraciones generales en ningún caso"⁽²⁹⁾,

y que

"la misión de un tribunal de justicia es aplicar las leyes a los casos ocurientes, y su facultad de explicarlas e interpretarlas se ejerce sólo aplicándolas a las controversias que se suscitan ante ellos, para asegurar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, y no puede pedirse que el tribunal emita su opinión sobre una ley, sino aplicándola a un hecho señalado al contradictor"⁽³⁰⁾,

criterios reiterados invariablemente desde entonces.

Igualmente, las sentencias sólo tienen efecto en el caso concreto en el cual son dictadas (obviamente sin perjuicio de la autoridad moral que

(27) Constitución Nacional, art 110.

(28) Constitución Nacional, art. 99, inc. 4°.

(29) Causa 3, del 26 de octubre de 1863, Fallos 1:27.

(30) Fallos 2:253.

ellas pueden llegar a generar), permitiendo diferenciar así a las sentencias de las leyes, sancionadas con carácter general. De este modo, los requisitos de causa y el efecto interpartes de las decisiones judiciales se constituyen como elementos centrales del diseño constitucional para asegurar que el Poder Judicial se mantenga dentro de su cauce institucional, sin avasallar las atribuciones conferidas por la Constitución a otras áreas del gobierno.

En síntesis, el control judicial de constitucionalidad de las leyes, aun de aquellas dictadas por amplias mayorías, con efecto interpartes y en el marco de una causa concreta en donde se haya producido la violación de un derecho es parte del diseño constitucional republicano del poder, establecido como herramienta de salvaguarda para proteger al pueblo en su conjunto, de las violaciones y abusos de sus gobernantes circunstanciales. Como sostuvo James Madison, otro de los artífices del constitucionalismo moderno:

"Si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernaran a los hombres, no sería necesario ningún control externo ni interno sobre el gobierno... La dependencia del pueblo es, sin duda, el control principal del gobierno, pero la experiencia ha enseñado a la humanidad la necesidad de precauciones auxiliares"⁽³¹⁾.

El control judicial de constitucionalidad es una de esas precauciones auxiliares.

Por ello, cerramos nuestra exposición con una cita que, en nuestra opinión, señala con claridad el camino correcto. En 1937, el Comité de Nominaciones del Senado de los Estados Unidos, frente al intento del presidente Roosevelt de modificar la composición de una Corte Suprema que no resultaba permeable a sus posturas políticas, expresó rechazando la pretensión presidencial:

"preferimos una Corte independiente, una Corte sin temores, una Corte que no tema anunciar sus honestas opiniones en lo que considera la defensa de las libertades del pueblo, que una Corte que, llena de temor, de sentido de la obligación hacia el poder que los nombró, o de pasión política, apruebe cualquier medida que pudiésemos sancionar. No somos jueces de los jueces. No estamos por encima de la Constitución"⁽³²⁾.

Estas palabras tal vez podrían servirnos de ejemplo para ayudarnos a madurar como sociedad política.



(31) MADISON, *El Federalista*, N° LI.

(32) US Senate Reports, 75th Congress, 1st Session, volume 1, p. 14 (1937).

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	
Por ALFONSO SANTIAGO	XIII
<i>El populismo constitucional</i>	
Por JORGE ALBERTO DIEGUES	1
<i>Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil</i>	
Por JOSÉ SEBASTIÁN ELÍAS	27
<i>Desfiguración y recuperación de nuestro régimen federal constitucional</i>	
Por PABLO MARÍA GARAT	65
<i>Potestades tributarias de los municipios</i>	
Por ALFREDO SILVERIO GUSMAN	99
<i>El uso del derecho comparado en la interpretación constitucional</i>	
Por JULIO CÉSAR RIVERA (H)	115
<i>El control como parte del diseño constitucional</i>	
Por ALFREDO M. VÍTOLO	147



2013



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ISBN 978-987-03-2816-2



9 789870 328162

Av. Alvear 1711 1° piso
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires
(011) 4815-6976 / 4812-9327
www.academiadederecho.org.ar
academiadederecho@fibertel.com.ar

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Estudios de Derecho Constitucional - Año 2013

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

Director: Alfonso Santiago

Estudios de Derecho Constitucional

Año 2013

Jorge Alberto Diegues ♦ José Sebastián Elías
Pablo María Garat ♦ Alfredo Silverio Gusman
Julio César Rivera (h) ♦ Alfredo M. Vítolo

