

ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

DIRECTOR: ACADÉMICO ALFONSO SANTIAGO

ESTUDIOS DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL

AÑO 2015

Oyhanarte - Vítolo - Ibarlucía -  
Márquez - Zuleta Puceiro - Garat - Rosatti - Ábalos



BUENOS AIRES  
2015

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

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

SERIE I - ANUARIOS

*Anales* - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 53

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.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA

La Ley Sociedad Anónima  
Tucumán 1471  
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Argentina  
Tel.: (005411) 4378-4841

- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

#### SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

#### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

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

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

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

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

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

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

- *Descentralización Productiva.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

#### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

#### INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

#### INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

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

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

**INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL**

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

**INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

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

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

**Presidente**

*Académico Dr. Jorge R. Vanossi*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

**Secretarios**

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

**Tesorero**

*Académico Dr. Daniel Funes de Rioja*

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

*Académico Dr. José Domingo Ray*

Vocales

*Académico Dr. 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. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	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

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
por orden de antigüedad

		Fecha
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 de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Argentina	14 abril 2016

ACADÉMICOS PRESIDENTES

	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Wenceslao Escalante	1910/1916
Dr. Manuel Obarrio	1916/1936
Dr. José Nicolás Matienzo	1936/1937
Dr. Ernesto Bosch	1937/1951
Dr. Leopoldo Melo	1951/1958
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1959/1959
Dr. Clodomiro Zavalla	1959/1967
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1967/1971
Dr. Agustín N. Matienzo	1971/1974
Dr. Eduardo B. Busso	1974/1977
Dr. Alberto G. Padilla	1977/1980
Dr. Marco Aurelio Risolía	1980/1983
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1983/1986
Dr. Segundo Linares Quintana	1986/1989
Dr. Marco Aurelio Risolía	1989/1992
Dr. Federico Videla Escalada	1992/1995
Dr. Enrique Ramos Mejía	1995/1998
Dr. José Domingo Ray	1998/2001
Dr. Roberto Martínez Ruiz	2001/2004
Dr. Horacio A. García Belsunce	2004/2007
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2007/2009
Dr. Julio César Otaegui	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Gregorio Badeni	2016/2019

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
 Dr. Carlos A. Adrogué  
 Dr. Eduardo Aguirre Obarrio  
 Dr. Jorge A. Aja Espil  
 Dr. Juan Álvarez  
 Dr. Octavio R. Amadeo  
 Dra. Margarita Argúas  
 Dr. Marco R. Avellaneda  
 Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia  
 Dr. Antonio Bermejo  
 Dr. Juan A. Bibiloni  
 Dr. Germán J. Bidart Campos  
 Dr. Eduardo L. Bidau  
 Dr. Eduardo Bidau  
 Dr. Rafael Bielsa  
 Dr. Bernardino Bilbao  
 Dr. Adolfo Bioy  
 Dr. Guillermo A. Borda  
 Dr. Ernesto Bosch  
 Dr. Rodolfo Bullrich  
 Dr. Carlos O. Bunge  
 Dr. Eduardo B. Busso  
 Dr. Jorge Bustamante Alsina  
 Dr. Pablo Calatayud  
 Dr. Francisco Canale  
 Dr. Ramón S. Castillo  
 Dr. Alfredo Colmo  
 Dr. Jorge E. Coll  
 Dr. Julio César Cueto Rúa  
 Dr. Tomás R. Cullen  
 Dr. Mauricio P. Daract  
 Dr. Calixto S. de la Torre  
 Dr. Antonio Dellepiane  
 Dr. Atilio Dell'Oro Maini  
 Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
 Dr. Juan José Díaz Arana  
 Dr. Manuel María Diez  
 Dr. Luis M. Drago  
 Dr. Mariano J. Drago  
 Dr. Wenceslao Escalante  
 Dr. Felipe A. Espil  
 Dr. Rómulo Etcheverry Boneo  
 Dr. José Figueroa Alcorta  
 Dr. Horacio P. Fargosi

Dr. Salvador Fornieles  
 Dr. Vicente C. Gallo  
 Dr. Guillermo Garbarini Islas  
 Dr. Juan Agustín García  
 Dr. Juan M. Garro  
 Dr. Juan A. González Calderón  
 Dr. Dimas González Gowland  
 Dr. Aquiles H. Guaglianone  
 Dr. Elías P. S. Guastavino  
 Dr. Carlos Güiraldes (h)  
 Dr. Roberto Guyer  
 Dr. Alberto Hueyo  
 Dr. Carlos Ibarguren  
 Dr. Eduardo Labougle  
 Dr. Héctor Lafaille  
 Dr. Héctor P. Lanfranco  
 Dr. Hilario Largaía  
 Dr. Tomás Le Bretón  
 Dr. Ricardo Levene  
 Dr. Juan Francisco Linares  
 Dr. Segundo V. Linares Quintana  
 Dr. Mario Justo López  
 Dr. José María López Olaciregui  
 Dr. Baldomero Llerena  
 Dr. Osvaldo Magnasco  
 Dr. Carlos C. Malagarriga  
 Dr. Miguel S. Marienhoff  
 Dr. Félix Martín y Herrera  
 Dr. Roberto Martínez Ruiz  
 Dr. Agustín N. Matienzo  
 Dr. José N. Matienzo  
 Dr. Jorge M. Mayer  
 Dr. Carlos L. Melo  
 Dr. Leopoldo Melo  
 Dr. Manuel A. Montes de Oca  
 Dr. Augusto Mario Morello  
 Dr. Rodolfo Moreno (h)  
 Dr. Carlos M. Muñiz  
 Dr. José Luis Murature  
 Dr. Rómulo S. Naón  
 Dr. Benito A. Nazar Anchorena

Dr. Luis Esteban Negri Pisano  
 Dr. Manuel Obarrio  
 Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
 Dr. Francisco J. Oliver  
 Dr. Manuel V. Ordóñez  
 Dr. Alfredo Orgaz  
 Dr. Adolfo Orma  
 Dr. Julio César Otáegui  
 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 Rífo  
 Dr. Marco Aurelio Risolía  
 Dr. Horacio C. Rivarola  
 Dr. Rodolfo Rivarola  
 Dr. Ambrosio Romero Carranza  
 Dr. José M. Rosa

Dr. José María Ruda  
 Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
 Dr. Alejandro Ruzo  
 Dr. Diego L. Saavedra  
 Dr. Carlos Saavedra Lamas  
 Dr. Antonio Sagarna  
 Dr. Raymundo M. Salvat  
 Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
 Dr. José Manuel Saravia  
 Dr. Juan Silva Riestra  
 Dr. Sebastián Soler  
 Dr. Juan B. Terán  
 Dr. José A. Terry  
 Dr. David de Tezanos Pinto  
 Dr. Gastón Federico Tobal  
 Dr. 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 Zavalla  
 Dr. Estanislao S. Zeballos

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> POR ALFONSO SANTIAGO .....	17
<i>Reflexiones sobre el proceso de nombramiento de magistrados de la Corte Suprema</i> .....	19
POR MARTÍN OYHANARTE (H.)	
<i>El valor constitucional de los límites a las potestades provinciales en la nueva ley de hidrocarburos</i> .....	39
POR ALFREDO M. VÍTOLO	
<i>Observaciones constitucionales al juicio por jurados</i> .....	55
POR EMILIO A. IBARLUCÍA	
<i>Artículo 124 de la Constitución Nacional. Región: una herramienta constitucional soslayada</i> .....	75
POR ARMANDO MARIO MÁRQUEZ	
<i>Cultura constitucional: un conflicto de valores</i> .....	97
POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO	
<i>El programa constitucional para el desarrollo federal</i> .....	125
POR PABLO MARÍA GARAT	
<i>Globalización, convencionalidad y estatidad. Sobre el "margen de apreciación nacional" en la aplicación de normas internacionales</i> .....	145
POR HORACIO D. ROSATTI	
<i>Aportes para una interpretación armónica del Código Civil y Comercial en el marco del federalismo fiscal</i> .....	159
POR MARÍA GABRIELA ÁBALOS	

## PRÓLOGO

Como Director del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, es motivo de honda satisfacción personal prologar esta publicación, que contiene diversas exposiciones efectuadas por miembros del Instituto durante el año 2015.

Cada trabajo analiza temas diversos —muchos de ellos de actualidad— y es fruto de una investigación, un estudio serio, profundo, meduloso, con debido fundamento, un análisis riguroso de cada temática al que se suma la adhesión y/o la crítica a una opinión doctrinaria o a un fallo judicial más los propios puntos de vista de cada autor.

De no menor importancia fue el intercambio de opiniones que tuvo lugar con posterioridad a cada exposición. Se originaron interesantes debates, con participación activa de los miembros, miradas diversas, aportes significativos y también algunas discrepancias o divergencias, siempre dentro de un marco de plena libertad y de respeto por la opinión ajena.

Las reuniones se llevaron a cabo los terceros martes de cada mes, iniciando la actividad en abril y culminándola en noviembre.

A lo manifestado precedentemente cabe resaltar que cada miembro del Instituto ha comprendido cabalmente cuáles han sido los objetivos que han llevado a su creación, a su permanencia en el tiempo y a toda la tarea desplegada, que puede calificarse como muy positiva. Es por ello que las opiniones vertidas, las adhesiones a determinado criterio jurídico o a una línea jurisprudencial nunca desvirtuaron esos objetivos: analizar y debatir con nivel académico, defender la libertad de expresión y velar por un sano pluralismo de ideas unido a un apego a la Constitución Nacional, al Estado de derecho y a los principios y valores de la república democrática.

Académico Alfonso Santiago

# REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO DE NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA

POR MARTÍN OYHANARTE (H.)

Sumario: I. Introducción.— II. La edad de los jueces.— III. La especialidad.— IV. El rol del Senado.— V. Conclusión.

## I. Introducción (1)

Con motivo de la renuncia de Eugenio R. Zaffaroni, hecha efectiva el 1 de enero de 2015, se ha producido una vacante en la Corte Suprema. Así, y luego de más de diez años, vuelve a ponerse en marcha el proceso constitucional de nombramiento de magistrados de nuestro más alto tribunal. En ese marco, el Poder Ejecutivo nominó a un reemplazante, mientras que algunos miembros del Senado anticiparon su rechazo a cualquier candidato promovido por la actual administración. La situación nos invita, entonces, a indagar acerca de cuáles son las condiciones óptimas que debe tener un juez de la Corte y cuál es el rol que debe tener el Senado en esta materia.

A fin de llevar a cabo un análisis de estas cuestiones, prestaremos especial atención a nuestra práctica institucional y al derecho comparado. A partir de estos elementos, procuraremos elaborar pautas generales que puedan orientar —en la actual coyuntura o en el futuro— a los actores políticos que tienen la responsabilidad de seleccionar a los magistrados del más alto tribunal.

## II. La edad de los jueces

Una de las facetas que ha despertado mayor interés del perfil del candidato nominado por el Ejecutivo es su edad: 33 años. En el análisis de

(1) Abogado, UCA (2000); LL.M., Harvard Law School (2004); profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral y en la Universidad del Salvador. Una versión preliminar de este trabajo fue publicada en *Microjuris Argentina*, MJD-7135, el 31/3/2015.

esta circunstancia, las cuestiones que deben ser abordadas son dos, de naturaleza distinta.

La primera de ellas tiene que ver con la edad como indicador de madurez personal y aptitud para el cargo. Este es el sentido original de la regla contenida en el art. 111 CN que, mediante un reenvío al art. 55, apunta a garantizar que el candidato tenga idoneidad, cierta trayectoria profesional y por sobre todo “*estabilidad de carácter*” (2).

La segunda cuestión a considerar tiene que ver con la relación que existe entre la edad de un candidato a un cargo vitalicio y la voluntad de un determinado sector político de influir en la orientación ideológica de la Corte Suprema por la mayor cantidad de años posible.

### A. Edad y madurez

#### A.1. Práctica institucional

La Constitución requiere que la edad y los años de experiencia profesional sean tenidos en cuenta a fin de juzgar la idoneidad de los posibles integrantes de la Corte Suprema. Esta regla tiene una larga tradición entre nosotros (3). Pero el piso de 30 años de edad y 8 años de ejercicio profesional parece haber perdido su sentido histórico.

En efecto, la pauta bajo examen fue ideada en los EE.UU. en el año 1787, en un contexto en el que la esperanza de vida era de 41,4 años (4). Y fue recibida entre nosotros en un momento en el que la esperanza de vida era de 29 años (5). Sin embargo, en la Argentina de hoy, la esperanza de vida es de 75,2 años (6). Es evidente que el criterio original, que apuntaba a garantizar que quien fuera nominado estuviera en lo más alto de su ciclo

(2) James Madison sostenía que los senadores debían actuar en su cargo con cierta “información y estabilidad de carácter”, para lo cual era necesario haber cumplido 30 años, de modo de garantizar haber “llegado a un momento de la vida en el que más probablemente se podían ofrecer esas ventajas” (The Federalist Papers, Signet, 2003, nro. 62).

(3) Tanto el art. 93 de la Constitución de 1819, como el art. 112 de la Constitución de 1826, establecieron que para integrar el más alto tribunal era requisito ser letrado recibido con ocho años de ejercicio y contar con 40 años de edad. A su turno, la Constitución de 1853 conservó el fraseo de las Constituciones de 1819 y 1826, eliminó la necesidad de contar con 40 años de edad, pero dispuso el reenvío a los requisitos para ser senador. De allí surge el parámetro de 30 años que recogen los actuales arts. 55 y 111 CN, que no es otro que el establecido en el art. I, secc. 3, cl. 3 de la Constitución de los EE.UU.

(4) J. David Hacker, “Decennial Life Tables for the White Population of the United States, 1790—1900”, Historical Methods, 2010, t. 43-2, p. 45.

(5) Organización Panamericana de la Salud, “Salud en las Américas”, 2012, p. 4.

(6) Ministerio de Salud de la Nación, “Indicadores Básicos”, 2012, p. 2.

vital y profesional, ha quedado desfasado, ya que hoy ello suele ocurrir mucho más tarde.

Por lo tanto, a los efectos de recurrir a algún criterio objetivo para sugerir cuál es la edad óptima de los magistrados en la actualidad, parece aconsejable comenzar por el estudio de la práctica institucional que han seguido los poderes constituidos de nuestro país. Ello nos brindará una referencia más ajustada a la cambiante realidad.

Si analizamos la edad de los 110 candidatos (7) que sucesivamente fueron nombrados para integrar nuestra Corte Suprema, observamos que el promedio es de 55,8 años al momento de su nombramiento. A su vez, si analizamos la muestra con criterio estadístico, podemos agregar que la mediana es de 55 años y que la desviación estándar es de 8,6. Estos datos revelan que se trata de una muestra muy homogénea, con alta concentración de datos cerca de la media, de la cual resulta un intervalo de “normalidad” que va desde los 47,2 hasta los 64,4 años de edad.

A lo dicho, podemos añadir un análisis acerca de cuál es la tendencia específica de los últimos años. Es aquí adecuado tomar los datos referidos a la edad de nominación comenzando desde 1983 hasta el día de hoy. Ello revela que, en el actual ciclo de gobiernos democráticos, la edad promedio de los jueces al momento de la nominación es de 60 años. Esto significa que la tendencia contemporánea en nuestro país ha sido la de elevar paulatinamente el promedio de edad de nominación de los jueces, hasta duplicar en la última etapa la pauta de 30 años prevista originalmente. No sorprende comprobar que esta tendencia es consistente con el espectacular incremento de la esperanza de vida y con la creciente complejidad de la ciencia jurídica y los procesos políticos.

#### A.2. Derecho comparado

Desde una perspectiva comparada, resulta de interés contrastar el dato que surge del análisis estadístico de Argentina con las experiencias de otros países americanos.

Podemos comenzar con el caso de los EE.UU., ya que ese modelo institucional es el que se siguió a la hora de definir la competencia y el modo de

(7) La Corte Suprema ha sido integrada por 105 personas, de las cuales 5 integraron el tribunal en dos ocasiones diferentes (Gorostiaga, Laspiur, Bidau, Oyhanarte y Levene). No se computa la nominación de Valentín Alsina, quien pese a haber tenido acuerdo del Senado, nunca ocupó el cargo. Véase Alfonso Santiago (h) (dir.), “Historia de la Corte Suprema Argentina”, Marcial Pons, 2014, t. III, ps. 2031-2036.

integración de la Corte Suprema. Aquí, el dato que más llama la atención es que la Constitución de EE.UU. no sólo no requiere formalmente que los jueces tengan una edad mínima, sino que ni siquiera requiere que tengan título universitario de abogado (8). La cuestión de los requisitos queda enteramente librada a la prudencia política de los actores del proceso de selección.

Es así que en EE.UU., a pesar de la citada diferencia normativa, nos encontramos con un patrón estadístico casi idéntico al argentino. En este caso, la muestra está dada por la edad de 112 jueces (9). En aquel país los magistrados de la Corte han sido nominados a una edad promedio de 53 años y mediana de 54 años. La desviación estándar es de 6,8. Esto significa que, de modo similar a la Argentina, la muestra es muy homogénea y existe un intervalo que va desde los 46,2 hasta los 59,8 años de edad, en el que la nominación puede ser considerada "normal", al menos desde un punto de vista histórico.

Por otro lado, si pasamos a analizar lo que ocurre en el resto de los países de América, nos encontramos con que la actualización del criterio referido a la edad y a la experiencia se ve reflejada en los textos constitucionales. Así, en la gran mayoría de los casos, la cuestión aparece reglamentada de manera distinta pero convergente en cuanto a exigir una edad o una experiencia mayor a la que se exigía en las constituciones sancionadas en los siglos XVIII o XIX.

Un primer grupo de países requiere una edad mínima para acceder al más alto tribunal, muy superior a la nuestra. Así, vemos que Perú requiere una edad mínima de 45 años (10); Guatemala, El Salvador, Haití y Uruguay, una edad de 40 años (11); y Bolivia, Brasil, Costa Rica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y R. Dominicana exigen al menos 35 años (12).

Un segundo grupo de países americanos regulan la cuestión con prescindencia de la edad, y estableciendo únicamente un mínimo de años de

(8) De los 112 jueces que han integrado la Suprema Corte de EE.UU., 47 de ellos fueron nombrados sin haber asistido jamás a una Facultad de Derecho, y otros 18 asistieron a clases pero nunca obtuvieron un título formal.

(9) Datos proporcionados por la Supreme Court Historical Society, disponible en [http://supremecourthistory.org/timeline\\_SCOTUSAppointments.html](http://supremecourthistory.org/timeline_SCOTUSAppointments.html)

(10) Const. Perú, art. 147 (1993). Este mismo artículo exige, además, 15 años de ejercicio profesional.

(11) Const. Haití art. 190 ter (1987); Guatemala, art. 216 (1985); El Salvador, art. 176 (1983); Uruguay, art. 235 (1966).

(12) Const. Bolivia, art. 199 (2009); Brasil, art. 101 (1988); Costa Rica, art. 159 (1949); Honduras, art. 309 (1982); México, art. 95 (1917); Nicaragua, art. 161 (1987); Panamá, art. 204 (1972); Paraguay, art. 258 (1992); R. Dominicana, art. 153 (2010).

trayectoria profesional que casi duplica a la exigida entre nosotros. Es el modelo seguido por Chile y Venezuela, que exigen 15 años de trayectoria (13), independientemente de la edad del candidato. Este enfoque está en línea con el modelo de países europeos, en donde, por ejemplo, España requiere 15 años de ejercicio profesional (14), e Italia que requiere al menos 20 años (15).

### A.3. Una propuesta

Corresponde, entonces, preguntarnos cómo debe evaluarse a los candidatos que, estando formalmente habilitados a ocupar el cargo, se encuentran de todos modos muy alejados del paradigma estadístico que resulta de nuestra propia práctica institucional y de la tendencia observada en la mayoría de los países americanos a lo largo del siglo XX.

A los efectos del análisis, podemos tomar como caso testigo al de Roberto M. Carlés, nominado con 33 años. O en el otro extremo de la curva al caso de Ricardo E. G. Levene (h), quien fue nombrado con 76 años. En el marco de la práctica institucional argentina, al igual que en la estadounidense, estas edades pueden ser calificadas como "valores atípicos extremos" o "outliers". Es decir, estamos frente a datos que desde el punto de vista estadístico sugieren una pertenencia a "una población diferente del resto de la muestra establecida". (16)

En tales condiciones, es válido y fundado afirmar que candidatos de estas características no tienen las condiciones que históricamente se han juzgado necesarias para acceder al cargo. Y también, que cuanto más se alejen los candidatos del intervalo medio, mayor razón habrá para examinar su idoneidad con detenimiento.

Ello no significa, desde luego, rechazar una candidatura de antemano. Bien podría tratarse de un caso verdaderamente excepcional. Un "cisne negro" que a pesar de la corta edad haya alcanzado grados inusuales de experiencia y madurez. O alguien que a pesar de una avanzada edad, conserva intacta la vitalidad, lucidez y energía que el cargo demanda.

A partir de los datos históricos, el análisis estadístico y el derecho comparado, lo que se sugiere es someter esta faceta de los candidatos atípicos a

(13) Const. Chile, art. 78 (1980); Venezuela, art. 263 (1999).

(14) Const. España, art. 159 (1978).

(15) Const. Italia, art. 135 (1947).

(16) Conf. Frank E., Grubbs, "Procedures for detecting outlying observations in samples", National Technical Information Service, US Department of Commerce, 1974, p. 2.

un estricto examen circunstanciado. Así, aquello que para otros candidatos puede ser presumido, en el caso de los "outliers" debe ser acreditado especialmente en las instancias de evaluación ante el Ejecutivo y el Senado.

### B. Edad e ideología

Desde un punto de vista institucional, la edad de un candidato a la Corte es un criterio de selección sensible porque el empleo de juez está llamado a durar tanto como su buena conducta. Cuanto más joven el candidato, más probable es que ocupe el cargo durante un tiempo mayor, incrementando correlativamente su capacidad de influencia sobre la institución. Si vemos la cuestión de la edad con prescindencia de la anécdota individual, y adoptamos la perspectiva de los partidos o sectores ideológicos que luchan por el poder, veremos que se trata de un factor de primer orden en importancia (17).

Para comprender cabalmente cuál es la relación entre la edad y la posible influencia sobre la institución, la doctrina recurre a la teoría del *Median Justice* o "Juez Mediano". Esta teoría tiene su origen en la Ciencia Política, y en especial en el trabajo de Duncan Black, quien desarrolló un modelo para analizar los patrones de votación allí donde se requiere una mayoría absoluta para la toma de decisiones (18).

En su aplicación a la Corte Suprema, la teoría parte del supuesto de que es posible ordenar las preferencias de los jueces en un eje espacial unidimensional y continuo considerando, por ejemplo, su ideología o filosofía política (eje "izquierda-derecha" o "conservador-liberal") (19). Bajo este esquema, y cualquiera sea el eje que se adopte como variable de análisis, habrá siempre un juez que se ubique en el centro o en la mediana de las preferencias de los jueces, ordenadas correlativamente (20). La teoría

(17) Conf. Jonathan N. Katz y Matthew L. Spitzer, "What's Age Got to Do With It? Supreme Court Appointees and the Long Run Location of the Supreme Court Median Justice", *Arizona State Law Journal*, 2014, t. 46, p. 41; Charles Cameron, Jee-Kwang Park y Deborah Beim, "Shaping Supreme Court Policy Through Appointments: The Impact of a New Justice" *Minnesota Law Review*, 2009, t. 93, p. 1820.

(18) Duncan Black, "On the Rationale of Group Decision-Making", *Journal of Political Economy*, 1948, t. 56, p. 23.

(19) Sobre la aplicación de la teoría a la Corte Suprema, y las distintas premisas sobre las cuales reposa, véase Paul H. Edelman y Jim Chen, "The Most Dangerous Justice: The Supreme Court at the Bar of Mathematics", *Southern California Law Review*, 1996, t. 70 p. 63 y "The Most Dangerous Justice Rides into the Sunset", *Constitutional Commentary*, 2007, t. 24, p. 299.

(20) Desde un punto de vista formal, el juez "mediano" es definido como "aquel que en el centro de la distribución de Jueces, tal que (en una distribución ideológica, por ejemplo) la mitad de los Jueces está a su derecha (y son más conservadores que) el mediano, y la otra

sugiere que el juez cuyas preferencias se ubiquen en el centro o mediana entre los extremos ideológicos, tendrá en la mayoría de los casos el voto decisivo (o "swing vote") (21). La implicancia más obvia es la de que la jurisprudencia de la Corte se orientará hacia ese centro de preferencias que ocupa y corporiza el "juez mediano" (22).

Ahora bien, lo que nos interesa subrayar es que la posición del "juez mediano" es una función relativa, es decir, no resulta de su actitud personal sino que es consecuencia de una determinada composición y funcionamiento del tribunal (23). Por lo tanto, aquellos que pretendan influir sobre la orientación ideológica de la Corte, intentarán mover este centro de gravedad, gradualmente, hacia sus propias posiciones.

Si incluimos en esta ecuación a la edad de los jueces, la conclusión más obvia es la de que a largo plazo, el partido o sector ideológico que sistemáticamente logre nombrar jueces afines más jóvenes, será capaz de alterar a su favor la ubicación relativa de la mediana de preferencias, e influir así en la orientación global de la jurisprudencia (24). En los EE.UU., fue planteado por primera vez con motivo del nombramiento de Willam O. Douglas por parte de Franklin D. Roosevelt. Más modernamente, el factor de la edad de los jueces nominados por los presidentes del partido Republicano es considerado determinante para explicar que la orientación del tribunal se haya movido en los últimos años desde el centro hacia el polo conservador (25).

mitad está a su izquierda (y es más liberal que) el mediano" (conf. Andrew D. Martin, Kevin M. Quinn & Lee Epstein, "The Median Justice on the United States Supreme Court", *North Carolina Law Review*, 2005, t. 83, p. 1277).

(21) Patrick Schmidt y David A. Yalof, "The Swing Voter Revisited: Justice Anthony Kennedy and the First Amendment Right of Free Speech", *Political Research Quarterly*, 2004, t. 57, p. 209.

(22) Pablo T. Spiller, "Review of The Choices Justices Make", *American Political Science Review*, 2000, t. 94, p. 943. Se deja aclarado que admitir esta aserción no implica adscribir necesariamente a un modelo de interpretación puramente "actitudinal", que prescinde de los condicionantes institucionales y evaluaciones estratégicas que influyen en la toma de decisión de los jueces. Asimismo, también hay que dejar a salvo que, el hecho de que un juez haya sido nominado por un presidente, no significa necesariamente que tengan idéntica ideología, o que el juez conserve el mismo pensamiento a lo largo de su trayectoria. Se da por supuesta la afinidad ideológica entre un presidente y el juez nominado porque ello es lo que ocurre en la mayoría de los casos, y a fin de facilitar el análisis de fondo.

(23) Lee Epstein y Tonja Jacobi, "Super Medians", *Stanford Law Review*, 2008, t. 61, p. 49.

(24) Conf. Kathleen A. Bratton, "Moving Up the Judicial Ladder: The Nomination of State Supreme Court Justices to the Federal Courts", *American Politics Research*, 2004, t. 32, p. 198.

(25) Katz y Spitzer, ob. cit., p. 41; Corinna Barrett Lain, "Deciding Death", *Duke Law Journal*, 2007, t. 57, p. 69; Richard L. Revesz, "Congressional Influence on Judicial Behavior? An Empirical Examination of Challenges to Agency Action in the D.C. Circuit", *N.Y.U. Law Review*, 2001, t. 76, p. 1126 y su nota 92.

Al respecto, Farnsworth explica que la dinámica mencionada enfrenta a todos los presidentes modernos con el siguiente dilema: *“si nombro jueces más viejos mientras que el presidente de otro partido nombra presidentes más jóvenes, estoy ampliando la influencia de esos otros presidentes en mi perjuicio; entonces, más allá de lo que el próximo presidente haga en definitiva, siempre me resultará más conveniente nombrar a jueces más jóvenes”* (26).

Bajo tal premisa, el único modo de evitar que el partido a cargo del Ejecutivo saque este tipo de ventaja, consiste en que los partidos de oposición en el Senado tomen a la evaluación de la edad con especial consideración institucional. Exigir la elección de jueces de edad adecuada es un requisito esencial para asegurar un equilibrio en la orientación ideológica y política de la jurisprudencia de la Corte Suprema (27). Aquí, la edad mediana que resulta de la práctica institucional argentina puede también ser útil, aunque esta vez como “punto focal” (28) sobre el cual se construya un consenso sistémico entre los distintos sectores políticos.

### III. La especialidad

Otro aspecto que en la última etapa ha generado debate es el relativo a la especialidad jurídica que deben tener los jueces de la Corte Suprema. En particular, a partir de las designaciones de Eugenio R. Zaffaroni y Carmen M. Argibay, la reciente nominación de Roberto M. Carlés o la postulación en la prensa de candidatos alternativos, se observa una tendencia a dar preponderancia a especialistas en Derecho Penal. Ello nos lleva a analizar si esta tendencia se encuentra justificada desde un punto de vista histórico o desde el punto de vista de la carga de trabajo del tribunal.

Desde la perspectiva histórica, se advierte que en años recientes se ha pretendido instalar la idea de que en la Corte ha existido siempre una suerte

(26) Ward Farnsworth, “The Regulation of Turnover on the Supreme Court”, *University of Illinois Law Review*, t. 2005, p. 428.

(27) Este enfoque no ha merecido atención en la Argentina hasta ahora dado que, en el pasado, las vías por las que se intentó reconfigurar la posición ideológica de la Corte Suprema no fueron tan sutiles: juicio político de la mayoría de sus miembros (1946, 2002-2005); destitución de facto (1955, 1966, 1976); destitución por reinstalación del régimen democrático (1958, 1973, 1983) y aumento o reducción de la cantidad de miembros del tribunal (1960, 1989, 2006). Sin embargo, si confiamos en que en el futuro habrá mayor estabilidad institucional, este marco de análisis cobrará mayor protagonismo.

(28) Un “punto focal” o “punto de Schelling” es en la teoría de los juegos un equilibrio de Nash que se destaca sobre los demás por razones de simetría, de optimalidad o por alguna otra característica que lo convierte en una solución del juego intuitiva o razonable para los jugadores (conf. Thomas C. Schelling, “The strategy of conflict”, Harvard Univ. Press, 1960, p. 57).

de plaza penalista. Esta posición ha sido esgrimida por Zaffaroni, quien ha dicho que *“siempre ha habido un penalista en la Corte Suprema”* (29), y que cuando no hay jueces con esta orientación, la Corte no funciona correctamente (30). No obstante, el más elemental repaso a la historia de la Corte Suprema de nuestro país revela que esta afirmación es falsa.

En efecto, desde el año 1863 hasta la actualidad, computando las designaciones de Argibay y del propio Zaffaroni, de los 105 juristas que integraron la Corte Suprema, tan sólo 11 han tenido orientación en Derecho Penal (31), destacándose que 4 de ellos fueron nombrados por presidentes *de facto* sin acuerdo del Senado (32). A su vez, si tenemos en cuenta la duración en el cargo de estas 11 personas, nos encontramos con que en la Corte Suprema no hubo ningún penalista durante 94 de sus 152 años (33).

Entonces, vemos que la afirmación verdadera es la de que la mayor parte del tiempo no hubo ningún penalista en la Corte Suprema y que no tiene asidero histórico postular la existencia de una suerte de plaza reservada a esa especialidad.

Desde otra perspectiva, podemos abordar la cuestión atendiendo al tipo de casos que efectivamente resuelve la Corte Suprema al día de hoy. Aquí, lo que deberíamos analizar es si el tribunal resuelve gran cantidad de casos penales o si, por el contrario, este tipo de casos son relativamente escasos en el marco de su competencia.

A tal fin, una metodología válida consiste en analizar cuántos son los casos y cuántas son las normas sobre materia penal respecto de las cuales la Corte Suprema ha ejercido el control de constitucionalidad. Este es el

(29) Conf. Jorge O. Bercholz, “Aportes para una selección coherente y congruente de los jueces de un Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Público* n° 2005-1, Rubinzal-Culzoni, p. 8.

(30) Zaffaroni ha manifestado recientemente que los miembros de la Corte actual tienen “miedo” de resolver casos penales, en particular “el miedo del que no es penalista” (conf. Irina Hauser, “La Justicia va a terminar con un enorme desprestigio”, *Diario Página/12*, 3 de enero 2015, p. 1).

(31) A lo largo de la historia, los jueces especialistas en Derecho Penal han sido Octavio Bunge (1892-1902), Cornelio Moyano Gaciatúa (1905-1910), Lucas López Cabanillas (1910-1914), Luis C. Cabral (1966-1973), Ricardo E. G. Levene (1975-1976 y 1990-1995), Alejandro R. Caride (1976-1977), Emilio M. R. Daireaux (1977-1980), César E. N. Black (1980-1982), José S. Caballero (1983-1989), Eugenio R. Zaffaroni (2003-2014) y Carmen M. Argibay (2005-2014). Véase Alfonso Santiago (dir.), ob. cit., ps. 84, 211, 213, 819, 895, 1059, 1067, 1071, 1194, 1692 y 1693.

(32) Es el caso de Luis C. Cabral, nombrado por Onganía, y de Alejandro R. Caride, Emilio M. Daireaux y César Black, nombrados por Jorge R. Videla.

(33) Véase Alfonso Santiago (dir.), ob. cit., t. III, ps. 2031-36.

enfoque que adoptó Jorge O. Bercholc en dos excelentes trabajos, a los que remitimos (34). Allí, la conclusión principal es la de que *"como se observa en los cuadros estadísticos, considerando como unidad de análisis tanto los fallos, como las normas, los casos que involucran cuestiones penales son relativamente pocos. Sólo el 8% del total"*. (35)

Según este autor, además, en el período de 1930 a 1983, la Corte declaró la inconstitucionalidad de leyes nacionales relativas a cuestiones penales solo en 24 oportunidades. Al mismo tiempo, la cantidad de declaraciones de inconstitucionalidad de normas jurídicas nacionales fue mucho más intensa en materia laboral, civil, administrativa, tributaria o previsional, que en materia penal. Es por ello que concluye que los casos penales que llegan a la Corte son tan pocos que *"no parecen justificar una designación sustentada en la calidad de penalista del juez"* (36).

Por otro lado, este enfoque puede ser cotejado con cifras y estadísticas más recientes, elaboradas y publicadas por la propia Corte Suprema (37). En estos informes es posible distinguir y cuantificar las sentencias y resoluciones vinculadas a la materia penal a partir de la identificación de la Secretaría interviniente en cada expediente. Dado que la Secretaría que tiene competencia penal es la nro. 3, podemos asumir que todos los casos que allí tramitan son de esa naturaleza, al menos como cuestión preponderante. A su vez, aprovechando el desglose de la estadística elaborada por la Corte, podemos conocer en cuántos casos se ha dictado sentencias con desarrollo de fundamentos. Esta resulta la variable más interesante, en donde la pluma de un juez especialista puede ser realmente útil, ya que en los demás casos la cuestión se decide con remisión a otros precedentes o por cuestiones procesales (*v.gr.*, incumplimiento de la Acordada 4/07, art. 280 CPCCN, etc.).

Pues bien, lo que resulta de estos datos es que la Corte Suprema dictó sentencias con desarrollo de fundamentos en materia penal en 20 casos sobre un total de 240 en 2014; en 18 casos sobre 199 en 2013; y en 17 casos sobre 155 en 2012 (38). Si ello se compara con las cifras globales, es fácil advertir que en las actuales circunstancias resultaría mucho más útil un

(34) Jorge O. Bercholc, "La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)", Ediar, 2004 y "Aportes...", ob. cit.

(35) Bercholc, "Aportes...", cit., p. 8.

(36) Id.

(37) Centro de Información Judicial, "Información estadística. Año 2012, 2013, 2014", disponible en <http://www.cij.gov.ar/nota-14701-La-Corte-Suprema-difundi--informacion-estadistica-sobre-expedientes-resueltos-por-el-M-ximo-Tribunal.html>

(38) Id.

jurista que tenga formación de base en materia laboral, administrativa, tributaria o previsional. Y si a estos datos los confrontamos con el hecho de que la Corte Suprema tiene una carga de trabajo promedio que excede los 16.000 expedientes por año, nos vemos forzados a compartir la conclusión que arroja el estudio de Bercholc, en el sentido de que la materia penal es marginal.

Debe resaltarse, además, que en los pocos casos sobre materia penal que requieren la atención del tribunal lo que está verdaderamente en juego no son las cuestiones de hecho o prueba, ni la aplicación del derecho común. Estas cuestiones deben ser resueltas por las instancias inferiores, que incluyen nada menos que a la Cámara Federal de Casación Penal. Por imperio de la ley 48, lo único que debiera estar en discusión ante la Corte es la "cuestión federal" que habilita a la instancia extraordinaria y no, por ejemplo, la interpretación que del Código Penal hizo el tribunal inferior. Pues bien, a fin de resolver satisfactoriamente una "cuestión federal", los conocimientos indispensables provienen fundamentalmente del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, y no de otras ramas.

Esto último nos lleva, entonces, a sostener que debe abordarse la cuestión bajo examen con una mirada orientada hacia el futuro. Así, no es posible saber cuál es la especialidad óptima de los jueces sin tener primero en claro cuál es el perfil de Corte Suprema al que aspiramos. En su origen, estuvo claro que el tribunal tenía por objeto central vindicar el derecho federal. Con el tiempo, gracias a la inestabilidad política del siglo XX y a heterodoxias como la doctrina de la arbitrariedad, el tribunal fue perdiendo identidad. Al día de hoy, no resulta claro si se trata de un tribunal de apelaciones multipropósito o un poder estatal específicamente llamado a custodiar el proceso democrático y garantizar los Derechos Humanos. Si ésta última fuera la alternativa a la que verdaderamente aspiramos, la formación de los magistrados que integren la institución debe ser acorde. En pos de este ideal, bien podríamos incorporar a nuestra práctica institucional una sencilla regla consagrada en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, que para integrar su Tribunal Constitucional requiere que los nominados acrediten experiencia o una especialización *"en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos"* (39).

#### IV. El rol del Senado

A esta altura corresponde pasar a analizar el rol que le cabe al Senado. Ello resulta de interés debido a que, como se dijo más arriba, un grupo de

(39) Const. Bolivia art. 199 (2009).

senadores de partidos de oposición se comprometieron a no prestar acuerdo a ningún candidato que fuera nominado por la actual presidente (40). Esta situación, inédita en nuestro país, nos obliga a reflexionar acerca de cuál es la competencia del Senado en esta materia y si el bloqueo planteado resulta racional y acorde con las normas de la Constitución.

#### A. Punto de partida

El art. 99 inc. 4 de nuestra Constitución establece que el presidente tiene la atribución de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema "con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto". La mayoría agravada de dos tercios de los miembros presentes y la publicidad de la sesión son requisitos felizmente incorporados en la reforma de 1994. Pero el concepto que aquí resulta clave es el de "acuerdo", que fue consagrado entre nosotros en el art. 83 inc. 5 de la Constitución de 1853.

Tanto la doctrina (41) como la jurisprudencia (42) han señalado que la fuente principal de este concepto está en el art. II, secc. 2 de la Constitución de los EE.UU., que establece que el presidente tiene la facultad de nombrar a los jueces de la Corte con el "consejo y consentimiento" ("*advice and consent*") del Senado.

Las Constituciones de 1819 y de 1826 abrazaron este modelo de nombramiento, aunque con una traducción ligeramente más favorable al presidente, ya que allí se estableció que los jueces del tribunal supremo serían nombrados con "*noticia y consentimiento*" del Senado (43). Como se ve en estos antecedentes, el concepto estadounidense de "consejo" ("*advice*") senatorial al presidente fue minimizado, al reducirlo a una mera "*noticia*", para luego ser eliminado por completo en el proyecto de Alberdi de 1852 (44) y en el texto sancionado en 1853. Ello, quizás, porque la historia estadounidense ya había demostrado que el requisito del "consejo" previo del Senado no se traducía en ninguna función formal (45), bastando a los

(40) Diario La Nación, "La oposición se apresuró a rechazar un eventual reemplazo de Zaffaroni", 15 de octubre de 2014, § 1, p. 11.

(41) Véase Alejandra Rodríguez Galán, "El acuerdo del Senado", en Jorge Gentile (Comp.), "El Poder Legislativo", Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 319; José M. Estrada, "Curso de Derecho Constitucional", Ed. Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 302.

(42) Fallos 313:1232 (1990) y 330:2361, consid. 11 (2007).

(43) Const. de las Prov. Unidas de Sudamérica de 1819, art. 94; Const. Argentina de 1826, art. 113.

(44) Proyecto de Constitución de Juan B. Alberdi de 1852, art. 85 inc. 5.

(45) Michael J. Gerhardt, "The Federal Appointment Process", Duke Univ. Press, 2000, p. 33.

efectos de los frenos y contrapesos el requisito de consentimiento posterior. Al mismo tiempo, el cambio de la palabra "consentimiento" del original estadounidense por "acuerdo", si bien parece dar un rol más activo al Senado, no tiene en realidad ninguna consecuencia ya que son equivalentes desde un punto de vista jurídico (46).

Por lo tanto, podemos afirmar que aquí también la práctica institucional de los EE.UU. resulta de especial interés y que, en su esencia, tanto la fórmula original estadounidense como su versión local apuntan a establecer un proceso de selección de jueces "*deliberativo*" (47), en el que indudablemente el Senado "*tiene que tener voz propia*" (48).

#### B. Margen de acción del Senado

Pues bien, una vez establecida la premisa elemental, debemos pasar a preguntarnos por el alcance de la competencia del Senado. ¿La Constitución habilita a la cámara alta a ejercer un papel de control intenso? ¿O debe exigirse que tenga un rol deferente, que tienda a acompañar las decisiones del Ejecutivo salvo circunstancias excepcionales? Para responder a estos interrogantes es necesario analizar la cuestión desde distintas perspectivas.

Un primer abordaje puede ser histórico, tratando de develar la intención original de los constituyentes estadounidenses (y por vía refleja, de los argentinos) sobre este punto. Aquí nos encontramos con que en la Convención de Filadelfia de 1787 el sistema de nombramiento de los jueces supremos fue una fórmula de compromiso elaborada a último momento.

En un principio, el plan de Mason, Gerry y Ellsworth era delegar la facultad de nombramiento exclusivamente en el Legislativo, aunque se objetó que ello era inconveniente por la dificultad de llegar a un acuerdo en un cuerpo demasiado numeroso (49). Por otro lado, asignar enteramente la cuestión al presidente, tal como propusieron Hamilton y Madison, se consideró peligroso. De modo que se acordó en una fórmula de competencia compartida con el Senado, para asegurar responsabilidad y neutralizar una

(46) Al respecto, nótese que en el debate de la Convención de 1787 se usaron alternativamente los términos "confirm", "concur", "approbation" y "consent" con un idéntico sentido. Véase "The Records of the Federal Convention of 1787", Max Farrand, 1966.

(47) Joseph M. Bessette, "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government", en AA.VV., "How Democratic is The Constitution?", American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1980, p. 102.

(48) Stephen Carter, "The Confirmation Mess", Harvard Law Review, 1988, t. 101, p. 1185.

(49) David Strauss y Cass Sunstein, "The Senate, the Constitution and the Confirmation Process", Yale Law Journal, 1992, t. 101, p. 1497.

indebida influencia del Ejecutivo sobre la Justicia (50). Este esquema de consenso sería luego explicado por uno de los convencionales que defendió la posición triunfante, George Mason, quien dijo que las palabras de la Constitución “*dan al Senado el poder de interferir en todas las instancias de la cuestión*” (51). En resumen, el análisis histórico indica que la voluntad original fue la de crear un sistema en donde “*la autoridad sobre la composición de la Corte está enteramente compartida*” (52).

En segundo lugar, podemos analizar la cuestión desde un punto de vista estructural. En este punto, si se considera válido que el presidente pueda seleccionar un candidato teniendo en cuenta su ideología o inclinaciones políticas, es razonable que el Senado pueda hacer el mismo tipo de evaluación discrecional. Desde esta perspectiva, se ha dicho que “*nada en el texto o la estructura de la Constitución determina que el presidente puede considerar la ideología mientras que el Senado sólo puede considerar el carácter personal y la aptitud profesional*” (53). La lógica del sistema de frenos y contrapesos creado por la Constitución es la de una actuación conjunta, en donde el Presidente mueve primero y luego es el turno del Senado, pero ambos pueden tener en cuenta los mismos factores para fundar su decisión. Si el Senado no ejerciese un rol independiente, de contrapeso sustancial, quedaría desvirtuado el rol de la Corte Suprema como órgano de control.

En tercer lugar, la práctica institucional confirma las anteriores conclusiones históricas y estructurales. Desde un principio, el Senado de los EE.UU. adoptó la postura de evaluar a los candidatos de un modo intrusivo, entendiéndose que la Constitución le permite basar su decisión sobre “*cualquier fundamento que estime apropiado*” (54), e incluso, llegar al punto de negar el acuerdo por razones estrictamente ideológicas o partidarias (55). Ello explica, entonces, que el Senado de los EE.UU. se haya considerado habilitado para rechazar explícitamente a 12 candidatos (56), y haya forzado el retiro formal de los pliegos en otros 15 supuestos (57), a pesar de que los

(50) Lee Epstein y Jeffrey A. Segal, “Advice and Consent. The politics of Judicial Appointments”, Oxford Univ. Press, 2005, p. 8.

(51) Strauss y Sunstein, “The Senate...”, cit., p. 1495.

(52) Id., p. 1500.

(53) Akhil Reed AMAR y Vikram D. AMAR, “The Ground Rules of the Appointment Game”, Findlaw.com Column, 11/1/2012.

(54) Gerhardt, ob. cit., p. 38.

(55) Strauss & Sunstein, “The Senate...”, cit., p. 1500; Paul A. Freund, “Appointment of Justices: Some Historical Perspectives”, Harvard Law Review, 1988, t. 101, p. 1146.

(56) Senado de los EE.UU., <http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm>.

(57) Epstein y Segal, ob. cit., p. 20. Ello no incluye, desde luego, las candidaturas que fueron descartadas por el Ejecutivo previo a la nominación, una vez conocida la oposición del Senado de manera informal.

candidatos cumplieran en todos los casos con los requisitos constitucionales y que, en su gran mayoría, exhibían inobjetables credenciales académicas y profesionales (58).

Por último, es obvio que estas conclusiones son plenamente aplicables entre nosotros, donde el mismo sistema ha llevado a afirmar que el nombramiento de los jueces de la Corte es “*un acto político institucional de integración entre el presidente de la Nación y el Senado Federal*” (59), en donde los más variados criterios políticos pueden ser tenidos en cuenta “*tanto en la designación como en los acuerdos*” (60).

### C. El pato renco

Tanto el Ejecutivo como el Senado tienen plena discrecionalidad para seleccionar un candidato y prestar acuerdo inspirándose en los más variados motivos. Y aunque pueda resultar censurable, la especulación política ha sido uno de ellos.

La historia enseña que existe un vínculo muy estrecho entre la debilidad de un presidente y la probabilidad de que sus candidatos a jueces de la Corte sean rechazados por el Senado. En particular, debe esperarse que esto suceda cuando un presidente no tiene reelección y está en la última fase de su mandato (en la jerga, “*lame duck*” o “*pato renco*”) (61). Es aquí donde se anticipa una mayor tasa de rechazo de los candidatos no solo porque la posibilidad del presidente de administrar “*premios y castigos está en su punto más bajo*”, sino también por “*el deseo de la oposición en el Senado de que sea el sucesor quien haga el nombramiento está en su cénit*” (62).

Ello explica que en los EE.UU. el presidente Tyler haya sufrido un bloqueo idéntico al que propone ahora el Senado argentino. En ese caso, el Senado de los EE.UU. hizo explícita su voluntad de desestimar cualquier nominación, rechazó así cinco nominaciones a la Corte, y sólo consintió en cubrir la vacante dejada por el juez Baldwin cuando asumió el poder un nuevo presidente (63). Paralelamente, sufrieron derrotas significativas

(58) Por ejemplo, John Rutledge (1795) Alexander Wolcott (1811) o Robert H. Bork (1987), entre otros, tenían sobrados méritos profesionales y fueron rechazados en el Senado exclusivamente por razones partidarias o ideológicas. Conf. Strauss y Sunstein, ob. cit., p. 1500-1.

(59) María A. Gelli, “Constitución de la Nación Argentina”, La Ley, 3 ed., p. 851.

(60) Id.

(61) Gerhardt, ob. cit., p. 123.

(62) Thomas Harper, “Senate Rejection on Supreme Court Nominees”, Drake Law Review, 1972, t. 22, p. 102.

(63) Freund, ob. cit., p. 1149.

los presidentes Cleveland, Johnson, Nixon, Reagan y G.W. Bush, quienes al perder poder, sufrieron el rechazo de sus nominaciones. Allí, la estadística muestra que un presidente "pato rengo" consigue acuerdo del Senado para la Corte sólo en un 48% de los casos (64). No sorprende, entonces, que la Corte de EE.UU. haya permanecido incompleta por más de un año en 7 ocasiones históricas distintas (65).

En nuestro país está situación quizás no se produjo antes por la falta de continuidad institucional. Pero dado el marco de estabilidad actual —a lo que se suma la necesidad desde el año 1994 de obtener una mayoría de dos tercios del Senado— el conflicto es casi inevitable. Seguramente en el futuro resulte cada vez más frecuente que la oposición en el Senado se endurezca y vote el rechazo de candidatos de un Ejecutivo débil. Más allá de cualquier juicio ético, la situación está insita en nuestro diseño institucional y tiene una lógica política propia que en cada caso deberá ser evaluada por el electorado.

#### D. Estrategia política y teoría de los juegos

Para terminar, podemos analizar el rol del Senado en el proceso de nombramiento de jueces de la Corte Suprema recurriendo a la teoría de los juegos. Este análisis requiere cierto nivel de abstracción y simplificación de la realidad.

A tal efecto, se parte de la premisa de que estamos ante un juego "bipersonal", es decir, que ni el Ejecutivo ni la oposición del Senado pueden definir el resultado por sí mismos, con prescindencia del otro. Además, podemos decir que el juego es de carácter "no cooperativo", de "suma cero", y sujeto a rondas sucesivas. Que se trate de un juego "no cooperativo" implica que no existe un tercero imparcial que pueda hacer cumplir una promesa de alguno de los jugadores para adoptar una u otra estrategia, por lo que cooperar o no depende enteramente de la voluntad de cada jugador. Que se trate de un juego de rondas sucesivas permite a los jugadores adoptar estrategias escalonadas y tomar represalias.

De acuerdo con distintos autores, y según las circunstancias concretas que determinan la matriz de pagos, el proceso de designación de jueces puede ser estudiado bajo el modelo del "dilema del prisionero" (66) o del

(64) Senado de los EE.UU., <http://www.senate.gov/pagelayout/reference/nominations/Nominations.htm>.

(65) Ello ocurrió en los períodos 1791-1792 (519 días); 1810-1812 (508 días); 1828-1830 (505 días); 1834-1836, (646 días); 1843-1846 (965 días); 1860-1862 (923 días); 1969-1970 (391 días).

(66) Conf. David S. LAW, "Appointing Federal Judges: the President, the Senate, and the Prisoner's Dilemma", *Cardozo Law Review*, 2005, t 26, p. 479.

"juego del gallina" (o "*Game of Chicken*") (67). Esta última variante parece la más útil para analizar la específica coyuntura nacional.

Se describe al "juego del gallina" con una típica escena cinematográfica: dos conductores dirigen sus autos a toda velocidad y hacia una colisión frontal; gana quien se mantiene en la ruta y pierde el cobarde (o "gallina") que gira a último momento. Si nadie se sale de la ruta, ambos jugadores pierden la vida. Si ambos optan por evitar el daño, ninguno obtiene el premio mayor.

Este juego no tiene estrategia dominante. De modo que cuando ambos jugadores están determinados a obtener el premio mayor, la mejor maniobra resulta transmitir la idea de audacia extrema, es decir, que uno está dispuesto a "doblar la apuesta" bajo cualquier circunstancia y mostrarse indiferente a los costos. Así, yendo al ejemplo dado, "*el jugador A debe inducir miedo en el jugador B, forzando así a B a desistir de su intención de continuar manejando en línea recta y no salirse de la ruta*" (68). En función de esta estrategia, aquel actor que se presente como irracional o que ha tomado una decisión irrevocable (p.ej. retirando o trabando el volante del auto), tiene una ventaja evidente (69). Esta estrategia, se denomina técnicamente "*Birkmanship*", y apunta a "*controlar al enemigo mediante el despliegue semiótico de la aparente falta de control*" (70).

Bajo estas premisas, entonces, podemos captar la dinámica actual del proceso de nombramiento en nuestro país. Ambos jugadores, el Ejecutivo y la oposición en el Senado, se muestran determinados a obtener el premio mayor (nombrar un juez afín) y al mismo tiempo indiferentes a los costos políticos derivados de la falta de coordinación (vacancia indefinida, parálisis del tribunal, etc.). Dado que formalmente la iniciativa del juego está en el Ejecutivo —a partir de la facultad de nominar al candidato— el único modo que tiene el Senado de influir sobre la decisión presidencial consiste en adelantar de modo creíble una decisión drástica e irrevocable.

Consistente con la teoría, la oposición del Senado ha asumido que si no es posible influenciar al oponente (el Ejecutivo) antes de que haga su movida (nominar), los únicos resultados posibles serían rendirse y conceder el premio mayor al oponente, o forzar un escenario en donde

(67) Conf. Gerhardt, ob. cit., p. 84; Douglas G. BAIRD, Robert Gertner, Randal Picker, "*Game Theory and the Law*", Harvard Univ. Press, 1998, p. 44.

(68) Eduardo Nieva, "*Communication Games. The semiotic foundation of Culture*", Mouton de Gruyter, 2007, p. 225.

(69) Andrew M. Colman, "*Game Theory and Experimental Games: The Study of Strategic Interaction*", Pergamon, 1982, p. 100.

(70) Nieva, ob. cit., p. 222.

pierden todos. Así, la estrategia adoptada consiste, al menos desde lo comunicacional, en presentarse como fuera de control, a partir de la celebración de un compromiso que obliga al rechazo anticipado a cualquier propuesta presidencial.

De momento la situación es indeseable, ya que lo ideal sería un proceso deliberativo y un clima de diálogo abierto del que resulte un candidato idóneo e independiente. Pero dada la circunstancia de fuerte polarización y la inminente finalización del mandato del Ejecutivo, quizás la única estrategia racional para forzar la cooperación mutua sea, paradójicamente, transmitir un mensaje de intransigencia irracional. Veremos en lo sucesivo si esta estrategia tan audaz como polémica rinde algún fruto.

### V. Conclusión

En función de todo lo expuesto es posible extraer algunas conclusiones que pueden ser útiles para orientar y evaluar el proceso de selección de magistrados de la Corte Suprema.

En cuanto a la edad, hemos visto que existe una tendencia histórica y regional que apunta a nombrar jueces de edad madura, acompañando el incremento en la esperanza de vida del último siglo. Ello se explica no sólo porque en la mayoría de los países se entiende que la idoneidad para ocupar el cargo se alcanza luego de unos cuantos años de experiencia vital y profesional, sino por razones institucionales. Tal como quedó dicho, creemos que bajo las actuales condiciones sería institucionalmente provechoso generar un consenso en torno a que las nominaciones deben estar lo más cerca posible a la franja etaria que va desde los 47 hasta los 64 años de edad, ya que de esa manera se fortalece el equilibrio político del tribunal.

En cuanto a la especialidad o formación de los jueces, debemos tener claro no sólo lo que nos sugiere la historia o la carga de trabajo actual, sino fundamentalmente cuál es el modelo de Corte Suprema al que aspiramos en el futuro. Si queremos un tribunal elefantiásico, saturado por varios miles de expedientes sobre las más variadas cuestiones de derecho común, podemos seguir en el camino de las últimas décadas. Por el contrario, si se aspira a un tribunal moderno, con una carga de trabajo razonable, concentrado de veras en asegurar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los Derechos Humanos, lo más aconsejable es comenzar por nombrar a juristas destacados en estas materias.

Por último, en cuanto al rol del Senado en el proceso de nombramiento, es indudable que debe cumplir un rol activo de contrapeso del Ejecutivo.

De lo contrario, la Corte Suprema jamás podrá cumplir la función de control que prevé la Constitución. A tal fin, los senadores tienen discrecionalidad para adoptar las estrategias políticas que crean adecuadas para lograr la cooperación de la rama Ejecutiva y, a su turno, rechazar candidatos extremos y nombrar a aquellos que garanticen independencia. Será luego el turno del electorado juzgar la actitud de todos los que tienen parte en este delicado proceso, y votar en consecuencia. ♦

## I. Introducción (1)

El Congreso acaba de sancionar la ley 27.007 (2014) (2) que incorpora importantes reformas al régimen de exploración y explotación de hidrocarburos regido por la antigua ley de facto 17.319 (1967) (3) la cual, en sus aspectos sustanciales, se mantiene incólume desde hace más de cuarenta años.

El proyecto nació de una iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación en el marco del llamado “Acuerdo Federal para el autoabastecimiento de hidrocarburos - Complemento normativo de las leyes 17.319 y 26.197 para la explotación no convencional y la promoción de la exploración y explotación de hidrocarburos” firmado entre el gobierno nacional y los gobernadores de las provincias productoras de hidrocarburos agrupadas en la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI) (4) (en adelante, el “Acuerdo”), acuerdo que integra el cuerpo del mensaje de elevación del proyecto (5) y con el declamado objetivo prioritario de la República Argentina de lograr el autoabastecimiento de hidrocarburos conforme lo estableciera (al igual que lo había hecho la totalidad de la normativa anterior (6)) la ley 26.741 (2012), titulada “Ley de Soberanía Hidrocarburífera” (7), y en el marco del desarrollo de nuevas tecnologías que permiten la explotación, a costos atractivos —considerando los precios del petróleo al momento de la sanción de la ley (8)—, de los llamados “petróleo y gas no convencionales” (9).

(1) Abogado (UBA, 1985); Master of Laws (Harvard, EEUU, 1989), Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Socio de Nicholson y Cano Abogados. Email avitolo@nyc.com.ar; avitolo@derecho.uba.ar. Las opiniones expuestas en el presente trabajo son exclusivas del autor. TRABAJO A SER PUBLICADO EN LA REVISTA ARGENTINA DE DERECHO DE LA ENERGÍA, HIDROCARBUROS Y MINERÍA, MAYO 2015.

(2) B.O., 31 de octubre de 2014.

(3) B.O., 30 de junio de 1967.

(4) Ver la página web de la Organización, <http://www.ofephi.com.ar/> (último acceso 11/12/14).

(5) Mensaje PE 1592; Senado de la Nación, Expte. PE-316/14.

(6) Ley 14.773 (1958), artículo 8; ley 17.319 (1967), art. 3; decreto 1212/89, art. 1, entre otras.

(7) B.O., 7 de mayo de 2012.

(8) A la fecha de publicación del presente trabajo, la abrupta caída de los precios internacionales del petróleo ha puesto en duda la viabilidad en el corto plazo de la exploración y explotación de los yacimientos “no convencionales” de petróleo y gas en todo el mundo.

(9) En realidad si bien se hace mención comúnmente a “petróleo no convencional” o “gas no convencional” se trata de petróleo y gas depositados en rocas de esquisto de baja permeabilidad que no permiten su explotación por medios convencionales, requiriéndose para ello métodos nuevos o “no convencionales”, consistentes en la inyección de agua a alta presión conjuntamente con la aplicación de agentes de sostén (arenas especiales), lo que permite que los hidrocarburos atrapados en la formación fluyan hacia la superficie. Ver

No es nuestra intención en este trabajo realizar un análisis político o económico de los aciertos o desaciertos de la ley, sino sólo analizar si aquellas restricciones que se imponen en la norma a los gobiernos provinciales, constituyen —desde un análisis jurídico-constitucional— reglas constitucionalmente válidas que garantizan seguridad jurídica a los inversores, o resultan simples maquillajes, o, más bien simples “normas anestesia”, que buscan —en apariencia— calmar y tranquilizar a los actores de la industria, pero sin garantizar, en la práctica, la estabilidad deseada por éstos.

## II. El autoabastecimiento hidrocarburífero: Evolución histórica. El contexto de la ley 27.007

Cabe señalar, en primer lugar, que el objetivo de lograr el autoabastecimiento en materia de hidrocarburos ha sido una constante de los gobiernos nacionales de todos los signos políticos, y sin importar que hayan sido estos gobiernos democráticos o *de facto* desde hace más de cincuenta años (10). Incluso, del debate legislativo que llevó a la sanción de la ley 26.741 puede apreciarse que este objetivo es compartido, si bien con diferentes propuestas de cómo conseguirlo, por la totalidad del arco político actual de nuestro país, sin distinciones partidarias ni geográficas.

Del mismo modo, la industria, en líneas generales, coincidía en la importancia de este objetivo y, para ello, en la necesidad de introducir modificaciones a la vieja ley 17.319 (11), dado que la ley 26.197, también conocida como la “Ley Corta” (12) no alcanzó a cubrir las expectativas en este sentido, ya que solo se limitó a ajustar la ley a lo dispuesto por la

YPF, “Petróleo y Gas No Convencionales — El Desafío Energético de Argentina”, disponible en [http://www.ypf.com/energiaypf/Paginas/img/pdf/Camino\\_al\\_auto\\_abastecimiento.pdf](http://www.ypf.com/energiaypf/Paginas/img/pdf/Camino_al_auto_abastecimiento.pdf), último acceso el 9/12/14. La ley que comentamos en este trabajo define en su artículo 5° en la misma línea la “explotación no convencional de hidrocarburos” sosteniendo que ésta consiste en “la extracción de hidrocarburos líquidos y/o gaseosos mediante técnicas de estimulación no convencionales aplicadas en yacimientos ubicados en formaciones geológicas de rocas esquisto o pizarra (shale gas o shale oil), areniscas compactas (tight sands, tight gas, tight oil), capas de carbón (coal bed methane) y/o caracterizados, en general, por la presencia de rocas de baja permeabilidad”.

(10) Ver legislación citada en n. 5, supra.

(11) Ver, por ejemplo, Olmedo, Jorge, “Ley de Hidrocarburos. Un debate Pendiente”, Revista Proyecto Energético, N° 71, abril-mayo de 2005, p. 5, disponible en <http://www.iae.org.ar/archivos/editorial71.pdf>, (último acceso 20/12/14); Pereyra, Guillermo, “El déficit nos obliga a cambiar la política energética, porque si no vamos a estar muy complicados”, Revista Petroquímica, 18 de noviembre de 2013, disponible en <http://revistapetroquimica.com/pereyra-el-deficit-nos-obliga-a-cambiar-la-politica-energetica-porque-si-no-vamos-a-estar-muy-complicados/> (último acceso el 5/11/14).

(12) B.O., 5 de enero de 2007.

reforma constitucional de 1994 en lo relativo a la propiedad provincial de los recursos naturales, sin entrar en otras cuestiones de fondo.

Nada garantiza más a un inversor, máxime si este es extranjero, que asegurarle que el marco jurídico dentro del cual se llevará adelante la inversión no será modificado sustancialmente, al menos durante el tiempo necesario para llevar adelante su proyecto. Así, se valoran especialmente aquellos marcos jurídicos en donde, aún con diferencias de estilo, o de grado, las reglas de juego resulten ser producto de un verdadero consenso entre las fuerzas políticas (13), de modo tal que el inversor esté seguro de que un eventual cambio del signo político del gobierno no implicará un brusco cambio de las condiciones en que se lleva adelante el proyecto de inversión, más allá de que el inversor pueda, a largo plazo, obtener una compensación por dicho cambio (14). Demasiado fresco está en la conciencia colectiva de la industria petrolera de nuestro país —a pesar del tiempo transcurrido— el antecedente de la anulación de los contratos petroleros celebrados durante el gobierno del presidente Frondizi por el gobierno del presidente Illia en 1963 (15) y las consecuencias que conllevó dicha decisión de caída de la producción y abandono del país de numerosas empresas (16). Es interesante recordar a este respecto que nuestra Constitución histórica es una constitución abierta al ingreso de capitales extranjeros. Así lo dispone su artículo 75 inciso 18, que otorga al Congreso de la Nación la atribución de “Proveer lo conducente a la prosperidad del país... promoviendo la industria..., la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

¿Puede sostenerse que la nueva ley cuenta con dicho necesario consenso? No hay constancias de que el Acuerdo haya sido producto del libre debate en y entre las provincias (17). Por su parte, el tratamiento del proyecto de

(13) Por “consenso” no entendemos aquí unanimidad, sino acuerdo de todos los sectores involucrados acerca de las premisas básicas dentro de las cuales debe desarrollarse el marco jurídico de la actividad que permita previsibilidad al inversor.

(14) “El derecho es —y debe ser— coordinación entre la teoría y la práctica, y una herramienta para brindar previsibilidad y seguridad a los actores en las respectivas áreas de negocios, para hoy y para mañana. Y esa coordinación cobra inusitada relevancia cuando se está frente a la energía (incluyendo las energías renovables), los hidrocarburos o la minería” (Martínez de Hoz, José A. (h) y Sacristán, Estela B., “Introducción”, RADEHM, n° 1, mayo-junio de 2014, pp. VII-XXIII, p. VIII).

(15) Decretos 744/63 y 745/63.

(16) Ver, <http://www.clubdelpetroleo.com/Anulacion-Contratos-Petroleros>, último acceso el 2/11/14.

(17) El diario Los Andes de la ciudad de Mendoza, por ejemplo, en su editorial del 19 de octubre pasado, refiriéndose al Acuerdo y bajo el sugestivo título “Más Unitarismo que Federalismo”, señaló: “Un aspecto político interesante para poner en contexto el asunto de

ley en ambas cámaras del Congreso (18) deja en claro la falta de consenso entre las fuerzas políticas sobre el tema. El debate legislativo, a pesar de que una inmensa mayoría de los integrantes de ambas cámaras coincidía en que era necesario revisar el régimen hidrocarburífero hasta entonces vigente, lejos de pretender haber sido una discusión de ideas entre los representantes del pueblo y los representantes de las autonomías provinciales, con la intención de alcanzar acuerdos de largo plazo (19), se limitó a una sucesión de exposiciones fuertemente ideologizadas, y sin que la mayoría oficialista en cada Cámara recogiera en el texto definitivo de la ley propuesta o sugerencia alguna de la oposición, la cual amenazó —sin distinciones partidarias— que en caso que las mayorías en las cámaras se modificasen en la próxima elección, revisaría e incluso derogaría la ley (20). A la falta de acuerdos también contribuyó el trámite “expres” impuesto al proceso: el Acuerdo entre los gobernadores y el Poder Ejecutivo se encuentra fechado el 16 de septiembre de 2014, y el mismo día, cerca de la medianoche —hora absolutamente insólita para el funcionamiento de la mesa de entradas de la Cámara—, el proyecto de ley ingresó al Senado (21). Éste recibió rápidamente despacho de comisión, y se trató en el recinto el 8 de octubre, pasando ese mismo día a la Cámara de Diputados, quien emitió despacho de comisiones el 23 de octubre y la trató el 29 del mismo mes (22), siendo promulgada y publicada la ley en el Boletín Oficial al día siguiente. El *fast track* impuesto

fondo es que la discusión llevó varios meses, durante los cuales varios gobernadores... intentaron imponer condiciones más favorables a las provincias pero el poder central fue doblegándose y terminó imponiendo en sus aspectos sustanciales el proyecto original. No ha faltado en el disciplinamiento de los gobernadores una verdadera acción extorsiva negando la renovación de plazos de pago de la deuda de las provincias con el Estado nacional” (Disponible en <http://losandes.com.ar/article/mas-unitarismo-que-federalismo>, último acceso 2/12/14. Ver también la exposición del senador Pereyra en el debate legislativo de la ley (Senado de la Nación, sesión del 8 de octubre de 2014).

(18) Senado de la Nación, sesión del 8 de octubre de 2014, Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 29 de octubre de 2014.

(19) Para Sagüés, “el oficio de legislar es políticamente muy significativo y, en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideológicas, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad, y a menudo, adoptar opciones entre fórmulas contrapuestas, cuando la concertación no se obtiene, con la prudente medición de los efectos que ellas pueden tener en una colectividad”, Sagüés, Néstor P., “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión” en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2007, disponible en <http://ancmip.org.ar/user/files/02%20Sagues.pdf>, último acceso el 2/12/14.

(20) Ver, Bravo, Martín, “La oposición arma la lista de leyes K que revisará si llega al Gobierno”, en diario Clarín del 14 de octubre de 2014, disponible en [http://www.clarin.com/politica/oposicion-leyes-revisara-llega-Gobierno\\_0\\_1229877011.html](http://www.clarin.com/politica/oposicion-leyes-revisara-llega-Gobierno_0_1229877011.html), último acceso el 3/11/14.

(21) Mensaje PE 1592; Senado de la Nación, Expte. PE-316/14, con sello de ingreso a las 23:50 horas del 16 de septiembre de 2014.

(22) Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 29 de octubre de 2014.

al proyecto, más allá de las bondades o desaciertos de sus contenidos, frente a las fuertes críticas de la oposición, y a la falta de consultas formales del proyecto a la industria, destinatarios finales de la norma, ciertamente no contribuye a augurar a ésta un futuro promisorio y, por lo tanto, nos lleva a ser precavidos acerca de su valor para atraer nuevas inversiones y nuevos actores al mercado hidrocarburífero nacional, más allá de sus posibles aciertos o desventajas. Habrá que ver, en definitiva, cuál será la respuesta de la industria durante el próximo año (23). Sí debemos resaltar, como un aspecto positivo, la intención que pretende la ley de establecer un régimen básico uniforme para los hidrocarburos en todas las provincias, lo cual —en un estado federal como el nuestro— permite al inversor externo realizar un análisis sobre el país en forma global de un modo más simple (24).

### III. El valor legal del Acuerdo en sí mismo y como antecedente de la ley — El “federalismo de concertación”

La reforma constitucional de 1994 modificó drásticamente el marco jurídico base sobre el cual se asentaba la industria del petróleo y del gas en nuestro país. En primer lugar, zanjando un debate político que se remonta a los primeros hallazgos de petróleo en Comodoro Rivadavia a principios del siglo XX, el constituyente de 1994 dejó aclarado (cabe señalar, en sentido contrario a lo que había dispuesto la reforma de 1949 y a lo que disponían hasta entonces las diversas leyes que regulaban el tema, las cuales establecían el dominio nacional sobre las fuentes de hidrocarburos), el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en territorio provincial (25), sin perjuicio de mantener la competencia del Congreso Nacional para el dictado de la legislación de fondo sobre los mismos (26), en lo que se consideró uno

(23) En una postura similar a la que sostenemos encontramos al Presidente de Shell, para quien: “Sólo el tiempo dirá si la reforma planteada establece mayor previsibilidad, reglas claras para las inversiones y si es sostenible en el tiempo” (Aranguren, Juan José, Diario Clarín del 21 de octubre de 2014, disponible en [http://www.ieco.clarin.com/economia/Hidrocarburos-equilibrar-urgente-importante\\_0\\_1234076759.html](http://www.ieco.clarin.com/economia/Hidrocarburos-equilibrar-urgente-importante_0_1234076759.html), último acceso el 5/11/14). Más optimista se expresó el presidente del Instituto Argentino del Petróleo y del Gas, Ernesto López Anadón, para quien “la reciente reforma de la ley 17.319, que viene a mejorar aspectos fundamentales para que las empresas puedan encarar inversiones de envergadura y riesgo, características de nuestro sector” (López Anadón, Ernesto, “Hidrocarburos: Una oportunidad para el país”, en diario La Nación del 12 de diciembre de 2014, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1751584-hidrocarburos-una-oportunidad-para-el-pais> - Último acceso el 14-12-14).

(24) Sobre el valor de la unificación legislativa en los regímenes federales, ver HALBERS-TAM, Daniel y REIMANN, Mathias (Eds), “Federalism and legal unification — A comparative empirical investigation of twenty systems”, Springer, 2014, en particular, VÍTOLO, Alfredo M., “The Argentine Federal Legislative System”, pp. 71-85.

(25) Constitución Nacional, art. 124.

(26) Constitución Nacional, art. 75 inc. 12.

de los principales mecanismos para lograr el fortalecimiento del régimen federal propugnado por la ley 24.309 (1993) que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución (27). Fueron necesarios trece años para que la norma infraconstitucional reconociera —a través de la ley 26.197 (28), antecedente directo de la norma que comentamos—, la propiedad provincial sobre el recurso dispuesta por la reforma.

Del mismo modo, y siguiendo en esto los lineamientos del denominado “federalismo de concertación” postulado por Pedro J. Frías, los convencionales constituyentes de 1994 ratificaron específicamente la potestad de las provincias de celebrar entre sí acuerdos tendientes a la promoción de sus intereses económicos y la promoción de sus industrias (29), principio extensivo a la relación Nación-Provincias por aplicación del artículo 75 inciso 18 de la Constitución Nacional.

Como señalara Germán Bidart Campos, en el federalismo de concertación:

“Se trata de comprender al federalismo más allá del cuadro estricto de la constitución formal, pero de manera muy compatible con su espíritu, como un modo y una técnica de encarar los problemas que rondan el reparto de competencias, a las que ya no se interpreta como solitarias e inconexas, sino como concertables coordinadamente. No se trata, en cambio, de alterar el reparto constitucional, porque las competencias derivadas de él no resultan susceptibles de transferencia, delegación ni intercambio pactado. Se trata, sí, de no aislar ni oponer competencias, sino de coordinarlas” (30).

El Acuerdo, en nuestra opinión, y salvando las deficiencias antes acotadas, es un intento en sentido correcto de hacer realidad ese “federalismo de concertación”. Desde esta visión, podemos hacer aplicable al Acuerdo lo que expresara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Aguerra”:

“Que el Pacto comporta por sus alcances y contenido la manifestación positiva del llamado federalismo de concertación tendiente a —según se expresa— establecer mediante la participación concurrente del Estado Na-

(27) B.O. del 31 de diciembre de 1993. Cabe destacar que el tema no se encontraba incluido dentro del llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, sino que era uno de los temas habilitados para su tratamiento y discusión plena por parte de la Convención Constituyente.

(28) Ver nota 11, supra.

(29) Constitución Nacional, art. 125.

(30) Bidart Campos, Germán J. (1998), Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Tomo I, p. 469.

cional y las provincias un programa, destinado como en el caso, a adoptar una política uniforme que armonice y posibilite “la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales”. Tal aspiración recogería la vocación de la Constitución Nacional creadora, según lo expresó esta Corte de “una unidad no por supresión de las provincias... sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma”. Se trataba, recordaba la sentencia, de consagrar el principio de “hacer un solo país para un solo pueblo”.

Ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenios celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes” (31).

El impacto de este federalismo de concertación en la materia petrolera fue bien expuesto por el senador Sanz en el debate legislativo de la ley. Allí expresó:

“No hay posibilidades de ensamblar la idea de Nación con la idea del federalismo si estos dos factores juegan en paralelo o juegan cada vez más equidistantes. Nación federal significa encastrar en una sola idea los beneficios de tener una Nación, que es tener un plan nacional con el beneficio de que las provincias sean los titulares del dominio e ir juntas de la mano para poder producir, explotar, buscar inversiones, crecer, desarrollarse y hacer todas las cosas que suponen el federalismo de concertación y de desarrollo” (32).

Pero debemos detenernos para nuestro trabajo en dos cuestiones no menores:

(31) Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa (19/08/1999), Fallos: 322:1781 (citas internas omitidas).

(32) Senado de la Nación, sesión del 8 de octubre de 2014.

En primer lugar, si bien el Acuerdo es acompañado como anexo al proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso, éste no integra la ley (el proyecto es presentado “en el marco del Acuerdo”), que ni siquiera lo menciona.

Por otra parte, como bien señala la Corte en la sentencia transcripta más arriba resulta necesario que los convenios entre las provincias y la Nación sean aprobados por las legislaturas provinciales (y obviamente por el Congreso de la Nación) como condición necesaria para que estos acuerdos se incorporen al derecho intrafederal. Y esto no es un dato menor. La necesidad del acuerdo de voluntades entre los poderes ejecutivos y legislativos en la celebración de este tipo de acuerdos constituye un elemento que garantiza la legitimidad democrática de los mismos. Más aún, así lo exigen expresamente las constituciones de todas las provincias que suscribieron el Acuerdo e integran la OFEPhi (33). De la investigación realizada para este trabajo, surge que a la fecha (principios de diciembre de 2014), ninguna provincia había aún ratificado el Acuerdo, ni tampoco el Congreso de la Nación, lo que impide, por lo tanto, asignarle al mismo el carácter de norma jurídica vinculante, y reitera —una vez más— las dudas sobre el alcance de los consensos de la nueva ley.

#### IV. Los alcances de las disposiciones de la nueva ley ante la no ratificación del Acuerdo por las Provincias

La falta de valor jurídico del Acuerdo nos exige pues analizar la ley exclusivamente en el marco de su contenido confrontando sus normas con la Constitución Nacional. Y en nuestra opinión, varias de sus disposiciones interfieren directamente con las competencias constitucionalmente reservadas por las provincias, de modo tal que la intromisión del gobierno federal en tales atribuciones, sin que se haya obtenido el consentimiento legal de las provincias afectadas, determina su invalidez constitucional hasta tanto las provincias adhieran al régimen de la nueva norma, no siendo suficiente a este respecto la firma del Acuerdo por los gobernadores. Debemos recordar, a estos fines, que conforme nuestro régimen constitucional federal, “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal...” (34)

(33) Constitución de la provincia de Chubut, arts. 135.1 y 155.7; Constitución de la provincia de Formosa, arts. 120.1 y 142.1.; Constitución de la provincia de Jujuy, arts. 3.2., 123.34 y 137.7; Constitución de la provincia de La Pampa, arts. 68.2. y 81.1.; Constitución de la provincia de Mendoza, arts. 99.1. y 128.6; Constitución de la provincia de Neuquén, arts. 189.2. y 214.1.; Constitución de la provincia de Río Negro, arts. 12.2. y 181.13; Constitución de la provincia de Salta, arts. 96.12 y 140.10; Constitución de la provincia de Santa Cruz, arts. 104.1. y 119.4.; Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, arts. 5.1., 105.7 y 135.1.

(34) Constitución Nacional, art. 121.

El artículo 7° de la nueva ley mantiene acertadamente lo dispuesto por la Ley Corta, al disponer que las concesiones de explotación, sean o no convencionales, serán otorgadas por el Poder Ejecutivo nacional o provinciales, según corresponda, respetando la matriz de distribución de competencias fijada por el constituyente de 1994.

Sin embargo, la norma restringe sustancialmente las facultades de las provincias, al obligarlas a seguir en lo sustancial el llamado "Pliego Modelo" de licitación que deberá ser acordado entre las autoridades de aplicación de las provincias y la Secretaría de Energía de la Nación (35), con notoria afectación de la autonomía de las provincias respecto de materias no delegadas al gobierno federal. ¿Qué ocurrirá, por ejemplo, si una provincia no acuerda el Pliego Modelo o si pretende aplicar normas diferentes al proceso administrativo licitatorio? Si bien, como hemos señalado, la existencia de un régimen uniforme nacional resulta un aspecto positivo y contribuiría a atraer inversiones, consideramos que el Gobierno Federal carece de atribuciones constitucionales para obligar a las provincias a acordar el mismo, considerando que los aspectos procedimentales y de derecho público local son materias que no han sido delegadas a aquél.

Lo mismo ocurre con relación a los artículos 14 y siguientes de la nueva ley, los cuales fijan con precisión —y sin prácticamente márgenes de decisión locales— los cánones a abonar por los permisionarios y concesionarios<sup>(36)(36)</sup> y las regalías a pagar por los concesionarios, afectando sensiblemente decisiones propias de las provincias.

Pero donde tal vez el avance de la ley sobre la autonomía de las provincias se pone más claramente en evidencia es en el artículo 18 de la nueva norma, el cual restringe en forma unilateral y, en mi opinión, inconstitucionalmente, la potestad de las provincias de usar y disponer libremente de su propiedad, al impedir que éstas establezcan "nuevas áreas reservadas a favor de entidades o empresas públicas o con participación estatal" a la vez que se prohíbe (si bien con una terminología algo confusa) la mecánica del "carry" que venía siendo utilizado por las provincias. Conforme esta mecánica, se exigía a los inversores privados a fin de explotar los yacimientos provinciales que se asociaran con empresas estatales locales

(35) Ley 27.007, artículos 12 y 29. El texto de la ley usa los verbos en modo imperativo, de donde se desprende que sus contenidos constituyen un mandato tanto dirigido a las provincias, como a la Secretaría de Energía.

(36) Como comentario adicional, cabe criticar el método seguido por la ley en este tema, al fijar los cánones a abonar por los inversores en valores absolutos de moneda, valores que, en los contextos inflacionarios en los cuales se desarrolla la vida argentina, pueden —y es muy probable que ello ocurra—, quedar rápidamente desactualizados.

y que financiaran la inversión correspondiente de éstas, repagándose tal financiación con todo o parte del producido futuro del yacimiento. Más allá de que todo esto pueda o no ser adecuado o conveniente desde una óptica de política económica, consideramos que, sin el consentimiento provincial expresado conforme lo disponen sus constituciones locales, estas restricciones resultan abiertamente inconstitucionales, constituyendo una indebida restricción de las autonomías provinciales.

Por el contrario, resultan —en nuestra opinión— adecuadas constitucionalmente y reflejan correctamente el modelo del federalismo de concertación al cual nos hemos referido en párrafos anteriores, las disposiciones de los artículos 23, 24 y 26 de la ley, que llaman a la Nación y a las provincias a acordar legislación ambiental, fiscal y procedimientos a fin de desarrollar el recurso hidrocarburífero. Estimamos que ésta debería haber sido la tónica a seguir por la ley en todos sus restantes contenidos, aspectos.

## V. Conclusión

El fin no justifica los medios. El régimen federal adoptado por nuestros constituyentes, que se remonta a los inicios de nuestra organización como Nación y cuya adopción fuera motivo no sólo de debate político sino también causa de guerras civiles durante muchos años, no constituye un capricho ni una traba a la toma de decisión política, sino una garantía más de las libertades de cada uno de nosotros. Por ello, por loables que puedan ser los objetivos perseguidos por la ley, o la urgencia en la necesidad de tomar decisiones que puedan afectar la economía nacional, no podemos permitirnos violar el reparto de competencias fijado por nuestra norma básica de convivencia. En definitiva, si sumamos a estos aspectos la falta de consensos señalada en párrafos anteriores, debemos concluir con que la norma, más allá de sus buenas intenciones, genera importantes dudas acerca de su real valor como incentivo para la inversión hidrocarburífera en nuestro país.

## Bibliografía citada:

Aranguren, Juan José, entrevista Diario Clarín del 21 de octubre de 2014, disponible en [http://www.ieco.clarin.com/economia/Hidrocarburos-equilibrar-urgente-importante\\_0\\_1234076759.html](http://www.ieco.clarin.com/economia/Hidrocarburos-equilibrar-urgente-importante_0_1234076759.html), último acceso el 5/11/14.

Bidart Campos, Germán J. (1998), *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Tomo I, 1998.

Bravo, Martín, "La oposición arma la lista de leyes K que revisará si llega al Gobierno", en diario Clarín del 14 de octubre de 2014, disponible en [http://www.clarin.com/politica/oposicion-leyes-revisara-llega-Gobierno\\_0\\_1229877011.html](http://www.clarin.com/politica/oposicion-leyes-revisara-llega-Gobierno_0_1229877011.html), último acceso el 3/11/14.

Club del Petróleo, "Anulación de los contratos petroleros" disponible en <http://www.clubdelpetroleo.com/Anulacion-Contratos-Petroleros>, último acceso el 2/11/14.

Diario Los Andes, Mendoza, "Más Unitarismo que Federalismo", editorial del 19 de octubre de 2014, disponible en <http://losandes.com.ar/article/mas-unitarismo-que-federalismo>, último acceso 2/12/14.

Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 29 de octubre de 2014.

López Anadón, Ernesto, "Hidrocarburos: Una oportunidad para el país", en diario La Nación del 12 de diciembre de 2014, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1751584-hidrocarburos-una-oportunidad-para-el-pais> - Último acceso el 14-12-14.

Martínez de Hoz, José A. (h) y Sacristán, Estela B., "Presentación", RADE-HM, n° 1, mayo-junio de 2014, pp. VII-XXIII, p. VIII.

Olmedo, Jorge, "Ley de Hidrocarburos. Un debate Pendiente", Revista Proyecto Energético, N° 71, abril-mayo de 2005, p. 5, disponible en <http://www.iae.org.ar/archivos/editorial71.pdf> (último acceso 20/12/14).

Pereyra, Guillermo, "El déficit nos obliga a cambiar la política energética, porque si no vamos a estar muy complicados", Revista Petroquímica, 18 de noviembre de 2013, disponible en <http://revistapetroquimica.com/pereyra-el-deficit-nos-obliga-a-cambiar-la-politica-energetica-porque-si-no-vamos-a-estar-muy-complicados/> (último acceso el 5/11/14).

Sagüés, Néstor P., "Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión" en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2007, disponible en <http://ancmyp.org.ar/user/files/02%20Sagues.pdf>, último acceso el 2/12/14.

Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 8 de octubre de 2014.

YPF, "Petróleo y Gas No Convencionales — El Desafío Energético de Argentina", disponible en [http://www.ypf.com/energiaypf/Paginas/img/pdf/Camino\\_al\\_auto\\_abastecimiento.pdf](http://www.ypf.com/energiaypf/Paginas/img/pdf/Camino_al_auto_abastecimiento.pdf), último acceso el 9/12/14.

Página web <http://www.ofephi.com.ar/> (último acceso 11/12/14).

#### Jurisprudencia citada:

Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa (19/08/1999), Fallos: 322:1781.

#### Normas citadas:

Constitución nacional, art. 75, inc. 12.

Constitución nacional, art. 75 inc. 18.

Constitución nacional, art. 121.

Constitución nacional, art. 124.

Constitución nacional, art. 125.

Constitución de la provincia de Chubut, art. 135.1.

Constitución de la provincia de Chubut, art. 155.7.

Constitución de la provincia de Formosa, art. 120.1.

Constitución de la provincia de Formosa, art. 142.1.

Constitución de la provincia de Jujuy, art. 3.2.

Constitución de la provincia de Jujuy, art. 123.34.

Constitución de la provincia de Jujuy, art. 137.7.

Constitución de la provincia de La Pampa, art. 68.2.

Constitución de la provincia de La Pampa, art. 81.1.

- Constitución de la provincia de Mendoza, art. 99.1.
- Constitución de la provincia de Mendoza, art. 128.6.
- Constitución de la provincia de Neuquén, art. 189.2.
- Constitución de la provincia de Neuquén, art. 214.1.
- Constitución de la provincia de Río Negro, art. 12.2.
- Constitución de la provincia de Río Negro, art. 181.13.
- Constitución de la provincia de Salta, art. 96.12.
- Constitución de la provincia de Salta, art. 140.10.
- Constitución de la provincia de Santa Cruz, art. 104.1.
- Constitución de la provincia de Santa Cruz, art. 119.4.
- Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 5.1.
- Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 105.7.
- Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, art. 135.1.
- Ley 14.773 (1958).
- Ley (o decreto-ley) 17.319 (B.O. 30 de junio de 1967).
- Ley 24.309 (B.O. 31 de diciembre de 1993).
- Ley 26.197 (B.O. 5 de enero de 2007).
- Ley 26.741 (B.O. 7 de mayo de 2012)
- Ley 27.007 (B.O. 31 de octubre de 2014).
- Decreto 744/63
- Decreto 745/63.

Decreto 1212/89.

Mensaje PE 1592; Senado de la Nación, Expte. PE-316/14. ♦

# OBSERVACIONES CONSTITUCIONALES AL JUICIO POR JURADOS

POR EMILIO A. IBARLUCÍA

Sumario: I. Introducción. — II. Las cláusulas de la Constitución Nacional sobre el juicio por jurados y el federalismo. — III. La exigencia constitucional la fundamentación de las sentencias. ¿Es extensible a los veredictos de los jurados? ¿Puede suplirse con las instrucciones del juez a los jurados? — IV. La falta de motivación de la sentencia y la garantía de la doble instancia en materia penal. — V. El trasfondo mítico del tema: “el jurado es el pueblo”, “el jurado representa al pueblo”, “el jurado expresa la soberanía popular”. La tesis de la participación ciudadana. — VI. Conclusiones.

## I. Introducción (1)

Pese a que el juicio por jurados fue previsto por la Constitución en tres de las cláusulas del primitivo texto de 1853, brilló por su ausencia durante casi toda nuestra historia, tanto en el orden federal como en el provincial. Hubo en el siglo XIX unos tímidos intentos de ponerlo en práctica, pero finalmente se adoptó el sistema enjuiciamiento español (2) y prácticamente no se insistió en el mismo, quedando aceptado que era ajeno a nuestra cultura y práctica jurídica. La Constitución de 1949 directamente lo eliminó de su texto, expulsión que, según algunos autores (3), obedeció a que esas razones estaban fuera de discusión. El Dictamen del Consejo para la Conso-

(1) Lo fundamental del presente trabajo ha sido expuesto en La Ley del 28/05/15 bajo el título “Objeciones constitucionales al juicio por jurados”, nota al fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Azul del 16/04/15.

(2) El Código de Procedimiento Penal elaborado por Manuel Obarrio, que entró en vigencia en 1888.

(3) Bruzzone, Gustavo A., “Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica”, en Maier, Julio B. y otros, “Juicio por jurados en el Proceso penal”, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2000, p. 93.

lidación de la Democracia se pronunció por la supresión de las referencias de los arts. 24, 67 inc. 11 y 102 de la C.N. al juicio por jurados, aconsejando que el tema quedara reservado a la legislación procesal de cada provincia.

La reforma constitucional de 1994 mantuvo el texto de las cláusulas indicadas, lo cual para algunos autores implicó la ratificación del instituto. Sin embargo, la cuestión estuvo ausente al discutirse la ley 24.309 y también en el debate de la convención. Lo que sí fue objeto de expreso tratamiento fue una institución que responde a principios muy distintos a los que motivan el juicio por jurados. Me refiero al principio de idoneidad técnica exigido para desempeñar la función de administrar justicia, para lo cual se instituyó la selección de los jueces por medio de concursos públicos por el Consejo de la Magistratura.

Las provincias, por su lado, desde los inicios de la organización nacional, dictaron constituciones, previendo que los jueces de todas las instancias fueran abogados con determinada antigüedad en la profesión, con excepción de muy pocas que contemplaron la posibilidad de instaurar el juicio por jurados (4). Luego de 1994, siguiendo las aguas de la Constitución Nacional, muchas reformaron sus cartas provinciales ratificando el principio de idoneidad por medio de la creación de consejos de la magistratura.

En el año 1998 el P.E.N. impulsó un proyecto de ley de instauración del juicio por jurados en el orden nacional (federal y Justicia Nacional de la Capital), que generó un intenso debate —muy tenido en cuenta hoy en día— pero que no llegó a tener status legislativo.

La Constitución de Córdoba de 1987 introdujo una norma especial: el art. 162 —“La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados pueden *también* integrados por jurados”—, lo que dio lugar a la instauración en 1997 (con una reforma de 2004) del *jurado escabinado*, o sea el modelo europeo que es de composición mixta (lego y profesional).

Este sistema que es, a mi juicio más compatible con la Constitución Nacional —por las razones que luego explicaré—, no es el que ha sido seguido por las provincias de Neuquén y de Buenos Aires (5), que en los últimos años han instituido el juicio de jurados, llamado “clásico”, o sea íntegramente compuesto por ciudadanos no letrados, y el que, aparentemente, se disponen a adoptar otras provincias.

(4) V.g.: Constitución de Río Negro, art. 197; Constitución de Córdoba, art. 162.

(5) Ley 14.453 que reforma el C.P.P.

El problema es que las legislaturas de estas provincias han instaurado este sistema de administración de justicia sin reformar previamente sus constituciones locales, que en forma clara y expresa exigen el cumplimiento del principio de idoneidad técnica para llevar a cabo tan importante función. Queda así planteado, a mi juicio, un primer problema de interpretación constitucional: el alcance de las cláusulas de la C.N. que contemplan el juicio por jurados y las autonomías provinciales, base de nuestro sistema federal.

Pero el problema constitucional es mucho más complejo cuando se advierte que “*mucha agua corrió bajo el puente*” desde que en 1853 nuestros constituyentes, siguiendo el modelo de la Constitución norteamericana, previeron que el Congreso Federal debía instaurar el juicio por jurados. Me refiero, nada más ni nada menos, que a la doctrina constitucional —así la califico dado que innumerables fallos de la Corte Suprema la fundaron en los principios de la ley fundamental— acerca de la exigencia de debida fundamentación de las sentencias judiciales, y el veredicto del jurado —al menos del “jurado clásico”— no requiere explícita motivación.

El dilema constitucional se ahonda aún más cuando se visualiza que, al jerarquizar a nivel constitucional el art. 75 inc. 22 de la Constitución reformada en 1994, a la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la doble instancia en materia penal integra nuestro sistema de derechos y garantías fundamentales (arts. 8.2. h y 14.5 respectivamente). La pregunta insoslayable que aparece es: ¿puede cumplirse esta garantía frente a una sentencia inmotivada?

Es común que, ante estas nuevas leyes que se dictan en el orden provincial, se afirme, con beneplácito, que “por fin” se da cumplimiento a la vieja directiva de la Constitución Nacional, salvándose la inconstitucionalidad por omisión que el país padece desde la organización nacional. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. Arduos problemas de interpretación constitucional se presentan, los que no son ajenos a la circunstancia de que nuestra ley fundamental responde a distintos tiempos históricos. Por un lado están las cláusulas del texto histórico de 1853/60, inspirado en el modelo norteamericano y producto de una época en la que no se hablaba siquiera de la fundamentación de las sentencias como exigencia constitucional, y mucho menos de la garantía de la doble instancia en materia penal, y por otro lado, las cláusulas de la reforma de 1994, que introdujo instituciones del constitucionalismo europeo, y brindó jerarquía constitucional a derechos y garantías de convenciones internacionales. Esta reforma obviamente, además, lejos ha estado de dejar de lado la asentada doctrina de la Corte nacional y de los superiores tribunales provinciales acerca del

requisito constitucional de la fundamentación de las sentencias, nacida y desarrollada al amparo del texto histórico.

¿Cómo se compatibilizan, entonces, las cláusulas de la Constitución Nacional que contemplan el juicio por jurados con estos principios y garantías ratificados por la reforma de 1994? ¿Es posible su compatibilización? ¿Puede una ley de juicio por jurados ser inconstitucional? O, en su caso, ¿puede ser anticonvencional, o sea contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos?

Trataré de responder a estas preguntas sin dejar de señalar que recientemente el tema mereció dos pronunciamientos judiciales contrapuestos, que no pueden dejar de ser analizados en el abordaje del tema. Me refiero a la resolución del Presidente del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Azul, Dr. Juan Carlos Pagliere (h) —del 16/04/15, quien de oficio declaró la inconstitucionalidad de la ley 14.543, decisión revocada apenas un mes después— el 18/05/15 por la Cámara de Apelaciones y Garantías Departamental. A ambos fallos me referiré.

Finalmente, antes de esbozar las conclusiones, me referiré a lo que, a mi juicio, es el trasfondo de la seducción que produce el juicio por jurados, que tanto entusiasmo que genera en sus impulsores.

## II. Las cláusulas de la Constitución Nacional sobre el juicio por jurados y el federalismo

Como he señalado, habitualmente se sostiene que el juicio por jurados es una deuda histórica con la Constitución de 1853/60 que lo contempló en tres de sus cláusulas, y sobre tal base se afirma que tanto el Congreso Nacional puede dictar una ley que lo imponga para el juzgamiento de cualquier tipo de delitos en todo el país (o sea, incluidos los que son objeto de juzgamiento por los órganos provinciales), como las legislaturas provinciales instaurarlo más allá de lo que prescriba la respectiva Constitución provincial.

Veamos cuáles son esas cláusulas. En primer lugar, el art. 24 que reza “*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todas sus ramas, y el establecimiento del juicio por jurados*”. La primera parte tiene su razón de ser en la necesidad que tenía el país de superar el estado de dispersión legislativa que reinaba —subsistente legislación de la época de la colonia junto a derecho patrio disperso y contradictorio— y de adoptar códigos de fondo únicos, que tan buenos resultados habían dado en Europa. La segunda parte se inspiró en la Constitución de EE.UU., que en el

art. III —referido al Poder Judicial Federal—, contemplaba en la Sección 2, p. 3: “*Se juzgarán ante jurado todas las causas criminales, excepto las que den lugar al juicio político, y el juicio se celebrará en el Estado en el que se cometió el delito. Si no se cometió en ningún Estado, se celebrará el juicio en el sitio o en los sitios que el Congreso designare por ley*”. A su vez, la Enmienda VI establecía: “*En todas las causas criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito haya sido cometido...*”

A su vez, el art. 67 inc. 11 de la Constitución histórica (hoy art. 75 inc. 12), al tiempo que contempló entre las atribuciones del Congreso la de dictar los códigos de fondo, mencionó algunas leyes en particular: las de naturalización y ciudadanía, la de bancarrotas (hoy concursos y quiebras), sobre falsificación de moneda y documentos y públicos, y “*las que requiera el establecimiento del juicio por jurados*”. Asimismo, el art. 102 (hoy art. 118), ubicado dentro de la Sección referida al Poder Judicial de la Nación —inspirado en el art. 117 de la Constitución de Venezuela de 1811, que a su vez lo tomara del art. III, 2, 1 de la Constitución norteamericana— estableció: “*Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esta institución*”.

Una primera lectura de estos artículos conduce a pensar que el Congreso Nacional debe dictar una ley implementadora del juicio por jurados en todo el país para juzgar respecto de cualquier tipo de delito, incluidos, obviamente los delitos comunes cometidos en territorios provinciales. Sin embargo, cuando en 1860, la Convención Nacional, a propuesta de la Convención Revisora de la Provincia de Buenos Aires, modificó el art. 67 inc. 11 estableció con claridad, lo que pasó a denominarse *reserva de jurisdicción provincial*. Es decir, los códigos de fondo —incluido el Código Penal— debían ser competencia del Congreso Federal pero las provincias se reservaban su aplicación *si las cosas o las personas cayeran bajo su jurisdicción*.

Esta reserva, aunada a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones locales (arts. 104, 105 y 106; hoy arts. 121, 122 y 123), se interpretó siempre no solo como la facultad de organizar su propio Poder Judicial sino también todo lo relativo a los procedimientos por medio de los cuales los juicios debían llevarse a cabo.

La Constitución Nacional nació así con una contradicción. Por un lado previó que el Congreso Nacional debía dictar una ley de juicio por jurados para todo el país y por otro que todo lo relativo a la organización de la

justicia y a los procedimientos era facultad privativa de las provincias. La práctica constitucional histórica se inclinó por darle prevalencia a esto último. Aquella ley nacional nunca se dictó y las provincias organizaron su administración de justicia sin que se admitiera —en períodos constitucionales— que los poderes federales se inmiscuyeran en la materia, barrera que la Corte Suprema Nacional se preocupó siempre de resguardar.

Hablar de una contradicción interna de la Constitución parece una herejía dado que se presume que toda Constitución es un todo orgánico y sistemático. Sin embargo las constituciones son producto del obrar humano, y, como ya dije, cuando se conforman de disposiciones introducidas en distintos momentos históricas (vía reformas parciales o enmiendas) suelen contener contradicciones. La directiva de la Corte Suprema argentina —como la de todos los superiores tribunales constitucionales de cualquier país— es que debe hacerse el esfuerzo de la interpretación armonizadora para que todas sus cláusulas *conserven igual valor y efectos*. Sin embargo, a veces ese esfuerzo es imposible, como ocurre, por ejemplo, con la competencia originaria de la Corte (art. 117 C.N.) y la garantía de la doble instancia en el proceso penal prevista por el art. 8.2.h de la C.A.D.H. de jerarquía constitucional (6). En otras es posible a costa de brindar a una cláusula constitucional una interpretación de alcances muy restringidos, como ocurre, a mi modo de ver, con las cláusulas de la Constitución acerca del juicio por jurados.

La contradicción interna del texto histórico sólo es salvable con la siguiente interpretación: la ley aludida por el art. 67 inc. 11 (e implícitamente por los arts. 24 y 102) sólo podía referirse a la implementación del juicio por jurados para el juzgamiento de delitos cometidos en la Capital Federal y territorios nacionales o sometidos a la jurisdicción federal. En relación a los cometidos en territorios provinciales debían ser juzgados por los órganos y procedimientos previstos por las provincias en sus respectivas constituciones. De ahí, entonces, que si el constituyente provincial decidía que el juzgamiento de los delitos sólo podía hacerse por órganos judiciales permanentes el juicio por jurados no podía implementarse.

Tal interpretación (7), obviamente, no cambió en absoluto con la reforma de 1994, y es la única que puede salvar la contradicción entre los artículos 24, 75 inc. 12 y 118 por un lado y los artículos 1, 5, 121, 122 123 y el mismo art. 75 inc. 12 por el otro.

(6) Me remito a mi trabajo: "Un motivo de reforma constitucional: la competencia originaria de la Corte y la garantía de la doble instancia", en E.D. — Suplemento de Derecho Constitucional, del 20/12/01.

(7) Sostenida por el Presidente del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Azul en la resolución citada.

Se objeta esta interpretación diciendo que la atribución del Congreso Nacional de implementar el juicio por jurados en todo el país (aún para delitos cometidos en las provincias) viene dada por el carácter de garantía del imputado en causas penales que el derecho a ser juzgado por ese sistema tiene. Se argumenta al respecto que ello surge del mismo artículo 24 de la C.N. que lo contempla en la parte de "Declaraciones, derechos y garantías" (8), y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. (país del cual el instituto fue tomado) que así lo conceptúa sobre la base de su previsión en la Enmienda VI. (9)

No comparto tal punto de vista. Es cierto que la jurisprudencia de la Corte norteamericana entiende que el juzgamiento por un jurado lego es un *derecho* del imputado —lo que implica que no puede ser sometido a ello contra su voluntad y por ende que es renunciabile (10), como lo propician los impulsores del sistema en nuestro país y lo contemplan las pocas leyes que se han dictado—, pero de ahí no se sigue que se trate de una garantía fundamental, que las provincias deban asegurar.

En efecto, en primer lugar no está contemplada en el art. 18 de la C.N. ni en el art. 8.2 de la C.A.D.H. (y cláusulas concordantes de tratados internacionales). En segundo lugar, el texto de la Enmienda VI es muy distinto que el de las cláusulas de nuestra Constitución, ya que mientras aquella reza "...el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y público, ante un jurado..."; los artículos del texto argentino hablan sólo de una ley que debe sancionarse, lo que no es un dato menor, teniendo en cuenta que implica un deliberado apartamiento del modelo. En tercer lugar, si se tratara de una garantía del imputado sometido a un proceso penal, ¿cómo es posible que se admita que rija sólo para determinados delitos?

La Corte norteamericana ha dicho que no viola la Enmienda VI la ley estadual que contempla el juicio por jurados sólo para delitos con una pena máxima determinada (11), y las leyes provinciales que lo han reglamentado

(8) Argumento de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Azul en la resolución citada.

(9) Sabido es que las diez primeras enmiendas (incorporadas en 1991) suplieron la falta inicial de una declaración de derechos en la Constitución de Filadelfia.

(10) Así es considerado en general, pero es de señalar que en algunos estados de EE.UU. se establece que la renuncia debe contar con la conformidad de la fiscalía y del tribunal, sin que la Corte Federal lo haya considerado inconstitucional (conf. Bianchi, Alberto B., "El juicio por jurados. La participación popular en el proceso", Ed. Abaco, Bs. As., 1999, p. 98.

(11) "District of Columbia vs. Clawens" (1937), "Duncan vs. Louisiana" (1968), "Baldwin vs. Nueva York" (1970). Ver: Bianchi, Alberto, ob. cit., p. 87; Bovino, Alberto, "Procedimiento abreviado y juicio por jurados", en Maier, Julio B. y otros, "Juicio por jurados en el proceso penal", Ad-Hoc, Bs. As., p. 58.

en el país siguen este criterio (12). A su vez, la Constitución española contempla el juicio por jurados pero sólo para “*aquellos procesos penales que la ley determine*” (art. 125). Si fuera una garantía el Estado debería brindarle la opción de ser juzgado por un jurado a cualquier imputado de un delito por baja que fuera la pena de prisión prevista. Es inconcebible, por ejemplo, que el Estado (nacional o provincial) no proporcione al imputado un defensor oficial si no elige uno particular o que no le brinde un intérprete si no conoce el idioma nacional cualquiera sea el delito de que se trate (art. 8.2 inc. a y d). Si no lo hace, todo el proceso desde la declaración indagatoria en adelante es nulo. No ocurre lo mismo con el llamado *derecho o garantía* a ser juzgado por un jurado. Si no se lo entendiera así, no sólo todos los juicios llevados a cabo desde 1853 hasta ahora habrían sido nulos sino que en las provincias donde actualmente se ha implementado el sistema los imputados por delitos excluidos del mismo tendrían el derecho a exigir ser juzgados por un jurado o a atacar de nulidad el juicio llevado a cabo sin el cumplimiento de esa supuesta garantía. No hace falta ser muy perspicaz para pronosticar que ningún tribunal admitiría un planteo de ese tipo.

Asimismo, las leyes reglamentarias prevén que en caso de existir pluralidad de imputados en la causa, la renuncia de uno de ellos a ser juzgado por un jurado determina el juzgamiento por el tribunal letrado (13). Es obvio que si fuera una garantía del imputado, su renuncia a esa forma de juzgamiento por uno no podría arrastrar a los demás.

Es de recordar que los derechos y garantías fundamentales en todo Estado de Derecho Constitucional son de cumplimiento ineludible dentro de todo el territorio nacional y por ende se imponen sobre las facultades de regulación de las autonomías estadales o provinciales. Ejemplos emblemáticos de ello son el fallo “New York vs. Sullivan” de 1964, en el que la Corte norteamericana sostuvo que la garantía de la libertad de expresión de la Enmienda I no podía ser violada por leyes estadales que reglamentaran la responsabilidad de los medios de prensa, y el fallo “Brown vs. Board of Education” de 1954, por el cual la Corte dijo que la garantía de la “equal protection” de la Enmienda XIV no podía ser vulnerada bajo el pretexto de la autonomía estadual para regular la vida civil de sus habitantes.

Descartado, entonces, que el argumento de la garantía constitucional sea predicable respecto del derecho a ser juzgado por un jurado, ello explica también que la directiva de la Constitución de que se dictara por el Congreso

(12) El art. 22 bis del C.P.P. de la Prov. de Bs. As. (conf. ley 14.543) lo contempla para los delitos cuya pena máxima supere los 15 años de prisión.

(13) Art. 22 bis, último párrafo, del C.P.P. de la Prov. de Buenos Aires, reformado por ley 14.453.

Nacional una ley nacional al respecto fuera entendida por la Corte Suprema como meramente programática (14), lo que no parece tan desacertado habida cuenta del término “*promoverá*” del art. 24. Así, la interpretación histórica de la Corte fue que el legislador, tanto nacional como provincial, podía decidir su implementación en la oportunidad y bajo las modalidades que estimaran conveniente.

La Cámara de Garantías de Azul en la resolución citada sostiene que mientras el Congreso Nacional no cumpla con el cometido institucional encomendado por la Constitución Nacional no existe obstáculo alguno para que las provincias instauren el juicio por jurados, de la misma forma que en el orden provincial se declaró Código Penal al proyecto de Carlos Tejedor antes de que fuera aprobado por el Congreso. Agrega que no son impedimentos las normas de la Constitución local que contemplan sólo los tribunales letrados, dado que, si bien no mencionan al jurado tampoco lo prohíben.

No comparto tal argumento. Descartado que el juicio por jurados sea una garantía fundamental, es elemental que primero debe verificarse cómo la Constitución local contempla lo relativo a la administración de justicia, y si, como en la Provincia de Buenos Aires, se establece con claridad que ella compete a órganos judiciales compuestos jueces con título de abogado (v.g.: arts. 173, 177 y 178 de la Const. de la Prov. de Buenos Aires), mal puede implementarse el juicio por jurados sin previa reforma de la Constitución (15). Esta interpretación, como ya dije, se refuerza si la Constitución provincial prevé no sólo que los jueces deben ser abogados sino también que deben ser elegidos previa selección por un procedimiento que garantice su idoneidad técnica y moral por el Consejo de la Magistratura (v.g. art. 175 de la Const. de la Prov. de Bs. As.), de manera que mal puede decirse que tampoco lo excluye.

También dice la Cámara de Azul que el jurado no integra el Poder Judicial sino que actúa como “coadyuvante” en la tarea de juzgar y lo hace como carga pública por única vez en un caso determinado. Tampoco lo comparto. El art. 3 de la ley 14.543 que reforma la Ley Orgánica de la Justicia (ley 5827), agrega “Tribunales de jurados” al listado de órganos que administran justicia. ¿Qué quiere decir que es “coadyuvante” en la tarea de juzgar? Los jurados deciden nada más ni nada menos si una persona debe ir a la

(14) Fallos: 115:92 (1911); 208:21 (1947); 165:258 (1932). Ver: Sagüés, Néstor P., “El juicio por jurados, ¿derecho del acusado o facultad?”, Rev. de Derecho Procesal Penal, 2014-2, “Juicio por jurados — II”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 11.

(15) Muy distinto es cuando la Constitución local lo prevé, como ocurre con ya citado art. 162 de la provincia de Córdoba.

cárcel o no. Sus decisiones pueden implicar hasta la prisión perpetua de un individuo. Además, sus veredictos absolutorios son inapelables tanto para el fiscal como para la víctima-querellante. ¿Cómo puede sostenerse que no administran justicia?

### III. La exigencia constitucional la fundamentación de las sentencias. ¿Es extensible a los veredictos de los jurados? ¿Puede suplirse con las instrucciones del juez a los jurados?

La primera de estas preguntas no requiere, a esta altura de las cosas, mayor debate. La exigencia de la *sentencia fundada en ley* del art. 18 de la C.N. no se limita a la mera cita de la norma penal pertinente, sino que requiere la explicación clara de por qué el juzgador entiende que determinado hecho ha ocurrido, por qué encuadra en un tipo penal determinado o no, por qué el imputado ha sido encontrado o no autor del hecho, por qué es o no responsable penalmente, etc. Es decir, en la sentencia deben estar explicitadas las razones por las cuales se llega a la condena o a la absolución. La Corte Suprema a lo largo de más de un siglo ha acuñado la doctrina de la sentencia arbitraria y, en particular, la Cámara Nacional de Casación Penal ha anulado numerosos fallos por no surgir de los mismos los razonamientos lógicos por los cuales se daba por probado determinados hechos o la responsabilidad penal del imputado. La mayoría de las constituciones provinciales exigen la debida fundamentación de las sentencias bajo pena de nulidad (16). La explicitación de los fundamentos de las sentencias es, además, una exigencia del sistema republicano de gobierno.

Las regulaciones de los juicios por jurados no letrados habitualmente eximen de la fundamentación de los veredictos (17). Es constitucionalmente inadmisibles. No se entiende cómo puede ser un requisito de cualquier acto administrativo (arts. 7 y 14 de la ley 19.549), y no de un pronunciamiento (llámese veredicto o sentencia) que condena nada menos que a la privación de libertad de una persona, o que absuelve sin dar explicaciones.

(16) Vg.: arts. 168, 171 y 161 inc. 3.b de la Const. de la Prov. de Buenos Aires.

(17) El art. 210 del C.P.P. de la Prov. de Bs. As. excluye al veredicto del juicio por jurados del cumplimiento de la regla de que la sentencia debe contener la valoración de la prueba con expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados con desarrollo escrito; para el jurado rige la "íntima convicción"; el art. 371 quater establece que el veredicto es suficiente con los votos afirmativos, y el mismo artículo prescribe que los miembros del jurado están obligados a mantener en absoluta reserva su opinión y la forma en que han votado.

Esta sería objeción —que ni al más acérrimo defensor del juicio por jurados puede escapársele— pretende remediarse mediante las instrucciones que el juez, previa audiencia con el fiscal y el defensor, debe dar al jurado. Así, el art. 106 del Cód. Procesal de la Provincia de Buenos Aires establece que las mismas "*constituyen plena y suficiente motivación*".

Comparto plenamente la calificación de la resolución del Dr. Pagliere de que se trata de una suerte de surrealismo jurídico, calificable de absurdo o sofisma jurídico. ¿Cómo es posible escindir en dos una sentencia judicial? Una parte dictada por un órgano y otra parte dictada por otro órgano. ¿Cómo es posible aceptar que alguien *instruya* a otro u otros acerca de una decisión de carácter jurisdiccional? Hasta el sentido común —tan invocado por quienes defienden el juicio por jurados— indica que tiene que haber una identidad subjetiva entre quien decide sobre lo que debe resolverse y quien dicta el pronunciamiento final. El nexo entre ambas cosas es nada menos que la motivación. No existe motivación alguna si no se explicita cómo se llegó a la conclusión de que el hecho, por ejemplo, se cometió con arma de fuego, o el homicidio con alevosía.

Por vía de las instrucciones se pretende paliar la omisión de fundamentación de la sentencia, por lo que constituyen el eje central en torno al cual gira el "éxito" de la institución. Es por ello que el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires ha publicado un "Manual de instrucciones al jurado" (18). Basta su lectura para advertir que jamás podrían conformar la motivación de la sentencia.

En efecto, se conforman en primer de las "instrucciones previas" consistentes en hacer saber al jurado cómo se va a desarrollar el juicio, la función del juez y su objeto. Luego las "instrucciones probatorias", donde se destaca el principio de la presunción de inocencia, la carga de demostrar la acusación que pesa sobre el fiscal y el particular damnificado, que la culpabilidad de los acusados debe probarse "*más allá de toda duda razonable*"; los distintas pruebas que pueden producirse y cómo debe el juzgado valorarlas. A continuación las "instrucciones sobre instituciones de derecho penal, parte general", donde se explica qué es "acción", dolo, culpa, tentativa, autoría y participación y culpabilidad. Y finalmente las "instrucciones sobre el delito en particular" que es motivo del juicio, por ejemplo, homicidio preterintencional, con emoción violenta, con alevosía, abuso sexual, privación ilegal de libertad, etc.

(18) Publicado por Ed. Hammurabi, Bs. As., 2014.

Se trata de un manual de derecho penal y procesal penal —escrito en lenguaje sencillo para que sea comprensible por los legos—, por supuesto en forma abstracta. El juez rellena esas instrucciones con el delito de que se trate, y si el caso lo requiere explicará, por ejemplo, qué es partícipe necesario y partícipe secundario, pero ninguna referencia puede hacer a las circunstancias concretas del caso, dado que no puede inducir al jurado acerca de lo que debe decidir. Las instrucciones son explicadas verbalmente por el juez cuando concluye el debate y se le entregan a cada miembro del jurado que se las lleva a la sala de deliberaciones. Cuando informan al “oficial de custodia” que han arribado al veredicto, pasan a la sala de audiencias donde el juez les pregunta, respecto de cada hecho y de cada acusado, sobre: a) la existencia del hecho en que se sustenta la acusación; b) la eventual participación del o de los imputados en el mismo (19). Las respuestas a estas preguntas —por “sí” o por “no” — constituyen el veredicto.

¿Cómo puede decirse, entonces, que las instrucciones constituyen la motivación del veredicto? Evidentemente falta un eslabón: nada más ni da menos que el meollo de toda sentencia penal: la explicación acerca de cómo ha llegado al jurado a la conclusión de que el hecho que sustenta la acusación existió, y sobre cómo arribó a la conclusión de que el imputado es culpable de ese hecho.

Las instrucciones son una clase breve de derecho penal y procesal penal en abstracto, válidas para cualquier juicio que verse sobre un hecho encuadrable en la misma figura delictiva, pero —repito— ninguna referencia concreta pueden tener al caso en juzgamiento. De lo contrario, el juez profesional sustituiría al jurado en la función que debe cumplir. La respuesta negativa o afirmativa del jurado ninguna explicación brinda.

Los impulsores del juicio por jurados (20) responden a este cuestionamiento invocando el fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Taxquet c. Bélgica” del 6/10/2010, en el que dijo que en el enjuiciamiento por el jurado clásico anglosajón no podía exigirse la fundamentación de la sentencia y que, en esos casos, las instrucciones o aclaraciones que el juez impartía al jurado constituían verdaderas garantías procesales que permitían descartar todo riesgo de arbitrariedad y al acusado comprender las razones de su condena. Señaló que las instrucciones formaban una trama apta para servir de fundamento al veredicto o para compensar adecuadamente la ausencia de fundamentación de las respuestas del jurado y

(19) Art. 371 quáter del C.P.P. ref. por ley 14.543.

(20) Ver: Harfuch, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados”, Infojus, Derecho Penal, año 1, Nro. 3,

que debían ser tenidas en cuenta en relación a las posibilidades del acusado de interponer recursos.

Leyendo el fallo se advierte que la Corte lo dijo como aclaración inicial (casi “obiter dictum”), pero a continuación resolvió que la sentencia condenatoria había violado la Convención Europea dado que, en el caso concreto, tanto la acusación como las instrucciones impartidas al jurado habían sido breves, poco claras y precisas, además de no permitírsele al acusado el ejercicio adecuado de su derecho de defensa. Pero, además, tres observaciones deben hacerse. En primer lugar que la Convención Europea y sus catorce Protocolos Adicionales no contienen una norma como el art. 8.2.h de la Convención Americana —o sea, la garantía de la doble instancia a la que luego me referiré—. En segundo lugar, que el tribunal europeo es muy respetuoso de lo que se denomina el “*margen de apreciación nacional*” (21), tesitura que no es la del tribunal interamericano. Y en tercer lugar, como señalé, el tribunal europeo *salvó* la grave impugnación que se había formulado, declarando la nulidad del veredicto condenatorio porque las instrucciones habían sido breves, poco claras y precisas. La pregunta forzosa es: ¿cuándo una instrucción deja de ser breve para pasar a ser completa o suficiente? Ello porque el juez —reitero— debe cuidarse también de no inducir la respuesta que el jurado debe dar, ya que si ello fuera posible no se entendería por qué escindir la función del juez de la del jurado.

Es de destacar el caso de un tribunal de Neuquén que dictó sentencia rechazando las impugnaciones formuladas por una persona que había sido condenada por homicidio con alevosía por un jurado, por una mayoría ajustada de sus miembros (22). La defensa alegó, básicamente, que el veredicto era contrario a la prueba producida y que las instrucciones dadas por el juez no habían sido impartidas destacando el principio de la “duda razonable”. El tribunal rechazó esto último con argumentos procesales. Señaló que la defensa no había formulado en su momento objeciones a las instrucciones, lo que era necesario para el eventual recurso posterior. No obstante, en la inteligencia de lo frágil del argumento (evidentemente, dado que se estaba frente a un caso de una persona que podía ser condenada a prisión perpetua), el tribunal entró a analizar la decisión del jurado, pero destacando que lo que hacía era un “juicio sobre el juicio”, o sea un mero análisis de su regularidad, lo que lo llevaba a concluir que no había motivos para resolver su anulación. Este fallo es, a mi juicio, más allá del

(21) En el caso, un pronunciamiento distinto hubiera fulminado no sólo el sistema del juicio por jurados belga sino también el antiguo y tradicional sistema inglés, aunque en Gran Bretaña, al igual que en otros países del viejo continente, cada vez se lo utiliza menos.

(22) Sentencia n° 23/2015 en la causa “Morales, Damián s. Homicidio calificado” del 16/04/15,

esfuerzo argumentativo del tribunal, un claro ejemplo de la grave falencia que implica la falta de motivación del veredicto por parte del jurado.

El fallo del juez Pagliere del Tribunal en lo Criminal de Azul contiene otros interesantes argumentos que, si bien no son decisivos para tachar de inconstitucional a la institución del juicio por jurados, coadyuvan a ello. Principalmente, lo referido a falta de fundamentación del veredicto, que no puedo dejar de citar.

Señala que en materia penal los “hechos” no pueden separarse del “derecho”, ya que la evaluación de los primeros requiere conocimientos técnicos. *“Para saber qué hechos son relevantes a la hora del juzgamiento —dice—, se debe conocer la ciencia penal. Los hechos que importan son aquellos que abastecen los tipos penales. Poner a un jurado a valorar la prueba, es lo mismo que poner a un jurado a observar síntomas de un enfermo, para que luego el médico les haga preguntas fácticas (por ej., sobre la irritación de ojos, coloración de la piel, el ritmo cardíaco...), y entonces hacer una evaluación médica. Si el observador no conoce las enfermedades y sus síntomas, no está capacitado para determinar si las condiciones físicas del examinado o si los estudios de laboratorio o de imágenes que aprecia son o no aquellos que caracterizan la enfermedad que podría presentar el paciente... Exactamente igual sucede con la valoración de la prueba en un juicio penal. Si no se sabe qué es la ‘efracción’, es imposible saber qué requisitos fácticos son relevantes para su configuración. Si se desconoce qué es la ‘alevosía’, tampoco se puede saber qué requisitos fácticos son relevantes para su configuración... El juicio penal por jurados es tan insensato como el diagnóstico médico por jurados. Quienes desconocen la ciencia médica o la ciencia penal, no saben dónde mirar...”* Similares consideraciones hace en relación a la evaluación de los hechos. No se trata de una mera constatación fáctica, *“sino que requiere casi siempre de una evaluación histórico-causal que permita distinguir y relacionar causas y efectos en el devenir de los acontecimientos.*

A diferencia de EE.UU., en la mayoría de los países europeos en que el sistema de juicio por jurados existe, se lo ha regulado por medio del sistema mixto o escabinado, precisamente porque constituye la única forma de que la sentencia pueda ser fundada (23).

España es un caso especial. Por un lado la Constitución contempla el juicio por jurados (art. 125), y por el otro exige la fundamentación de toda

(23) Ver: Hendler, Edmundo, “Jueces y jurados, ¿una relación conflictiva?” y Pedraz Peñalva, Ernesto, “Sobre la participación popular en el proceso penal”, en Maier, Julio B. y otros, “Juicios por jurados en el proceso penal” cit., ps. 17 y 239 respectivamente.

sentencia (art. 120.3). La forma de resolver el entuerto de los españoles al reglamentarse el sistema por medio de la Ley Orgánica 5 de 1995 fue contemplar dentro del jurado un *magistrado permanente*, que redacte la sentencia.

No puedo dejar de señalar la perplejidad que me causa la lectura del “Manual de Instrucciones” citado. En un lapso que normalmente no es mayor de media hora, se pretende que el juez explique a las partes, no sólo el desarrollo del proceso y sus características, sino también conceptos de derecho procesal penal y derecho penal de fondo —general y particular—, que normalmente insumen a un profesor varias clases en cualquier facultad de derecho. Pero además el profesor se cerciora, mediante un examen, que los alumnos han comprendido y asimilado los conceptos. Los temas de las instrucciones —con mayor profundidad— también se preguntan en los exámenes del Consejo de la Magistratura a las abogadas aspirantes a juezes, y no son pocos, por cierto, los que los desaprueban.

#### IV. La falta de motivación de la sentencia y la la garantía de la doble instancia en materia penal.

En relación a la doble instancia en el proceso penal (art. 8.1 de la C.A.D.H. y en el art. 14.5 del P.I.D.C.yP.), tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dicho en varios pronunciamientos que se trata de una garantía de cumplimiento insoslayable (24), y en igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema Nacional (25). De todos estos fallos se deriva que no se trata meramente del *derecho a recurrir ante un tribunal superior* —que quedaría satisfecho con la posibilidad de impugnar las instrucciones al jurado—, sino del derecho a cuestionar la motivación de la sentencia. Ello fue claramente establecido por la Corte Suprema en el conocido fallo “Casal”, en el que se decidió que no alcanzaba para satisfacer la garantía el recurso de casación limitado a las cuestiones de derecho de la sentencia dictada por un tribunal oral en lo criminal, sino que debía poderse revisar las cuestiones “de hecho y prueba”. Es obvio que, para que la defensa pueda exigir al tribunal de apelación este tipo de revisión debe poder cuestionar el análisis argumentativo que ha hecho el órgano que ha dictado lo sustancial de la sentencia, o sea el veredicto de culpabilidad.

(24) Com. I.D.H., casos “Maqueda” (1994), “Abella” (inf. 55/97); Corte I.D.H., “Herrera Ulloa c. Costa Rica” (2004).

(25) “Girolodi” (Fallos: 318:514); “Casal” (Fallos: 328: 3399), “Martínez de Areco” (Fallos: 328:3741), “Díaz” (Fallos: 329:2433).

Esta objeción es ilevantable dado que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son lapidarios al respecto. En el caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica" de 2004 descalificó la legislación de este país que no permitía la revisión en los casos de delitos menores. Sostuvo que el recurso debía permitir la revisión amplia de los hechos, las pruebas producidas y su valoración, etc. Si dijo esto en relación a condenas por delitos menores (26), ¿qué diría el tribunal interamericano frente al caso de una sentencia condenatoria a pena de prisión efectiva? ¿Acaso sostendría que la impugnación de las instrucciones del juez al jurado (previa reserva por parte de la defensa cuando fueron formuladas) satisface esa revisión amplia? Obviamente que no.

Reitero aquí lo que dije en el apartado precedente acerca del fallo "Taxquet c. Bélgica" de la Corte Europea de Derechos Humanos: ni la Convención Europea y ni sus catorce Protocolos Adicionales contienen una norma como el art. 8.2.h de la Convención Americana.

#### V. El trasfondo mítico del tema: "el jurado es el pueblo", "el jurado representa al pueblo", "el jurado expresa la soberanía popular". La tesis de la participación ciudadana

La mayoría de los impulsores del juicio por jurados parten de la premisa de que a través del mismo es el pueblo el que administra justicia. Se llega a decir que *la soberanía* —normalmente delegada en las autoridades gubernamentales, legislativas o judiciales— *retorna al pueblo*. Es por ello que si el pueblo dice que con lo visto y valorado no se han probado los hechos y la imputación, el Estado (el juez técnico) no puede aplicar pena alguna; y si dice lo contrario, el juez técnico está obligado a penalizar.

Estamos ante el ideal de la sublimación del principio de soberanía del pueblo, fuente última de legitimidad del poder. Para sus teóricos desde el siglo XVIII en adelante fue siempre una verdadera preocupación cómo debía materializarse en la práctica —es decir, cuál era el mejor sistema de representación de esa soberanía—, y ahora nos encontramos con que la solución era muy sencilla.

Es evidente que la afirmación no resiste el menor análisis lógico, dado que jamás podría entenderse cómo millones de personas se transforman repentinamente en *el pueblo* personificado en doce personas.

(26) Se trató de un caso de injurias cometidas por vía de la prensa.

Otros autores —un poco menos audaces— sostienen que el jurado *representa* al pueblo. Tampoco esta variante justificadora vence un mínimo escrutinio. Los miembros de los jurados se eligen al azar, normalmente por sorteo entre los inscriptos en el padrón electoral (27). ¿Cómo puede sostenerse que tal sistema de elección asegura un sistema representativo? Realmente no podría imaginarse un método más arbitrario y menos democrático. El único sistema de representación válido es el que surge de la elección por sufragio igual, secreto y universal, y que se resuelve por aplicación de la regla de la mayoría. A nadie se le ocurre que el presidente de la república, los gobernadores, los intendentes, los legisladores o concejales podrían ser elegidos por sorteo, dado que su ilegitimidad sería manifiesta.

Se dice también que por medio de la elección al azar de los jurados se logra un "corte transversal" de la sociedad, ya que de esa forma normalmente los integran amas de casa, maestras, albañiles, carpinteros, comerciantes o profesionales. Esta afirmación no tiene ninguna base científica, dado que nada asegura tal heterogeneidad, y, en todo caso, ¿quién garantiza que el ama de casa Rosa representa a todas las amas de casa?

Otros autores califican al sistema de juicio por jurados como de "*participación ciudadana*" en la justicia (28). Este enfoque, obviamente más prudente y racional, es, sin embargo, susceptible de objeciones.

En efecto, los mecanismos de democracia participativa que las modernas constituciones prevén no implican que por ellos se sustituya la decisión de los legítimos representantes del pueblo. Así por ejemplo, el art. 39 de la C.N. contempla la iniciativa popular pero no es más que ello, el Congreso puede sancionar o no la ley nacida como fruto de la misma, para lo cual deben reunirse requisitos determinados establecidos en la ley reglamentaria. El art. 40 prevé dos tipos de consulta popular: la no vinculante no obliga al Congreso, la vinculante sí pero siempre que sea el proyecto votado afirmativamente por la mayoría del pueblo. Las leyes reguladoras de los servicios públicos (conforme art. 42 C.N.) contemplan la participación de los usuarios en audiencias

(27) La ley 14.543 de la Prov. de Buenos Aires (modif. del C.P.P.) establece que anualmente se confeccionan por sorteo listas de jurados discriminados por departamento judicial, y luego antes del inicio de cada juicio se sorteán de esa lista 48 personas que son convocadas para integrar la audiencia de selección de jurados. La lista es depurada de todos aquellos a quienes la ley considera "contaminados" por el derecho (v.g. abogados, procuradores, escribanos, empleados judiciales) u otras razones (sacerdotes, imputados en causas en trámite, fallidos, funcionarios, etc.).

(28) Bianchi, ob. cit.; Hendler, Edmundo, "El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas", Editores del Puerto, Bs. As., 2006; Bruzzone, Gustavo A., "Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia per. al en Sudamérica", en Maier, Julio B. y otros, "Juicio por jurados en el proceso penal", Ad-Hoc, Bs. As., p. 58.

públicas pero no establecen que en ellas se voten decisiones vinculantes para los legisladores. Las acordadas y leyes que contemplan la presentación de escritos por "amici curiae" en determinadas causas judiciales expresamente establecen que no obligan al tribunal que debe dictar la sentencia, etc.

Por más que se propugne ampliar los mecanismos de democracia participativa a nadie se le ocurriría que ciudadanos elegidos al azar podrían sentarse en las bancas del Congreso y votar las leyes en un pie de igualdad con los legisladores legítimamente electos. Tampoco, que individuos elegidos por ese mecanismo, pudieran sentarse en el despacho del Presidente de la república, de un gobernador o de un intendente, y decidir políticas de Estado, firmar decretos, etc. No se entiende por qué, entonces, sí sería legítimo que personas elegidas por sorteo puedan emitir un pronunciamiento por el cual una persona será privada de su libertad con una pena que puede llegar a ser de por vida. (29)

En un Estado Constitucional de Derecho todos los funcionarios y, obviamente, los jueces están obligados a justificar sus decisiones. Pero parecería que como la fuente de legitimación de la democracia es la voluntad popular y el jurado es su expresión máxima no tiene necesidad de hacerlo. "El mito cumple la función de legitimar sus decisiones y, como en la época del absolutismo —ha dicho un autor (30)—, el soberano no da razones por las decisiones que toma, se acatan y punto. De donde se deduce que el sistema que se pretende instaurar es absolutamente contradictorio con el Estado democrático y, por el contrario, propio de un sistema autocrático, fundado en la mera voluntad del soberano".

Es común que se argumente a favor del juicio por jurados que sus integrantes se guían por el *sentido común*, muy distinto al juicio del juez profesional que está contaminado por conocimientos técnicos, que le nublan la mente y lo alejan de la realidad. Francamente no se entiende por qué el constituyente de 1994 reforzó el principio de idoneidad técnica para ejercer la función de administrar justicia, y de ahí en más tanto en el orden nacional como provincial para acceder al cargo de juez hay que pasar por exigentes exámenes, por los que se indaga acerca de sus conocimientos actualizados de la ciencia del derecho penal. Si hay una disciplina donde se requieren conocimientos específicos para juzgar es el derecho penal, dado que ello es garantía de imparcialidad (31). Si el sentido común bastara para administrar

(29) Sobre el tema ver: Ibarlucía, Miguel, "El juicio por jurados y las garantías constitucionales", E.D. L.A. 1998-B, 1559.

(30) Ibarlucía, Miguel, "Juicios por jurados: el mito y su función", La Ley 2005-F, 1089.

(31) Así lo señala el juez Pagliere en la resolución arriba citada. Ver también trabajo citado en nota precedente.

justicia no se comprende por qué tanta insistencia en las instrucciones, que, como vimos, pretenden ser clases de derecho (aunque breves y apuradas).

En realidad, para ser coherentes con la proclamada postulación de la superioridad ontológica del juicio por jurados en relación a los jueces profesionales, sus apologistas deberían propugnar que la revisión de las sentencias emitidas por aquellos se haga por *otro* jurado, y a su vez, que la decisión de éste sea revisada por *otro* jurado (o sea una suerte de Cámara de Casación y de Suprema Corte integradas por jurados). Sin embargo, a nadie se le ocurre. Los impulsores del sistema se cuidan muy bien de que la revisión sea hecha por un tribunal letrado, y, cada vez con mayor ahínco, que controle cuidadosamente lo que aquel ha decidido. Para ello las leyes que se están dictando establecen que el juicio por jurados debe ser íntegramente grabado o filmado bajo pena de nulidad. (32)

## VI. Conclusiones

La previsión en la Constitución Nacional del juicio por jurados presenta un verdadero desafío a la interpretación constitucional. Las cláusulas que lo contemplan provienen del texto histórico, inspirado en el modelo norteamericano, que siguiera una institución que las colonias habían heredado de Inglaterra, como una forma de independencia en relación a la autoridad monárquica. Visto desde su origen histórico el juicio por jurados significó un verdadero progreso, pero comenzó a perder justificación con el afianzamiento del sistema republicano democrático y la garantía de independencia de los jueces.

A mediados del siglo XIX no se concebía todavía como una exigencia constitucional la debida fundamentación de las sentencias. El afianzamiento de la codificación y del derecho positivo hizo surgir el clásico mecanismo del razonamiento o silogismo judicial (la ley como premisa mayor, los hechos probados de la causa como premisa menor y la conclusión como aplicación de la consecuencia prevista por la ley). Surgió luego la doctrina de la sentencia arbitraria (aquella que no es derivación del derecho vigente aplicado a las circunstancias probadas de la causa), y el requisito de fundamentación o motivación de las sentencias, exigido en constituciones provinciales y códigos procesales.

La implementación del juicio por jurados —aunque se justifique como imperativo constitucional— no puede implicar volver atrás sobre tales principios, que constituyen un afianzamiento del Estado de Derecho Constitucional.

(32) Art. 370 del C.P.P. de la Prov. de Buenos Aires, introducido por la ley 14.543.

El sistema del jurado clásico anglosajón (compuesto exclusivamente por ciudadanos no letrados) no satisface el requisito constitucional de la fundamentación de las sentencias, dado que las instrucciones del juez a los jurados ninguna explicación brindan acerca de cómo se ha arribado a tener por probado el hecho delictivo, la autoría y responsabilidad penal del imputado.

La falta de fundamentación impide u obstaculiza el ejercicio pleno de la garantía de la doble instancia, que en nuestro sistema constitucional está impuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos.

La única forma de hacer compatible las cláusulas constitucionales sobre juicio por jurados con el principio y la garantía mencionados es por medio del jurado escabinado (o sea, mixto, compuesto por ciudadanos y jueces profesionales), dado que de esa manera las sentencias pueden fundarse.

El juicio por jurados no es un derecho o garantía de los imputados en causas penales, dado que no se lo concibe como obligatorio para cualquier tipo de delito y además se contempla en las leyes que lo regulan que la renuncia a ser juzgado por ese sistema por un acusado conlleva la misma consecuencia para el resto de los imputados en la misma causa.

Por tal razón toda instauración del juicio por jurados en una provincia debe hacerse respetando lo establecido en la Constitución local acerca de la administración de justicia y los procedimientos.

El jurado como el pueblo mismo, representante del pueblo o expresión de la soberanía del pueblo es un mito que no puede sostenerse desde un análisis lógico y racional. El argumento de la participación ciudadana es insuficiente dado que en ningún orden la misma puede implicar poder de decisión. Este debe quedar en manos de funcionarios democráticamente elegidos (de forma directa o indirecta), y, en su caso, con los resguardos de idoneidad necesarios. ♦

## ARTÍCULO 124 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. REGIÓN: UNA HERRAMIENTA CONSTITUCIONAL SOSLAYADA

POR ARMANDO MARIO MÁRQUEZ

Sumario: I. A modo de presentación. — II. Tratado Interestadual sobre la Región NordPatagónica. Motivación y génesis. — III. La Región Centro. — IV. Microrregiones. — V. A modo de conclusión y despedida.

### I. A modo de presentación

Nuestra Constitución de la Nación Argentina se refiere a las provincias que la conforman, en la parte que concita el especial interés de este ensayo, en su artículo décimo tercero al sostener: *"Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso"*, letra originaria de nuestra Ley Mayor desde su sanción en 1853.

Tal precepto se armoniza y complementa con lo que, al establecer las atribuciones del Congreso Nacional, dispone el artículo 75 de aquélla al decir: *"...15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas..."*, letra también propia de su texto, aunque, primeramente con el número 67, y tras la modificación introducida en el curso del año 1994 con la ya citada.

La creación de provincias a la que aluden los artículos precedentemente citados la advertimos, a lo largo de nuestra vida institucional, en los distintos casos de transformación en provincias de los hasta entonces Territorios Nacionales, a saber:

- Ley número 14.037 del 20 de abril de 1951, de creación de las provincias de Chaco y La Pampa.

- Ley número 14.294 del 10 de diciembre de 1953, de creación de la provincia de Misiones.

- Ley número 14.408 del 15 de junio de 1955, de creación de las provincias de Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz.

- Ley número 23.775 del 26 de abril de 1990, de creación de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur.

Dos casos más nos presenta nuestra Historia Nacional, no de creación de provincias, sino de creación de Territorios Nacionales y posterior reversión de ellos a provincias, me refiero a los del Territorio Nacional de Los Andes, que involucraba a las provincias de Jujuy, Salta y Catamarca, y, luego el de la Gobernación Militar de Comodoro Rivadavia, que involucraba a los, primeramente Territorios Nacionales y, luego, Provincias de Chubut y Santa Cruz.

Ante tales opciones, me refiero a las indicadas en los artículos reseñados, se erige otra posibilidad de modificación —en lo formal— del mapa nacional, cual la que fuera introducida a la letra constitucional nacional por imperio de la reforma que le fuera practicada en el año 1994, tal la contenida en su actual artículo 124.

Su texto indica: *"Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines...con conocimiento del Congreso Nacional..."*

Aparece, entronizado en nuestra Constitución Nacional, el instituto de Región, y su consecuencia: la Regionalización, siendo aquél, al decir del profesor Héctor J. Tanzi: *"...describimos la región como un medio técnico de descentralización, extendida en un espacio geográfico, con una población con sentimientos determinados, interesadas en su desarrollo común"* (1).

Era, también un anhelo de muchos, como lo inferimos de lo que, años antes, exponía el maestro Pedro J. Frías, al decir: *"...La dimensión regional: en la Argentina no hay una estructura normativa para las regiones, pero está viva la dimensión regional en los entes interjurisdiccionales y en la integración de las áreas afines. El Noroeste cultiva su identidad sobre todo cultural y su proyección a Chile y Bolivia. El Nordeste se interpenetra íntimamente. Las dos regiones van vinculándose al proyecto Gran Norte. Hacia el Sur, la Patagonia se esfuerza en poblar la Argentina austral con incentivos fiscales y programas de desarrollo que adquieren grandilocuen-*

(1) Autor y obra ya citados, página 225. "La Región en la nueva constitución" en "Estudios sobre la reforma constitucional de 1994", Germán Bidart Campos y Héctor Raúl Sandler, compiladores, página 223, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

*cia con el traslado de la Capital Federal a Viedma. Prevalece la convicción de que las regiones no deben constituirse en colectividades políticas sino en coordinadoras de intereses comunes..."* (2).

Sin embargo, es menester aclarar que la unión en Región no implica unión política de los Estados provinciales que así lo decidan, puesto que, como bien lo señala el maestro Germán Bidart Campos: *"el regionalismo que escuetamente esboza la nueva norma incorporada por la reforma...no intercala una estructura política en la organización tradicional de nuestro régimen, en el que se mantiene la dualidad distributiva del poder entre el estado federal y las provincias (y, dentro de estas últimas los municipios). Las provincias siguen siendo interlocutoras políticas del gobierno federal y el nivel de reparto competencial. Las eventuales regiones no vienen a sumarse ni a interponerse...La regionalización prevista solamente implica un sistema de relaciones interprovinciales para la promoción del desarrollo que el artículo califica como económico y social y, por faltar el nivel de decisión política, tales relaciones entre provincias regionalizadas habrán de ser, en rigor, relaciones intergubernamentales, que no podrán producir desmembramientos en la autonomía política de las provincias"* (3).

Las expectativas que se anidaron en el instituto en trato fueron muchas, por los caminos de crecimiento que representaba y, también, porque se erigía como una importante herramienta para la consecución de los fines e ideales del Federalismo, cuestiones ambas de las que nos ocuparemos en lo inmediato.

Especial hincapié haremos al comparar el sistema que se despedía con aquél que llegaba, mostrando las innegables virtudes y aciertos de este último.

Sin embargo esas esperanzas no se vieron concretadas, asunto que también será motivo de análisis en los renglones que vienen.

Señalaré, a modo de ejemplos, dos cuestiones:

- La primera, respecto de las bondades del nuevo modelo con relación al anterior, a la luz de un disvalioso ejemplo de ello que nos ilustra nuestro pasado reciente, y

(2) Autor citado, "El proceso federal argentino, de la decadencia a la recuperación", página 36, edición del autor, Córdoba, 1988.

(3) Autor citado, "Manual de la Constitución Reformada", Tomo I, páginas 452/453, Editorial Ediar, Buenos Aires, Reimpresión, 1998.

- La segunda, más alentadora, basada en, por un lado, un tibio intento de Región y, por el otro, la utilización de la herramienta que nos entretiene por parte de los estados municipales, en lo que se ha dado en llamar "Micro-regiones", y en la que, a modo de ilustración indicaré los casos producidos, como siempre me adelanto a decir, en la zona Norpatagónica en la que habito, sin desconocer la existencia de otras referencias de lo expuesto que seguramente han de encontrarse en distintos puntos del territorio nacional.

Es esa, en síntesis, la invitación que contenemos en el título.

### El tradicional y el nuevo modelo de región

La novel letra del artículo 124 de nuestra Constitución Nacional no solamente se erige como la remozada presentación de un instituto, cual aquél en trato, sino que también avanza sobre su configuración al establecer nuevos paradigmas para tenerlo por tal.

Advertimos, así, que los ejes de configuración de la Región pasan por la idea regente de "*desarrollo económico social*" inserta en la letra constitucional, lo que no es un dato menor su configuración.

Si buceamos en la concepción tradicional de Región, advertiremos que debemos abordar la cuestión desde la ciencia de la Geografía, con la estrechez que ello implicaba, por la limitación que le imponía.

En efecto, el criterio imperante era el espacial, con sus exigencias de vecindad, proximidad o cercanía, y las reticencias que del mismo emanaban: el elemento determinante de la posibilidad de unirse en región lo conformaba un factor predeterminado por la naturaleza y sus agentes de manera fija, estática, inamovible, cual la ubicación territorial y la similitud de características ponderativas de esa rama del conocimiento, casi con prescindencia de cualquier otro elemento que concurriera, el que podía ser contingente o no, según el caso del que se tratara, pero, reiteramos el factor geográfico con énfasis en lo territorial era condicionante.

A ello se le agregaba que no solamente la precedentemente descripta idea de contigüidad, sino también la concurrencia de factores físicos, tales como la hidrografía, la orografía, el clima, por citar los principales, o no físicos, cual el componente étnico, histórico, economía, poblacional, entre otros, interactuaban, siempre bajo la directriz de la ciencia geográfica y era, desde esa exclusiva óptica, que se iba a generar y considerar la idea de Región.

Ocioso es destacar que, de lo expuesto, surge que ese esquema imponía un estrechez para con el apareamiento regional y solo participaba de su factibilidad a los estados provinciales que se hallaban contiguos el uno al otro, siempre y cuando las contingencias ya aludidas los abarcaran.

La consideración exclusivamente geográfica actuaba como una muralla, porque imponía un elemento objetivo inalterable, que se alzaba como una exigencia pétrea que impedía que se practicaran intentos de adunarse en Región fuera de lo que sus parámetros establecían.

Pero no conforme con eso, y entrando ahora, al campo de lo político institucional, otro factor hacía más odioso aún al sistema tradicional, cual el que las autoridades de los estados provinciales tenían una casi nula participación en la decisión que involucraba a sus distritos, quedando la decisión en manos del poder central, medida autoritaria que dejaba los gobiernos locales al margen de la medida.

El nuevo sistema, ahora, muta la consideración geográfica que aludíamos y la torna en socio-política, y, de su lectura advertimos dos cuestiones que la mejoran y la diferencias notablemente del modelo que la precedía. Así:

- La facultad de crear regiones queda en exclusivas manos de los estados provinciales, y

- Lo harán tras una ponderación centrada en la expectativa del potencial desarrollo económico y social de las provincias involucradas.

Comparemos, ahora, ambos esquemas: el tradicional y el moderno y advertiremos grandes diferencias.

Salimos del estricto patrón anterior, basado en parámetros objetivos, estáticos, fijos, generado en torno de la ciencia geográfica, y pasamos a un modelo subjetivo, flexible, móvil basado en la interrelación de la Sociología y la Política.

Ello cambia de manera sustancial el estilo a adoptarse, ya que al quedar en manos de los gobiernos provinciales la decisión de unirse en Región difieren completamente los ejes a considerar, por dos aspectos que no son sino diferentes formas de decir lo expresado algunas líneas antes:

- La medida de gobierno basada en la interpretación de la realidad local, y

- La amplitud de los aspectos a evaluar y ponderar.

Con el nuevo modelo la Región surgirá de una decisión política conjunta de los estados provinciales involucrados en el adunado regional —con posterior noticia al Congreso Federal— asentado en una interpretación y valoración propia de un variopinto de factores de los que surge la conveniencia de la unión en la forma prevista por nuestra Ley Mayor.

Aporta claridad al aspecto mencionado en último término la profesora María Angélica Gelli, al señalarnos que *“...el artículo 124 de la Constitución Nacional contiene una atribución exclusiva de las provincias para crear regiones, es decir, que éstas no pueden ser establecidas por ley del Congreso en contra de la voluntad expresa de los entes locales. No se trata de que el Estado Federal planifique una superestructura compuesta por regiones por sobre las provincias que implique, en los hechos, un corrimiento de los límites de éstas...”* (4).

### Dejemos que la realidad nos instruya

Renglones arriba adelantaba que integraría a este trabajo algunos ejemplos de nuestro pasado histórico, en primer término, aquél que nos brinda la pretendida intención de crear la que iba a ser denominada “Región Nordpatagónica”, que nos muestra, a partir de su fracaso, la ineficacia del sistema tradicional; luego nos posicionaremos en lo que entendemos como un tibio ejemplo de concreción de Región, oportunidad en que abordaremos la creación de la llamada “Región Centro”, para, por último, llamar la atención sobre la actitud de los estados municipales ante tal realidad, en los que advertiremos una importante actividad en pos de lograr el anhelado “desarrollo económico social” que nos cita la norma, a partir de la configuración de las Microrregiones.

## II. Tratado Interestadual sobre la Región NordPatagónica. Motivación y génesis

La provincialización de los antiguos territorios nacionales decidida en la primera parte de la década de 1950 alejaba al estado federal de la posibilidad de aprovechamiento y explotación directa de los recursos existentes en el interior del país, especialmente aquéllos asentados en la región patagónica, cuya transformación política abordáramos, someramente, al inicio de este ensayo.

(4) Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, página 1027, Tercera edición, ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.

Ante tal realidad Poder Ejecutivo Nacional dictó el 4 de diciembre de 1957, el decreto número 16.004, nominado “Tratado Interestadual sobre la Región NordPatagónica”, cuyo artículo primero, así dice: “Otórgase mandato —a cuyo efecto una copia autenticada del presente decreto servirá de suficiente instrumento— al Señor Director General de Fabricaciones Militares, para que en nombre y representación de este Poder Ejecutivo, discuta, acuerde y suscriba con los gobiernos de las provincias de Chubut, Neuquén y Río Negro, y con la propia Dirección General de Fabricaciones Militares, un tratado creando una Corporación NordPatagónica, de acuerdo a los lineamientos generales del proyecto preparado por dicha Dirección General que corre agregado este expediente”, complementado por el artículo segundo al decir que: “el mandatario instituido podrá actuar simultánea y conjuntamente, en representación de la Dirección General de Fabricaciones Militares, en la discusión y firma del Tratado, toda vez que los intereses de dicha Dirección General y los de la Nación son concordantes”.

Sin perjuicio de tal enunciación, entiendo procedente la transcripción de las motivaciones expuestas en su considerando. Son ellas:

“Que es de gran interés nacional usufructuar, de modo coordinado y racional las riquezas naturales existentes en el territorio de la Nación, que se encuentran todavía inexploradas, como así también las fuentes potenciales de energía que abundan en el mismo, no solo con miras a atender sentidas necesidades generales, sino también para satisfacer las especialmente vinculadas con la defensa nacional;

Que en la jurisdicción que en el proyecto de tratado prevé asignar a la Corporación NordPatagónica se encuentra ubicadas yacimientos minerales de importancia industrial, en su mayor parte vírgenes, y existentes recursos energéticos cuantiosos, todo ello dentro de una región que ofrece condiciones ventajosas para la armónica implantación y feliz evolución de diversas industrias básicas, cuya promoción es de principal importancia para el país;

Que esa zona, globalmente considerada, requiere una intensa tarea coordinada de estudio e investigación bajo un programa regido por un presupuesto de recursos y erogaciones unificado por lo que en estos aspectos no conviene que exista duplicación de autoridades;

Que para la programación y ejecución eficiente de las actividades relacionadas con el aprovechamiento de las reservas y recursos de la zona que abarca territorios de tres provincias, resulta, asimismo, de todo punto de vista, indispensable que la acción de fomento y estímulo quede en manos de una sola entidad que esté capacitada para alcanzar con la participación

de las fuerzas vivas de la región, el equilibrio necesario y una adecuada armonización entre los intereses privados y el interés nacional;

Que el organismo que ejerza el manejo y control de estos asuntos, deberá actuar bajo un régimen de dirección unificada, con criterio industrial, condiciones éstas que no podrán ser satisfechas en la medida necesaria si se encarga de aquélla el gobierno nacional y/o los gobiernos locales o sus organismos comunes dependientes por las múltiples dificultades con que éstos, indiscutiblemente, tropezarían en su intento de actuar ágilmente y de manera coordinada;

Que de las ventajas efectivamente brindadas por un régimen de dirección unitaria para realizaciones de esta clase y magnitud dan expresiva y cabal cuenta los brillantes resultados logrados en otros países por creaciones similares, experiencia esta que sería inconsulto, a la par que posiblemente dañino, desatender;

Que conviene delegar en la Dirección General de Fabricaciones Militares, la representación de este Poder Ejecutivo, tanto porque dicha Dirección General, si bien autárquica, es un organismo integrante de la administración nacional, como porque de este modo el gobierno nacional actuará con una representación unificada en cuanto a los diversos aspectos de la acción administrativa que le compete atender, lo que redundará en beneficio de la eficiencia y unidad de concepto y acción de su representación;

Que una vez suscripto el Tratado si se llega a un acuerdo con los demás gobiernos interesados corresponderá su consideración por vía de los poderes legislativos que este gobierno provisional ejerce, para los efectos de la pertinente ratificación, si el texto que se acuerde en definitiva se ajusta en general a las instrucciones y al mandato que implican el presente decreto”.

De su lectura surge el interés de la Nación de avanzar sobre los bienes y riquezas existentes en los ámbitos geográficos provinciales, para lo cual aprovechó la identificación de la decisión central y las delegadas en avanzar sobre la redacción de un tratado de explotación y aprovechamiento.

#### **Instrumentación**

Tal lo indicado en el decreto de génesis, la Nación convocó a los interventores Federales de las provincias del Neuquén —Capitán de Navío Ricardo Hermelo—, del Río Negro —Arq. Carlos Santiago Ramos Mejía— y del Chubut —Capitán de Fragata Raúl E. Sidders—, a la ciudad de Neuquén, concurriendo en representación del gobierno nacional el entonces

titular de Fabricaciones Militares —presidente de su directorio— General de Brigada José Luis Buscaglia, y, tras llevarse a cabo rápidas reuniones y negociaciones, el día 17 de diciembre de 1957 se suscribió el denominado “Tratado Interestadual de Creación de la Región NordPatagónica”, dando nacimiento a la denominada “Corporación NordPatagónica”, cuyos términos no guardaron discrepancia alguna con el texto y la finalidad de aquélla norma, ambos ya expuestos.

Estos eran sus aspectos salientes:

En lo atinente a la calidad del organismo creado:

- Organismo con personería jurídica
- Con actuación como persona del derecho privado
- No guarda dependencia con el gobierno de la Nación ni los de las Provincias
- Exenta del control, órdenes o instrucciones de éstos

En lo atinente a las finalidades del organismo:

- Promover la implantación y desarrollo de la industria siderúrgica y conexas y de otras industrias necesarias a la economía nacional y a las de las provincias contratantes.
- Promover el desarrollo integral de los recursos hidroeléctricos de los ríos Negro y Chubut y sus fuentes y lagos integrantes de sus cuencas; y el aprovechamiento múltiple del agua, combinándolos con otros recursos naturales que existan en las provincias contratantes, para el aprovechamiento integral de sus tierras y aguas.
- Contribuir a la forestación y reforestación y evitar la erosión del suelo.
- Fomentar la colonización.
- Fomentar toda acción que lleve a una mejora evolutiva de los rendimientos de la actividad general.
- Estudiar las vías de comunicación y los transportes y promover las soluciones que correspondan.

- Construir, explotar o controlar con terceros, las grandes obras hidráulicas y de producción de energía eléctrica y las necesarias para los transportes de materias primas, mercaderías o energía, requeridas para el cumplimiento de sus fines.

El aludido instrumento fue ratificado por medio del Decreto Ley 512 de fecha 17 de enero de 1958, el que dice que: "el Presidente Provisional de la Nación Argentina en Ejercicio del Poder Legislativo, decreta con fuerza de ley" ratificando su letra y otorgándole "personería jurídica de derecho público" y reconoce a la Corporación NordPatagónica "como persona jurídica de derecho privado".

Mas aún faltaba un elemento para hacer operativo el proyecto, y es sobre el que quiero —muy especialmente— llamar la atención del lector, cual la última y decisiva palabra de los estados provinciales, los que, una vez adquirida su aptitud institucional plena, debían expresarse por medio de sus respectivos Poderes Legislativos.

#### Final de historia

Complementado el proceso de institucionalización de las provincias involucradas, ya dictada su Constitución y, tras elecciones llevadas a cabo con tal efecto, asumieron las autoridades del Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, con lo que se arribó en pleno a ello.

Rápidamente las provincias atrapadas por la suscripción del Tratado para la Región NordPatagónica dieron respuesta a la previsión legal que así lo disponía y con unanimidad para pronunciarse sobre el rechazo a los términos del instrumento que nos ocupa en este trabajo.

La realidad habla por sí sola; veamos:

1. Por ley número 3, sancionada el 31 de mayo de 1958, la Legislatura de la provincia del Chubut determinó: "Recházase el Tratado Interestadual de creación de la Corporación NordPatagónica, firmado por las autoridades del Gobierno Provisional, en lo que atañe a la provincia, la que se declara desligada de todas las estipulaciones que el mismo contiene, sin obligaciones pecuniarias a su cargo, en base a lo que el mismo tratado prevé. La provincia, en consecuencia, reasume el ejercicio pleno de sus poderes constitucionales y la propiedad y jurisdicción íntegra en los bienes del dominio público y privado Provincial, en cuanto hubieran sido comprometidos por el tratado o por su vigencia precaria".

2. En similares términos, por ley número 4, fechada el 27 de junio de 1958, la Legislatura de la provincia de Río Negro estableció: Recházase y por consecuencia niégase la ratificación del Tratado Interestadual de creación de la Región NordPatagónica, ratificado por el Gobierno Nacional por decreto ley número 512, en lo que atañe a la provincia, la que se declara desligada de todas las estipulaciones que el mismo contiene, sin obligaciones pecuniarias a su cargo, en base a lo que el mismo tratado prevé. La Provincia, en consecuencia, reasume el ejercicio pleno de sus poderes constitucionales y la propiedad y jurisdicción íntegra en los bienes del dominio público y privado provincial, en cuanto hubieran sido comprometidos por el tratado o por su vigencia precaria".

3. Más conciliadora aparece la Legislatura de la provincia del Neuquén, lo que se infiere de la lectura de la ley número 3, sancionada por ese cuerpo el 3 de julio de 1958:

"Artículo 1. Encomiéndose al Poder Ejecutivo Provincial promover una reunión de las autoridades representativas de la Nación y de las provincias comprendidas en la Región NordPatagónica.

Artículo 2. La reunión mencionada en el artículo 1º tendrá por finalidad convenir la confirmación del Tratado Interestadual de creación de la Corporación NordPatagónica, su reforma o su anulación y la consecuente creación de otro organismo interestadual que tienda al logro de todos o algunos de los propósitos que determinaron la creación de dicha Corporación. Bien entendido que, cualquiera sea el temperamento que se adopte, lo convenido entre las autoridades representativas de las partes interesadas quedará sujeto a la ratificación ulterior de esta Legislatura.

Artículo 3. Se designará una comisión especial integrada por seis (5) legisladores al solo efecto de apreciar la marcha de las negociaciones encomendadas al Poder Ejecutivo y con el exclusivo objeto de mantener permanentemente informada esta Honorable Legislatura sobre el desarrollo de las mismas.

Artículo 4. La Legislatura tendrá amplias facultades para requerir de la Comisión premencionada los datos, comunicaciones e informes que estime convenientes, quedando ésta obligada a suministrarlos en plazo perentorios.

(5) Marquez, Armando Mario, "Región y Deporte: El Rugby y una interesante propuesta", trabajo publicado en el ejemplar número 11.865 del 19 de octubre de 2007 del Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista "El Derecho".

Artículo 5. En ningún caso la Comisión podrá interferir en las negociaciones y tratativas del Poder Ejecutivo, a menos que su opinión, dictamen o asesoramiento, sean requeridos por éste. Pero tales opiniones, dictámenes o asesoramientos, no comprometerán de modo alguno a la Legislatura en lo que concierne a la facultad privativa de aprobar o rechazarlo concertado por el Poder Ejecutivo.

Artículo 6. Hasta tanto se concrete alguna de las soluciones previstas en el artículo 2º, quedan suspendidos los efectos del Tratado Interestadual de la Corporación NordPatagónica, en lo que a la provincia del Neuquén respecta. En consecuencia, desconócese afecto a toda norma que se oponga a esta disposición o contravenga la letra o espíritu de esta Ley”.

En síntesis: la respuesta fue unánimemente negativa a las pretensiones de la Nación.

Ante este dato de la realidad no le quedo al estado nacional otro remedio que la disolución de la entidad, lo que se dispuso por medio del dictado de la ley número 14.489 de fecha 24 de septiembre de 1958, cuyos términos lo decidían en tal sentido:

“Artículo 1. Derógase el Decreto ley 512, del 17 de enero de 1958 por el que se ratificó el tratado interestadual de creación de la Región Norpatagónica, celebrado en la ciudad de Neuquén el 17 de diciembre de 1957, entre los gobiernos de la Nación y de las provincias de Chubut, Neuquén y Río Negro y la Dirección General de Fabricaciones Militares.

Artículo 2. El Poder Ejecutivo tomará posesión de los bienes, elementos, documentación estudios y demás pertenencias de la Corporación NordPatagónica y constituirá en depositario a la Dirección General de Fabricaciones Militares hasta tanto se disponga el destino definitivo de los mismos. La Dirección General de Fabricaciones Militares tomará a su cargo la atención de las obligaciones pendientes del organismo que por esta ley de se disuelve”.

### III. La Región Centro

Nombre que se ha dado a la nacida del adunamiento en Región de las provincias de Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos. Veamos su proceso histórico (6).

(6) MARQUEZ, Armando Mario “La Regionalización como expresión del Federalismo”, presentado en la Jornada Anual de Reflexión sobre el Federalismo, llevada a cabo en la Sesión del 31 de mayo de 2005 del Instituto de Federalismo de la Academia de Derecho y

Avalados por los términos incorporados por la reforma de 1994, el maestro cordobés doctor Pedro J. Frías y un grupo de colegas que lo acompañaban en esa empresa, “desempolvieron” la idea que en ese sentido había sido originada con motivo de la suscripción de la “Carta de Cayastá”, del 15 de noviembre de 1973 los primeros mandatarios de las tres provincias en cuestión: Ricardo Obregón Cano de Córdoba, Silvestre Begnis por la anfitriona Santa Fe y Juan Cresto por Entre Ríos, ratificaron la intención de unión regional.

Como consecuencia de la presentación de ese proyecto el gobernador cordobés Ramón Bautista Mestre recoge la propuesta, la participa con buena recepción con el gobernador santafesino Jorge Alberto Obeid en la reunión que mantuvieron el 9 de mayo de 1998, oportunidad en la que enuncian la declaración de impulsar la Región Centro, suscribiendo ambos en el mes de agosto de 1988 el Tratado de Integración Regional, para luego, el 4 de noviembre de ese mismo año, reunirse en la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz los mismos con sus colegas Jorge Pedro Busti (Entre Ríos) y Julio Escobar (San Juan) para promover “la regionalización y los corredores bioceánicos”.

Un dato no debe soslayarse: no todos los gobernadores pertenecen a partidos y corrientes políticas internas similares.

Mucho se avanza sobre el particular durante el año 1999, ya que el 6 de abril de ese año la provincia de Entre Ríos se incorpora formalmente a la Región, superando algunas diferencias que mantenía con su vecina Santa Fe, y dos días después, el 8 de abril de 1999 Gobernadores, Legisladores, Intendentes, Funcionarios y hombres de empresa y de la vida social de las tres provincias, mantienen reuniones en la ciudad de San Juan, con sus colegas de la provincia anfitriona.

Pero el proceso no se detiene allí, ya que concluido el encuentro de San Juan, la delegación argentina cruza la Cordillera de los Andes y se encuentran con las autoridades chilenas de la Cuarta Región de ese país en la ciudad portuaria de Coquimbo, como forma de solidificar no solo la Región en ciernes sino también el futuro corredor bioceánico.

Retomando lo dicho líneas atrás en cuanto a las afinidades políticas, no debe soslayarse la reunión que se lleva a cabo en Paraná, capital de Entre Ríos, el 16 de agosto de 1999, por la cual el nuevo gobernador de Córdoba,

José Manuel de la Sota, de signo político distinto de su antecesor, ratifica el Acta suscripta cuatro meses antes por éste.

Los tiempos de la política, no eran los de Pedro J. Frías y sus compañeros, cuya voluntad y objetivos no decaían, por eso a partir del hecho precedentemente descrito se produce un paréntesis en el proceso, que, reitero, no se vislumbra en el vivo ánimo de aquéllos.

Su tenacidad no cesa y en el año 2004 la propuesta recibe un fuerte impulso, toda vez que a fines de marzo de ese año se celebra en la ciudad de Córdoba la primera de las tres reuniones del Foro denominado "Región Centro", en esta versión inicial referida a "Instituciones, Sociedad y Economía", organizado y auspiciado por los gobiernos de Córdoba, Santa Fe y Entre Ríos, foro que contó con una alta participación en cantidad y calidad, en la que convergieron representantes de las más diversas expresiones de la realidad oficial y particular de los tres estados provinciales involucrados. La segunda versión del ciclo se lleva a cabo al mes siguiente en la ciudad de Santa Fe, con igual éxito y participación, durante cuyo transcurso se acordó la creación de un órgano regional de participación y representación ciudadana, el Consejo de la Sociedad Civil, y, ya en mayo de ese año contamos con la tercera y última versión del ciclo, esta vez en la ciudad de Paraná, referida a los tópicos que le dieron su nombre "Economía, Infraestructura y Producción".

Estos tres encuentros, repartidos en los territorios de los estados provinciales con interés en el asunto, tuvieron un alto nivel de operatividad que consolidó la idea motriz de Región, a la vez que generaron un importante aporte instrumental a la misma.

Como consecuencia de todo este proceso precedentemente descrito, entre los días 27 y 28 de julio de 2004, en la ciudad capital de Córdoba, los gobernadores de esa provincia, José Manuel de la Sota, la de Entre Ríos, Jorge Pedro Busti y la de Santa Fe, Jorge Alberto Obeid, presiden la presentación en sociedad de la Región Centro, siendo acompañados en esa ocasión por tres representantes de áreas geográficas que revelan la proyección de la misma: son ellos el Gobernador de la provincia argentina de San Juan, José Luis Gioja (colindante hacia el oeste con la región), el intendente de la Cuarta Región chilena de Coquimbo, Felipe del Río (su continuidad física tras la Cordillera de los Andes en el país trasandino), y el vicegobernador del estado brasileño de Matto Grosso, Egon Kakreke (su continuación hacia el noreste en tierras del país vecino).

En el referido encuentro se suscribió el Protocolo Adicional al Tratado de Integración Regional del 16 de agosto de 1998, que sienta importantes

bases institucionales para el funcionamiento y operatividad de la Región, y también, por sus artículos 2, 3 y 4, se aprobaron, respectivamente, el "Reglamento de la Junta de Gobernadores de la Región Centro", el "Reglamento del Comité Ejecutivo de la Región Centro" y el "Reglamento de la Secretaría Administrativa de la región Centro", documentos que se han constituido en el basamento institucional de la Región.

Para terminar, digamos, que hoy la Región Centro, cuya proyección mayor —local e internacional— aún está pendiente, se erige como un tibio dato de la realidad que nos hace ver "copa medio llena", aunque en los últimos años prácticamente ha desaparecido el ímpetu de inicio y reinicio, como lo viéramos, mas hay algunos indicadores que me dicen que hubo un cierto sentido de pertenencia en sus gentes, primer paso para lograr su institucionalización (7).

Despedimos este punto trayendo a la memoria las palabras del maestro Frías en relación a la Región Centro: "...Sumémonos todos. La Región es para todos, como los corredores bioceánicos que nos llevarán al Asia/Pacífico. Del sueño pasemos a la acción" (8).

#### IV. Microrregiones

No voy a explayarme en demasía sobre el tema, porque me he referido ligeramente a él en partes anteriores de este trabajo, al afirmar que esta parsimonia por parte de los estados provinciales de echar mano a una herramienta de tamaño importancia para el crecimiento y el federalismo, no se vió reflejada en los estados municipales, quienes no dudaron en comenzar a trabajar en la creación de las llamadas microrregiones en pos de lograr para sus vecinos el anhelo de "desarrollo económico y social" aludido por la norma constitucional.

Creo que, reiterando la invitación del rótulo de que "dejemos que la realidad nos instruya", será mejor que esta hable por mí, por lo que seguidamente detallo los emprendimientos de esa naturaleza que han tenido vida en la zona NorPatagónica.

(7) Marquez, Armando Mario, "Región y Deporte: El Rugby y una interesante propuesta", trabajo publicado en el ejemplar número 11.865 del 19 de octubre de 2007 del Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista "El Derecho".

(8) Autor citado, "La Región Centro, del desafío a la realidad", diario "Río Negro", General Roca, provincia de Río Negro, jueves 26 de agosto de 2004.

Emprendimientos regionales generados desde los estados provinciales

Advertimos dos, aunque no concebidos por sus autoridades ejecutivas, sino por los cuerpos legislativos:

- la Comisión Legislativa Interprovincial de los Ríos Limay, Neuquén y Negro y del lago Nahuel Huapi: legisladores y autoridades ejecutivas de las provincias de Río Negro y Neuquén se reunieron el miércoles 4 de diciembre de 2013 junto con funcionarios de las Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas y a resultas de ello crearon la entidad del título, con el fin primordial de evaluar la contaminación de las aguas y las medidas de saneamiento a adoptar, y

- el Parlamento Patagónico: conformado por representantes de los poderes legislativos de las provincias de La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego e IAS, los que se reúnen regularmente en sedes rotativas a fin de dar tratamiento a problemas de incumbencia común.

Emprendimientos que involucran a municipios de distintas provincias

- la Asociación de Municipios de la Región del Alto Valle y la Confluencia, de gran magnitud territorial y poblacional, ya que reunía una importante cantidad de municipios de dos distritos vecinos: Neuquén y Río Negro, con una ubicación privilegiada desde lo económico: el Alto Valle del Río Negro y, con una importante característica: convergían en él representaciones políticas de las comunas integrantes de distintos signo, algo que lo tornaba casi emblemático, no solo de la zona, sino del país. Pero, a su impulso inicial, que generó una institucionalización muy importante, le siguió un letargo y, como también la política metió la cola, es algo que se ha ido diluyendo y su vigencia actual es casi nula. Hay que esperar el impacto que causará en esta sub-región la llegada del llamado Tren del Valle que unirá a varias de ellas en su traza Este-Oeste (la original, paralela a la traza de la Ruta Nacional 22) y su ramal al Norte, ya que se pronostica la puesta a punto y ampliación de este último para proveer y dar logística al Polo Petrolero con epicentro en la localidad de Vaca Muerta, en cercanías de la comuna neuquina de Añelo.

- Región del Corredor de Los Lagos, la que, en su momento, aunó la voluntad regionalista de casi una veintena de comunas de las provincias de Neuquén, Río Negro y Chubut, unidas por el paso de la emblemática Ruta Nacional 40, de traza paralela al despliegue de la Cordillera de los Andes, zona caracterizada por su notable abundancia de lagos, característica de la que toma su nombre, pero su vida, desde su inicio y hasta la actualidad es errática, y su afinidad está dada, casi exclusivamente por el interés generado

en la actividad turística. Completado el tramo de aquella denominado "Ruta de los Siete Lagos", que une las localidades neuquinas de San Martín de los Andes y Villa La Angostura, tal vez muestre algún repunte.

- Región del Eje Petrolero Rincón de los Sauces, Catriel y 25 de Mayo, con incumbencia en las zonas de explotación de esa actividad en las provincias de Neuquén, Río Negro y La Pampa, concita nuestra especial esperanza, ya que consideramos que este polo regional habrá de ahondarse, no solo por el marcado crecimiento de esa producción, sino también por el impacto que sobre ella tendrá el aprovechamiento del yacimiento "Vaca Muerta", en la contigua localidad de Añelo, en la provincia del Neuquén, que es contiguo a este polo por el cinturón Sud-Oeste.

- Región de los Valles y Playas de la Patagonia, conjunción de municipios rionegrinos y chubutenses entroncados por la traza de la ruta nacional 3, paralela a la costa atlántica, aunque no ha tenido mucha actividad ni relevancia, salvo en época estival o de vacaciones de invierno, motorizado por cuestiones turísticas y de tránsito. Habría que esperar a ver cómo se comporta el ente una vez que se produzca la muy posible municipalización del Balneario Las Grutas, en la idea que puede ser un hecho que lo revitalice.

Casos que involucran exclusivamente a municipios de la provincia del Neuquén

- Consejo Regional del Alto Neuquén: conformado por municipios de la porción norte de la provincia, que es la síntesis de dos emprendimientos similares previos.

- Comité Intermunicipal de la Zona Norte, surgido de la decisión de las autoridades de los municipios y Comisiones de Fomento de Chos Malal Andacollo, El Huecú, Caviahue-Copahue, Manzano Amargo, Tricao Malal, Taquimillán, Barrancas, Huinganco, Coyuco-Cochico, Buta Ranquil, Guañacos, Los Miches, El Cholar y Chorriaca.

- Ente Intermunicipal del Departamento Minas: conformado por los municipios de Andacollo, Huinganco, El Cholar y Las Ovejas y de las Comisiones de Fomento de Los Miches, Guañacos, Villa del Nahueve y Manzano Amargo.

- Región Centro: conformada por los municipios de las localidades de la provincia del Neuquén unidas por el recorrido de las rutas nacional 22 y provinciales 7 y 17: Cutral Co, Plaza Huincul, Centenario, Vista Alegre, Añelo, San Patricio del Chañar, Zapala, Villa Pehuenia, Aluminé, Las Coloradas y Moquehue.

- Liga de Municipios Hidrocarburíferos: reúne a los municipios de Senillosa, Rincón de los Sauces, Buta Ranquil, Añelo, Plaza Huincul, Chihuidos y Villa El Chocón, siendo su idea incorporar a otros a su seno.

- Corporación de Desarrollo de la Cuenca del Curi Leuvú (CORDECC): en diciembre de 2012 las autoridades del Ministerio de Desarrollo Territorial de la provincia del Neuquén presentaron el Plan Estratégico del área, la que abarca los municipios de Tricao Malal, Chos Malal y de la Comisión de Fomento de la Villa del Curi Leuvú.

- Bloque de Intendentes del Sur: aún los municipios del extremo sur neuquino: Aluminé, Piedra del Águila, Villa La Angostura, Villa Pehuenia-Moquehue, Villa Traful, Junín de los Andes y San Martín de los Andes. El pasado viernes 10 de julio de 2015 se reunieron con representantes de la Secretaría Provincial del Ambiente, en la primera de las nombradas, para buscar soluciones conjuntas a la problemática del tratamiento y disposición de residuos sólidos urbanos y desperdicios electrónicos. Lo destacado: todos municipios de distinto signo político, tanto en autoridades actuales, cuanto en las asumirán en cada distrito el 10 de diciembre del año en curso.

- Comarca Petrolera: conforme los términos del acuerdo tripartito suscripto el 27 de diciembre de 2013 la provincia y los municipios de Cutral Có y Plaza Huincul, con gobiernos de distintos signos políticos, es decir la llamada "Comarca Petrolera" —dividida por una calle que separa a ambas comunas, cosa para nada común en la zona—, avanza la obra del acueducto de 17 kilómetros de extensión que proveerá a aquella de agua del Río Neuquén. Es bueno aclarar que tal contacto se ha ahondado y entre ambos municipios se ha abordado otros asuntos de común interés, tales como medio ambiente, tránsito, seguridad, capacitación, entre otros.

Corredor del Pehuén: incluye los municipios de Zapala, Mariano Moreno, Villa Pehuenia, Moquehue, Aluminé y Caviahue-Copahue, en la zona centro-noroeste del mapa provincial. Toma su nombre del árbol que representa a la provincia del Neuquén, en especial, y a la zona que la contiene, en general, Neuquén, cuya concentración forestal se destaca en esa área.

Casos que involucran exclusivamente a municipios de la provincia de Río Negro

- Municipios del Alto Valle Este: congrega a las comunas ubicadas en esa porción del territorio de la provincia acompañando en su margen Norte el paso del Río Negro: de Mainqué, Ingeniero Huergo, Cnel. Enrique Godoy, Villa Regina y Chichinales.

- Región del Valle Medio del Río Negro: reúne los municipios de Río Colorado, General Conesa, Chelforó, Chimpay, Choele Choel, Cnel. Belisle, Darwin, Pomona, Luis Beltrán y Lamarque, también bañados por las aguas del río que da su nombre a la provincia.

- Foro Regional de Concejales: ediles de los municipios rionegrinos de Comallo, Pilcaniyeu, Dina Huapi y San Carlos de Bariloche, en la zona suroeste del territorio provincial se autocongregaron para tratar cuestiones de interés común, en especial las que hacen al medioambiente, especialmente el destino a dar a los residuos sólidos.

- Unidad Territorial de Desarrollo de la Región Sur: conformado ante tres necesidades concretas que marcan a la llamada Línea Sur del territorio rionegrino, en plena zona de la estepa patagónica: la falta de agua a raíz de la intensa sequía que suele afectar a la zona, el estado de los caminos —la inmensa mayoría de ripio— y las plagas que hostigan permanentemente animales y sembradíos. Congrega a productores de las zonas de Sierra de Apa, Cona Niyeo, Barril Niyeo y Bajo el Caín, técnicos del Ente de Desarrollo de la Región Sur, el comisionado de fomento de El Caín y representantes de grupos de campesinos autoconvocados.

- Ente Intermunicipal de la Microrregión Andina, que agrupa en tal a los municipios rionegrinos de San Carlos Bariloche, Pilcaniyeu y El Bolsón, siendo intención de sus autoridades integrar al resto de las comunas rionegrinas que allí también se ubican.

## V. A modo de conclusión y despedida

Los ejemplos brindados a lo largo de este trabajo, en especial los dos últimos citados —Región Centro y Microrregiones— nos hablan a las claras que tanto la expectativa puesta por los convencionales constituyentes, cuanto la que surge de la lectura del nuevo texto que se liga al instituto de Región y que generó similar sentimiento en la comunidad y en especial en el mundo jurídico, se diluye cuando nos posicionamos a ver los logros y datos de la realidad sobre el particular.

No hay dudas que el cambio de parámetros impuestos ahora al asunto, le ha dado una dinámica que no tenía y ha cambiado el eje de la decisión, poniéndolo en exclusivas manos de las autoridades locales, convirtiéndola así en una importante herramienta de contenido federal, la que no ha sido interpretada ni utilizada de tal modo por los estados provinciales argentinos.

Acá también debemos dar la razón al profesor Carlos Santiago Nino, cuando, refiriéndose a nuestro país y sus habitantes, lo sentenció con una frase que dio título a una de sus obras, al definirnos como “Un país al margen de la ley” (9).

Quiero, para terminar este trabajo, pedirles a los lectores que nos lleven trabajo a casa, adoptando una postura militante para con nuestra Constitución Nacional y pugnar porque nuestra clase política se sacuda la modorra y que los gobernantes de nuestro país, en especial aquellos de los estados provinciales, adviertan esta valiosa herramienta que nuestra Ley Mayor pone en sus manos como un eficaz vehículo para mejorar la calidad de vida —institucional y cotidiana— de los habitantes dentro de un marco decisorio federal.

Neuquén, Patagonia Argentina, julio de 2015.

#### Bibliografía citada

BADENI, Gregorio “Tratado de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, 3º Edición, Buenos Aires, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Editorial Ediar, Buenos Aires, Reimpresión, 1998.

BIDART CAMPOS, Germán y SANDLER, Héctor Raúl, compiladores en “Estudios sobre la reforma constitucional de 1994”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires y Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

FRIAS, Pedro José, “La Región Centro, del desafío a la realidad”, diario “Río Negro”, General Roca, provincia de Río Negro, jueves 26 de agosto de 2004.

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, Editorial La Ley, 4º Edición, Buenos Aires, 2009.

HERNANDEZ, Antonio María, “Federalismo, autonomía municipal y la ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

(9) Nino, Carlos Santiago, “Un país al margen de la ley”, Editorial Emece, primera edición, Buenos Aires, 1993.

MARQUEZ, Armando Mario, “La Regionalización como expresión del Federalismo”, presentado en la Jornada Anual de Reflexión sobre el Federalismo, llevada a cabo en la Sesión del 31 de mayo de 2005 del Instituto de Federalismo de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, publicado en “Cuaderno de Federalismo” número XIX de esa entidad.

— “La Provincialización de los Territorios Nacionales: Leyes 14.037, 14.294 y 14.408”, trabajo presentado, expuesto y publicado en el IV Congreso de Historia Regional del Neuquén, Junín de los Andes, agosto de 2005.

— “La Regionalización en la proyectada reforma a la Constitución de la provincia del Neuquén”, publicado en el libro “Aportes para la Reforma Constitucional de Neuquén”, edición del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, enero de 2006.

— “La brecha entre la Constitución Formal y la Constitución Material como factor de Desconstitucionalización”, trabajo presentado en el XVIII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Constitucional, Paraná, septiembre de 2007.

— “Región y Deporte: El Rugby y una interesante propuesta”, trabajo publicado en el ejemplar número 11.865 del 19 de octubre de 2007 del Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista “El Derecho”.

— “La Constitución Nacional Argentina y sus reformas”, trabajo publicado en el ejemplar número 49/50 de la Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

— “Constituciones Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, trabajo en coautoría, editado por Abeledo Perrot, Buenos Aires, diciembre de 2009.

— “La Constitución de la Nación Argentina”, trabajo de presentación de la compilación de textos constitucionales, de relevancia institucional, y de tratados internacionales efectuado por la Fundación de Estudios para la Justicia (FUNDEJUS) en su Revista número 8 “La Constitución Nacional, sus reformas y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional”.

— “La Autonomía de los Estados Provinciales y el fracaso del Tratado para la Región NordPatagónica suscripto en 1957”, trabajo presentado en el VI Congreso de Historia Regional, Junín de los Andes, 23 al 25 de septiembre de 2010.

— “La Región del Corredor de Los Lagos”, trabajo publicado en el ejemplar número 12.941 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del 16 de febrero de 2012.

— “Una nueva propuesta de microrregión: El Consejo Regional del Alto Neuquén”, trabajo publicado en el ejemplar número 12.979 del Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho del miércoles 18 de abril de 2012.

— “Microrregiones: Panorama y realidades en la Norpatagonia”, trabajo publicado en La Ley Patagonia, Año 9, número 3, junio de 2012.

— “Pedro J. Frías y el Regionalismo”, trabajo integrante de la obra colectiva “Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje y despedida de Pedro J. Frías”, editado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Rubinzal Culzoni, 2012.

— “Constitución de la Nación Argentina: su sanción y sus reformas”, trabajo publicado en “Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato” en [www.federalismi.it/Focus/América Latina](http://www.federalismi.it/Focus/América%20Latina), # 24 Anno 2013.

— “Microrregiones: un retroceso en la realidad norpatagónica”, trabajo publicado en La Ley Patagonia, año XI, número 1, febrero de 2014.

— “El artículo 124 de la Constitución Nacional y el desafío del Federalismo”, trabajo presentado en el concurso convocado por el Colegio de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la provincia de La Pampa “A veinte años de la Reforma Constitucional de 1994”, resultando seleccionado y publicado en el Volumen VI número 1 de los Cuadernos de Doctrina Judicial de la provincia de La Pampa.

— “Regionalización. El artículo 124 de la Constitución de la Nación Argentina: un reto a la organización tradicional”, trabajo presentado, aceptado y seleccionado en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “El Diseño Institucional del Estado Democrático”, Bogotá, Colombia, 16 al 18 de septiembre de 2015.

NINO, Carlos Santiago, “Un país al margen de la ley”, Editorial Emece, primera edición, Buenos Aires, 1993.

ZARZA MENSAQUE, Alberto, “La región como alternativa federal”, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, n° 1 y 2, 1977, Córdoba. ♦

## CULTURA CONSTITUCIONAL: UN CONFLICTO DE VALORES

POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

Sumario: I. Presentación.— II. Cultura y culturas constitucionales.— III. Las nuevas culturas constitucionales.— IV. Los nuevos desafíos.— V. La enfermedad de las instituciones.— VI. Interpretaciones en conflicto.— VI. Las instituciones en un contexto de revolución de expectativas sociales.— VII. Conclusión.

### I. Presentación

El Bicentenario de la Independencia encuentra al país ante las puertas de un nuevo ciclo político dentro del ya largo proceso de transición democrática iniciado en 1983. Quedan atrás años de muy intensa tensión política e institucional, que sometieron a pruebas muy duras la resistencia de la mayor parte de las instituciones de nuestra constitución histórica. Han sido años de provocaciones y desafíos; de retos y respuestas constantes cuyo balance final de conjunto desborda por ahora nuestras posibilidades.

El balance es ambivalente. Han sido tiempos de avances y retrocesos y el saldo final de los activos y pasivos sólo podrá apreciarse desde perspectivas más amplias que la de quienes han sido observadores y participantes, sin la distancia indispensable que demandan experiencias como las vividas.

Si bien las condiciones objetivas que enmarcaron el largo proceso electoral del 2015 han sido acaso las mejores en todo el periodo de transición, el resultado final abre más interrogantes que certezas. Una vez más, un ciclo gobierno termina dejando atrás una estela de cuestionamientos de fondo acerca de su capacidad efectiva para asegurar tanto los contenidos como las formas más elementales de una democracia madura, abierta e inclusiva. El ciclo que se abre preanuncia por su parte un retorno de las expectativas de apertura y libertad propia de los procesos de transición democrática. Parece una vez más claro que, a pesar de avances indiscutibles,

el sistema político está todavía muy lejos de haber consolidado patrones de desempeño medianamente consistentes y, sobre todo, sustentables en el largo plazo.

La crítica se concentra sobre todo en el gobierno federal, aunque alcanza en mucha menor medida a los gobiernos provinciales y bastante menos a los gobiernos locales. Lo que vuelve a estar en tela de juicio es la estructura y la dinámica del gobierno federal. Se discuten no solo su estructura y funcionamiento: se cuestionan sobre todo su capacidad para gestionar una amplia gama de programas e iniciativas que hacen a la agenda pública cotidiana y, lo que es más preocupante, su posibilidad para siquiera diseñar, consensuar y llevar adelante políticas de Estado.

La política parecería cada vez más impotente para proponerle y mucho menos imponer a la sociedad sacrificios presentes en función de beneficios futuros. El ciclo electoral condiciona despiadadamente las posibilidades de los gobernantes de prefigurar el futuro, de pensar prospectivamente y, sobre todo de comprometer esfuerzos y sacrificios en función de procesos de capitalización de los mismos en el largo plazo. En la Argentina, cobra dramática vigencia el dilema recientemente planteado por el actual presidente de la Comisión Europea y ex Primer Ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker: *“Todos sabemos qué hacer, pero no sabemos cómo conseguir ser reelegidos una vez lo hayamos hecho”*.

El gobierno federal ha vuelto a fracasar en la tarea de institucionalizar patrones de desempeño eficiente y sostenible hacia el futuro. El proceso legislativo tampoco parece haber por su parte contribuido a la institucionalización de respuestas acordes con cualquier estándar internacional aceptable y una amplia mayoría de la sociedad evalúa los resultados y productos de la actividad legislativa durante el periodo muy por debajo de sus expectativas iniciales.

Lo más grave es que nadie parecería dispuesto a asumir alguna cuota de responsabilidad en el problema. El fracaso vuelve a endosarse a quienes han desempeñado la conducción de las instituciones y poderes públicos y, una vez más a pretendidas conspiraciones con una vasta constelación de intereses, supuestamente beneficiaria de las consecuencias de este nuevo fracaso de los poderes públicos. Pocos aceptan algún tipo de corresponsabilidad en el fracaso reiterado para identificar y poner en marcha políticas de Estado capaces de consolidar resultados que permitan luego avanzar hacia nuevos objetivos, sobre la base de una participación común en los riesgos y ventajas de un camino en común.

Se trata de una pauta en muchos sentidos común a la mayoría de las democracias actuales: “Los partidos de gobierno están perdiendo elecciones con una frecuencia más alta que nunca”, observa J.N. Colomer al cabo de un estudio comparado de 295 elecciones en 24 países democráticos, desde el final de la segunda posguerra mundial hasta la actualidad (1). El carácter global de las crisis, a partir de la crisis mundial del 2008, demuestra el agotamiento de lo que se conoce como la “ventaja del poder”.

Se quiebra así un patrón tradicional de comportamiento electoral, según el cual quienes gobiernan se benefician con ventajas competitivas que deberán ser vencidas por quienes se proponen como alternativa. Cada vez más, gobernar impone cargas difíciles de sobrellevar. Quienes se han cargo de la gestión de la crisis suelen agotar sus energías frente a desafíos que los desbordan. Pierden capacidad para capitalizar políticamente los esfuerzos de la gestión y terminan cediendo sus supuestas ventajas ante fuerzas políticas de oposición que plantean simplemente su disponibilidad para emprender cambios generales, cualquiera sea su capacidad futura para implementar las alternativas que proponen. Los sistemas electorales de doble vuelta acentúan esta desventaja de quienes gobiernan. Si bien las primeras vueltas electorales permiten alcanzar una ventaja inicial, el reagrupamiento en segunda vuelta de una suma heterogénea y a veces autocontradictoria genera una nueva mayoría basada en el cuestionamiento común a quienes se vieron forzados a gobernar la emergencia y, capaz, por lo tanto, de descontar la ventaja inicial de quien compite desde la en otro tiempo decisiva ventaja del gobierno.

No es extraño por ello que las formas y contenidos de la legitimidad democrática tradicional enfrenten una vez más cuestionamientos desde el punto de vista de su calidad institucional. El punto de partida es sin duda un sentimiento de decepción y hasta frustración de las inmensas expectativas que presidieron, hace ya más de treinta años, la transición democrática.

Es importante destacar que las motivaciones y formas de expresión de esta crítica social no alcanzan a la democracia entendida como ideal normativo. Tampoco a su dimensión de estructura institucional. El foco de la protesta está más bien en diversos aspectos de sus prácticas gubernativas efectivas. Más específicamente a algunos aspectos que hacen no tanto al ideal democrático como a su combinación histórica con otro de los grandes ideales fundacionales: la idea republicana.

(1) COLOMER, J.M.: El gobierno mundial de los expertos. Barcelona: Anagrama, 2015, pág. 141.

Las críticas, por ejemplo, a los mecanismos y prácticas de la representación política tienen mucho en común con las aspiraciones a una democracia más clara, transparente, directa e inmediata. El cuestionamiento al mandato representativo, a los partidos políticos y a las modalidades tradicionales de la participación apunta a ese núcleo básico de ideas y valores afirmados por la confluencia histórica entre los ideales de la democracia y la promesa republicana.

La base de la crisis de las legitimidades tradicionales es una severa crisis de expectativas, nacida del desajuste entre y las expectativas públicas que presidieron todo el proceso de transición y los resultados efectivamente alcanzados.

Aun así, en el caso argentino está claro que todo balance debe ser matizado y prudente. A lo largo de los últimos treinta años los mecanismos institucionales establecidos por la Constitución soportaron presiones y asimilaron demandas sociales y políticas muy superiores a sus capacidades instaladas. De hecho lograron objetivos que vistos retrospectivamente bien podrían haberse estimado como imposibles de alcanzar.

De hecho, el sistema político promovió, canalizó, administró y procesó tensiones que en muchos otros periodos históricos bastaron para quebrar su resistencia y alumbrar respuestas autoritarias que paralizaron y retrasaron el proceso institucional del país. El país está lejos de retornar al punto cero: el saldo es hoy una democracia en expansión, en una nación multicultural, en buena medida autonomizada de la presión del Estado central. Un país más plural, más heterogéneo, multipolar, organizado en una red de ciudades y regiones en crecimiento, que poco tiene que ver con la visión que de él se tenía hace apenas medio siglo.

Las respuestas brindadas por el sistema político obligan a un balance de fondo, que incluya por cierto la reforma de la Constitución en 1994 y de la mayor parte de las leyes y regulaciones políticas y electorales.

A algo más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, el balance dista de ser unánime. Para algunos fue una respuesta que actualizó nuestra constitución histórica y la adaptó a los avances del constitucionalismo mundial, receptando instituciones y mecanismos que permitirán de un modo gradual consolidar la transición y abrir, con el tiempo, espacio para nuevos reajustes que permitan avanzar con el tiempo y el modo que exigen las reformas de fondo que procuran perdurar en el ciclo que comienza. Para otros, la Constitución de 1994 puede a estas alturas calificarse como una reforma fracasada, en la medida en que muy pocos o ninguno de los

objetivos y metas planteadas por la reforma parece haberse concretado en la práctica efectiva de nuestro proceso institucional.

Es este un debate que no puede soslayarse en un tiempo como el actual, de auténtica revolución "desde la demanda", en la que las expectativas y demandas sociales son las que instalan y fijan la agenda pública, obligando a los ocasionales depositarios de los poderes públicos a actuar bajo condiciones de necesidad y urgencia permanente.

Hasta no hace mucho, las revoluciones políticas se centraron en propuestas y convocatorias *supply-side*, es decir desde el lado de la oferta del sistema político —la utopía, la ideología, el programa, el líder fundacional, la plataforma, el Partido, el Movimiento y un largo etcétera—. Las revoluciones actuales son, por el contrario y acaso por primera vez en la historia, revoluciones *demand-side*, revoluciones desde las expectativas, las necesidades, los proyectos, las frustraciones y las esperanzas y, por qué no, las fantasías, los caprichos y los resentimientos de la gente.

Este giro decisivo en los impulsos básicos generadores del cambio y la transformación política responde a factores de todo tipo, tanto coyunturales y estructurales, muy probablemente irreversibles en el proceso de avance de las sociedades democráticas. La mayor parte de las nuevas demandas encuentran a los políticos a la defensiva. Sienten que esos cambios los desbordan en su capacidad de comprensión y de respuesta, piden tiempo y paciencia. Tratan de soslayarlos, retardarlos y, si es posible, circunvalarlos. Perciben que nacen de una incompreensión y falta de reconocimiento por parte de una sociedad a la que le cuesta reconocer los méritos y sacrificios de la política. Algunos enuncian las falencias de la cultura ciudadana. Otros denuncian secretas confabulaciones y manipulaciones de la opinión pública, secretamente orientadas a torcer el rumbo del proceso democrático. Otros, los más audaces, ensayan metamorfosis extrañas, tratando en convertirse más bien en profetas anticipadores de esos cambios. Todos, sin embargo, temen en el fondo esos cambios. Saben que, sea en el corto o en el medio plazo, la dinámica de las transformaciones terminará por sobrepasarlos e incluso imponerles un sistema despiadado e injusto de premios y castigos.

El presente ensayo trata de describir y analizar la lógica interna de este proceso de revolución desde la demanda y analizar la importancia de sus proyecciones sobre la agenda presente y futura de la teoría y la práctica constitucional.

El análisis tratará de abordar una temática compleja, irreductible a perspectivas disciplinarias unilaterales. Convocare para ello una combinación

de enfoques, en la que destacan el enfoque de los estudios sobre cultura jurídica, el recorrido por algunos temas clásicos de la teoría constitucional y un recorrido por la agenda central del análisis socio-político de las democracias actuales.

El resultado a que aspiro es el de dar un paso adelante en esta agenda progresiva orientada a contar con una teoría capaz de dar respuesta al enigma institucional de la Argentina moderna, que ocupa y ocupara las mayores reflexiones y preocupaciones públicas. “¿Por qué es tan difícil entender qué nos pasa a los argentinos? —se pregunta el Presidente de nuestra Academia Nacional de la Historia—. “¿Por qué saltamos de tiempos de redención a otros de profunda caída? ¿Por qué son tan reiteradas las crisis económicas? ¿Por qué es tan difícil vivir con un régimen político estable? En fin, ¿por qué la Argentina no puede ser un país normal?” (2). ¿Por qué nuestros gobiernos fracasan tan reiterada y frecuentemente? Mente. Son interrogantes permanentes y recurrentes. Que se multiplican desde las más diversas perspectivas del análisis y la reflexión y que constituyen, en diversa medida una parte significativa del enigma argentino.

## II. Cultura y culturas constitucionales

Un análisis como el que se propone supone ante todo la necesidad de hacerse cargo de la enorme complejidad que ofrece la propia noción de cultura constitucional (3), sobre todo en contextos políticos dinámicos y complejos lo que ofrece la democracia argentina en la actualidad.

De un modo inicial y por supuesto provisorio, cabe entender por cultura constitucional el conjunto de creencias, sentimientos, actitudes y disposiciones hacia la acción que otorgan orden y significado a los procesos constitucionales y que proveen, en una sociedad determinada, las presuposiciones conceptuales y los pre-compromisos axiológicos que subyacen y otorgan significados a los principios, reglas y procedimientos que gobiernan el comportamiento de una sociedad, siempre en el contexto de un determinado sistema constitucional.

Una cultura constitucional abarca tanto los ideales imperantes dentro de una determinada tradición constitucional como la percepción social acerca del papel y las funciones tanto de las instituciones consagradas en

(2) CORTES CONDE, R.: El laberinto argentino. Buenos Aires: EDHASA, 2015, pág. 9.

(3) Para lo que sigue, es clave la reflexión de lectura de NAGEL, R.F.: Constitutional cultures. The mentality and consequences of judicial review. Berkeley: The University of California Press, 19898, espec. Caps. 6 y 7.

una carta constitucional como de las reglas operativas del sistema, sean estas positivas, jurisprudenciales o consuetudinarias.

Desde un punto de vista empírico, cabría describir a la cultura constitucional como la manifestación, de forma agregada, de las diversas dimensiones psicológicas y subjetivas del sistema constitucional. Una cultura es una predisposición y actitud social. Como tal es el producto tanto de la evolución histórica del sistema como en las experiencias, historias de vida de los diversos actores y participantes del sistema.

Es por tanto un producto cultural complejo que integra presuposiciones básicas acerca de la naturaleza de la realidad de la Constitución histórica y de su proceso de formación, de la naturaleza y funciones del gobierno y de la estructura y dinámica de los derechos y libertades que reconoce. Ello implica nociones, por lo general encontradas, acerca de la naturaleza y fundamentos de la autoridad, de las finalidades y límites del poder y de las razones y motivaciones de la obediencia y respeto a las instituciones. Supone también visiones muchas veces conflictivas entre sí acerca de las modalidades de la interacción social y del papel del derecho como instancia de arbitraje y regulación de los conflictos.

Todo ello conecta a la cultura constitucional con la cultura política y los criterios socialmente predominantes acerca de los niveles de desempeño del sistema político y, en general de los valores sociales.

Basta esta caracterización sumaria de lo que hoy cabría entender por cultura constitucional para asumir que se enfrenta una realidad extremadamente compleja y difícil de esquematizar. En las sociedades democráticas actuales, más que de cultura constitucional, cabría hablar, en plural, de “culturas constitucionales”. Culturas constitucionales que coexisten en un mismo ámbito histórico y que guardan entre sí relaciones dinámicas y conflictivas.

La cultura constitucional es un clima social y cultural. Un orden de valores y vigencias que inspira y delimita los patrones de las prácticas constitucionales. La cultura constitucional es, en este sentido, una dimensión esencial de la constitución viviente. La que, más allá del papel y de sus interpretaciones históricas, anima la vida efectiva de una sociedad.

Una de las tesis centrales que cabría proponer es la de que, en el caso argentino, no ha existido una verdadera cultura constitucional capaz de operar como criterio homogéneo, socialmente aceptado y capaz de generar razones para la acción. La Constitución ha sido preservada por el estamento

de los juristas como una suerte de herencia histórica completa y cerrada sobre sí misma. Dotada de normas, principios y estrategias argumentativas, que regulan desde afuera el proceso social y político. Es la Constitución como credo e ideal normativo, cuya validez resulta de una consideración más bien auto referencial de sí misma.

Cabe recordar en este punto que la Constitución es el espacio institucional en el que se articulan las relaciones entre política y derecho. La Constitución es mucho más que una norma fundamental. Es también un proceso de integración de la realidad del Estado en un determinado contexto histórico y social. Lo cual la convierte a su vez en la clave de bóveda de un estadio y un clima cultural, expresivo de valores y visiones de la sociedad. La Constitución es en definitiva una institución en sentido tanto político como jurídico, social, económico y cultural. De allí que, vista en el contexto de los procesos históricos en una comunidad determinada pueda ser considerada como una decisión política fundamental o un orden concreto. La teoría constitucional contemporánea ha recorrido —desde Kāgi y Kelsen hasta Smend, Heller, Santi Romano, Hauriou, Schmitt, Lowenstein o Hesse— un largo camino de conflicto y a la vez integración de estas significaciones diversas y, en el fondo, complementarias. (4)

Los argentinos jamás han contado con una cultura popular de la Constitución, así como tampoco han contado con una cultura desarrollada de los derechos. Más que de una anomia constitucional hay que hablar de una verdadera contracultura constitucional, de rasgos muy similares a los de otras culturas jurídicas, culturalmente muy próximas a nuestra propia tradición, tales como por ejemplo Italia España y otros países de la tradición jurídica mediterránea.

De allí la indiferencia de la sociedad frente a las anomalías y rupturas del orden establecido, el silencio a veces no exento de complicidad frente a los atropellos del poder, el consentimiento frente a reformas institucionales y legislativas basadas en el abuso de posición dominantes, derivado de mayorías ocasionales, negadoras de los principios y reglas esenciales de cualquier sociedad democrática. La cultura constitucional sentida y vivida

(4) Para un análisis de la evolución e interpenetración entre estas diversas concepciones, cfr. MENDEZ MADDALENO, J.L.: *La constitución como proceso político*. Madrid: Dykinson, 2012, págs. 95-140; GARRORENA MORALES, A.: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, espec. Ia Parte y la valiosa síntesis de FERNANDEZ SARASOLA, I. y VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: *Conceptos de Constitución en la historia*. Número especial de la Revista "Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional", vol. 6 (2010).

por los ciudadanos comunes ha sido muchas veces más bien una cultura de la reivindicación de la Constitución frente a los abusos y violaciones del poder

Baste como ejemplo considerar el conflicto actual entre las interpretaciones del principio republicano de la división de poderes y el principio democrático de la representación política del pueblo soberano. Por sobre el reconocimiento de la separación entre los poderes, se afianza la idea de que los conflictos deben ser resueltos, en última instancia, a la luz del ejercicio directo de la soberanía popular, supeditado en todo caso a la reacción extrema de un activismo judicial, incapaz finalmente de reestablecer un auténtico equilibrio entre las instituciones.

Un rápido balance de la relación entre constitución y cultura constitucional permite concluir que, en la Argentina, la Constitución está lejos de haber culminado con éxito su programa originario de diseño y construcción de una cultura constitucional. Más bien al contrario, ha sido la cultura constitucional, fragmentada en culturas constitucionales heterogéneas, diversas, conflictivos entre sí, la que ha condicionado las prácticas constitucionales, a través de interpretaciones diversas, sucesivas y divergentes de lo que la Constitución intentó establecer.

Las reglas que terminan por imperar en este juego de decisionismos encontrados son las de la cultura jurídica, alimentada a su vez por la cultura política, que termina operando como un sucedáneo factico de la ausencia de una cultura jurídica homogénea y sostenible en el tiempo.

Las instituciones constitucionales podrán cambiar, siguiendo la presión de los hechos —tal como ocurrió, por ejemplo en 1994—. Sin embargo, las innovaciones seguirán tropezando con una cultura política densa y resistente a los cambios. No solo la cultura política sino sobre todo los modos como ésta adapta y traduce las instituciones, "las modalidades —escribe Rebuffa refiriéndose al mismo proceso en el caso italiano— a través los usos lingüísticos y los hábitos mentales interpretan y transforman las reglas constitucionales; en otras palabras, el modo en que los ciudadanos entienden su relación con las instituciones y en que los 'operadores' institucionales conducen esa relación". (5)

Lo primero que salta a la vista a la hora de ilustrar este papel de las culturas políticas es la poderosa incidencia de una cultura constitucional extrapar-

(5) REBUFFA, G.: *La Costituzione impossibile. Cultura política e sistema parlamentare in Italia*. Bologna: Il Mulino, 1995.

lamentaria. Ninguna de las grandes o pequeñas cuestiones que implican materia constitucional se sustancia en el parlamento. Los actores de esta cultura extra, para o incluso anti parlamentaria son los "movimientos" o los partidos que viven la práctica política en términos "movimientistas". En cuanto a los sectores liberales, jamás intentaron convertir a los parlamentos en lugares de negociación. Su insignificancia en términos de representación efectiva los llevó muchas veces a postular soluciones autoritarias o imposiciones por la vía de la emergencia.

Otros de los rasgos que explican la primacía de la cultura constitucional sobre la Constitución es una cierta visión escéptica y despreciativa de la ley. Más que un precepto, la ley aparece como una proclama, un manifiesto que indica un mensaje que se desea transmitir a la ciudadanía, antes que un instrumento efectivo para la toma de decisiones significativas. Las "leyes-manifiesto" son una característica común a sistemas políticos como el argentino. Revelan en el fondo la irrelevancia política del parlamento y su utilización por parte de otros actores sociales y políticos como una instancia casi simbólica de certificación de arreglos y situaciones de poder a las que se considera efímeras y cambiantes.

En la medida en que los poderes ejecutivos pasan a ser el sujeto constitucional predominante y el autor por tanto de la gran mayoría de las leyes significativas para el sistema político en su conjunto, todo lo demás cobra una significación meramente instrumental, ritual e incluso a veces sentimental.

La cultura constitucional deviene así un campo de enfrentamiento entre culturas constitucionales conflictivas y enfrentadas. Un campo de lucha retórica y de victorias nunca definitivas. En tal sentido, la cultura constitucional erosiona la vigencia de la Constitución, se convierte en un obstáculo efectivo a su vigencia y, sobre todo, a su capacidad de operar como una realidad viviente, capaz de legitimarse a través del respeto que genera un funcionamiento eficiente ante los grandes problemas de la sociedad.

De allí que los cuestionamientos actuales al funcionamiento de algunos de los mecanismos centrales del funcionamiento del Estado del Derecho en el contexto de una república constitucional, como por ejemplo la división de poderes y la relación entre la justicia y la política, no deban entenderse simplemente como el reflejo de un malestar social y de la consiguiente reacción de desconfianza ante las contradicciones y desajustes de las prácticas institucionales.

Lo más grave hacia el futuro es que abarcan también aspectos mucho más profundos vinculados al fundamento y lógica de las instituciones democrá-

ticas y a algunos rasgos de la cultura cívica establecida. De la denuncia a las pretendidas disfuncionalidades del sistema de pesos y contrapesos del poder, la crítica dominante pasa hoy a un cuestionamiento frontal de aspectos centrales de la cultura constitucional heredada de la representación.

### III. Las nuevas culturas constitucionales

La realidad básica a afrontar en la experiencia constitucional argentina es la de la presencia recurrente de la emergencia. No se trata, por cierto, de un dato exclusivo, ya que el fenómeno está cada vez más extendido, hasta constituir un rasgo en buena medida común a casi todas las expresiones de lo que hoy cabe entender como Estado de Derecho. El auge y la primacía de los poderes ejecutivos rompen presupuestos esenciales de la teoría y la práctica de las repúblicas constitucionales. Baste considerar el impacto de la emergencia sobre algunos aspectos clave, tales como la división de poderes, la independencia del poder judicial, el principio de legalidad, los límites temporales en el ejercicio de las funciones, la libertad de expresión, los derechos electorales, el acceso libre a la jurisdicción o la protección de los derechos y libertades fundamentales.

En las antípodas de la lógica de la república constitucional imperante al tiempo de la formación constitucional de países pertenecientes a la tradición del constitucionalismo atlántico, se multiplican hoy formas nuevas de organización del poder que desafían todo intento de tipificación dentro de las categorías tradicionales de la teoría democrática. Es la experiencia tumultuosa y vertiginosa de regímenes sometidos a un proceso de fragmentación la que busca una formulación y una teoría que la explique.

El caso más significativo es el que se plantea a partir del surgimiento de lo que en trabajos anteriores he denominado —siguiendo la teorización de Steven Levitsky— como autoritarismos competitivos (6). Se trata de regímenes híbridos, que algunos no dudan en caracterizar como formas de post-democracia (7) en los que las instituciones, prácticas y formas de

(6) LEVITSKY, S. y WAY, L.A.: *Competitive authoritarianism. Hybrid regimes after the Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

(7) CANFORA, L. y ZAGREBELSK, G.: *La maschera democratica dell'oligarchia. Un dialogo*. Bari: Editori Laterza, 2014, pags. 5-43; DIAMANTI, I.: *Democrazia ibrida*. Bari: Editori Laterza/La Repubblica, 2014 y, sobre todo, CROUCH, C.: *Postdemocrazia*. Bari: Editori Laterza, 2003. También, para el impacto sobre la noción clave de igualdad jurídica y política, URBINATI, N.: *La mutazione antiegalitaria. Intervista sullo stato della democrazia*. Bari: Editori Laterza, 2013. Para la idea central en este análisis de "culturas híbridas", cfr. Especialmente GARCIA CANCLINI, N.: *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la*

la democracia tradicional son ampliamente reconocidas como el método primordial de lucha por el poder pero en los que, sin embargo, las posiciones de poder confieren y garantizan a los oficialismos ventajas significativas sobre sus oponentes.

Se trata de regímenes competitivos, que reconocen y otorgan a sus opositores libertades políticas amplias e instrumentos y posibilidades ciertas para la disputa por el poder. Sin embargo, establecen al mismo tiempo, sesgos, asimetrías y ventajas competitivas que desequilibran de hecho las condiciones efectivas de la competencia política. La competencia que se establece es real aunque sesgada, desigual e inequitativa.

Este fenómeno tiende a incrementarse a impulsos de la existencia cada vez más habitual de mayorías parlamentarias automáticas, surgidas de la polarización de los procesos electorales, incentivada de sistemas electorales inspirados por la actual necesidad de priorizar, en situaciones de emergencia casi permanente, esquemas de gobernabilidad por sobre los imperativos originarios de representatividad. La generalización de los procesos de "campana permanente" acentúa los rasgos conflictivos de esta nueva realidad. A través del conflicto, se construye poder.

Las diversas formas de autoritarismo competitivo combinan rasgos importantes, propios tanto de la democracia como del autoritarismo. Para su análisis, es menester revisar muchas de las definiciones canónicas de lo que debe entenderse por democracia.

Durante años, los estudios sobre las transiciones democráticas establecieron, efecto, una serie de condiciones mínimas para calificar a un régimen político como de "democrático". Cabe recordar, como ejemplo, el modelo de Robert Dahl: a) Existencia de elecciones libres, equitativas y competitivas; b) reconocimiento pleno del derecho al sufragio; c) protección amplia de las libertades civiles, incluidas la libertad de expresión, de prensa y de asociación; d) ausencia de autoridades "tutelares" de naturaleza no electiva —de índole tradicional, militar, religiosa, etc.—.

Lo propio de los nuevos autoritarismos competitivos es su carácter híbrido. Junto a una recepción de estos rasgos propios de las poliarquías, se trata de regímenes caracterizados por la manipulación de las reglas electorales, el acceso desigual a los medios, el abuso de los recursos del Estado, la opacidad de los procedimientos administrativos, y la ausencia de mecanismos de acceso a la información pública, la proliferación de organizaciones in-

modernidad. México: Grijalbo, 1989.

formales, el establecimiento de pactos de coexistencia entre las oligarquías económicas y sociales y el conflicto abierto con los poderes judiciales. Lo decisivo es el monopolio del establecimiento y modificación de las reglas electorales, como vía para la preservación de niveles de iniciativa política que obstaculizan la consolidación de toda fuerza de oposición.

La lógica de la democracia no es una lógica uniforme ni convergente. Tiende más bien, por el contrario, a la heterogeneidad y a la centrifugación de las ideas, los valores y los criterios de evaluación y decisión. Presenta formas ambivalentes y aun contradictorias y en tensión entre sí. ¿Qué decir, en efecto, de regímenes de incuestionable raíz democrática, en la que una fuerza o más fuerzas políticas se reservan ventajas definitorias en lo referido al acceso a los resortes económicos, institucionales, políticos y simbólicos del poder?

En una buena parte de las nuevas democracias, los oficialismos tienden a reforzar su control monopólico de la determinación y cambio de las reglas del proceso electoral y la competencia política, incluidas la regulación del financiamiento de las campañas y el gasto electoral, el acceso a los medios de comunicación, los calendarios y cronogramas del proceso electoral y, sobre todo, los mecanismos de judicialización de la competencia, los instrumentos de intervención social y protección clientelar, el control de la libre publicación de encuestas electorales, la administración de los escrutinios y el control y gobierno de todo el proceso electoral.

Se abre así un cuadro muy amplio de posibilidades evolutivas. Todo depende del estado de salud de la Cultura Constitucional, de su capacidad para procesar las contradicciones y conflictos que se desatan en su seno. La calidad de las instituciones y su capacidad para promover los valores de la libertad está en estrecha relación con la fortaleza de la cultura constitucional.

El conflicto está planteado en términos casi extremos en la mayor parte de las democracias contemporáneas. En un extremo, el ideal de la democracia republicana tal cual fue imaginado por el Constitucionalismo tradicional: en el otro, las diversas expresiones de la post-democracia, regidas en muchos casos por impulsos antitéticos a los del modelo fundacional

Adviene así una verdadera mutación en las relaciones entre democracia y derecho, basada en una recomposición de la idea de legitimidad. Junto a las dimensiones tradicionales —legitimidad de origen, legitimidad de ejercicio— advienen nuevas formas, de importancia creciente. Crece en importancia una legitimidad de procedimientos, basada en el principio de imparcialidad —derivada de la idea de capacidad de las instituciones

para un tratamiento general, objetivo y ecuánime de lo que es igual ante las leyes—. En el mismo sentido, cobra importancia una legitimidad de reflexividad — derivada de la interacción entre lo público y lo privado en un proceso de mutua realimentación—. La innovación más importante es acaso la legitimidad de proximidad —derivada de la idea de atención focalizada en lo inmediato y particular de la relación social— (8).

La política se define a partir de su relación directa con los ciudadanos: presencia, escucha, receptividad, accesibilidad, contacto directo, atención, empatía, compasión, compromiso, transparencia, son palabras que expresan la nueva relación entre la política y la sociedad. La idea de gobierno abierto se incorpora a la idea básica de gobernanza. Gobernar es atender a las particularidades, empoderar a la ciudadanía y a las organizaciones sociales, promover el auto estima y la sensación y el orgullo de pertenencia, cultivar y fomentar la identidad colectiva. Es la política de la atención y la compasión. De la dignidad, el honor, el respeto y el reconocimiento (9).

El impacto de estas nuevas condiciones contextuales de la democracia impacta de un modo decisivo en las culturas constitucionales. Exacerban sus conflictos y contradicciones y arrastran a los jueces a nuevas formas de activismo, de uno y otro signo, que procuran expresar su compromiso con los nuevos términos del conflicto político.

En sus expresiones actuales, la democracia tal cual la reconocemos en los hechos es un sistema diárquico (10). Basado en dos principios mutuamente co-implicados. Por un lado, la voluntad de los ciudadanos, lo cual integra los derechos sociales y políticos, la participación, los procedimientos y las instituciones que regula la formación de decisiones vinculantes que hacen a la soberanía popular. Por otro, la opinión, lo cual integra la esfera de las percepciones, las expectativas y la articulación de los consensos y los disensos.

Ello implica el reconocimiento del hecho de que las democracias actuales son, de modo irreversible, democracias de opinión. Lo cual implica que

(8) ROSANVALLON, P.: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009, págs. 26-32; También, ROSANVALLON, P.: *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.

(9) Cfr. TAYLOR, Ch. *The politics of recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

(10) Reconozco en este punto el aporte esencial de URBINATI, N.: *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*. Milán: Università Bocconi Editore, 2014. También *Representative democracy. Principles and genealogy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006 y el importante *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*. Milán: Feltrinelli, 2013.

las decisiones judiciales deben asumir una exigencia compleja de verdad, eficiencia, justificación y aceptabilidad social.

El activismo judicial encuentra aquí un límite insalvable. No basta con el compromiso político y la voluntad de transformación de los jueces que deciden hacerse cargo de los desequilibrios planteados por el conflicto entre valores republicanos y valores democráticos. Las opciones deben orientarse además en un sentido de coherencia sustancial con el marco de condiciones históricas, sociales y axiológicas imperantes en el contexto social en que se producen.

En su acepción contemporánea, la democracia constitucional comporta exigencias que trascienden la cultura constitucional del constitucionalismo originario. En las decisiones judiciales, más que los procedimientos formales constitutivos de la legalidad, importan la coherencia y consistencia de sus contenidos con los principios constitucionales. “La subordinación de la ley a los principios constitucionales —expresa Ferrajoli— equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa” (11).

Un límite en el sentido de que al reconocimiento constitucional de los derechos corresponden limitaciones, prohibiciones y obligaciones a la regla de la mayoría y una instancia de complementación en el sentido de que las limitaciones a la regla de la mayoría representan a su vez un sistema de garantías adicionales de los derechos de las mayorías y minorías frente a la posibilidad de abusos en el ejercicio de los poderes de la Constitución.

#### IV. Los nuevos desafíos

Cabe volver, una vez más, sobre los desafíos que estas nuevas realidades plantean al Constitucionalismo tradicional. Ello impone la exigencia de recuperar una cierta dosis esencial de realismo constitucional. Las democracias viven situaciones que guardan sugestivas semejanzas con la época de entreguerras en el siglo pasado y que desembocaron en la más grave crisis jamás vivida por el constitucionalismo democrático.

(11) FERRAJOLI, L.: *Op. Cit.* Pág. 19.

¿Eclipse o renovación? (12) Los nuevos desafíos desbordan la capacidad instalada de las disciplinas constitucionales. La teoría constitucional no puede avanzar sin reconocer antes sus condicionamientos ideológicos y, sobre todo, sin una apertura franca y abierta a las perspectivas de la historia, la sociología y la dogmática de la constitución. Las nuevas formas de la dinámica y organización de la política son parte esencial de la experiencia constitucional.

Los nuevos desafíos son cruciales: formas de gobernanza sin gobierno, constituciones sin naciones, estados sin territorios, democracias sin constituciones, conflictos abiertos entre Constitucionalismo y democracia "real", constitucionalismo "republicano" y constitucionalismo "democrático" o "popular". Todo ello es el contexto de democracias sin República y formas abiertas de "autoritarismo competitivos", poco sensibles ante los principios y controles republicanos.

El edificio del derecho constitucional se resquebraja, en la medida en que se fragmentan sus supuestos históricos, ideológicos, conceptuales y políticos de fondo. La teoría y el derecho constitucional buscan los derroteros que conduzcan a una nueva identidad e intentan para ello nuevas formas de expresión y realización actual de sus ideales fundacionales (13).

Los nuevos desafíos se plantean de un modo especial sobre todo en culturas jurídicas híbridas como la argentina. Se trata de identificar nuevos marcos de referencia, analizar experiencias de relevancia y valor ejemplar

(12) Un panorama al respecto en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.): *The twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, especialmente las contribuciones de Dieter Grimm, Ulrich K. Preuss, Martin Loughlin, Mattias Krummy Gunther Teubner. Asimismo, el cuadro general que ofrecen las contribuciones reunidas en JOERGES, C., SAND, I.-j. y TEUBNER, G.: (Eds.): *Transnational governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004; KRISCH, N.: *Beyond Constitutionalism, The pluralist structure of post-national law*. Oxford: Oxford University Press, 2010; AMAR, V.D. y TUSHNET, M.V. (Eds.) *Global perspectives on Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009 y, sobre todo, TEUBNER, G.: *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

(13) Un panorama al respecto en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.): *The twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, especialmente las contribuciones de Dieter Grimm, Ulrich K. Preuss, Martin Loughlin, Mattias Krummy Gunther Teubner. Asimismo, el cuadro general que ofrecen las contribuciones reunidas en JOERGES, C., SAND, I.-j. y TEUBNER, G.: (Eds.): *Transnational governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004; KRISCH, N.: *Beyond Constitutionalism, The pluralist structure of post-national law*. Oxford: Oxford University Press, 2010; AMAR, V.D. y TUSHNET, M.V. (Eds.) *Global perspectives on Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009 y, sobre todo, TEUBNER, G.: *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

que permitan una suerte de benchmarking institucional, capaz de indagar cómo hacen los sistemas constitucionales que avanzan, se estancan o retroceden, para poder así avizorar los nuevos rumbos y senderos del desarrollo y el progreso de las instituciones constitucionales.

En el plano del análisis jurídico-económico internacional y transnacional, están nuevamente en tela de juicio muchas de las presuposiciones filosóficas y políticas en que se basa la confianza en el funcionamiento de los mercados.

Nuevamente, vuelve a postularse una intervención regulatoria fuerte y decidida del derecho sobre los equilibrios supuestamente espontáneo de los mercados. La idea de regulación parte de la base de que en la base misma de la competencia y la innovación, existe una asimetría informativa fundamental. De otro modo, la idea misma de regulación sería innecesaria y carente de sentido. Se reconoce que el derecho y la política jurídica puede y debe hacerse cargo de las lagunas, antinomias y contradicciones entre la libertad individual y la vulnerabilidad colectiva, entre los intereses individuales, las pasiones desencadenadas por la ambición desmedida de los actores centrales del mercado y las necesidades de corto y largo plazo de la sociedad.

La gran asignatura pendiente del derecho público en la actualidad es su aislamiento y consiguiente atraso relativo para receptor el inmenso potencial de innovación que ofrece la experiencia comparada.

La nueva agenda a desarrollar presenta algunas cuestiones centrales, desde muchos puntos de vista comunes a otros enfoques científico-social, tales como la economía política, la ciencia política y el análisis comparativo.

## V. La enfermedad de las instituciones

Una primera cuestión a abordar es la relativa a las instituciones. Lejos de ser las soluciones, las instituciones parecerían ser el problema o, por lo menos parte importante de los problemas a resolver.

El cuestionamiento social a la parte del sistema constitucional que más tiene que ver con la vida cotidiana de los ciudadanos —el sistema de justicia— tiende a crecer en profundidad e intensidad. La crítica se extiende no solamente a los procedimientos de designación y promoción de jueces, magistrados y funcionarios judiciales. Abarca, sobre todo, el estatuto legal, las garantías, privilegios y procedimientos propios de la función judicial. El

reclamo suele incluso extenderse a la necesidad de elecciones populares, la revocación de mandatos y la renovación periódica de designaciones, concursos públicos e implementación de formas diversas de democracia participativa en la selección y juzgamiento de magistrados.

El diagnóstico podría extenderse a otros aspectos igualmente graves, referidos en general a la eficiencia, objetividad y profesionalidad del sistema de justicia, incluidos por cierto todos los operadores jurídicos, particularmente los abogados (14).

En este punto, destaca la importancia de las respuestas en el ámbito de la cultura constitucional y uno de sus mayores desarrollos actuales: el neo-Constitucionalismo. El reconocimiento del valor normativo de la Constitución como "ley de leyes" ha estimulado la superación gradual de la idea tradicional del Estado de Derecho, concebido como un orden de sujeción a las leyes establecidas y su superación por la idea de un "Estado de Constitución", según la cual las leyes quedan sometidas, cualquiera sea su nivel de consenso parlamentario a la soberanía de la Constitución, custodiada a su vez por la judicatura.

Al mismo tiempo, se han universalizado formas diversas de activismo militante de la judicatura, hasta alcanzar una importancia política significativa, sobre todo cuestiones de alto voltaje político, como la corrupción, los delitos contra la Administración, los crímenes y atentados políticos, el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales y hasta incluso los propios procesos electorales.

Bajo estas condiciones contextuales, resulta comprensible que a la expansión global de las modalidades de acceso a la justicia y, correlativamente de la importancia política de los jueces acompañe un crecimiento del interés y la inquietud de la opinión pública acerca de quiénes son los jueces, cuáles son sus capacidades, a qué intereses e ideas responden y, sobre todo, cómo son elegidos o removidos. Si bien el caso argentino se plantea con rasgos de particular conflictividad, lo cierto es que la situación no es muy diferente a la imperante en la mayor parte de las democracias establecidas.

El protagonismo de los jueces y su pretensión de terciar en el conflicto de legitimidades entre los poderes del Estado genera casi automáticamente grados crecientes de suspicacia sobre los títulos de la judicatura parez-

(14) Un valioso análisis del problema puede verse en RHODE, D.L.: *The trouble with lawyers*. Oxford: Oxford University Press, caps. 3, 6 y 7.

can (15). Cuanto mayor sea el poder de los jueces, mayores serán sus presiones para avanzar en el sentido de una legitimación democrática de sus títulos.

Por sobre diferencias lógicas, propias de la diversidad de contextos culturales y políticos, los cuestionamientos éticos y funcionales que se oponen a la justicia son aproximadamente los mismos. Surgen del malestar general que en todo el mundo rodea hoy a las instituciones de la democracia y, en general, del clima de guerra abierta que parece hoy enfrentar a los jueces entre sí y en contra de sectores importantes de los medios de comunicación social y la clase política.

El caso argentino no representa una excepción a la regla contemporánea, que abarca incluso aún a aquellos países como España, Italia, Francia o Estados Unidos que, por su tradición institucional, podrían servir de modelos para una república todavía en transición.

## VI. Interpretaciones en conflicto

Los intentos de explicación se multiplican, pero lo cierto es que ninguna de ellas basta por sí misma para dar cuenta cabal del proceso, sobre todo en lo que atañe al sistema de decisiones, particularmente administrativas y judiciales. (16)

Ante todo creo necesario relativizar la importancia de algunos abordajes recientes de extendido prestigio entre quienes han venido entre nosotros reflexionando en busca de una respuesta. Subrayo la expresión "relativizar" y en manera alguna descartar. Sabemos muy bien que las explicaciones mono causales difícilmente puedan llevarnos muy lejos. Tampoco la acentuación en algún factor explicativo, al que se atribuye una importancia dominante por sobre todos los demás. El riesgo de este tipo de explicaciones es el dogmatismo, en la medida en que todo dogmatismo no es otra cosa que la absolutización de una verdad particular, válida como explicación parcial en un determinado orden de cosas, pero que al adoptar una pretensión hegemónica termina por excluir a importancia de otras explicaciones.

(15) Para una visión de conjunto, cfr. por ejemplo MALLESON, K. y RUSSELL, P.H. (Eds.): *Appointing judges in an Age of Judicial Power. Critical perspectives from around the world*. Toronto: University of Toronto Press, 2006. Con estudio detallado del debate sobre el tema de la designación de jueces en sistemas políticos tan diversos como Gran Bretaña, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Egipto, Sudáfrica, Rusia y los países de Asia, África o América Latina.

(16) Las diversas facetas del problema, sobre todo en el caso de los países de América Latina puede ser analizada, por ejemplo en el valioso panorama de conjunto ofrecido por SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, A.: *The judicialization of politics in Latin America*. N. York: PalgraveMacmillan, 2005.

**La explicación desde las ventajas comparativas.** Es una de las teorías acerca del origen de la desigualdad en el nivel de desarrollo relativo de los países más extendidos. La hipótesis es la de que las ventajas geográficas que brindan el clima, la disponibilidad y acceso a los recursos y la relación con los mercados. Fue originariamente propuesta por Montesquieu y luego se asoció a teorías basadas en la superioridad étnica de las naciones templadas por sobre quienes habitaban regiones tropicales. Apenas resiste el análisis. No solo la aplicación de categorías geográficas sino también climáticas y, por supuesto, el acceso y disponibilidad de recursos naturales.

**La explicación psicosocial.** Para algunos, la crisis es función de los bloques en los mecanismos sociales generadores de la confianza y cohesión social. Se trataría, en otras palabras, de una crisis del capital social, producto de tradiciones en conflicto o de las asincronías y asimetrías del desarrollo económico. Es la posición sobre todo de economistas y politólogos, cada vez más interesada en los problemas de administración institucional de los procesos de cambio económico.

**La explicación sociológica.** Las explicaciones sociológicas han acompañado desde siempre el afán explicativo de los constitucionalistas. Una explicación de este tipo, de extendida vigencia actual, es la que relaciona la crisis de la relación entre los argentinos y las leyes a partir de una especie de anomia. Ha sido particularmente exitosa entre los constitucionalistas de la generación actual la explicación de Carlos Nino (17) en el sentido de que la sociedad argentina sufriría una suerte de "anomia boba", cristalizada en una serie de acciones colectivas autofrustrantes para los propios agentes que las ejecutan. La conducta anímica sería aquella en la que a la mera inobservancia de la ley, se suma la conciencia de que de haberse seguido alguna norma se habrían optimizado las posibilidades de acción más eficiente. Es una conducta que puede caracterizarse como de "anomia boba" cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación.

**La explicación culturalista.** Desde otras coordenadas y sobre todo en el campo de la ciencia política, han ganado terreno las explicaciones que remiten a condicionamientos culturales. Esta hipótesis acentúa la importancia que la cultura tiene en la comprensión y aplicación de principios, normas, valores y criterios de acción práctica basados en la idea de racionalidad instrumental. La cooperación supone niveles parejos de acceso al conocimiento y la posibilidad de desarrollar relaciones de confianza. Incluye también por su-

(17) NINO, C.: *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Ariel ed. 2014.

puesto la consideración de los valores religiosos y, en general, los obstáculos al desarrollo basados en la religión, las tradiciones culturales, las estructuras de prejuicios y su incidencia en la ética del trabajo y la producción.

**La explicación política.** Para ciertos sectores la desigualdad en el desarrollo relativo de las sociedades sería el resultado de una combinación de factores referibles a una especie de conspiración por parte de los llamados sectores de interés y en especial la llamada "clase política", magnificada por una supuesta complicidad del sistema de medios de comunicación social, alimentada sobre todo por una cierta ignorancia e insensibilidad de la opinión. Un buen ejemplo de este tipo de teorías es la teoría de la dependencia.

Podríamos recorrer en detalle toda una variada gama de hipótesis similares sin dar con el núcleo del problema. Este es inaccesible a explicaciones unilaterales y mono causales. Se requiere una integración de perspectivas

La cuestión de la crisis de credibilidad y la falta de confianza en las instituciones conecta con una de las características centrales de la democracia actual: el funcionamiento del sistema institucional como mecanismo de generalización y administración de expectativas sociales.

## VII. Las instituciones en un contexto de revolución de expectativas sociales

En este punto las problemáticas de la crisis de legitimidad social del sistema jurídico e institucional la justicia y los parámetros propios de la cultura política y constitucional predominante en las "democracias de opinión" se entrecruzan e interpenetran.

El poder político y una constelación de viejos y nuevos intereses establecidos contribuyen por su parte a esta ceremonia de confusiones y desencuentros. Sectores importantes de la clase política —especialmente la que gobierna— entabla una disputa por espacios de poder con una corporación política que invoca un poder fundado en fuentes ajenas a la lógica central de la democracia. (18) La emergencia se impone sobre el

(18) Un valioso análisis comparado en MARSHALL, T.R.: *Public opinion and the Supreme Court*. Boston: Unwin Hyman, 1989. Asimismo, JACOB, H., BLANKENBURG, E. KRITZER, H.M., PROVINE, D.M y SANDERS, J.: *Court, law and politics in comparative perspective*. New Haven, Yale University Press, 1996. También ORDOÑEZ SOLIS, D.: *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2004, págs. 31-68 y GUARNIERI, C.: *Giustizia e politica. I nodi della Seconda Repubblica*. Bolonia: Il Mulino, 2003, págs. 13-42.

debido proceso, la transparencia o las diversas formas y procedimientos de toma de decisiones

El nudo del problema es particularmente serio en lo referido a las cuestiones de gravedad institucional en las que la justicia se erige en árbitro y control de la constitucionalidad de las leyes y los actos de gobierno.

La cuestión es simple, en ausencia de autoridades aceptadas, la sociedad exige al sistema de justicia un tipo de verdad que la política no proporciona y que los conflictos entre las culturas jurídicas están lejos de poder administrar.

La verdad que se reclama es la Verdades con mayúsculas. Es decir, entendida como verdad objetiva y absoluta, como correspondencia estricta y comprobada entre el derecho y la realidad objetiva.

Sin embargo, en los hechos, el sistema jurídico —particularmente la administración de justicia— no produce ese tipo de verdad. Produce, en el mejor de los casos, justicia con minúsculas. Es decir, una opinión más bien técnica basada en un juego complejo de mecanismos de sustanciación de evidencias, producidas a lo largo de procedimientos contradictorios altamente especializados, cuyo resultado final depende en gran medida de la capacidad técnica de los operadores para defender sus respectivos puntos de vista e intereses (19).

En un proceso se tiene “razón” si de hecho se tiene la capacidad de defender y probar el propio derecho a partir de la producción exitosa de evidencias y de la capacidad para persuadir a tribunales en última instancia colegiados e incluso divididos, inspirados por conocimientos y sentimientos muchas veces contradictorios entre sí, preocupados más de su propia necesidad de justificación y persuasión hacia fuera que de la propia consistencia interna de lo que resuelven.

El tipo de “justicia” que produce el sistema de justicia suele distar mucho de los ideales de justicia absoluta que reclama la sociedad. Se establece incluso una distancia de principio entre justicia y decisión judicial. Esta es, más bien, una aproximación relativa a la solución de una controversia definida, producida a través de procedimientos y razonamientos justificativos altamente pautados y controlados tendientes en definitiva al arbitraje

(19) Sobre las limitaciones del procedimiento de decisión de las cortes para producir certezas como las que demanda la sociedad, ver el completo análisis de la jurisprudencia de la Corte Roberts que ofrece TRIBE, L. y MATZ, J.: *Op. Cit. espec. págs. 3 y ss.* Y en general la ilustración de sus diversos capítulos.

entre partes enfrentadas. En los resultados que produce el sistema de justicia suele haber más de ficciones y presunciones —la principal es acaso la de “cosa juzgada”— que de resolución razonada y autentica del tipo de incógnitas que excitan las expectativas de la sociedad (20).

La “trazabilidad” social de las cuestiones de justicia —es decir la capacidad de la sociedad para interpretar el sentido de las decisiones— es, ante todo, materia de expertos y sólo resulta accesible desde la asunción previa de una perspectiva no accesible a la gente común. Supone asumir un ritual y comprender un lenguaje críptico (21).

El principal problema de fondo es que, en términos generales, el derecho ha perdido su autoridad racional y ello condiciona de modo determinante el valor del poder y la función de “decir el derecho”. En el contexto de democracias híbridas, que viven la tensión esencial de principios e impulsos contradictorios, el conflicto desplaza a la estabilidad. Nadie tiene ni puede pretender el derecho a la “última palabra”.

La propia idea de “republica” sufre un deterioro creciente de la confianza y la aceptación pública de sus premisas y proposiciones básicas. Desde la sociedad y desde los medios se cuestiona a la legislación sus pretensiones de racionalidad, objetividad y orientación al interés general. Desde estas perspectivas, la noción de independencia y ecuanimidad del razonamiento judicial queda en entredicho. Lo que cuenta no es por ello tanto la objetividad e imparcialidad de las decisiones e intervenciones pretorianas en el proceso económico y social cuanto su capacidad para la resolución del conflicto.

El problema básico no estaría ya únicamente en los jueces y sus instrumentos y procedimientos de pensamiento y acción. Tampoco en los efectos de la función judicial sobre los problemas de la sociedad sino en una insatisfacción profunda de la sociedad acerca de sus posibilidades de resolver los conflictos.

(20) Cfr. Las valiosas puntualizaciones sugeridas por TARUFFO, M.: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile.* Bolonia: Il Mulino, 2002, espec. Caps.V, VI, IX y XI. También La prueba de los hechos. Madrid: Trotta, 2002, Cap. I. En sentido similar, FERRER BELTRAN, J.: *Prueba y verdad en el derecho.* Madrid: Marcial Pons, 2ª ed. 2005, cap. II y MARINI, G.: *Giudice regale. L'ordinamento giuridico italiano tra certezza e giustizia.* Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

(21) Un buen ejemplo es el que plantea la institución de la cosa juzgada que supone una disposición a aceptar con el valor de “cosa juzgada” resoluciones que muchas veces contrarían y aún repugnan al “sentido común” de una sociedad que nutre sus expectativas de fuentes de conocimiento y sensibilidad no exclusivamente jurídicas.

Queda así en el primer plano la propensión de los ciudadanos a desarrollar expectativas y demandas crecientes y aun contradictorias, cuando no muchas veces irreales y desmesuradas. Expresivas, en todo caso, de un malestar profundo de la propia sociedad, que se plasma en una búsqueda constante de víctimas propiciatorias de sus propias culpas y responsabilidades.

La sociedad reclama al sistema constitucional respuestas que el mismo no puede proporcionar, al menos en la medida en que le son requeridas. Se generan así expectativas contradictorias y poco realistas, se exigen respuestas fuera del alcance las posibilidades de la justicia, hasta no hace mucho de responsabilidad de otros poderes e instituciones públicas y privadas (22).

La justicia se ve forzada a proveer explicaciones de fondo. A desarrollar una cultura constitucional capaz de administrar la crisis de valores y de visiones del mundo. Esto implica capacidad para erigirse en salvaguarda de derechos fundamentales, instancia proveedora de ciudadanía política y ciudadanía social, empleo, educación, salud, seguridad y sentido de la existencia social, en una sociedad fragmentada en la que las demandas sobrepasan con creces la capacidad de oferta y respuesta del sistema.

### VIII. Conclusión

Volvamos entonces al punto de partida de esta reflexión, que es la necesidad de contribuir desde la teoría y las prácticas de nuestra cultura y nuestro derecho constitucional a una respuesta al gran enigma argentino. Volvamos para ello a la formulación inicial de la cuestión:

“¿Por qué es tan difícil entender qué nos pasa a los argentinos? ¿Por qué saltamos de tiempos de redención otros de profunda caída? ¿Por qué son tan reiteradas las crisis económicas? ¿Por qué es tan difícil vivir con un régimen político estable? En fin ¿por qué la Argentina no puede ser un país normal?”

Resulta difícil aventurar una respuesta terminante y definitiva. Acaso tan solo proponer algunas perspectivas para el análisis, desde la perspectiva de la teoría constitucional. Una perspectiva poco consultada y poco transitada pero que a mi juicio puede contribuir de un modo decisivo a una mejor comprensión y explicación del mal argentino.

(22) Para una reflexión en torno al caso argentino, cfr. Los ensayos de SAGUES, N.P.: El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial. Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005.

Mi respuesta básica es la de que las instituciones importan. Lo que diferencia casos exitosos de fracasos en el desarrollo es la calidad y la eficiencia en el esfuerzo de creación de instituciones capaces de incluir, integrar y garantizar condiciones de sustentabilidad en el largo plazo de los resultados alcanzados.

Esta es una tarea que está al alcance de la decisión de corto plazo. Se puede decidir la puesta en marcha de instituciones capaces de garantizar la eficiencia económica y la eficiencia institucional. Cualquiera de los dos aspectos que no quede debidamente garantizado debilita los avances, cualquiera el grado de éxito parcial en el esfuerzo. Las mayores frustraciones experimentadas por la sociedad en la ya larga transición a la democracia son las que resultan de la brecha que se produce entre la calidad de muchos intentos de avance político, económico o social y la falta de calidad de las respuestas institucionales orientadas a consolidarlas y garantizarlas más allá de la voluntad episódica de sus protagonistas.

En este sentido, las prioridades de una tarea de este tipo son claras. Ante todo debe apuntarse a crear en la sociedad civil una conciencia de las necesidades que experimenta el sistema institucional, a la hora de reconstruir sus bases de legitimidad y confianza social. Se trata pues de producir una mejora sustancial en el nivel de conocimiento que se tiene de la Constitución, tanto en sus aspectos formales como materiales.

La política no puede imponer sacrificios presentes en nombre de beneficios futuros. Para ello es menester contar con consensos que desbordan ampliamente el ámbito de la política.

Otra de las claves de la tarea a emprender es una comprensión cabal del papel del poder dentro de la dinámica social y política de una sociedad democrática. Existen hoy áreas de política pública casi por definición ajenas a la competencia de la legislación y también de la jurisdicción. Impera, sin embargo, un clima de indignación, exigencias superlativas, protesta y protagonismo social.

El fracaso de otras instituciones con funciones más específicas lleva a sectores cada vez más importante de la sociedad a volver sus ojos hacia la eficiencia de las instituciones políticas.

La seguridad ciudadana, el empleo, la seguridad jurídica, la corrupción, la crisis institucional, la crisis de los contratos, la reestructuración de la posición internacional del país, la reconstrucción del crédito público, la reactivación de la economía o incluso aspectos meramente instrumentales

como puede ser el sistema general de estadísticas tienen en el Parlamento un punto de partida y un punto final, un instrumento y un procedimiento, un sujeto activo y un sujeto pasivo, un problema y sus soluciones.

La noción de "Buen Gobierno" opera en este campo como una primera premisa fundamental para la reflexión en torno a las posibilidades de un consenso social en torno a los contenidos y objetivos de la acción a desarrollar. La consolidación de las reformas económicas y la inserción del país en un contexto global de altos niveles de exigencia y competitividad requieren la vigencia de principios de buena política, tan universales como las reglas de la buena economía. Implican participación y sustentabilidad del desarrollo humano, aceptabilidad y legitimidad, transparencia, equidad e igualdad de oportunidades.

Se trata de principios centrales del Estado de Derecho, tales como división de poderes, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, respeto a las minorías políticas y sociales, lucha efectiva contra la corrupción pública y privada y, sobre todo, confianza social, entendida como base para el pluralismo y la tolerancia democrática. (23)

Toda sociedad requiere de sus instituciones un enfoque estratégico. Una Constitución es ante todo el plan estratégico de una sociedad. Cuando un gobierno —o una institución— logra proyectar hacia la sociedad la idea de que sus movimientos se orientan en función de una misión, una visión, un cuerpo de objetivos y metas, un cálculo responsable de recursos y mecanismos objetivos de evaluación de sus resultados, suele acompañar su esfuerzo, aun cuando los resultados y beneficios concretos tardan en ser evidentes para la mayoría de los ciudadanos.

A la inversa, si esa institución no logra proyectar hacia la sociedad el sentido estratégico que la inspira, los mejores resultados se pierden ante el escepticismo de una sociedad cautelosa y reactiva.

Este es el cometido central de una Cultura Constitucional, que hoy más que nunca debe asumirse como una cultura plural, capaz de acoger la diversidad y las diferencias. El punto central es la capacidad de una cultura

(23) Para un desarrollo más amplio de la noción de "Buen Gobierno" y su adaptación a los países en vías de desarrollo, cfr. *Reconceptualising Governance*. UNDP Management Development and Governance Division: Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance. The World Bank Experience*. Washington DC: World Bank, 1994. Asimismo, GRINDLE, M. (Ed.): *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*. Cambridge: Harvard Institute for International Development, 1997.

constitucional para proveer ese lubricante de la vida social que es la confianza. La sociedad contemporánea es una sociedad basada en la desconfianza (24). Una sociedad en la que la democracia real sufre una ruptura en sus bases de legitimidad y confianza. La confianza es un factor invisible, intangible, de muy difícil acceso para las herramientas tradicionales de las ciencias sociales.

Señala Rosanvallon que la confianza cumple por lo menos tres funciones básicas que demuestran su importancia.

En primer lugar podría decirse que la confianza produce una ampliación en la calidad de la legitimidad. Completa y enriquece la naturaleza procedimental de los métodos democráticos con una dimensión moral. Dicho de otra forma, otorga a los procedimientos electorales una dimensión ética, de contenidos sustanciales, tanto por los valores y principios que evoca como fundamento de los procedimientos como por la referencia al bien común.

La confianza agrega, en segundo lugar, una dimensión temporal de esa legitimidad ampliada. Le confiere una dimensión de continuidad hacia atrás, a través de la transmisión de las tradiciones, prácticas y costumbres institucionalizadas y hacia adelante, subrayando la previsibilidad, la idea de que los procesos tienden a consolidarse y a cristalizar en prácticas establecidas.

La confianza opera, en tercer lugar, como un economizador institucional. Permite a la sociedad el ahorro de todo un conjunto de mecanismos de verificación y prueba. Da por supuestos los factores que componen la promesa de la democracia. Minimiza la desconfianza y el miedo. Permite desarrollar percepciones y sentimientos de cooperación ante la desconfianza y el temor que suscitan los propios avances del sistema.

Desde sus orígenes, la versión institucional de la democracia se ve afectada por una tensión esencial entre sus promesas y propuestas de igualdad y libertad y los mecanismos imaginados para conjurar los riesgos que el propio sistema de poder proyecta. La versión liberal de esta tensión se expresa claramente en el ejemplo de la democracia republicana estadounidense.

Junto a esta estrategia liberal de la desconfianza, cabe señalar una serie de estrategias democráticas, basadas en una institucionalización de la resistencia.

En primer lugar a través de la multiplicación de los poderes intermedios y sus estrategias de control. En segundo lugar través de la legitimización

(24) ROSANVALLON, P.: *La Contrademocracia*, ...cit. pág. 23.

de la cultura de la protesta, la obstrucción sistemática y la resistencia. En tercer lugar, la judicialización de la crítica y la protesta social. Estas tres formas de expresión proporcionan facetas diversas de un mismo fenómeno, la contra democracia, entendida como una cultura política que cohabita con la democracia. La contrademocracia —explica Rosanvallon— (25), conforma un sistema con las instituciones democráticas oficiales. Las supone y complementa. Apunta a fortalecer y expandir sus efectos. Configura un contrafuerte de la institucionalidad formal.

La reconstrucción de la confianza pasa, pues, por una tarea estratégicamente orientada. Supone una visión compartida y una idea acabada de la misión a desarrollar. Supone también políticas, objetivos, metas, reglas y procedimientos, criterios y estándares actualizados a la altura de los nuevos tiempos. Tiempos propios de una sociedad basada en el riesgo y la incertidumbre, en la pérdida de todo optimismo hacia el futuro. La sociedad del riesgo es, ante todo, estructuralmente, una sociedad regida por un sentimiento de incertidumbre y desconfianza frente al porvenir.

En este sentido, el papel de la cultura constitucional es clave. Es la única posibilidad de hacer de un texto constitucional una realidad efectiva y práctica. Pensar la Cultura Constitucional y convertirla en el centro de atención de nuestras disciplinas es un imperativo insoslayable y de máxima importancia.

Solo desde una renovación de los valores y principios propios de la cultura constitucional puede aspirarse a volver a pensar la interacción social sobre bases nuevas, como vía para una reconstrucción de las nuevas formas de legitimidad, en el contexto de un nuevo clima social y cultural, irreversiblemente diferente al del contexto de descubrimiento del constitucionalismo clásico. En este sentido, la cultura constitucional vuelve a ser, como en los grandes momentos del Constitucionalismo occidental, un clima social y cultural: el del debate y la búsqueda de nuevas formas de legitimación de los cambios en las modalidades de la interacción social propia de las sociedades democráticas. ♦

(25) ROSANVALLON, P.: La contrademocracia..., cit., pág. 27.

## EL PROGRAMA CONSTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO FEDERAL

POR PABLO MARÍA GARAT

Sumario: I. Advertencia preliminar. — II. Un programa constitucional. — III. El concepto de desarrollo humano. — IV. El desarrollo humano como desarrollo federal en la Constitución Nacional. — V. El programa constitucional para el desarrollo federal. — VI. El programa constitucional para el desarrollo federal. Análisis prospectivo. — VII. Conclusión.

### I. Advertencia preliminar

Aunque desde una consideración literal del título pareciera inevitable el abordaje previo de cuestiones como la relación entre Política y Economía o Derecho y Economía —para unos— Estado y mercado para otros o, llanamente, la existencia y contenido de un derecho constitucional económico. Todavía, más específicamente, las polémicas entre nosotros desde Alberdi y su crítica a Fraguero hasta la aparición de las escuelas del análisis económico del derecho o "law and economics", su pretensión de aplicación local y las críticas que se han efectuado al respecto, para no continuar con una larga lista de supuestos previos. Sin embargo y asumiendo los riesgos de fundamentación insuficiente, no nos dedicaremos a ello.

Tampoco se pretende efectuar una reseña del texto constitucional y sus normas concordadas en materia económica y social, lo que ha sido efectuado por diversos autores con anterioridad. Solo propondremos una lectura, a modo de síntesis, para enmarcar el objeto propio de esta breve presentación.

No se trata de recordar lo que ya es conocido sino de llamar la atención sobre un tipo de análisis que, sin ser original, quiere subrayar la cuestión del carácter federal que el desarrollo de la Nación debería considerar, si se trata de promover este de acuerdo a lo que entendemos se ha planteado como un verdadero programa constitucional que, sin abandonar sus notas

originarias, se ha enriquecido con las reformas de 1957 y 1994 para orientar el desarrollo federal como un desarrollo humano con justicia social y equidad territorial.

Para proceder ordenadamente fundaremos la noción de programa constitucional que utilizamos, haremos referencia luego al concepto de desarrollo humano del que partimos, trataremos de enunciar cómo este es receptado de diverso modo en el texto constitucional y cuáles son los elementos caracterizantes de su diseño programático para, finalmente, anotar prospectivamente las vías que el que denominamos "programa constitucional argentino para el desarrollo federal" plantea como ineludibles si de "promover el bienestar general" —que propone como objetivo el Preámbulo— se trata.

## II. Un programa constitucional

Se ha utilizado entre los autores y los precedentes jurisprudenciales el concepto de "programa constitucional" tanto en general como —para lo que aquí interesa— en relación con la existencia o no del mismo como tal en materia económica.

Se ha aceptado pero también dudado acerca de la existencia de tal "programa económico" de la Constitución, tanto en su texto original como a partir de las reformas de 1957 y 1994.

No se niega la existencia de claros objetivos en la materia del constituyente originario y los reformadores posteriores, así como la de expresos principios constitucionales en el orden económico que se promueve.

Mucho menos el reconocimiento y tutela constitucional de expresos derechos económicos y sociales así como la razonabilidad para la reglamentación de su ejercicio que las leyes efectúen.

Sin embargo, aparecen a veces dudas en torno a si hay en la Constitución un verdadero "programa económico" como plan o proyecto acabado que se presenta ordenadamente para promover lo que el Preámbulo claramente identifica como el objetivo de "promover el bienestar general".

Por nuestra parte no tenemos dudas de que ello se puede verificar tanto en el modelo originario, de impronta iluminista, individualista y liberal, como en sus ajustes posteriores de evidente contenido social.

Sobre este punto —que merecería un análisis y una exposición en sí mismo— no abundaremos más aquí. Solo señalamos que partimos del supuesto

de que a partir de la reforma de 1994 ha quedado claramente expuesto un verdadero "programa constitucional" en materia económica y social, en tanto que plan o proyecto constitucional a realizar para lo que preferimos denominar "desarrollo federal". Queremos observar también que el término "desarrollo" aparece de manera reiterada y elocuente en la reforma del 94 complementando y precisando los de "bienestar" y "progreso" del modelo original y que, obviamente el de "federal" no solo es consecuencia del artículo 1 de la norma fundamental sino de su ratificación también reiterada y expresa en dicha reforma en relación con la organización económica de la Nación.

## III. El concepto de desarrollo humano

Encontramos una importante referencia acerca del concepto de "desarrollo humano", que aparece ahora en los artículos 75, inc. 19 y 125 de la Constitución Nacional cuando revisamos el Informe Anual del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) de 1995, que en la página 139 y siguientes expresa:

*"Hay un acuerdo bastante amplio respecto de algunos aspectos del concepto de desarrollo humano: El desarrollo debe colocar al ser humano en el centro de sus preocupaciones. El propósito del desarrollo es ampliar todas las opciones humanas y no sólo el ingreso, de modo que el concepto de desarrollo humano se centre en toda la sociedad y no meramente en la economía. El desarrollo humano atañe a la vez a ampliar la capacidad humana (mediante inversiones en las personas) y asegurar el aprovechamiento cabal de esa capacidad (mediante un marco propicio). El desarrollo humano se basa en cuatro aspectos esenciales: productividad, equidad, sostenibilidad y potenciación. Considera que el crecimiento económico es imprescindible, pero destaca la necesidad de prestar atención a su calidad y distribución y analiza detalladamente su vínculo con las vidas humanas; además, trata de opciones que sean sostenibles de una generación a la siguiente.*

*En el enfoque de desarrollo humano se definen los propósitos del desarrollo y se analizan las opciones para lograr tales propósitos. Pese a esos amplios acuerdos, subsisten varias controversias, a menudo basadas en una comprensión errónea del propio concepto, principalmente en dos aspectos: si el desarrollo humano se opone al crecimiento económico y si atañe únicamente al desarrollo del sector social. Dado que tales percepciones erróneas del desarrollo humano son muy comunes, merecen que se las examine en detalle. ¿Contra el crecimiento? Una de las controversias más generalizadas es la relativa al vínculo entre crecimiento económico y*

*desarrollo humano. Algunos críticos afirman que el concepto de desarrollo humano es contrario al crecimiento. Esto contradice claramente lo indicado en cada uno de los Informes sobre Desarrollo Humano. Por ejemplo, en el Informe de 1991: "Es erróneo sugerir que el crecimiento económico no es necesario para el desarrollo humano. Sin crecimiento económico no hay posibilidad de mejorar sostenidamente el bienestar humano. Pero es aún más erróneo sugerir que las altas tasas de crecimiento económico se han de traducir automáticamente en más altos niveles de desarrollo humano; eso podrá o no suceder... Todo depende de las opciones de política que efectúen los países"*

*En el concepto de desarrollo humano se afirma sostenidamente que el crecimiento económico no constituye el fin del desarrollo pero que, a menudo, sin crecimiento no hay desarrollo. ...El vínculo entre crecimiento económico y desarrollo humano fue analizado detalladamente en el capítulo 3 del primer Informe de Desarrollo Humano, en 1990.*

*La principal conclusión en materia de política fue que "para que el crecimiento económico enriquezca el desarrollo humano, se requiere un manejo efectivo de las políticas; y recíprocamente, para que el desarrollo humano perdure, tiene que estar continuamente nutrido por el crecimiento económico. El énfasis exagerado, ya sea en el crecimiento económico o en el desarrollo humano, redundará en desequilibrios de desarrollo que terminarán por obstaculizar el progreso futuro"*

*Puede crearse un vínculo conveniente entre el crecimiento económico y el desarrollo humano, de cuatro maneras: En primer lugar, al hacer hincapié en las inversiones en educación, salud y conocimientos de las personas, puede facultárselas para que participen en el crecimiento económico y compartan sus beneficios, principalmente mediante el empleo remunerado. Es éste el modelo de crecimiento adoptado por China, Hong Kong, el Japón, Malasia, la República de Corea, Singapur, Tailandia y muchos otros países de reciente industrialización; y es el tipo de estrategia de inversiones en el ser humano actualmente en auge en muchos países, tanto industrializados como en desarrollo. En segundo lugar, una distribución más equitativa del ingreso y los bienes tiene importancia crítica para establecer un estrecho vínculo entre el crecimiento económico y el desarrollo humano. Dondequiera que la distribución del ingreso y los bienes es muy desigual —como ocurre en el Brasil, Nigeria y el Pakistán— las altas tasas de crecimiento del PNB no se reflejan en las vidas de las personas. En tercer lugar, algunos países han mejorado sustancialmente el nivel de desarrollo humano, incluso en ausencia de crecimiento económico o de una buena distribución del ingreso. Lo han logrado merced a que sus gobiernos han efectuado gastos*

*sociales bien estructurados. Cuba, Jamaica, Sri Lanka y Zimbabwe, entre otros países, lograron resultados bastante notables mediante el generoso ofrecimiento de servicios sociales por el Estado. Lo propio hicieron muchos países de Europa oriental y de la Comunidad de Estados Independientes. Pero esos experimentos por lo general no son sostenibles, a menos que la base económica se amplíe lo suficiente como para sostener la base social. En cuarto lugar, la potenciación del ser humano—en particular de la mujer—es una forma segura de vincular el crecimiento económico con el desarrollo humano. Cuando las personas disponen de opciones en las esferas política, social y económica, hay algunas perspectivas de que el crecimiento sea fuerte, democrático y durable y se realice con participación comunitaria.*

*¿Desarrollo del sector social solamente? Otro concepto erróneo—estrechamente vinculado al presunto prejuicio contra el crecimiento de los modelos de desarrollo humano—sugiere que las estrategias de desarrollo humano tienen un contenido exclusivamente social y están desprovistas de sólidos análisis económicos. Este concepto erróneo ha quedado reforzado por el hecho de que en el Informe sobre Desarrollo Humano se hace hincapié en la importancia de aumentar las inversiones en el sector social a fin de crear capacidad humana. Por consiguiente, se ha ido creando la impresión de que las estrategias de desarrollo humano sólo atañen a los gastos en desarrollo social, en particular en educación y salud. Algunos analistas avanzan más por esta vía de interpretación errónea y confunden el paradigma de desarrollo humano con el desarrollo únicamente de recursos humanos, es decir, el gasto en desarrollo social para fortalecer la capacidad humana. Otros insisten en que las estrategias de desarrollo humano sólo atañen a cuestiones de bienestar humano —o incluso más estrechamente, sólo a las necesidades humanas básicas— y que es poco lo que tienen que decir acerca del crecimiento económico, la producción y el consumo, el ahorro y la inversión, el intercambio comercial y la tecnología o cualesquiera otros aspectos del marco macroeconómico.*

*En esos análisis se hace poca justicia al concepto básico de desarrollo humano como paradigma integral de desarrollo que abarca a la vez los fines y los medios, la productividad y la equidad, el desarrollo económico y social, y los bienes materiales y el bienestar humano.*

*El verdadero punto de partida de las estrategias de desarrollo humano es encarar cada elemento de los modelos tradicionales de crecimiento económico desde el punto de vista del ser humano. ¿Participan las personas en el crecimiento económico, a la vez que se benefician de él? ¿Tiene la gente pleno acceso a las oportunidades de un mayor intercambio comercial? ¿Resultan las opciones del ser humano ampliadas o menoscabadas por las*

nuevas tecnologías? ¿Conduce la expansión económica a un crecimiento impulsado por el empleo o a un crecimiento sin empleo? ¿Se equilibran los presupuestos sin desequilibrar las vidas de las futuras generaciones? ¿Están los mercados "libres" abiertos a todos? ¿Se amplían sólo las opciones de las generaciones actuales, o también las de las generaciones futuras? No se deja de lado ninguna de las cuestiones económicas, pero todas se vinculan con el objetivo, en última instancia, del desarrollo: **con el ser humano.**

Y se considera a las personas no sólo en su carácter de beneficiarios del crecimiento económico sino también como los verdaderos agentes de cualquier cambio en la sociedad, sea éste económico, político, social o cultural. Al establecer la supremacía del ser humano en el proceso de desarrollo —como siempre lo hicieron los escritores clásicos— no se está denigrando el crecimiento económico, sino que se está redescubriendo su verdadero propósito. Esas controversias apuntan hacia una clara conclusión. Es necesario integrar más cabalmente el crecimiento económico en el concepto y la estrategia del desarrollo humano, tema que será considerado por el Informe sobre Desarrollo Humano 1996."

Y en el Informe PNUD 1996 se expresa:

*"El camino hacia adelante: futuras prioridades*

*En el primer Informe sobre Desarrollo Humano se elaboró el concepto de desarrollo humano y su medición; y también se analizó la relación entre crecimiento económico y desarrollo humano y se demostró que: El crecimiento económico es necesario pero no suficiente para el desarrollo humano. Es menester contar con políticas acertadas y ámbitos económicos correctos a fin de que los beneficios del crecimiento se traduzcan en las vidas de las personas.*

*A menudo, el principal obstáculo para encarar simultáneamente el crecimiento económico y el desarrollo humano es la falta de compromiso y voluntad política, y no de recursos.*

*Las estrategias de desarrollo sostenible deberían responder a las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades.*

*...En el umbral del siglo XXI, todas los países enfrentan el reto de integrar adecuadamente el crecimiento económico con el desarrollo humano."*

#### IV. El desarrollo humano como desarrollo federal en la Constitución Nacional

Por lo que hemos visto, el desarrollo humano —bajo cualquier forma de Estado— debería tener siempre como objetivos su evolución y crecimiento de modo que asegure sus beneficios para todas las familias y grupos sociales, así como también concretarse en un marco de equilibrio y equidad territorial.

Bajo un régimen político o forma de estado federal estos objetivos plantean el desafío adicional de proponerse alcanzar la justicia social con equidad regional y pleno respeto de la unidad en la diversidad en el marco del reconocimiento de las autonomías locales, por la vigencia del principio de subsidiariedad.

En materia económica social y fiscal nuestra Constitución establece el federalismo también para asegurar los derechos económicos y sociales que garantiza en el Preámbulo y los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 25 a 28, 41, 42 y 33, con el marco de los artículos 1; 4; 75 incisos 1, 2, 3, 6, 8, 9 a 11, 13, 17, 18, 19, 22 y 24; 99, incisos 8 a 10; 100, inciso 1; 103; 121 a 125; 128 y 129.

Pero un orden constitucional de plena inclusión socioeconómica requiere reconocer —al menos y en nuestra opinión— cuatro objetivos estratégicos permanentes: *el arraigo de las familias en el municipio; la nutrición y educación primaria universales efectivas; el fortalecimiento de las economías regionales por la mayor integración de las cadenas de valor; la distribución equilibrada y solidaria de la renta tributaria federal.* Todo esto nos recuerda que gobernar sigue siendo poblar, pero al mismo tiempo, promover la creación de trabajo genuino.

En la actualidad discutir las transformaciones del Estado Federal —a cualquier nivel—, supone responder a *cuatro preguntas* claves que implican una concepción del mismo: *¿Qué actividades debe realizar cada nivel de gobierno? ¿Quién decidirá respecto de ellas y en orden a su ejecución? ¿Dónde se las va a desarrollar? ¿Qué recursos fiscales se necesita para atenderlas?*

A ello se debe agregar que en la Argentina, por existir tres niveles de gobierno y un cuarto, la *región*, que si bien no constituye un nuevo nivel gobierno representa un ámbito institucionalizado de relación interjurisdiccional, la coordinación entre ellos resulta esencial para que pueda aspirarse a un razonable nivel de éxito en las transformaciones propuestas; particularmente dado el alto grado de interrelación y concurrencia entre las competencias de los distintos niveles lo que nos lleva, asimismo, al tema de la *descentralización* y la *integración* de las acciones de gobierno.

Por otra parte, antes de poder acordar un nuevo sistema de distribución de recursos coparticipables o ley convenio de coparticipación, y por ende, qué poder de imposición ejercerá cada nivel de gobierno, debe resolverse cómo se financia el sistema previsional nacional. De lo contrario no abandonaremos el “laberinto de la coparticipación” y nos seguiremos deslizando hacia un sistema de transferencias condicionadas hacia las Provincias —ajeno a nuestro sistema fiscal federal— ni resolveremos el incremento de la presión impositiva que compromete aún más el desarrollo.

Por último, y sin pretender agotar una agenda básica, el escenario del desempleo y la desocupación reales exige otro protagonismo de los gobiernos locales. Estamos hablando de que la descentralización deje de entenderse como un “arrojarle problemas al de abajo” para ser entendida, promovida y concretada como una aplicación concreta del principio de subsidiariedad, lo que implica siempre el fortalecimiento de las Provincias y los municipios como requisito indispensable para ejercer plena y eficazmente las responsabilidades que en nuestro sistema federal les corresponden.

En otro sentido, y desde una perspectiva completa del desarrollo humano como desarrollo federal, considerando la preservación de la soberanía política y la integridad territorial como objetivos primeros de toda política nacional, no parece exagerado afirmar que la guerra y la paz en el siglo XXI estarán signadas especialmente por el control y aprovechamiento de los recursos naturales y el territorio en que se encuentran. Esto se presenta como una ineludible cuestión de Estado.

En el siglo XX, desde la década de los años sesenta, las guerras fueron por el petróleo; hoy esto ya es innegable. Muy probablemente en el siglo XXI lo sean por las fuentes energéticas alternativas, el agua y los alimentos, lo que equivale a decir por el territorio. Y esto sin hablar de la ocupación del mismo por la “economía negra” del narcotráfico a expensas no solamente de la corrupción en el Estado sino de la ausencia de población arraigada con hogar, escuela y trabajo.

En este marco estamos convencidos de que el desarrollo federal es el itinerario natural y seguro para asegurar la justicia y la paz social, la equidad regional y la integridad territorial de la Nación y por esto cabe preguntarnos: ¿Hay un programa constitucional para el desarrollo federal?

## V. El programa constitucional para el desarrollo federal

El texto constitucional hasta 1994 hablaba de “bienestar general” (Preámbulo); “bienestar” (ex 67, inciso 16); “bien general” (ex 67, inciso 2); “pros-

peridad” (ex 67, inc. 16); “progreso” (ex 67, inc. 16 y ex 86, inc 12); “intereses económicos” y “trabajos de utilidad común” (ex 107).

El texto de 1994 incorpora en los artículos 75, inciso 19 y 125 segundo párrafo —con indudable conexidad programática entre sí— los términos “desarrollo”, “desarrollo humano”, “crecimiento”, “crecimiento armónico de la Nación”; “generación de empleo”, “progreso económico con justicia social” y “productividad de la economía nacional”.

Y ello, también en nuestra opinión, con una indudable “bisagra” también programática en el artículo 14 bis incorporado por la reforma de 1957.

Esta estructura programática, insistimos, la consideramos desde el texto constitucional originario, su ampliación con los derechos sociales en 1957 y el iter de la recuperación programática federal —que expusieramos en un trabajo anterior (1)— desde 1983 a 1994.

Alberto Dalla Via enseña especialmente en relación con la reforma de 1994 en la materia que “Los dos principios incorporados que tienen más importancia en materia económica son el derecho al medio ambiente (art. 41) y la integración económica latinoamericana (art. 75, inc. 24), por su inevitable repercusión, tanto en los derechos económicos como en los principios orientadores de la política económica.

Pero el “núcleo” ideológico de la reforma está en el inc. 19, del art. 75, ubicado a continuación de la “cláusula del progreso” (ex art. 67, inc. 16). La nueva norma se ha dado en llamar “cláusula del nuevo progreso” o “cláusula del progreso económico y social” donde se establecen como valores fundamentales a “Proveer por la legislación: ... 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 al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento...” (párrafo primero).

El término “desarrollo humano” aparece repetido en otros artículos y debe vincularse como la interpretación dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en tanto se toma al denominado índice de desarrollo humano (IDH) para medir el grado de avance de los países, con parámetros que no sólo contemplan el crecimiento económico, sino también los niveles de educación, de ocupación, de vivienda, de cultura, etc. En ese mismo sentido, el término

(1) Desfiguración y recuperación de nuestro régimen federal constitucional. Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013. Instituto de Derecho Constitucional. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

*"progreso económico" se diferencia del mero crecimiento económico en tanto aquél marca simplemente diferencias en el producto bruto, en tanto el "progreso" denota una idea de avance en una dirección ética predeterminada.*

*El segundo párrafo plantea el objetivo del equilibrio territorial en los siguientes términos "...Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas el Senado será Cámara de origen..."*

Así, el nuevo texto constitucional, en la perspectiva propuesta del desarrollo federal y considerando todos los términos enunciados, se integra desde el Preámbulo hasta el final del siguiente modo como eje de un verdadero programa para el desarrollo federal:

1. Tenemos en primer lugar el Preámbulo que enuncia expresamente como objeto los *"promover el bienestar general, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..."*

2. Luego la decisión constitucional de organizarnos bajo el régimen federal conforme a los artículos 1° y 121 con más lo dispuesto para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el artículo 129 y cc y los municipios en los artículos 5 y 123.

3. En tercer lugar, la distribución de la renta fiscal federal en los artículos 4°, 9° y ccs. y los ahora 75, incisos 1, 2, 3 y 124.

4. En cuarto lugar el establecimiento de la regla de la garantía federal del artículo 5° con los requisitos allí enunciados.

5. El enunciados de los derechos económicos y sociales en los artículos 14, 14, bis, 16, 17, 25 a 28, 33, 41, 42, y 75 inciso 22 y 24 y ello en relación con el 75, inciso 19 y 125 especialmente.

6. La delegación de competencias o poderes al Gobierno Federal prevista en el artículo 121, en materia económica y social al establecer las atribuciones del Congreso, El Poder Ejecutivo y el Jefe de Gabinete en los artículos 75, incisos 1 a 14, 17 a 19, 22, 24, 30 y 32; 99, incisos 9 y 10; 100, inciso 1 y 103.

7. La reserva de las competencias o poderes de las Provincias bajo la regla del artículo 121 y sus concordantes 122 a 125 y las atribuidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el 129 y la Disposición Transitoria Séptima.

8. Las previsiones de los artículos 126, 127 y 128 de limitación al ejercicio de Las competencias o poderes reservados por las Provincias. La cuestión de la integración regional supranacional y artículo 75, inciso 24 especialmente en relación con su impacto en las Provincias y municipios.

#### **VI. El programa constitucional para el desarrollo federal. Análisis prospectivo**

Partiendo entonces del supuesto según el cual el programa constitucional de 1853/60, fundado en la protección de los derechos individuales y la más amplia libertad económica para el progreso y bienestar de la población en su conjunto, fue ampliado con la incorporación de los derechos sociales en 1957 y los nuevos derechos y garantías ordenado todo a alcanzar el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y equidad territorial en 1994, la cuestión que pretendo plantear es la siguiente:

*¿Este programa constitucional se propone dentro del régimen federal o se ha admitido un marco de competencias aún más amplio del Gobierno Federal para alcanzarlo?*

La respuesta resulta determinante para indagar acerca de la mutación —y sus consecuencias— que la doctrina de la emergencia y el ejercicio del poder de policía en el sentido más amplio en materia económica, ha provocado tanto en las relaciones "ad intra" del Gobierno Federal como de este con las Provincias y aún estas con sus municipios, sin dejar de lado la cuestión de la CABA como nuevo sujeto formal de la relación federal.

Sin ir más atrás, a pesar del claro itinerario desde la actuación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, pasando por el Acuerdo Federal de Luján hasta la reforma constitucional de 1994, en el orden de la realidad el programa constitucional para el desarrollo federal ni siquiera ha tenido un esbozo de concreción y, antes bien, se ha incrementado la pobreza, la indigencia, la inequidad regional, la concentración de la población en áreas metropolitanas sin resguardo de los efectos derivados de las migraciones internas y, para no abundar más, el evidente proceso de desfederalización tanto institucional como económica y social.

*Esto, ¿resulta de la inviabilidad del programa constitucional para el desarrollo federal, de su falta de adecuación a la realidad de nuestra Argentina, o tendrá su origen en otras causas?*

En mi opinión, y como anticipara en trabajos anteriores arriba citados (2), el programa constitucional para el desarrollo federal argentino supone, justamente, *su condición de "federal"*.

De allí que deberíamos indagar en torno a las exigencias que dicho programa tiene en materia institucional, dentro del régimen federal, para permitir el logro de los objetivos económicos y sociales que resultan implícitos en el concepto de desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y equidad territorial.

Para ello enunciaremos —siguiendo los mismos trabajos anteriores que aquí ampliamos— los institutos o elementos que, a nuestro parecer, el programa integral de la Constitución contiene prospectivamente como vía para alcanzar dichos logros dentro de la dinámica constitucional.

1. La autonomía municipal, especialmente en su aspecto económico y financiero en relación con el concepto de desarrollo local.

2. La creación de regiones y microrregiones como consecuencia de la relación federal tanto en sentido vertical como horizontal para el desarrollo regional. La cuestión regional supranacional y su impacto en provincias y municipios.

3. La distribución de la renta fiscal federal de conformidad a los parámetros y objetivos establecidos en el artículo 75, 2 y la readecuación de la misma al modelo originario del artículo 4° en relación con la formación del Tesoro Nacional.

4. La apropiación por parte de las Provincias de la renta de los recursos naturales existentes en su territorio —dentro de un marco solidario acordado con sus municipios— y entre ellas así como con el Gobierno Federal para la aplicación de la misma al desarrollo de las economías regionales.

5. Por su directa relación con el concepto de desarrollo humano sustentable, la necesidad de interpretar restrictivamente los poderes del Gobierno Federal derivados del artículo 41 de la CN promoviendo la adecuada relación de coordinación entre aquel y las Provincias, sus municipios y la CABA.

6. El respeto a nivel federal de los principios constitucionales que en materia de presupuesto público y organización y funcionamiento del Banco

(2) Ídem y "Federalismo fiscal y sistema fiscal federal en la organización constitucional argentina". Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009. Instituto de Derecho Constitucional. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Federal establecen los incisos 6 y 8 concordantemente con el 2, todos del art. 75 de la CN.

7. La actuación del Senado como cámara de origen para los casos previstos expresamente en los incisos 2 y 19 del artículo 75 de la CN e implícitamente en el inciso 8 del mismo artículo.

8. La resolución de la cuestión de la autonomía de la CABA en el contexto de la Región Metropolitana, su condición de Capital Federal y la incidencia de ello en el desarrollo federal con equidad.

9. La delimitación en base al principio de subsidiariedad de las competencias del Gobierno Federal en materia de leyes de promoción económica que puedan afectar el equilibrio de provincias y regiones, de redistribución del ingreso nacional y de decisor exclusivo en materia de políticas de asistencia social. Aquí debería resolverse si en el marco federal las cláusulas del progreso de los artículos 75, inciso 18 y 19 y la del 125 segundo párrafo son susceptibles de entenderse primero desde la perspectiva de tal principio de subsidiariedad y el artículo 121 o desde el de la supremacía del orden jurídico federal.

10. El ajuste de la relación Provincia-Municipios a estos mismos principios que en general han sido receptados por todo el derecho público provincial con excepción de las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza que no han actualizado sus constituciones a la reforma de 1994. No alcanza para ello, como se suele afirmar, con proponer que dicho ajuste se produzca en la legislación provincial infraconstitucional para estas tres.

Volviendo al planteo inicial y frente a los desafíos que seguramente deberá afrontar el país en los próximos años en materia económica y social, la cuestión sigue siendo: *¿ha quedado de hecho en cabeza casi exclusiva del Gobierno Federal, y solo por delegación de este en las Provincias, municipios y la CABA, la realización del programa constitucional para el desarrollo federal o debería promoverse para ello —conforme a la Constitución Nacional— el mayor protagonismo local y regional, coordinadamente con aquel dentro del marco del principio de subsidiariedad?*

Dicho de otro modo: *¿vamos hacia la consolidación de un régimen de desarrollo supuestamente "federal" con las decisiones y los recursos centralizados en el Gobierno Federal y descentralización en la ejecución de las mismas con transferencia de recursos a las Provincias, la CABA y los municipios, todo en base a legislación infraconstitucional y acuerdos interjurisdiccionales?*

Para responder a estos interrogantes —que implican sin duda el desafío de la recuperación de nuestro régimen federal constitucional y su programa de desarrollo ya descrito— debemos volver a reflexiones que también hemos vertido anteriormente y reiterar que la consideración del *federalismo como aplicación práctica del principio de subsidiariedad podría incluir al menos:*

1. Una determinada interpretación del concepto de descentralización, conforme a la cual esta no puede implicar entre nosotros el “delegar” poderes reservados por las Provincias y concentrados en el Gobierno Federal indebidamente, sino en el reconocimiento y devolución de los mismos a aquellas en plenitud.

2. La aceptación del concepto de “autonomía municipal” con toda la amplitud del artículo 123 de la Constitución Nacional, como base de todo proceso de descentralización federal por la devolución de las competencias reservadas por las Provincias o ejercicio de las concurrentes por el principio de subsidiariedad.

1. Una especial valorización de la *cooperación horizontal* dentro del Estado Federal entre los entes territoriales locales.

2. La cuarta consecuencia práctica, derivada de la anterior, se refiere a la cuestión de la *regionalización* hacia adentro del Estado Federal, tanto en sentido vertical como horizontal, recordando que *es preferible la cooperación horizontal antes que recurrir a la integración (intervención) vertical*, tanto como ello sea posible.

3. La quinta, consecuencia de todo lo dicho, se refiere a la *distribución efectiva de las competencias* entre el Gobierno Federal y las Provincias y sus municipios y la CABA, aplicando efectivamente como regla constitucional el principio de subsidiariedad.

4. En sexto lugar, y derivado del mismo principio, deviene imprescindible organizar la *distribución del “poder de imposición”* de conformidad a aquella distribución de competencias, asegurando su ejercicio efectivo.

5. 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, especialmente el Senado de la Nación y aún la creación de un “Consejo de Estado Federal”, de naturaleza consultiva, integrado por los Gobernadores de las Provincias y el Jefe de Gobierno de la CABA.

## VII. Conclusión

Gobernar es poblar, expresaba Alberdi en su bases mirando especialmente la necesidad de la inmigración en su perspectiva de progreso.

En 1949 y 1957 gobernar expresaba sustancialmente crear trabajo y garantizar la seguridad social en el marco del desarrollo nacional.

En 1994, recogiendo toda la tradición constitucional y en el marco de amplio consenso político se propone desde la Constitución que gobernar es generar empleo de manera sustentable, con autonomía municipal y desarrollo local para el arraigo, que es poblar con trabajo y de modo equitativo, con igualdad de oportunidades y calidad de vida en provincias y regiones, todo el territorio nacional.

Y creemos que este sigue siendo el programa constitucional que se fue enriqueciendo históricamente desde las bases sociales y territoriales y que a modo de síntesis se puede enunciar así:

*“Promover el bienestar general, para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.*

*Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promoviendo políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.*

*Proveer así lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.*

*Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover también su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la*

*importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.*

*Asimismo, las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura.*

*Se garantizan para ello constitucionalmente los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita; el trabajo en sus diversas formas que gozará de la protección de las leyes las que aseguran las condiciones dignas y equitativas de labor, la jornada limitada, el descanso y vacaciones pagas, la retribución justa, el salario mínimo vital y móvil, igual remuneración por igual trabajo, la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección, la protección contra el despido arbitrario, la estabilidad del empleo público sin otra condición para su acceso más que la idoneidad, la organización social libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial, los convenios colectivos de trabajo, la conciliación y el arbitraje en los conflictos laborales, el derecho de huelga, el fuero gremial para el cumplimiento de la representación sindical.*

*Se garantiza asimismo los derechos de navegar y comerciar, de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, de asociarse con fines útiles, de enseñar y aprender y publicar sus ideas por la prensa sin censura previa no pudiendo el Congreso dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta; de petitionar a las autoridades y de usar y disponer de la propiedad que es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.*

*En este marco, el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

*Al mismo tiempo se garantiza que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.*

*Conforme a ello las autoridades proveerán a la protección de este derecho y consecuentemente proveerán a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales, correspondiendo al Gobierno Federal dictar las normas que contengan los presupuestos míni-*

*mos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.*

*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.*

*Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.*

*Para todo lo que hace a los fines anteriores, corresponde al Congreso proveer lo conducente al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria; sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.*

*Consecuentemente, dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.*

*Reconocer asimismo la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*

*Para todo lo anterior se asegura la distribución de la renta tributaria federal por una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias que instituirá regímenes de coparticipación de las contribuciones directas, excepcionales para el Gobierno Federal, e indirectas, concurren-*

tes entre el Gobierno Federal, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

*Esta distribución entre la Nación, las Provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.*

*El Gobierno Federal fijará anualmente, conforme a las mismas pautas, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobará o desechará la cuenta de inversión, previa intervención de la Auditoría General de la Nación.*

*Asimismo, se reconoce que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.*

*El programa constitucional para el desarrollo federal supone que cada provincia dicta su propia constitución asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.*

*Asimismo se reconoce que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional.*

*El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.*

*En este marco corresponde al Congreso aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

*En particular, y lo que hace al desarrollo humano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de*

*Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen jerarquía constitucional.*

*Corresponde también al Congreso, en el marco regional supranacional, aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*

*Y en una síntesis más prieta: el programa constitucional para el desarrollo federal de la Nación Argentina considera que gobernar es poblar, creando empleo, con arraigo de la población, crecimiento regional en equilibrio y equidad, igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional para el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social y ambientalmente sustentable para las futuras generaciones.*

*Pero los derechos económicos y sociales y los de tercera generación solo se pueden ejercer en el territorio en concreto. Por esto tiene sentido lo del Papa Francisco: tierra, techo y trabajo.*

*En el lenguaje constitucional esto es propiedad, vivienda digna, empleo y seguridad social.*

*Pero además, sin rentas no hay gobierno, como también se ha señalado. Si gobernar es todo lo anterior, lo recursos públicos deben distribuirse con equidad y solidaridad federal.*

*Hay una relación en este programa entre la generación de empleo, el desarrollo humano y el progreso con justicia social y proveer al crecimiento equitativo de provincias y regiones con igualdad de oportunidades y calidad de vida en todo el territorio nacional, 75, incisos 2, 18 y 19 para realizar el 14 bis en el proyecto constitucional.*

*Y para esto la protección integral de la familia (14 bis y 75,23) y el arraigo local por la autonomía municipal (123) en el marco regional (124) para el desarrollo federal son orientaciones programáticas muy claras que deben atenderse.*

*Y subrayamos 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. Este y no otro es el basamento de un auténtico desarrollo federal.*

Frente a este claro programa constitucional hemos identificado los principales obstáculos derivados de las mutaciones constitucionales:

a) La disfuncional adopción de la coparticipación federal y las asignaciones específicas y la concurrencia en el ejercicio del poder de imposición. La hipertrofia del Tesoro Nacional.

b) La concentración de recursos que lleva a la de poderes y el sistema de delegación discrecional inversa.

c) Los cambios en el Senado que han acentuado su falencia como representación de la diversidad en la unidad y moderador del ejercicio del poder presidencial.

Y para superar esto es necesario, como lo señaláramos asimismo en los trabajos previos, plantearse, al menos, dos objetivos inmediatos: sustituir el hipertrofiado Tesoro Nacional que somete al país federal por medio de transferencias y delegaciones discrecionales por un sistema fiscal federal con distribución de competencias y recursos en un marco de auténtica descentralización con responsabilidades desde la base municipal y, en segundo lugar, transformar al Senado en el órgano moderador que garantice dicho sistema y la unidad en la diversidad, ejerciendo institucionalmente su función de moderar al poder presidencial; esto podría concretarse mediante una reforma electoral adecuada que permita la elección de los senadores fuera de toda otra elección y la de su funcionamiento interno que permita la conformación de bloques regionales por intereses concretos, más allá de las afinidades partidarias.

Finalmente insistir también en que quizá resulte apropiado iniciar en esta etapa el debate en torno a la creación de un "*Consejo de Estado Federal*", como también lo ha propuesto el Prof. Dr. Antonio María Hernández, 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, que creemos podrá contribuir al debate institucional, más amplio y pendiente, que se proponga concretar el acuerdo para realizar el programa constitucional para el desarrollo federal o, como lo señalamos también, aceptar al *federalismo como el programa de Estado de la Constitución*. ♦

## GLOBALIZACIÓN, CONVENCIONALIDAD Y ESTATIDAD. SOBRE EL "MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL" EN LA APLICACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES

POR HORACIO D. ROSATTI (\*)

Sumario: I. Globalización y estatidad.—  
II. El margen de apreciación nacional.

### I. Globalización y estatidad

#### A. La globalización

En el lenguaje actual de las ciencias sociales, el término *globalización* puede ser entendido —cuanto menos— con los siguientes significados:

- desde una perspectiva gnoseológica, como un conocimiento progresivo, cada vez más dilatado y detallado, de las distintas regiones y países del mundo y de sus costumbres (desde esta perspectiva suele utilizarse la expresión *aldea global*);

- desde una perspectiva funcional, como un flujo creciente de relaciones entre distintos actores que requieren herramientas comunes (idioma, tecnología, unidad monetaria) para vincularse internacionalmente (desde esta perspectiva suele hablarse del hombre/mujer de hoy como *ciudadano/a del mundo*);

- desde un punto de vista ideológico, como una tendencia creciente hacia la conformación de un paradigma unificador (aunque no necesariamente único), integrado por creencias, instituciones y prácticas en torno a las cua-

(\*) Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

les se definen liderazgos, se plantean aceptaciones y rechazos y se alinean países y regiones (desde esta perspectiva suelen utilizarse expresiones tales como *choque de civilizaciones*) (1).

Los Estados Nacionales, concebidos como escalas político-institucionales de específico perímetro territorial, se encuentran hoy en medio del vendaval que supone la globalización, entendida como un fenómeno que disuelve los límites geo-jurídicos a partir de la ruptura de la ecuación entre espacio y tiempo (expresada tradicionalmente en la fórmula 'mayor distancia se recorre en más tiempo' y desafiada hoy por la conexión simultánea y multitudinaria en red).

### B. Globalización y Estados nacionales

La disputa se exagera cuando —desde el extremo globalizador— se considera al Estado-Nación como una mera súper-estructura de carácter histórico dominado por los rasgos de instrumentalidad y contingencia (propios de aquello que puede dejar de existir en la medida en que se divise una instrumentalidad más eficiente), y cuando —desde el extremo del Estado-Nación— se considera a la globalización como una necesidad de la macroeconomía que reclama, como condición de existencia y sustentabi-

(1) En su divulgado ensayo, Huntington resumió las "diversas instituciones, prácticas y creencias que se pueden reconocer legítimamente como el núcleo de la civilización occidental", destacando: El legado clásico "...en especial la filosofía y el racionalismo griegos, el derecho romano, el latín y el cristianismo". El catolicismo y el protestantismo. Las lenguas europeas "...Occidente heredó el latín, pero surgieron diversas naciones, y con ellas lenguas nacionales agrupadas no muy estrictamente en las amplias categorías de románicas y germánicas... Como lengua internacional común para Occidente, el latín cedió su puesto al francés, el cual a su vez fue reemplazado en el siglo XX por el inglés". La separación de la autoridad espiritual y temporal. El imperio de la ley "...La idea de que la ley es fundamental para una existencia civilizada fue heredada de los romanos... La tradición del imperio de la ley sentó las bases del constitucionalismo y de la protección de los derechos humanos... En la mayoría de las demás civilizaciones, la ley fue un factor mucho menos importante en la configuración del pensamiento y la conducta".

El pluralismo social. "Históricamente la sociedad occidental ha sido muy pluralista... Este pluralismo europeo contrasta claramente con la pobreza de la sociedad civil, la debilidad de la aristocracia y la fuerza de los imperios burocráticos centralizados que existieron simultáneamente en Rusia, China, los países otomanos y otras civilizaciones no occidentales".

Los cuerpos representativos. "El pluralismo social dio pronto origen a Estados, Parlamentos y otras instituciones para representar los intereses de la aristocracia, el clero, los mercaderes y otros grupos. Estos cuerpos brindaron formas de representación que en el curso de la modernización se transformaron en las instituciones de la democracia moderna..." El individualismo. "Muchas de las características de la civilización occidental que acabamos de mencionar contribuyeron a la aparición de un sentimiento individualista y de una tradición de derechos y libertades individuales únicos entre las sociedades civilizadas..." Huntington, Samuel P., "El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2001, trad. José Pedro Tosaus Abadía, pág. 81 y ss.

lidad, la aceptación de que el *fin de la historia* ha llegado (con la victoria de un sistema de ideas sobre los demás), instalando la *desideologización* y el advenimiento del *hombre light* (expresión concreta e individual de la falta de ideales en disputa). (2)

### C. Nuestra opinión

Sin negar el carácter irreversible de la globalización y afirmados en la necesidad de la pervivencia de los Estados-Nacionales, entendemos que no todas las formas de relacionamiento internacional son necesariamente positivas ni necesariamente nocivas.

Llamaremos *formas puras* de relacionamiento estatal a aquellas en las que dominan la libre determinación y la igualdad de los Estados (globalización igualitaria) y *formas impuras* de relacionamiento estatal a aquellas en las que dominan las vinculaciones jurídicas o fácticas que consagran (o convalidan) asimetrías (globalización desigualitaria).

Son *formas puras*, en el sentido descripto:

- La *inter-estadidad*, entendida como la vinculación entre dos o más Estados que se tratan como iguales y no crean una escala de decisión que los suplante en algún sentido. La juridización de las relaciones de *inter-estadidad* da origen a un sub-sistema del derecho internacional, el *derecho inter-estatal*, tradicionalmente reconocido como derecho de *co-existencia* o de *cooperación*.

- La *supra-estadidad*, entendida como la vinculación entre dos o más Estados que, tratándose como iguales, crean (o adhieren a) una escala de decisión que los suplanta en algún sentido y que se encuentra en relación de supra-ordenación con respecto a ellos (vgr: OEA, ONU). La juridización de las relaciones de *supra-estadidad* da origen a un sub-sistema del derecho internacional, el *derecho supra-estatal*, enfocado a *temas humanitarios* y al *progreso* de la comunidad internacional. En esta forma de vinculación internacional, la transferencia de competencias y/o de jurisdicción de los Estados a favor de órganos supranacionales —que se crean a través de la suscripción de instrumentos multilaterales— es factible.

- La *ultra-estadidad*, entendida como la transferencia, normalmente gradual, de la soberanía estatal a un sujeto jurídico internacional no estatal. La

(2) Fukuyama, Francis, "¿El fin de la historia?", publicado por primera vez en inglés en 'The National Interest', en 1989 y reproducido en 'Doxa', Cuadernos de Ciencias Sociales, Buenos Aires, otoño de 1990, trad. Tomás Várnagy, año 1, n° 1, pág. 12. Del mismo autor: "El fin de la historia y el último hombre", Ed. Planeta, trad. P. Elías, Buenos Aires, 1992.

juridización de las relaciones de *ultra-estadidad* da origen a un sub-sistema del derecho internacional conocido como *derecho comunitario*, derecho de *integración* por antonomasia, en virtud del cual los Estados resignan crecientemente su soberanía (vgr: Comunidad Europea).

En la *inter-estadidad*, la *supra-estadidad* y la *ultra-estadidad*, los Estados se relacionan de un modo igualitario, pues hasta el grado de subordinación que se genera a favor del entre supranacional (en el segundo caso) o de cesión voluntaria de la soberanía (en el tercer caso) debe ser uniforme para todos los Estados intervinientes. En los dos primeros casos (inter-estadidad y supra-estadidad) a diferencia del tercero (ultra-estadidad), las relaciones entabladas entre los Estados no procura disolverlos ni convertirlos en entes no soberanos; en todo caso, procura transformar la soberanía nacionalitaria en una soberanía ampliada. (3)

Son formas impuras, en el sentido descripto:

- La trans-estadidad, entendida como la extensión de la capacidad decisional de un Estado sobre la capacidad decisional de otro Estado derivada de una relación —jurídica o fáctica— asimétrica; y,

- La des-estadidad, entendida como la pérdida de algún atributo tradicionalmente reconocido a un Estado en favor de otro Estado (contracara de la *trans-estadidad*), o de otro actor internacional, derivada de una relación —jurídica o fáctica— asimétrica (4).

(3) Casalla, Mario, "La soberanía ampliada", diario La Nación, 1 de diciembre de 2004, pág. 19.

(4) Hemos descripto las vicisitudes de la República Argentina, cuya defensa jurisdiccional ante organismos y tribunales arbitrales internacionales de naturaleza patrimonial ejercimos como Procurador del Tesoro de la Nación entre 2003 y 2004, en varias publicaciones: "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", en La Ley, t. 2003-F, pág. 1283 y ss.; "Prórroga de jurisdicción y soberanía nacional", en 'Revista de Derecho Público', Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004-1, pág. 43 y ss.; "La 'pesificación' de las tarifas de servicios públicos frente a los tribunales arbitrales internacionales: ¿regulación soberana o expropiación indirecta?" en 'Revista de Derecho Público', Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006-2, pág. 515 y ss.; "Globalización, Derecho Constitucional y Arbitraje Internacional: Conexiones e interferencias en el caso argentino", en 'Revista Internacional de Arbitraje', ed. Legis, Bogotá, Colombia, n° 13, julio-diciembre de 2010, pág. 79 a 103; "La inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional internacional: reflexiones a partir del caso argentino", en Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de los servicios públicos", Colección documentos de proyectos, Santiago de Chile, febrero de 2011, pág. 44 y ss.; "Las demandas contra la República Argentina en el CIADI y la jurisdicción nacional", en El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, edición del martes 20 de setiembre de 2011, pág. 1 y ss.

En general, estos procesos de dependencia que conforman la *trans-estadidad* y la *des-estadidad* (también conocidas en la ciencia política como *transnacionalización* y *desnacionalización*), en las que ciertos Estados sufren un detrimento en su soberanía que no es producto de su libre determinación, se inician —y reproducen— a partir de la internacionalización de la economía practicada en un escenario en el que participan protagonistas con diferente nivel de desarrollo y expresa el predominio del mercado (y su *leit motiv* "el capital no tiene nacionalidad") por sobre la política (5).

#### D. Globalización y convencionalidad

La globalización jurídica ha traído, al interior de los Estados, el debate en torno a la incidencia del derecho internacional sobre los derechos nacionales. Un derecho internacional integrado por normas (convenciones) que, cuando se refieren a derechos humanos expresan un consenso inter-estatal logrado a partir de la barbarie vivida durante la segunda guerra mundial (6) y que ha venido a incidir sobre las normas del derecho constitucional (estatal por definición) y sobre el ejercicio de la jurisdicción en los ámbitos nacionales.

La incidencia de la convencionalidad genera interrogantes (7):

- a) ¿existe obligación judicial de realizar el control de convencionalidad por parte de los jueces del país?;
- b) el control de convencionalidad ¿es "paralelo" al control de constitucionalidad o se integra a éste?;
- c) ¿debe prevalecer la respuesta que provenga de un control con relación al otro en caso de conflicto?;

(5) En materia de Derecho Administrativo la preocupación por la inserción de normas e interpretaciones exógenas sobre el derecho nacional es puesta de manifiesto en: Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, Richard, "El surgimiento del derecho administrativo global", LL.M. International Legal Studies, Facultad de Derecho New York University, 68 Law and Contemporary Problems, 15 (Summer/Autumn 2005), trad. Gisela Paris y Luciana Ricart.

(6) La existencia de un derecho de la convencionalidad conlleva un control judicial de convencionalidad. La doctrina del control de convencionalidad, por la cual se propugna el deber de los jueces de todo Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos de controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico interno con la Convención, tuvo su formulación inicial en ocasión de fallar la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso "Almonacid Arellano c/Chile", el 26 de setiembre de 2006.

(7) Rosatti, Horacio, "El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina", en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, lunes 13 de febrero de 2012, pág. 1 y ss.

d) las fuentes internacionales que integran la convencionalidad a controlar (y eventualmente a acatar) ¿son el nudo texto del convenio, o también su interpretación realizada por quienes están autorizados para hacerlo?;

e) la interpretación convencional realizada por órgano internacional competente obliga a los tribunales nacionales:

¿Cuándo se refiere al país concernido para el caso concreto o cuando se ha referido al país concernido en causa similar con anterioridad, o incluso cuando se ha referido, en causa similar, a otros países?

¿Cuándo es practicada en el marco de un proceso controversial o también cuando se trata de una opinión consultiva?

¿Sólo en la parte resolutive o también en la considerativa?

La convencionalidad (integrada por normas internacionales, interpretaciones de esas normas y opiniones consultivas) ha ido ganando terreno aplicativo en los tribunales nacionales. De modo gradual pero incesante se observa que normas locales resultan des-aplicadas (en algunos casos virtualmente derogadas); criterios jurisprudenciales pacíficos, rechazados (8), e instituciones incorporadas por un Estado soberano obstaculizadas por interpretaciones normativas exógenas referidas a terceros países o vinculadas a contextos históricos diferentes. (9)

En nuestra opinión, llegó la hora de preguntarse si la convencionalidad no ha "llegado demasiado lejos". Y si no es necesario reclamar de él (o del *ultra-convencionalismo*, que es su versión extrema):

(8) Es recomendable la lectura del dictamen del Procurador General de la Nación Argentina en la causa "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación", del 10 de marzo de 2010.

(9) ¿El juicio por jurados resultaría violatorio del art. 8, inc 2. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la medida en que dispone que "toda persona tiene derecho... de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"? Los sistemas de casación serían incompatibles con el principio de independencia judicial que involucra —como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* "Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela", del 5 de agosto de 2008— el derecho de los jueces de baja instancia a no verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, "el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario" (párrafo 84)?

- el conocimiento de las formas en que cada Estado recepta al derecho internacional en su ámbito interno, teniendo en cuenta que el 'dualismo' (10) (que vincula al derecho nacional con el derecho internacional sin fusionarlos) es la regla en Latinoamérica;

- el respeto hacia la soberanía estatal para decidir cómo y cuándo reformar la Constitución Nacional; reforma que reconoce formas específicas e inconfundibles, que requiere del concurso del pueblo (o su aquiescencia) y que en ningún caso puede ser concretada de modo encubierto por medio de una sentencia o interpretación convencional;

- el reconocimiento de un "*margen de apreciación nacional*" para aplicar las decisiones convencionales.

## II. El margen de apreciación nacional

En su voto en la causa "Arancibia Clavel", el juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Carlos S. Fayt recuerda que "... desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un "*margen nacional de apreciación*"; doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC 4/84 del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (Delmas Marty Mireille, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation, en AAVV, Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires, París, 2001, p. 79 y ss.*) (11).

¿Qué factores conforman, en nuestra opinión, este "*margen nacional de apreciación*" (o tal vez, dicho con más precisión, "*margen de apreciación nacional*")?

(10) "El dualismo proclama que el Derecho Internacional y el Derecho interno constituyen dos órdenes jurídicos separados e independientes, lo que implica que las normas jurídicas internacionales resultan aplicables al Estado soberano sólo cuando una norma del ordenamiento interno así lo hubiera establecido" Ackerman, Mario, Ferrer, Francisco, Piña, Roxana y Rosatti, Horacio (Directores), "Diccionario Jurídico", ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, t. II.

(11) Del Considerando 18 del voto del juez Fayt, Considerando 18, en la causa "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio calificado y asociación ilícita y otros" fallada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 24 de agosto 2004 (Fallos 327:3312).

1º) genéricamente, una inicial ponderación de compatibilidad entre la norma o decisión foránea inicialmente aplicable y las normas e instituciones nacionales. Se trata de precisar si el llamado "juicio de comprobación" (o de compatibilidad) realizado por el constituyente (o el legislador) al incorporar una norma internacional a nuestro orden jurídico es un juicio irrevisable o si —bajo determinados parámetros— puede ser revisado; y,

2º) más específicamente, una ponderación concreta atendiendo al impacto de la aplicación de la norma foránea en el contexto local.

A. ¿Cuál es el alcance del juicio de comprobación o compatibilidad en el momento de ingreso de una norma internacional?

a. Los criterios en pugna

Según cierto criterio que surge de la jurisprudencia del máximo tribunal nacional de justicia, la incorporación de un tratado sobre derechos humanos con jerarquía constitucional viene precedido por un juicio de comprobación (o de "compatibilidad") jurídica practicado por el constituyente o, por derivación de él, por el legislador.

Pero ¿cuál es el alcance de este juicio? ¿Se trata de una presunción *jure et de jure* o *juris tantum*? Dicho de otro modo: la incorporación mencionada, ¿inhibe cualquier resquicio interpretativo posterior tendiente a detectar incompatibilidades o desajustes entre el instrumento internacional y la Constitución? O, por el contrario, es posible desde un poder constituido, como —por ejemplo— el judicial, invalidar la constitucionalidad de una norma que —justamente— tiene jerarquía constitucional.

En su voto en la causa "Arancibia Clavel" (Considerandos 9 y 10, con cita en la causa "Monges") el juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Antonio Boggiano afirma que, al establecer el art. 75 inc. 22 de la C.N. que los tratados incorporados con jerarquía constitucional '*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*', los constituyentes, cuya imprevisión no cabe presumir, '*han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir*'. Como consecuencia de este 'juicio de comprobación', existe entre el tratado incorporado y la Constitución una relación de "armonía" o "concordancia", pues '*las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las*

*otras*'. En el Considerando 13 de su voto afirma el juez en cita que '*no hay normas constitucionales inconstitucionales*'.

Lo mismo ocurre, continúa Boggiano, cuando es el legislador —habilitado por el constituyente en el art. 75 inc. 22 de la C.N.— el que otorga a un tratado incorporado al orden jurídico argentino la jerarquía constitucional. En ese caso, el Congreso '*hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y solo complementa los derechos y garantías en ella declarados*'.

En cualquier caso, siempre según el voto de Boggiano en "Arancibia Clavel", una vez que un tratado sobre derechos humanos adquiere la jerarquía constitucional (porque así lo dijo el constituyente o porque así lo dijo el legislador habilitado por el constituyente) la '*Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución*'.

Pero para el juez Fayt, según su voto en la citada causa "Arancibia Clavel" (Considerandos 26, 28, 29 y 30), la situación es bien distinta.

Luego de reconocer que en diversos votos que informan decisiones de la Corte (12) '*se ha entendido que con la incorporación de los tratados... a la Constitución Nacional, ya se dejó sentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían*

(12) Causas "Monges", Fallos: 319:3148, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López; "Chocobar", Fallos: 319:3241, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López; "Petric", Fallos: 321:885, votos de los jueces Moliné O'Connor y Boggiano; "Rozenblum", Fallos: 321:2314, disidencia del juez Boggiano; "Cancela", Fallos: 321:2637, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez; "S., V.", Fallos: 324:975, voto de los jueces Moliné O'Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez; "Menem", Fallos: 324:2895, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López; "Alianza Frente para la Unidad", Fallos: 324:3143, voto del juez Boggiano; "Guazzoni", Fallos: 324:4433, voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López; "Mignone", Fallos: 325:524; entre muchas otras.

cotejado los tratados del art. 75 inc. 22 y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos”, de modo que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir”, el juez Fayt sostiene que, a partir del art. 27 de la Constitución Nacional (aquel que afirma que los tratados celebrados con potencias extranjeras deben estar “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”), no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

En consecuencia, contrariando la opinión de su colega Boggiano, para Fayt “es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional —cualquiera sea su categoría— guarda conformidad con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución” (art. 27 de la Constitución Nacional), pues de lo contrario “el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho Interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema”... postura que “resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino”.

Según Fayt, que cita a Joaquín V. González en su apoyo, “... a través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a ‘los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos... En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional...’ (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX de sus Obras Completas, pág. 52)”.

Siempre según el magistrado en cita, el art. 27 de la C.N. es “una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional.”

En el mismo sentido del juez Fayt se expidió el juez Vázquez en la citada causa “Arancibia Clavel” (en especial Considerandos 27 y 28 de su voto).

#### b. Nuestra opinión

El llamado “juicio de comprobación” (o de compatibilidad) realizado por el constituyente para asegurar que un tratado con jerarquía constitucional no contradiga el texto de la Constitución no puede alcanzar un rango mayor que el de una presunción jurídica *juris tantum*, justificada no por su verdad intrínseca sino por su utilidad.

El hecho de que sea una presunción y no una conclusión explica las advertencias de *complementariedad* y *no derogabilidad* que adjetivan —en el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75 de la C.N.— la incorporación de los tratados al texto constitucional. Se trata de dos criterios interpretativos para resolver un eventual conflicto futuro que se presenta —entonces— como posible.

De modo que cuando la cláusula afirma que los tratados sobre DD.HH. incorporados con jerarquía constitucional,

“deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, queda claro que si no los complementan (primer hipótesis de conflicto), o sea si restan o dificultan su ejercicio, no se aplican;

“no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, queda igualmente claro que si contradicen alguna cláusula de ese sector constitucional (segunda hipótesis de conflicto) que alberga no sólo derechos, deberes y garantías sino también definiciones de carácter institucional (como la referida a la forma de gobierno o al nombre de nuestro país, para citar tan solo dos), tampoco se aplican.

Con relación al art. 27, incluido dentro de la Primera Parte de la Constitución Nacional, entendemos que los *principios de derecho público* que no deben contradecir los tratados internacionales incorporados al orden jurídico nacional son, como mínimo, los siguientes (13):

- La forma representativa, republicana y federal *de gobierno* (art. 1 y cc.);
- El principio de *juridicidad* y el de *reserva* (art. 19);

(13) Rosatti, Horacio, “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, en La Ley, t. 2003-F, pág. 1283 y ss.

- El principio de *igualdad* (arts. 15, 16, 75 inc. 23 y cc.);

El carácter no absoluto de los derechos y la pauta de *razonabilidad* para su reglamentación (arts. 14, 28, 99 inc. 2 y cc.); y,

- El *debido proceso legal* (art. 18 y cc.) (14)

(14) En ocasión de analizar la aplicación de los tratados bilaterales de inversión celebrados por la Argentina por parte de los tribunales arbitrales CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965 y aprobado en Argentina por ley n° 24.353 (B.O. 2/9/94)), entendimos que —prima facie— los principios de derecho público argentino citados precedentemente podían vulnerarse en los siguientes supuestos: la forma representativa de gobierno en la medida en que se inhibe o acota la actividad de los poderes nacionales constituidos (el Poder Legislativo en la hipótesis de prohibición de modificar las condiciones legales iniciales de la inversión por imperio de la llamada 'cláusula de estabilización legal' y el Poder Judicial en la hipótesis de imposibilidad de actuar en materia de control de constitucionalidad); la forma republicana de gobierno, en la medida en que confiscadas o retaceadas las atribuciones de los Poderes Legislativo y Judicial nacionales, se genera un des-balance hacia el Poder Ejecutivo (que es quien designa a los árbitros, encargados —en gran medida— de reemplazar a los citados poderes constituidos nacionales), desdibujándose en consecuencia el criterio de 'división de poderes' que es consustancial a la forma republicana de gobierno; el principio de jurisdicción y de reserva, en la medida en que la sobrestimación del valor jurídico de los tratados de comercio introduce una modificación en la jerarquía normativa argentina prevista por el art. 31 de la Constitución Nacional por métodos diferentes a los previstos por la propia Constitución en el art. 30; el principio de igualdad, en la medida en que —bajo determinadas circunstancias y por aplicación conjunta o separada de las cláusulas de 'Nación más favorecida' y/o de 'estabilización legal'— se prohíbe una situación de discriminación en favor de personas jurídicas extranjeras; el carácter no absoluto de los derechos, en la medida en que opere la inhibitoria de modificación legislativa para ciertos derechos vinculados con el status original de la inversión por aplicación de la citada cláusula de 'estabilización legal'; y, el debido proceso legal, en la medida en que se impida, frustre o interrumpa el acceso a la jurisdicción nacional, se vulnere el criterio del juez natural o se retaceen vías recursivas locales idóneas.

Hemos tratado más profundamente el tema en: Rosatti, Horacio, "Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino", en *La Ley*, t. 2003-F, pág. 1283 y ss.; "Prórroga de jurisdicción y soberanía nacional", en *Revista de Derecho Público*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004-1, pág. 43 y ss.; "Globalización, Derecho Constitucional y Arbitraje Internacional: Conexiones e interrelaciones en el caso argentino", en *Revista Internacional de Arbitraje*, ed. Legis, Bogotá, Colombia, n° 13, julio-diciembre de 2010, pág. 79 a 103; "La inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional internacional: reflexiones a partir del caso argentino", en Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de los servicios públicos", Colección documentos de proyectos, Santiago de Chile, febrero de 2011, pág. 44 y ss.; "Las demandas contra la República Argentina en el CIADI y la jurisdicción nacional", *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, edición del martes 20 de setiembre de 2011, pág. 1 y ss.

## B. La aplicación de la norma internacional y el contexto nacional

La aplicación concreta de una norma internacional al ámbito interno puede provocar el efecto inverso al pretendido al incorporarla genérica y apriorísticamente si no se tiene en cuenta el contexto en el que hará impacto. Lo propio ocurre con la aplicación de un criterio jurisprudencial internacional. (15)

El *contexto* al que aludimos puede referir a circunstancias institucionales de cierta permanencia (federalismo, protección constitucional del multicult-

(15) Sobre el particular, ver el dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Acosta", previamente citada, en el sostuvo que: "según el derecho interamericano los Estados parte únicamente están obligados a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en el caso concreto (68.1 de la Convención)"; cumplir la decisión significa acatar lo ordenado en la parte resolutive pero no seguir "a los fundamentos... los que evidentemente no pueden ser cumplidos"; "no existe... un deber de seguir la decisión de otros casos similares", ni tampoco un deber de seguir su jurisprudencia de la CIDH, pues "las sentencias de ese tribunal no tienen eficacia jurídica general (efecto erga omnes)"; los fallos de la CIDH en casos similares pueden "servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales", lo cual no significa convalidar su "aplicación irreflexiva y automática" por parte de los tribunales locales ni tampoco asignarles una eficacia mayor que los fallos de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya jurisprudencia no es inexorablemente obligatoria para casos parecidos (Fallos 307:1094; 318:2060); la CIDH es el intérprete final de las disposiciones convencionales del Pacto de San José de Costa Rica, pero no de la Constitución Nacional Argentina, pues de lo contrario la Corte Nacional dejaría de ser "suprema" en la interpretación de una porción del derecho constitucional argentino y ello confrontaría con lo dispuesto por los arts. 108, 116 y cc. de la C.N.; resultaría contrario a nuestro sistema jurídico que un cambio en la jurisprudencia de un tribunal internacional (vgr: la CIDH) tuviera "en los hechos, el efecto de modificar la Constitución" por un mecanismo distinto que el establecido por la propia Constitución en el art. 30. A partir de las consideraciones anteriores el Procurador General propuso el siguiente test para la aplicación de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos al ámbito interno: 1º) Identificación de la jurisprudencia: "verificar si existe jurisprudencia de la Corte y/o Comisión Interamericana sobre la cuestión debatida en el proceso interno"; 2º) Identificación de la doctrina de la jurisprudencia: "determinar cuál es la doctrina o razón subyacente (ratio decidendi) que se desprende de la sentencia o sentencias pertinentes"; 3º) Aplicabilidad de la doctrina al caso concreto: "examinar minuciosamente la aplicabilidad prima facie de esa doctrina al caso concreto, esto es, evaluar si el caso particular bajo examen en el proceso interno es una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos"; y 4º) Compatibilidad de la doctrina prima facie aplicable con el orden jurídico constitucional: "examinar si existen razones jurídicas basadas en el ordenamiento constitucional que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente". En definitiva y según las propias palabras del Procurador General, los tribunales argentinos tienen un "deber de consideración" hacia la jurisprudencia del tribunal interamericano y un "deber de fundamentación" en caso de apartarse de dicha jurisprudencia cuando es prima facie aplicable. Sobre el tema: Rosatti, Horacio, "Derechos Humanos en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)", ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, Segunda Parte, Sección I.

turalismo o de una cultura ancestral (16)), o a factores sociales (divisiones de clase) o políticos (enfrentamientos ideológicos) más contingentes, pero igualmente necesarios de ponderación al momento de conformar una composición de lugar “situada” y no meramente “utópica”.

La sabiduría popular enseña que *no se debe ser más papista que el propio Papa*. Es bueno que, desde este lugar del planeta, no sobreactuemos ni pretendamos ser “los mejores alumnos de la convencionalidad”. Rescatemos “*el margen de apreciación*” que deriva de la perspectiva local, nacional y regional de la realidad tal como lo hacen —al interior de sus propios países— tanto en el ámbito de los derechos humanos cuanto en el del derecho patrimonial, los Estados “centrales” que propugnan la globalización jurídica. ♦

(16) Hemos dicho antes de ahora: “En el caso latinoamericano, algunos temas e instituciones (tales como la cuestión ambiental, la tipificación de acciones u omisiones que son delitos para una cultura pero no lo son para la otra, las bases de la organización familiar y social, etc.) plantean la disyuntiva entre civilización occidental y ancestralidad con toda intensidad. De lo que se trata es de asumir este desafío con una actitud constructiva, desprovista de todo paternalismo. Y recordar que no es razonable asumir la ancestralidad contradiciendo las bases de un pensamiento que —como el occidental— proclama el principio de igualdad, rescata el valor de las diferencias y propugna el respeto por el pluralismo”. Rosatti, Horacio, Ponencia presentada en el “XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, Tucumán, Argentina, 17, 18 y 19 de setiembre de 2013.

## APORTES PARA UNA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN EL MARCO DEL FEDERALISMO FISCAL

POR MARÍA GABRIELA ÁBALOS

Sumario: I. Introducción.— II. El federalismo fiscal y las potestades tributarias locales.— III. Evolución jurisprudencial y doctrinaria en relación a tributos locales y normas sobre prescripción.— IV. El Código Civil y Comercial y las normas de prescripción en relación con los tributos locales: diversas posturas y los primeros fallos.— V. Hacia una interpretación armonizadora en el marco del federalismo fiscal.

### I. Introducción

El objetivo de este trabajo es aportar argumentos jurídicos a favor del fortalecimiento del federalismo fiscal efectuando una interpretación de las cláusulas del Código Civil y Comercial que se refieren a la prescripción de las obligaciones, favorable a la subsistencia de la potestad tributaria local abarcativa de todos los aspectos configurantes de los tributos.

Desde una interpretación literal del articulado del Código de Vélez no podía extraerse razonablemente que sus normas referidas a la prescripción de las obligaciones civiles fueran aplicables al mismo modo de extinción de las obligaciones tributarias provinciales y municipales. Sin embargo, fue la Corte Suprema la que así lo entendió y aplicó, principalmente a partir del voto de la mayoría en el fallo “Filcrosa” en el año 2003. Ello motivó que las decisiones judiciales provinciales que resolvían en oposición a dicha interpretación terminaran invariablemente en la Corte Suprema con la aplicación de la doctrina “Filcrosa”, sin efectuarse mayores análisis de las consideraciones vertidas en los pronunciamientos locales. Se fue imponiendo el Código Civil como norma aplicable a todas las obligaciones incluso a las nacidas a la luz del derecho tributario.

Por su lado, la doctrina tampoco fue pacífica en la interpretación de las normas civiles y su aplicación a los tributos locales, máxime cuando los precedentes de la Corte Federal mostraban también las voces en defensa de las potestades provinciales y municipales de una minoría formada por los jueces Petracci y Maqueda, más las agudas consideraciones críticas de Argibay a la posición mayoritaria.

Con la sanción del Código Civil y Comercial, lejos de resolverse el conflicto interpretativo y jurisprudencial referido, se abre una nueva instancia de debate y de análisis, que en mi opinión, puede servir para arribar a una posición de mayor fortaleza de las potestades tributarias locales.

El abordaje que se propone no parte de consideraciones de política tributaria local sino del federalismo fiscal. Se busca aportar argumentos jurídicos en la interpretación de las normas del Código Civil y Comercial que contribuyan a fortalecer la distribución de competencias y la reserva de las propias de las provincias. Ello exige una primera aproximación al federalismo fiscal y a las competencias tributarias locales, pasando revista a los fallos jurisprudenciales más importantes de la Corte Federal, para luego analizar el nuevo articulado civil en torno a la prescripción y su aplicación a los tributos locales en armonía con el federalismo fiscal.

## II. El federalismo fiscal y las potestades tributarias locales

A. El federalismo adoptado en el art. 1 de la Constitución Nacional supone la coexistencia de distintos órdenes de gobierno con potestades institucionales, políticas, administrativas, tributarias propias y concurrentes, que se rigen por el principio sentado en el art. 121 en virtud del cual, las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación por medio de dicha Constitución Nacional.

Este federalismo posee notas características que lo hacen ser particular y propio, respondiendo en gran medida a la natural e histórica manera de ser o de estar constituidos. Desde el comienzo de la conformación del Estado argentino estuvieron presentes especiales condiciones económicas, geográficas, culturales, religiosas, políticas, que asociadas a las pasiones e ideologías imperantes fueron tejiendo la concepción de un federalismo particular.

Surge entonces el federalismo argentino como fruto de propuestas centralistas, federales y confederales pudiendo distinguir, como señala Segreti, entre el federalismo rioplatense basado en el modelo norteamericano y más cercano a la figura confederal, y el federalismo del interior liderado por Córdoba, llamada por su geografía y destino a ser el centro articulador,

“la provincia que vincula, relaciona” (1). El federalismo consagrado en el texto constitucional de 1853 buscó conciliar y superar los diversos intereses nacionales y provinciales. El conjunto de factores que tendían a la unidad y a la diversidad confluyen en una fórmula mixta. La conocida fórmula alberdiana de la Unidad-federativa o Federación-unitaria se materializó en cláusulas federales como las que definen la autonomía de las provincias (arts. 5, actuales 122, 123), y unitarias como el dictado de los códigos previstos en el actual inc. 12 del art. 75 y en la revisión de las constitucionales provinciales por parte del Congreso en el art. 5, dejado sin efecto por la reforma de 1860.

En palabras de Pérez Guilhou nuestro federalismo es “... propio de aquellos Estados que previamente han integrado uno mayor nacional, que se han visto distanciados, más que separados, por causas políticas” (2). Es un federalismo de integración; es el modo que usan las provincias a fin de reclamar ante Buenos Aires una política integral para todo el país. No existe propósito de segregación, ni negación de la nacionalidad; muy por el contrario, es una forma de afirmar la nacionalidad. Luego la reforma de 1994 tuvo como objetivo fortalecer el federalismo, sin embargo muchas han sido las voces críticas que advirtieron que no se logró armonizar los intereses nacionales y provinciales (3).

(1) SEGRETI, Carlos A., “Federalismo rioplatense y federalismo argentino”; Centro de Estudios Históricos; Córdoba; 1995; Cuadernos 7 y 8; págs. 2 y 79. Opina este autor que “... el federalismo artiguista y cuya adopción se explica por necesidad carece de antecedentes históricos en la Banda Oriental y por ello tiene que ser copia y adaptación si se quiere. No ocurrirá lo mismo con el federalismo argentino, que es indudablemente producto histórico y de aquí su originalidad sin que con esto quiera decir creación de la nada, como se comprenderá” (ibidem, pág. 34).

(2) DARDO PÉREZ GUILHOU; “Nación y provincias: sus competencias”; en Dardo Pérez Guilhou y otros; “Atribuciones del Congreso Argentino”; Ed. Depalma; 1986; pág. 77/78. Agrega este autor que el federalismo tiene en nuestra comunidad rioplatense una causa política que no es excluyente de las demás, sino desencadenante. Las otras causas como las geográficas, las etnográficas, las sociales, las económicas, etc. podrían existir en un país unitario, pero estas se exacerban a causa de la mala conducción política llevada a cabo por los hombres de Buenos Aires. Y así continúa el autor “... a las provincias no le quedó otro recurso que buscar la fórmula federal que justamente las ponía en pie de igualdad y libertad con Buenos Aires” (pág. 77).

(3) Puede verse entre otros el comentario sobre la reforma de 1994 de Jorge R. VANOSI, “¿Es viable el estado federal en la Argentina?”; separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas; agosto 2000. Este autor resalta la contradicción que con la reforma aparecen en torno al federalismo, como por ejemplo: “...un nuevo régimen de “coparticipación” (art. 75 inc.2), que años después forma parte del catálogo de ilusiones (sic), art. 124, que aparentemente quedará en el repertorio de las cláusulas no operativas. ¿una confederación?; la llamada “cláusula de desarrollo” (art. 75 inc.19) en cuanto confiere mandato al Congreso de “... promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones ...”; el nuevo sistema de elección presidencial, en forma directa y a doble vuelta, conformando a esos efectos el territorio nacional “un

B. En ese contexto, el federalismo fiscal tiene importancia configurante desde sus orígenes (4). En los debates constituyente de 1853 las voces de Gorostiaga y Gutiérrez por un lado, y una minoría de diputados por el otro, marcaron la trascendencia de la cuestión con dos frases emblemáticas: "No hay Estado sin recursos" y "No hay poder sin Tesoro".

Por su parte el pensamiento alberdiano que se apoyaba en que "luego que se organiza o erige un gobierno, es menester darles medios de existir. Formarle un tesoro nacional", "el tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente", distingue entre las facultades originarias de las provincias para recaudar impuestos indirectos internos, limitando la recaudación federal a los derechos al comercio exterior y a los impuestos directos —excepcionales— por tiempo determinado (hoy arts. 75 incs. 1 y 2, concs. arts. 4 y 121, C.Nac.) y el rol centralista y promotor del Estado central, destinado a ser la maquinaria impulsora del progreso y la ilustración (hoy art. 75 inc. 18, C. Nac.) aunque respetando los principios liberales de la iniciativa individual en materia económica (5).

Estas disposiciones han generado tensiones que subsisten aún después de la reforma constitucional de 1994, resolviéndose generalmente a favor del Estado nacional ocasionando el desmedro de los fiscos provinciales y municipales. En efecto, se ha dejado a las provincias sin recursos propios: se consagra a las contribuciones indirectas como concurrentes (art. 75 inc.2); en materia de contribuciones directas, se mantienen el texto que de tantas veces que se violó se tornó en práctica consentida, de manera que respecto de ellas no hay esperanzas de recuperación provincial; los derechos de importación y exportación siguen siendo nacionales (art. 75 inc.1); la Ciudad de Buenos Aires es un nuevo socio en la coparticipación y finalmente, las provincias se verán obligadas a coparticipar y en definitiva a adherir a la futura ley de coparticipación,

distrito único"; el nuevo sistema de elección de Senadores (art. 54): (...); iniciativa del Senado: art. 75 inc.2. "Ley-convenio, que —además— no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las Provincias..."; ¿una confederación?; art. 75 inc. 19: equilibrio regional y provincial (en combinación con el art. 124)" (págs. 6/7). También María Celia CASTORINA DE TARQUINI, "El régimen federal y la reforma constitucional"; ob.cit.; págs. 337 y ss.

(4) Ver el desarrollo dado en Miguel Angel ASENSIO y Pablo María GARAT, coordinadores, "Federalismo fiscal. Experiencia nacional y comparada", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As. 2011. También ver Adolfo ATCHABAHIAN, "El principio federal de gobierno y la tributación" en La Ley 21/04/2010, 21/04/2010, 1 - La Ley 2010-C, 756. Cita Online: AR/DOC/2089/2010, del mismo autor "Tributación y desarrollo económico en el federalismo"; Ed. La Ley; Bs.As.; 2011, también TULIA G. FALLETTI y otros, "El federalismo argentino en perspectiva comparada"; Ed. Educa, Bs.As.; 2013; entre otros.

(5) Ampliar en Alberto DALLA VÍA, "El sistema Federal Fiscal", en La Ley 1998-E, 1152.

porque carentes de recursos propios, no tienen capacidad de confrontar con el gobierno central (6).

Atemperan este panorama, ciertos caracteres de la ley de coparticipación tales como que deberá tener origen en el Senado; ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara; no podrá ser modificada unilateralmente, ni reglamentada. Se establecen criterios distributivos, lo que parece una buena técnica constitucional, que flexibiliza la relación Nación-provincia, y por último se tendrá en cuenta la relación directa de las competencias, servicios y funciones de la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

A su vez, la reciente puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación ha abierto nuevos interrogantes en torno a su alcance y aplicación en relación con materias propias del derecho público local (7).

C. Como presupuesto del federalismo argentino, la autonomía provincial se pone de manifiesto en la posibilidad que tiene cada provincia de dictar su propia carta fundamental (arts.5 y 123 CN), de darse sus instituciones locales, regirse por ellas y de elegir a sus autoridades sin intervención del Gobierno federal (art.122 CN) (8).

En nuestro sistema federal las provincias, que conservan todo el poder no delegado por la Constitución Nacional al Gobierno federal (arts. 121 y 126 CN), gozan de una autonomía de primer orden, donde se encuentran

(6) Alejandro PÉREZ HUALDE, "Coparticipación federal de impuestos en la Constitución Nacional"; Ed. Depalma; Bs.As.; 1999. Del mismo autor; "Constitución y Economía"; Ed. Depalma; Bs.As.; 2000.

(7) Ver de María Gabriela ABALOS, "Facultades delegadas y potestades tributarias provinciales. Especial referencia a la prescripción de tributos locales", AA.VV "Estudios de Derecho Público", dirigida por Enrique Alonso Regueira, Ed. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Bs. As., 2013, págs. 409 a 431. ISBN 978-987-97935-7-2; "Tributación local y prescripción en la jurisprudencia de la Corte de Justicia Federal y de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza", en Revista La Ley Gran Cuyo, febrero de 2014; "¿El fin de la doctrina Filcrosa? A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional; 31 de marzo de 2015, 6, cita online AR/DOC/637/2015.

(8) A este conjunto de poderes reservados por las Provincias, el maestro Pedro J. Frías lo denomina "autonomía institucional"; en "Autonomía y dependencia de las Provincias"; Pedro J. FRÍAS y otros; "Derecho Público Provincial"; Ed. Depalma; Bs.As.; 1987; pág.24. También puede verse, del mismo autor; "Introducción al Derecho Público Provincial"; Ed. Depalma; Bs.As.; 1980; pág.28. Ver también María Gabriela ABALOS; "La autonomía y el federalismo en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994. Especial referencia a la autonomía municipal"; en Voces Jurídicas, La Ley Gran Cuyo; año 5, nro.4, Ed. La Ley; Bs. As.; agosto de 2000. También en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Boletín nro. 173; año XVI; setiembre 2000; págs. 6/13.

en plenitud todos los rasgos característicos del concepto de autonomía, involucrando la descentralización política, de legislación, de autoorganización y de autogobierno pero con subordinación a un ente superior. En concordancia con ello tratándose de comunidades que son sujetos de la relación federal, la autonomía tiene caracteres particulares: "... se trata concretamente de autonomía política en el ejercicio de todas las potestades propias del gobierno de una comunidad, en tanto no afecte a otras comunidades federadas, ni al bien común general" (9).

De esta forma, en el federalismo argentino el poder tributario de los entes de gobierno está determinado por la Constitución Nacional. Conforme con el art. 121, el gobierno federal ostenta potestades limitadas, pues sólo posee las que las provincias le confiaron al sancionar la Carta Fundamental, mientras que éstas tienen poderes tributarios amplios, con la sola excepción de los que fueron entregados al gobierno federal, o sea los llamados "poderes delegados".

En cuanto a los municipios su potestad tributaria no está mencionada expresamente en la Constitución Nacional pero resulta de su condición de elemento esencial del sistema de gobierno adoptado (art. 5) y de su autonomía (art. 123). La consagración de la autonomía municipal en el art. 123, no transforma a los municipios en protagonistas directos de nuestro federalismo, sino que viene a reforzar la presencia de éstos en la relación federal, pero necesariamente a través de las provincias que conforman. Por ello los municipios no aparecen en la distribución de competencias tributarias que encontramos en la Carta Nacional aunque mencionados expresamente en el inc. 30 del art. 75, por lo que las provincias en el ejercicio de sus competencias no podrán dejar de tener presente a las comunidades locales, asegurándoles un mínimo de autonomía en el ámbito económico-financiero, indispensable para hacer realidad los demás ámbitos (10).

(9) Guillermo Barrera BUTELER, "Provincias y nación"; Ed. Ciudad Argentina; Bs.As.; 1996; pág.39. Ver también entre otros a Arturo M. Bas, "El derecho federal argentino. Nación y Provincia"; T.I, Bs.As., 1972; pág. 29. También Luis CORDEIRO Pinto; "El Estado Provincial"; en Pedro J. FRÍAS; "Derecho Público Provincial"; quien comenta que debe distinguirse en nuestro federalismo la soberanía atribuida al Estado Federal de la autonomía reservada a las Provincias, señalando que el comienzo de la diferenciación en el alcance de los términos y su significación data de un cita que Matienzo atribuía a Mitre quien habría expresado que "He sido defensor de la soberanía de las provincias y que ahora se llama autonomía. Yo mismo introduje la palabra autonomía para reemplazarla a aquélla, a fin de que no se equivocaran las provincias sobre el alcance de su jurisdicción" (ob.cit., pág.59).

(10) Ver entre otros a María Gabriela ABALOS, "Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho Tributario nacional, provincial y municipal"; Ed. Ad Hoc; Bs.As.; dic. 2007; Enrique BULIT GOÑI, (Coordinador); "Derecho Tributario Provincial y Municipal"; Ed. Ad-Hoc; Bs.As.; 2002, del mismo autor "Constitución Nacional y tributación local"; Ed. Ad Hoc; Bs.As.; 2009; también Horacio GARCÍA BELSUNCE (direc-

Por su parte la Ciudad de Buenos Aires, a partir de la reforma de 1994, con su régimen de gobierno autónomo reconocido en el art. 129, y configurado con los demás artículos que le brindan un lugar preponderante en el juego federal (arts. 44, 45, 54, 75 incs.2 y 31; 124, 125), también posee facultades impositivas en el marco que le brinda el texto constitucional nacional y participa directamente en todo lo referente al régimen de coparticipación que se plasma en el inc. 2 del art. 75, configurándose como nuevo sujeto del federalismo.

Ello supone que tanto la provincia como el municipio y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus respectivos códigos fiscales, ejercen sus potestades tributarias propias y crean obligaciones tributarias con los límites constituciones y legales vigentes (11). Ello así, fijan los aspectos configurativos de tales obligaciones desde la determinación, sujetos, hecho imponible, etc. hasta los modos de extinción de las obligaciones tributarias que, en general se estructuran a partir del pago, la compensación y la prescripción.

El transcurso del tiempo ha modificado en cierta medida el panorama de la Constitución Nacional, ya que los poderes del gobierno federal se han ampliado por exigencias de la complejidad del mundo moderno, apelándose a las denominadas "facultades implícitas" aparte de las nuevas modalidades surgidas de las leyes de adhesión sobre unificación de impuestos que han conducido, en la práctica, a dilatar el poder tributario nacional, más la regulación del comercio internacional e interprovincial; han llevado a la configuración de un gobierno federal de amplios poderes (12).

D. Ahora bien la potestad tributaria no es omnímoda sino que se halla limitada en los modernos Estados de derecho, pues en su origen el tributo significó violencia del Estado frente al particular aun cuando su aprobación quedó confiada a los consejos del reino, representaciones corporativas e incluso asambleas populares. El cambio fundamental se produce cuando los modernos Estados constitucionales deciden garantizar los derechos de las personas resolviendo que la potestad tributaria sólo pueda ejercerse mediante la ley.

tor); "Tratado de Tributación"; tomos I y II; Ed. Astrea; Bs.As.; 2003; Juan Manuel ALVAREZ Echagüe; director; "Tributación local provincial y municipal", tomo I y II; Ed. Ad Hoc; Bs.As.; 2010, entre otros.

(11) María Gabriela ABALOS, "Límites a las potestades tributarias municipales en el federalismo argentino: aspectos constitucionales y legales"; en Juan Manuel Alvarez Echagüe (director); "Tributación local provincial y municipal"; tomo I; Ed. Ad Hoc; Bs.As.; 2010; págs. 23/47.

(12) Carlos GIULIANI FONROUGE, "Derecho Financiero"; tomo I; 5ta. ed.; Ed. Depalma; 1993; pág. 303. También Osvaldo H. Soler; "Tratado de Derecho Tributario"; 4to. Ed. Act.; La Ley; Bs.As.; 2011; págs. 162 y ss., entre otros.

Así aparece la primera y fundamental limitación a la potestad tributaria que los preceptos constitucionales consagran, y consiste en que esta potestad debe ser íntegramente ejercida por medio de normas legales, constituyendo el principio de legalidad o reserva (arts. 19, 4, 17, 75 incs. 1, 2, 3, y cc. CN). Esta limitación se completa con otras, pues constituye una garantía formal de competencia en cuanto al órgano productor de la norma, pero no constituye en sí mismo garantía de justicia y razonabilidad en la imposición. Por eso se incorporan el principio de razonabilidad (art. 28 de la CN.) y el de capacidad contributiva que constituyen el límite material en cuanto al contenido de la norma tributaria.

Las normas constitucionales no sólo limitan directamente la potestad tributaria, es decir, mediante preceptos específicamente referidos a tributos, sino que también lo hacen en forma indirecta y en cuanto garantizan otros derechos, como por ejemplo, el de propiedad, el de ejercer comercios o industrias lícitas, el de transitar libremente por el territorio del país (art. 14 C.Nac.), etc. (13).

Así como en la Argentina no hay derechos o poderes ilimitados, el poder tributario no escapa a ello, puesto que el que corresponde a las provincias reconoce las limitaciones derivadas del art. 126 de la Constitución y de las cláusulas que han conferido a la Nación poderes para afianzar la unidad nacional y para realizar fines de interés colectivo, y en tal sentido, tratándose de facultades conferidas por la Constitución al gobierno nacional, el Congreso no puede devolverlas a las provincias porque, de lo contrario, quedaría librado a su voluntad destruir el sistema federal de gobierno tal como lo establecieron los constituyentes (14).

E. En esta línea la doctrina de la Corte Suprema de la Nación ha afirmado que no es objetable la facultad de las provincias para darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, y en general todas las que juzguen conducentes a sus bienes y prosperidad, sin más limitaciones que las emanadas del art. 108 -actual 126- de la Constitución (15); siendo la creación de tributos en todas sus especies, la elección de hechos imponible como hipótesis de incidencia tributaria y formalidades de percepción del resorte exclusivo de las provincias, cuyas facultades son amplias y discrecionales, de modo tal

(13) Héctor B. VILLEGAS, "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario"; 7ma. ed.; Ed. Depalma; Bs.As.; 1989; pág. 188.

(14) Carlos GIULLANI FONROUGE, ob.cit.; pág. 302, cita los siguientes fallos sobre este punto: CSJN 3/6/66, Kleinman de Bauman, en Fallos 265-15, id. 4/12/67, "Martinez y Esquivel" en Fallos 269-313, La Ley, 129-165; "Impuestos", XXVI, 1968, p. 132, con nota; "Compañía Argentina de Teléfonos", en Fallos 268-306; etc.

(15) CSJN, Fallos 7:373.

que el criterio de oportunidad o de acierto con que la ejerzan no es cuestión revisable por cualquier otro poder (16), ya que es esencial a la autonomía de las provincias, la facultad de imponer contribuciones y percibir las sin intervención alguna de autoridad extraña (17).

De esta manera, si las provincias dentro de sus poderes reservados, pueden crear contribuciones, resulta consecuente que puedan reglar las formas de extinción de las obligaciones tributarias, por medio del pago, compensación, prescripción, confusión, quita, remisión, etc. o prever la cancelación de las obligaciones tributarias por otros medios.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto algunos casos limitando las facultades reservadas a las Provincias, mientras que en otros ha interpretado favorablemente dichas cláusulas. Así en la causa "Tomasa de Vélez Sarsfield contra Consejo de Educación de la Provincia de Buenos Aires" (18), fallada en 1882, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 62 inc. 3 de la Ley de Educación Común de la Provincia de Buenos Aires, que establecía el impuesto sobre las herencias con destino al Fondo de escuelas comunes. El voto de la mayoría sostuvo que el tributo que pesaba sobre toda herencia o legado con destino a la educación común constituía una legítima forzosa establecida al margen de las previsiones del Código Civil, que afectaba el derecho de testar de la causante. Sarmiento, que había intervenido en la causa en representación del Consejo de Educación provincial en un opúsculo de 100 páginas publicado en el año 1882, defendió los derechos de la Provincia a gravar las herencias, sobre la base que de su propia Constitución ni de la Nacional surge restricción especial al ejercicio de la potestad tributaria, materia no delegada al Gobierno Federal (19).

En esta misma línea, en 1947 en la causa "Ana Masotti de Busso contra Provincia de Buenos Aires" (20) la Corte declaró la inconstitucionalidad del adicional progresivo de la contribución territorial establecido por la Provincia demandada cuyo porcentual se graduaba con relación al valor total del inmueble, con prescindencia de la parte indivisa de cada condómino, al considerar que el citado adicional implicaba un desplazamiento de las

(16) CSJN, Fallos 51:350; 105:273; 114:262; 137:212; 150:419; 174:353, entre otros.

(17) CSJN, Fallos 114:282.

(18) CSJN, 10/11/1882, Fallos 23:647.

(19) German KRIVOCAPICH, "Análisis del Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes. A propósito de su reimplantación en la provincia de Buenos Aires", publicado en la Edición Especial sobre Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes, en El Dial.com, 5 de octubre de 2011. Citar: elDial.com - DC16E8.

(20) CSJN, 7 de abril de 1947, Fallos 207:270. Doctrina reiterada en Fallos 234:568.

normas sobre condominio establecidas en el Código Civil, y consideró que la legislación provincial constituía una injerencia ilegítima en una materia reservada al Congreso Federal por el art. 67 inc.11—actual 75 inc.12— de la CN.

Contrariamente a lo establecido, el mismo Tribunal la causa “Atilio Liberti” (21) fallada en 1956, el tema en discusión versaba sobre si las provincias podían gravar la transmisión hereditaria del causante en una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada, con bienes en ellas y asiento en otra jurisdicción territorial donde también se hallaba domiciliado aquél al momento de su fallecimiento. La Corte no admitió la posición del fisco provincial al sostener que ello implicaría desplazar las disposiciones del Código Civil en materia de sociedades, en tanto la liquidación del impuesto en la sucesión del socio fallecido, respecto de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad, exigiría admitir la coexistencia del dominio de los socios sobre las cosas que son de la sociedad o la asimilación de la sociedad a un condominio en contradicción con los arts. 2508 y 1702 del Código Civil. Orgaz en su voto señala que “El hecho de que las provincias hayan delegado en la Nación la facultad de dictar los códigos de fondo no importa que aceptaran limitaciones a su potestad impositiva resultantes de preceptos del Código Civil, sino solamente la existencia de un régimen uniforme en materia de relaciones privadas. El Código Civil no es limitativo del derecho público ni subsidiario de éste, al menos en su generalidad”, y agrega que “No es legítimo interpretar la Constitución Nacional Carta Suprema y federalista según el Código Civil, código accesorio y unitario, sólo concerniente a las relaciones privadas. La solución del problema de la potestad fiscal de las provincias debe buscarse en la Constitución Nacional en sí misma, a la luz de los antecedentes de nuestra historia y teniendo en mira los grandes objetivos para que fue dictada. Entre éstos se halla el de la conservación y vigorización del federalismo, esto es, del poder de las provincias para gobernarse por sí mismas, y para reglar, en todo lo no delegado a la Nación, cuanto concierne a su régimen, progreso y bienestar. El federalismo es ilusorio sin la autonomía financiera de las provincias”.

Años más tarde, en 1959, resolvió en la causa “Lorenzo Larralde” (22) la constitucionalidad del impuesto inmobiliario establecido por la provincia de Buenos Aires sin atenerse a la parte indivisa de cada condómino. Así entendió que pretender que las provincias en el ejercicio de sus facultades

(21) CSJN, 10/8/1956, “Atilio Liberti s/ sucesión”, Fallos: t. 235:571 (LL. 84-469). La doctrina del caso Liberti fue dejada de lado en el caso de la CSJN, 6/12/1961, “Cobo de Ramos Mejía, María Lía y otras c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”, Fallos 251:379.

(22) CSJN, 2/3/1959, “Larralde, Lorenzo s/ demanda de inconstitucionalidad”, Fallos 243:98.

privativas de imposición de contribuciones y la manera de percibir las, deben atenerse a las limitaciones que puedan surgir del Código Civil, importaría querer limitar el federalismo de la Constitución con el unitarismo del Código Civil. Con acierto afirma —en dicho fallo— que “Es excesiva la doctrina según la cual el Código Civil, en razón de haber sido dictado por el Congreso, constituye una ley limitativa de la facultad de las provincias para establecer impuestos en su jurisdicción. Tal pretensión importa hacer de dicho Código, sólo concerniente a las relaciones privadas, un derecho supletorio del derecho público financiero, en el caso, y limitar el federalismo de la Constitución con el unitarismo del Código Civil. Esto es inaceptable como doctrina general: sólo excepcionalmente, en la medida en que el Código Civil contiene principios o normas generales de derecho rige también en el campo del derecho público”. De esta manera, “La delegación hecha por las provincias en la Nación para dictar los códigos de fondo no importó limitar las facultades de derecho público de que no se desprendieron en beneficio de la Nación. Ello sólo tuvo por objeto establecer un régimen uniforme en materia de derecho privado”.

En otros supuestos la Corte Suprema consideró que las disposiciones del Código Civil referido a la materia de obligaciones resultaba comprensiva tanto de las relaciones de derecho privado como público, por lo cual la legislación provincial no podía pretender apartarse de sus previsiones. Así en materia de emergencia económica o consolidación de deudas del Estado, el legislador provincial no puede apartarse de la legislación nacional, estableciendo plazos más extensos para el pago de las obligaciones consolidadas (23) o pretendiendo substraer su patrimonio de la acción de los acreedores (24) contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, pues las relaciones entre acreedor y deudor son de la exclusiva competencia del Congreso Nacional (25).

### III. Evolución jurisprudencial y doctrinaria en relación a tributos locales y normas sobre prescripción

A. Desde hace tiempo se vienen plasmando en el derecho argentino diversas interpretaciones doctrinarias respecto a si las normas del Código Civil referidas a las obligaciones y en especial las de prescripción, se aplican a todas ellas incluidas las tributarias (26).

(23) CSJN, 24/3/1992 “Provincia de Santiago del Estero c. YPF”, La Ley 1992-C, 431.

(24) CSJN, 15/12/1998 “Provincia del Neuquén c. Estado Nacional”, DJ, 1999-2, 301.

(25) CSJN; Fallos: t. 61:19; 113: 158; 119:117; 121:250; 133:161; 171:431; 172:11; 176:230; 182:498; 311:1795; 318:2660, entre muchos otros.

(26) Roberto A. COSUNDINO, “Sobre las facultades provinciales en materia de prescripción de tributos”; en LLLitoral 01/01/2009, 969.

Las voces en la doctrina se nuclean en posiciones antagónicas que pueden ser calificadas en privatista o civilista versus la publicista.

1. La primera posición que podríamos denominar privatista o civilista afirma que el régimen de la propiedad privada está contenido en el Código Civil en virtud del art. 75 inc. 12 de la C.Nac., y que dicho corpus extiende o proyecta su capacidad reguladora a las deudas tributarias y en particular a su plazo de prescripción. Así, por más que las normas de cada provincia, relativas a impuestos provinciales, determinen lapsos más prolongados de extinción de obligaciones, prevalece la necesaria uniformidad que suministra el Código Civil en la materia (27).

De esta forma, el texto expreso del art. 75, inc. 12 de la CN, limita a las provinciales a la hora de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza. Ello llevaría a sostener que ningún código fiscal provincial o municipal debería reglar los modos de extinción de las obligaciones tributarias, no solamente la prescripción sino también el pago y la compensación, para dar cabida a la aplicación lisa y llana de las normas civiles.

Esta posición se basa en que la prescripción es un instituto de orden público creado para dar estabilidad y firmeza a los actos y negocios, sin distinciones, ostentando dos elementos fundamentales: la inacción de quien puede reclamar y el transcurso del tiempo. Aspectos estos que, considerando no sólo la utilidad social del instituto sino su regulación propia de la legislación común, no pueden quedar librados a tantas normas e interpretaciones como jurisdicciones puedan y deban intervenir en el conflicto entre un acreedor y su deudor (28). En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace décadas tiene dicho que “no basta apelar a la autonomía del derecho tributario para desconocer la uniformidad de la legislación de fondo (...) uniformidad que no sería tal si las provincias pudieran desvirtuarla en su esencia, legislando con distinto criterio instituciones fundamentales de carácter común, so color del ejercicio de los poderes reservados” (29).

Conforme a ello, los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponden a la legislación nacional de fondo; conse-

(27) Walter F. CARNOTA, “La estructura constitucional de la obligación tributaria”; en LL. 2000-E-1036, entre otros.

(28) José Pablo DESCALZI, “Prescripción de tributos locales en la Corte”; en DJ19/05/2010, 1308.

(29) CSJN. *In re* “Martínez y Esquivel, Dora R. y otros c/Provincia de La Pampa” de 1967 (Fallos 269:373 Considerando 7), también en “Verdini” de 2004 (Fallos 327:3187).

cuentemente, no cabe a las provincias —ni a los municipios, ni a la Ciudad Autónoma— dictar leyes incompatibles con lo que esa legislación común establezca. Por otro lado, la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo (art. 75 inc. 12 CN), comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta y, entre ellas, la de legislar de manera uniforme sobre los distintos modos de extinción de las obligaciones.

2. Por otro lado, en la posición que podríamos denominar publicista, están quienes entienden que la obligación tributaria provincial se rige por normas y principios del derecho público local, ya que conforme a la regla de distribución de competencias en el federalismo argentino, cada legislatura provincial al crear tributos también puede fijar los modos de extinción y dentro de ellos la prescripción con plazos que podrán o no coincidir con los estipulados por la legislación civil.

En esta visión se defienden las potestades provinciales, y se interpreta que la delegación de la facultad legislativa realizada por las provincias en el Congreso Nacional no ha sido absoluta, y dentro de las atribuciones reservadas por ellas para sí, está la de establecer tributos en sus respectivos territorios. De allí que esa facultad engloba también la de establecer los medios para tornar efectiva la carga tributaria. De esta forma el derecho público provincial prevalece en su materia sobre la legislación civil, consecuentemente, la prescripción liberatoria de los tributos se rige por la norma local.

Se basa esta posición en el reconocimiento de autonomía del derecho tributario, tal como lo han afirmado García Belsunce (30), Jarach (31), Villegas (32) y Casas (33), entre otros. Coincidimos con García Belsunce en cuanto a que “la uniformidad o unidad de la legislación nacional si bien no es un precepto, declaración o garantía constitucional, sino una forma de concretar el amplio mandato, de naturaleza más política que jurídica, que surge de su preámbulo, no está amenazada porque la legislación tributaria provincial pueda apartarse de la legislación de fondo si de ella no

(30) Horacio GARCÍA BELSUNCE, “Temas de Derecho Tributario”, Ed. Abeledo-Perrot, p. 27 y ss.; “La autonomía del Derecho Tributario (A cuarenta años de mi primera clase universitaria)”, Depalma, 1996

(31) Dino JARACH, “Curso Superior de Derecho Tributario”, t. I, p. 7, 1ª ed., Buenos Aires, 1957.

(32) Héctor Villegas, “Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario”, ob.cit.; págs. 124-131.

(33) José Osvaldo CASÁS, “Gravitación del Derecho Civil sobre el Derecho Tributario Provincial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina”, t. XIII, p. 293, en Doctrina Tributario de Errepar.

surge una violación evidente de las declaraciones, derechos y garantías constitucionales" (34).

Por su parte Spisso (35), quien remite a García Belsunce, sostiene que el derecho tributario tiene autonomía porque las instituciones que integran el derecho tributario tienen naturaleza propia que derivan del poder tributario; las relaciones que vinculan al fisco con los contribuyentes son de derecho público (36); la fuente de las obligaciones en derecho civil y en derecho tributario es distinta, la voluntad de las partes o la ley en el primero y el poder coactivo del Estado en el segundo; las normas de derecho civil y de derecho tributario actúan frecuentemente en ámbitos diferentes y persiguen objetivos distintos (37); las figuras del derecho civil actúan en las relaciones de las personas entre sí o con terceros, en tanto que los principios del derecho fiscal rigen solamente en orden al propósito impositivo del Estado, lo que quiere decir que aquéllas y éstos imperan en zonas que no son necesariamente subordinables las unas a las otras (38); el derecho tributario no se atiene a los conceptos del derecho privado, las leyes impositivas pueden tratar del mismo modo situaciones diferentes según el Código Civil y viceversa (39); en caso de silencio de la ley tributaria no hay que recurrir necesariamente a los principios del derecho privado, ya que sus fines pueden ser opuestos a los de aquélla.

Por su parte, el Modelo de Código Tributario para América Latina del Programa de Tributación Conjunta OEA-BID del año 1967, redactado por Carlos M. Giuliani Fonrouge (Argentina), Rubens Gomes de Sousa (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay), consignó en la "Exposición de motivos: análisis del articulado", que: "Como consecuencia del principio de la autonomía del Derecho tributario que inspira el proyecto, los vacíos y oscuridades de las normas tributarias deben solucionarse recurriendo en primer término a los principios generales de esta rama jurídica. En ausencia de ellos, el intérprete puede acudir a los principios de otras ramas jurídicas, sin necesidad de seguir ningún orden predeterminado, ya que el Derecho tributario no es excepcional con respecto a ninguna otra rama jurídica en particular. Deberá, como dice el Código, recurrirse

(34) Horacio GARCÍA BELSUNCE, "La autonomía del derecho tributario frente a la legislación tributaria provincial", ED 87-895.

(35) Rodolfo SPISSO, "Proyección de los Códigos Nacionales sobre el derecho tributario provincial", en LL. 03/06/2009, 6.

(36) CSJN, 11/12/1990 "O.S.N. c. Aquilino Colombo s/ ejecución fiscal", ED. 140-737.

(37) CSJN, Fallos 251:379, consid.14.

(38) CSJN, Fallos 211:1254.

(39) CSJN, Fallos160:114, 166:383; 198:154; 203:161; 205:576.

a los principios que más se avengan a la naturaleza y fines del Derecho tributario" (40).

Conforme a esta posición la prescripción de los tributos provinciales y municipales debe ser regulada por las respectivas legislaciones locales, en virtud de constituir materia reservada al estado provincial (arts. 121 y 126 de la CN.); de ahí que las normas del Código Civil regulan la prescripción de los tributos provinciales y municipales sólo en aquellos casos en que las disposiciones locales remitan a ellas. Bien se ha dicho que si las provincias se reservaron ciertas materias, debe comprender todos los aspectos de éstas, como ocurre con cuestiones de derecho administrativo tales como el empleo público y la responsabilidad del Estado, sin que ello implique oponerse a la regla del art. 75 inc. 12 por cuanto la regulación de las relaciones entre acreedores y deudores de todo el país se rige por el Código Civil y Comercial, Laboral o de la Seguridad Social, y ello no obsta a que existan regímenes íntegramente previstos en la esfera local —nacional— que sólo tienen valor en las relaciones entre el Estado nacional y ciertos ciudadanos, y otros que rigen sólo las relaciones entre los Estados locales y sus ciudadanos (41).

B. En lo que respecta a la jurisprudencia, los fallos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en especial a partir del retorno a la legalidad institucional en 1983, sientan una posición mayoritariamente a favor de la postura civilista aunque con matices. No deja de advertirse que en la década del 40 en el caso "Provincia de Entre Ríos contra Tegbi, Simón", ya se resolvió que "... el art. 6 de la ley 2855 de la Prov. de Entre Ríos interpretado de modo que excluye la aplicación de los preceptos del Código Civil sobre prescripción de las acciones, para someterla a lo dispuesto por aquella ley, es violatorio del art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional" (42).

1. En la década del 80 comenzó a discutirse esta temática principalmente a partir del fallo plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en 1983 en la causa "Obras Sanitarias de la Nación c. Galvalisi, José y otros" (43), oportunidad en la que revisara la doctrina plenaria de las Cámaras

(40) Ver "Reforma Tributaria para América Latina: Modelo de Código Tributario", Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 1967; págs.12 y 14.

(41) Gisela SCHUMACHER, "La prescripción en el derecho público local y el impacto en el nuevo Código Civil y Comercial"; en Revista de Derecho Público; El derecho público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; tomo I, año 2015-1, Ed. Rubinzal Culzoni; Bs.As.; junio de 2015; pág. 441.

(42) CSJN. 1943 Fallos 196: 261.

(43) CNCiv, En Pleno, 30/03/1983, LL 1983-B, 615, Cita Online: AR/JUR/476/1983. Así lo sostiene Julio Viñas en "Prescripción de los tributos locales y el Código Civil y Comercial"; en La ley 30/09/2015, 30/09/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/3277/2015.

Civiles en pleno de la Capital Federal sentada en autos "O. S. N. c. Alvarez y otros" el 10 de octubre de 1922 (44), según la cual prescribían por el plazo ordinario del art. 4023 del Cód. Civil, es decir, diez años, la acción de cobro de la tasa de servicios que presta Obras Sanitarias de la Nación. En su lugar, la nueva doctrina plenaria estableció que el plazo de prescripción de la acción de cobro de los tributos mencionados era el de cinco años contemplado por el art. 4027, inc. 3 del Cód. Civil. El voto de la mayoría, tomando como punto de partida la disidencia del doctor Colmo del plenario anterior, enuncia la tesis jusprivatista argumentando que la tasa de servicios de OSN no refleja una relación de derecho público; que el fisco no tiene ninguna situación de privilegio en cuanto a la prescripción de sus derechos civiles (art. 58, Cód. Civil ya no vigente y su nota); que tratándose de una deuda periódica rige el plazo quinquenal previsto por el art. 4027, Cód. Civil, que si bien exigirá una mayor diligencia estatal la misma se verá atenuada por los modernos métodos de trabajo con apoyo en la cibernética y medios de comunicación; que tratándose de una tasa y no de un impuesto, resulta inaplicable el art. 1 de la ley 11.585 que establece el plazo decenal de prescripción para las acciones de cobro de impuestos y multas nacionales. La disidencia defiende la tesis juspublicista, aduciendo que las relaciones entre el contribuyente y el Fisco son eminentemente de derecho público y por tanto no pueden ser aplicables normas que como las que estatuyen sobre prescripción en el Código de Vélez se referían a obligaciones de derecho privado, cuyos principios sólo se aplican de manera supletoria cuando el conflicto no puede ser decidido en manera alguna según el derecho tributario o fiscal; que el art. 3951 del mencionado Código excluye de dicha normativa los vínculos surgidos con motivo de la aplicación de tributos; que en esta materia conviene dar primacía al principio de autonomía del derecho tributario, pues prescindir de dicha orientación podría provocar el desvío de trasladar criterios privatistas a un ordenamiento inmerso en una sistemática distinta, a veces incompatible; que resulta aplicable el plazo decenal de prescripción para las acciones de cobro de impuestos y multas nacionales establecido por la Ley 11.585, pues en el término "impuestos" debe entenderse incluidos los impuestos propiamente dichos, las tasas y contribuciones especiales dado la amplia significación adjudicada por el legislador al ingreso público de mayor relevancia como es el impuesto; aun cuando no resultare aplicable directamente el referido ordenamiento jurídico, sí lo sería por vía de analogía, interpretación válida en esta materia pues no se trata de crear un tributo o aumentar su importe, sino de elegir el lapso prescriptivo.

2. Años más tarde, en 1985, la Corte Suprema resuelve el caso "Obras Sanitarias de la Nación c. Castiglioni y Lissi, Jorge A. L." (45) y deja sin

(44) LL. 54 - 178. JA. 9 - 661.

(45) CSJN, 02/04/1985, LL 1985-C, 35, con nota de Aristides H. M. Corti; Cita Online: AR/JUR/1720/1985.

efecto una sentencia de la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que con fundamento en la doctrina plenaria antes mencionada declaró aplicable el plazo de prescripción quinquenal del art. 4027 inc. 3 del Cód. Civil a la acción de cobro de la tasa de OSN, y en su lugar declara aplicable al caso el plazo de prescripción decenal contemplado por el art. 1 de la ley 11.585 adhiriendo a la tesis publicista. Se señala que la vinculación jurídica entre el Estado y los contribuyentes con motivo de obligaciones tributarias corresponde a una relación de derecho público (considerando 5), y que en virtud del principio de autonomía del derecho tributario consagrado en el art. 11, ley 11.683 cabe aplicar la hermenéutica específica de las leyes tributarias, señalando que su exégesis debe efectuarse a través de una razonable y discreta interpretación de los preceptos propios del régimen impositivo y de las razones que los informan con miras a determinar la voluntad legislativa debiendo recurrirse a los principios del derecho común, con carácter supletorio posterior, cuando aquellas fuentes no resulten decisivas (considerando 6). Luego ante la ausencia de previsión legal expresa cabe acudir por vía de analogía, a la ley 11.585 integrando el ordenamiento especial con otra disposición propia del ámbito del derecho tributario adoptando un plazo de prescripción perteneciente a un sistema legal compatible con las características propias del gravamen en cuestión con el fin de que éste no se vea afectado por las consecuencias provenientes de una norma que responda a una diversa concepción legislativa acerca del proceso de extinción de la obligación tributaria (considerandos 9 y 10).

3. En igual sentido, el año 1989, el Máximo Tribunal de la Nación en el caso "Santos, Ramiro v. Instituto de Seguridad Social de la Provincia de Tucumán s/ acción contencioso-administrativa" (46), admitió la prevalencia del derecho público local con relación a las normas del derecho privado en materias no delegadas a la Nación al convalidar la facultad de los gobiernos locales para establecer plazos de prescripción en materia previsional local.

4. En esta misma línea, en "Obras Sanitarias de la Nación contra Colombo, Aquilino", del 11 de diciembre de 1990, la Corte Suprema resolvió que dado que el art. 59 de la ley 11.683 adopta como principio la prescripción quinquenal, coincidiendo el plazo allí fijado con el que en derecho privado comprende todo lo que debe pagarse por años o por plazos periódicos más breves (art. 4027, inc. 3 del C. Civil), la aplicación de igual plazo a las tasas retributivas de servicios representa una solución armónica con la aplicable a la mayor parte de las relaciones jurídicas de derecho tributario y a las de

(46) CSJN, 15/08/1989, Fallos: 312:1340.

derecho privado. Estas consideraciones son reiteradas en julio de 1997, en la causa "Sandoval, Héctor c/Provincia de Neuquén" (47), entre otras.

5. Sin embargo el precedente más importante hasta el momento puesto que la misma Corte Suprema lo utiliza como *leading case* para resolver causas similares, es "Municipalidad de Avellaneda s/inc.de verif. en Filcrosa S.A. s/quiebra" del 30 de septiembre de 2003.

El caso tuvo su origen en la pretensión en el concurso de Filcrosa S.A., de un crédito perteneciente a la Municipalidad de Avellaneda. La sentencia de la Sala "E" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, confirmó lo resuelto por la instancia inferior en cuanto verificó el crédito municipal aplicando la prescripción decenal, rechazó la defensa de prescripción opuesta por la sindicatura de la quiebra de Filcrosa S.A. Estimó que era jurisprudencia de esa Sala que la delegación de la facultad legislativa realizada por las provincias en el Congreso Nacional no había sido absoluta y que, dentro de las atribuciones reservadas por ellas para sí, está la de establecer tributos en sus respectivos territorios. De allí, coligió que esa facultad englobaba también la de establecer los medios para tornar efectiva la carga tributaria, ya que de otro modo aquélla devendría impotente. Concluyó en que el derecho público provincial prevalece en su materia sobre el Código Civil, consecuentemente, que la prescripción liberatoria de los tributos aquí cuestionados se rige por la norma local. La Alzada sostuvo que en cuanto a la prescripción de los tributos locales, rige lo dispuesto por las normas provinciales y municipales, sin que resulte aplicable lo normado en el art. 4027, inc. 3 del Código Civil, ya que la reglamentación relativa a impuestos locales es una facultad privativa de las provincias y de sus comunas, no delegada al Estado Nacional.

Contra dicho pronunciamiento se articuló el remedio extraordinario federal, el que fuera denegado; motivando el Recurso de hecho deducido por el síndico en la causa Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda. En opinión del Procurador, cabía hacer lugar al recurso de hecho, declarar procedente el remedio federal, y revocar la sentencia, sosteniendo que la solución propuesta concordaba con los principios que fundan el establecimiento de un plazo de prescripción más corto para los créditos de devengamiento periódico, puesto que tiende a evitar que la desidia del acreedor ocasione al deudor trastornos en su economía, al acumularse un crecido número de cuotas al cabo del tiempo, sin que se advierta la imposibilidad de la comuna de obrar "con adecuada diligencia dentro de un plazo como el de cinco años, ya bastante prolongado, puesto que los modernos sistemas de computación pueden

(47) Fallos 320:1344, Considerandos 6 y 7.

ser actualizados en el momento oportuno para detectar la nómina de los deudores y promover las acciones legales pertinentes en resguardo de sus intereses" (48).

Luego, por mayoría conformada por Fayt, Belluscio, Moliné Oconnor, Boggiano, López y Vázquez, con la disidencia de Petracchi y Maqueda, el máximo Tribunal advirtió que no es hecho controvertido que es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de establecer los tributos cuya verificación fue reclamada en autos. La cuestión litigiosa, en cambio, consiste en dilucidar si esa facultad incluye la de fijar la prescripción de los aludidos tributos o, en cambio, esta última corresponde a la Nación en razón de lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, de la misma Constitución.

Al respecto recordó el Supremo Tribunal que esa cuestión ya había sido resuelta por esa Corte en varias oportunidades, en las que declaró que las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, pues las provincias carecían de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo. Ratificando dicha doctrina se sostuvo que la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho, lo que ha justificado que, en ejercicio de la habilitación conferida al legislador nacional por el citado art. 75, inc. 12, éste no sólo fijará los plazos correspondientes a las diversas hipótesis en particular, sino que, dentro de ese marco, establecerá también un régimen destinado a comprender la generalidad de las acciones susceptibles de extinguirse por esta vía.

Se agrega que debe tenerse presente que del texto expreso del citado art. 75 inc. 12 de la CN. deriva la implícita pero inequívoca limitación provincial de regular la prescripción y los demás aspectos que se vinculan con la extinción de las acciones destinadas a hacer efectivos los derechos generados por las obligaciones de cualquier naturaleza. Y ello pues, aun cuando los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos. Se sustenta así en la afirmación de que lo atinente a la prescripción no concierne al régimen impositivo previsto en la Constitución, esta solución respeta las previsiones de su art. 31, que imponen a las provincias, en ejercicio de su poder no delegado, adecuarse a las normas dictadas por el Congreso Nacional en ejecución de aquellos que sí lo han sido.

Por su parte, el voto en minoría de Petracchi y Maqueda se funda en que debe compararse el plazo de prescripción que establece la normativa local,

(48) Fallos: 313:1366, Considerando 13.

frente al que regula la Nación en materia de tasas o impuestos a través de las leyes 11.585 y 11.683; y en la medida en que el plazo de prescripción establecido en la legislación local no supere el establecido por la Nación para el cobro de las tasas nacionales, no resulta posible considerar que la provincia ha violentado el deber de adecuarse a la legislación nacional uniforme que le impone el art. 75, inc. 12, de la CN., ya que si la Nación ha entendido necesario modificar o precisar el plazo de prescripción previsto en los códigos de fondo, elementales razones de igualdad impiden exigir a los estados provinciales un comportamiento distinto. (Considerandos 14 a 16).

De esta forma, la Corte Suprema en voto mayoritario convalidó la tesis civilista, por cuanto la facultad del Congreso Nacional de dictar los códigos de fondo, comprende la de establecer las formalidades que sean necesarias para concretar los derechos que reglamenta. Desde este pronunciamiento a la actualidad las administraciones tributarias locales promovieron la adaptación de los Códigos y Ordenanzas Fiscales a este paradigma. Mientras tanto, la jurisprudencia de los Tribunales Inferiores ha sido fluctuante, algunos Superiores Tribunales de provincia se fueron enrolando en esta línea jurisprudencial y otros, como el de Mendoza, ha adoptado una posición intermedia (49).

6. En el 2004 la Corte Suprema resuelve el caso "Provincia del Neuquen contra Fuerza Aérea Argentina", el 29 de junio de 2004 (50), e insiste en la posición adoptada en "Colombo", en cuanto a que la aplicación del plazo quinquenal a las tasas retributivas de servicios representa una solución armónica con la aplicable a la mayor parte de las relaciones jurídicas de derecho tributario y a las de derecho privado. Así se expresa que "en tal situación -se concluyó- viene a coincidir el plazo de prescripción quinquenal con la norma que regula la generalidad de los recursos impositivos y en la que en derecho privado comprende todo lo que debe pagarse por años o por plazos periódicos más breves (artículo 4027, inciso 3°, del Código Civil), por lo que la aplicación de igual plazo a las tasas retributivas de servicios representa una solución armónica con la aplicable a la mayor parte de las relaciones jurídicas de derecho tributario y a las de derecho privado" (Fallos: 313:1366). En este orden de ideas, cabe concluir que el plazo de prescripción de las tasas aeronáuticas es de cinco años. En consecuencia, los reclamos por períodos que excedan ese plazo se encuentran prescriptos.

(49) Al respecto puede verse de María Gabriela ABALOS; "Tributación local y prescripción en la jurisprudencia de la Corte de Justicia Federal y de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza", en Revista La Ley Gran Cuyo, febrero de 2014.

(50) Publicado en LL. 18/10/2004, 4, con nota de Mario Folchi.

7. El mismo año la Corte Suprema extiende lo señalado en el ámbito del derecho administrativo local, así falla en "Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén" sentencia del 19 de agosto de 2004 (51). En este caso, el Tribunal Superior de Neuquén hizo lugar a la excepción opuesta por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, y declaró prescripta la demanda deducida por Edgardo Ulises Verdini. El particular pretendía obtener la reparación de los daños causados por la nulidad del acto administrativo que dispuso su suspensión como prestador del citado organismo. La Corte Suprema resolvió fundamentándose en la causa "Filcrosa" y recordando que, de acuerdo con doctrina del Tribunal las legislaciones provinciales que reglamentaban la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, "...pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (Fallos: 175:300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209 y 320:1344)...". Mientras que Petracchi y Maqueda remiten a sus disidencias en la causa Filcrosa.

8. Años más tarde, el Superior Tribunal reitera estas consideraciones en el caso "Recurso de hecho deducido por Casa Casmma S.R.L. en la causa Casa Casmma S.R.L. s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación tardía (promovido por Municipalidad de La Matanza)" del 26 de marzo de 2009. La mayoría de Tribunal hace suyos los considerandos del dictamen de la Procuradora Fiscal que en tal sentido expresa "es menester recordar que es conocida la jurisprudencia del Tribunal en cuanto a que no obstante que sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y que sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a sus sentencias (Fallos: 25:365; 307:1094; 315:2386, entre otros). De allí deviene la conclusión de que carecen de fundamento las resoluciones de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos como el presente, donde dicha posición fue expresamente invocada por el apelante".

Sin embargo Argibay se expide críticamente diciendo que un tema tan importante como lo es la prevalencia de las facultades de las provincias respecto a los tributos y todo lo que ello implica debería ser discutido en su ámbito propicio, el cual, es el Congreso de la Nación donde se encuen-

(51) CSJN. "Verdini, Edgardo Ulises c/ Instituto de Seguridad Social de Neuquén", Fallos 327:3187.

tran los representantes de las provincias y de esa manera revertir todo el pensamiento sentado por el fallo Filcrosa que se toma como modelo para resolución de casos similares. Expresamente señala “Los agravios vinculados con el plazo de prescripción aplicable encuentran respuesta en los fundamentos dados por esta Corte en Fallos: 326:3899. Con relación a este aspecto, entiendo oportuno señalar que la línea de decisiones que viene siguiendo el Tribunal a partir del caso “Filcrosa” no ha merecido respuesta alguna del Congreso Nacional, en el que están representados los estados provinciales y cuenta con la posibilidad de introducir precisiones en los textos legislativos para derribar así las interpretaciones judiciales de las leyes, si de alguna manera se hubiera otorgado a éstas un significado erróneo...” . Y continúa: “Tal circunstancia confiere plausibilidad a la interpretación de la legislación nacional que sirvió de fundamento a la decisión adoptada en dicho precedente, pese a las dificultades que encuentro para extraer del Código Civil, a partir de la argumentación utilizada en el fallo, el claro propósito legislativo de limitar el ejercicio de los poderes provinciales en el ámbito de sus materias reservadas. A ello debe agregarse que en la causa no se ha promovido seriamente la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil ni se ha articulado una crítica orientada a revisar esa interpretación que, mientras siga en pie, cuenta con la autoridad para gobernar la solución de casos similares o análogos a aquéllos en los que ha operado como ratio decidendi”.

Estas reflexiones de Argibay ponen de manifiesto que el tema no se encuentra finiquitado, sino que el debate continúa y por ello, el llamado al Congreso de la Nación, donde constitucionalmente debería discutirse en profundidad esta temática.

9. También en la causa “Municipalidad de Resistencia c. Lubricom SRL”, el día 8 de septiembre de 2009, la Corte Suprema vuelve a expedirse remitiendo a la doctrina del caso Filcrosa. Así para Lorenzetti, Fayt, y Zaffaroni el tema se resuelve con la doctrina del caso “Filcrosa” de 2003, mientras que Petracchi y Maqueda, se remiten a la disidencia que expresaron en el citado caso. Argibay vuelve a recordar lo expresado en su voto en Casa Casmma, y Highton de Nolasco considera que lo resuelto por el Tribunal provincial no tiene relación con la solución del precedente en cuestión.

En efecto señala Highton de Nolasco que según “Filcrosa S.A.” (Fallos: 326:3899), corresponde invalidar las legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil. En efecto, a diferencia del precedente citado donde se cuestionaba una decisión que hizo primar el plazo decenal previsto en la normativa fiscal provincial, en la presente causa el a quo consideró que era aplicable a los

impuestos y tasas el plazo de prescripción contemplado en el art. 4023 del Código Civil, descartando la prescripción quinquenal prevista en el art. 4027, inc. 3°, del Código Civil. Al decidir de este modo, la corte provincial resolvió la cuestión con arreglo al derecho de fondo —al margen de señalar su concordancia en el caso con el ordenamiento tributario local—, de modo que la solución a que arriba Highton de Nolasco sólo traduce una hermenéutica posible respecto de temas regidos por el derecho común, cuestión ajena —por su naturaleza— a la vía del art. 14 de la ley 48.

10. En el mismo año 2009 la Corte Suprema resuelve “Bruno, Juan Carlos c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa”, el 6 de octubre de dicho año, donde se trata de una acción promovida por Juan Carlos Bruno contra la Provincia de Buenos Aires, para repetir las sumas que pagó indebidamente —dice— en concepto de impuestos al servicio de electricidad, que tacha de inconstitucionales. La demandada, en lo que interesa, opone como defensa la prescripción quinquenal, prevista tanto en los art. 118 y 119 de la ley provincial 10.937, como en los art. 56 y 61 de la ley nacional 11.683. El actor rechaza el planteo; indica que la legislación local no es aplicable y que la acción de repetición de impuestos pagados a la provincia están sometidos al plazo genérico del art. 4023 del Código Civil. El Tribunal consideró, en lo pertinente, que “en los casos en que se persigue la repetición de sumas pagadas a una provincia por impuestos que se tachan de inconstitucionales, es de aplicación el plazo decenal de prescripción establecido por el art. 4023 del Código Civil” (Considerando 3). Y con esta base, el cómputo de los plazos y la cita —entre otros precedentes clásicos— de “Filcrosa”, rechaza la defensa opuesta por la demandada.

La disidencia también estuvo a cargo de Petracchi y Maqueda, que además de remitirse a los fundamentos de la disidencia en “Filcrosa”, expresaron —en lo puntual— que “la aplicación del plazo de prescripción contemplado por el art. 4023 del Código Civil (a los supuestos de repetición) está supeditada a que la materia no se encuentre regulada de otra forma por las leyes especiales, condicionamiento que no se verifica en materia de repetición de impuestos frente al régimen específico sancionado por la ley 11.683 y que, por ende, lleva a descartar la operatividad de aquel plazo genérico” (Considerando 6, párr. final) (52).

11. Más recientemente, en la causa “Fisco de la Provincia c/ Ullate, Alicia Inés - ejecutivo - apelación - recurso directo”, fallado el 1 de noviembre de 2011, la Corte Suprema remitió al Dictamen Fiscal. En tal dictamen se hizo

(52) Ver el comentario de José Pablo DESCALZI, “Prescripción de tributos locales en la Corte”; en DJ19/05/2010, 1308.

referencia a que el punto en litigio se circunscribe a dilucidar si el código tributario local puede disponer un momento distinto para el inicio del cómputo del plazo de prescripción que el previsto por el legislador nacional de manera uniforme para toda la República, que se halla regulado en el art. 3956 del Código Civil. Advierte que esta cuestión es sustancialmente análoga a la ya resuelta en Fallos: 326:3899, entre otros, por los que se sostuvo que si las provincias no tienen competencia en materia de prescripción para apartarse de los plazos estipulados por el Congreso Nacional, tampoco la tendrían para modificar la forma en que éste fija su cómputo.

Por su parte Maqueda, remite a la disidencia que sostuvo con Petracchi en Filcrosa.

12. También en el caso “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Bottoni, Julio Heriberto s/ej.fiscal” (53) del 6 de diciembre de 2011, la Corte Suprema remitió al Dictamen Fiscal y los jueces Petracchi y Maqueda insisten en los fundamentos de la disidencia que suscribieron en el caso “Filcrosa”. La particularidad interesante en este caso es que se trataba de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no de una provincia.

En las consideraciones de la señora Procuradora Fiscal, se hace un resumen de los principales pronunciamientos de la Corte Suprema indicándose que la doctrina sentada en “Filcrosa” ha sido reiterada en materia de obligaciones tributarias locales en Fallos: 332:616; 332:2108; 332:2250, y en las causas M.376, L.XXXVII, “Municipalidad de Resistencia c/Biolchi, Rodolfo E. y Otros s/Ejecución fiscal”, sentencia del 8 de septiembre de 2009 y en F. 358, L. XLV, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires-Incidente de verificación de crédito en Corralón Sánchez Elía S.R.L.- quiebra”, sentencia del 28 de septiembre de 2010; y en los dictámenes de la suscripta *in re*: P.154, L. XLV, “Provincia del Chaco c/Rivero, Rodolfo A. s/Apremio” del 10 de febrero del corriente año y F.391, L. XLVI, “Fisco de la Provincia el Ullate, Alicia Inés - Ejecutivo - Apelación - Recurso Directo”, del 16 de mayo de 2011, entre otros. Destaca además que las mismas razones de derecho fueron aplicadas en otros precedentes que versaban sobre cuestiones de derecho público local ligadas al ámbito tributario como las causas de Fallos: 327:3187, y N. 235. L. XLII. “Nisalco. SA c/Ente Provincial de Agua y Saneamiento”, sentencia del 24 de noviembre de 2009, “Insemar SA s/Quiebra el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa”, del 29 de junio de 2011 y “López, Aldo Nicolás c/Municipalidad de San Martín de Los Andes s/Acción procesal administrativa”, del 21 de febrero de

(53) CSJN. “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Bottoni, Julio Heriberto s/ ejecución fiscal - radicación de vehículos”, 6 de diciembre de 2011.

2011. A modo de corolario, el dictamen fiscal afirma que “En todos ellos se dio contundente respuesta negativa a ese planteamiento -por lo que cabe que aquí me remita a los fundamentos allí vertidos-, señalándose que, conforme a los precedentes de ese Tribunal (arg. de Fallos: 175:300; 176: 115; 193: 157; 203:274; 284:319; 285:209), las provincias —y en este caso la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local. Parece necesario insistir aquí, una vez más, en que, como dijo esa Corte, la prescripción no es un instituto propio del derecho público local, sino un instituto general del derecho”.

Adviértase que el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires viene sosteniendo una posición diferente. Es muy importante la decisión sentada *in re* “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/Queja por recurso extraordinario denegado”, de fecha 17 de noviembre de 2003 ya que se expidió en criterio contrario al precedente “Filcrosa” de la Corte Nacional. En este trascendente fallo, entre muchos otros argumentos, expreso que: “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el art. 75 inc. 2° de la Constitución Nacional, y dentro del ejercicio de tales potestades es lógico que pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad”. También se sostuvo que el criterio de la Corte Suprema avanzaba peligrosamente por sobre las autonomías provinciales, en un sentido centralizador, impropio de nuestro orden jurídico básico refiriéndose al régimen federal. Se agrega que cuando en el art. 75 inc.12 se establece que es atribución del Congreso Nacional la de dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, se agrega sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, expresión que no deja lugar a dudas respecto de los alcances de las disposiciones contenidas en la legislación común y que permite afirmar que, desde el punto de vista del diseño constitucional argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en el precepto citado. Por último, se exponen los argumentos de la prevalencia de la legislación tributaria local respecto del derecho privado, entre los que cabe destacar: “...a) la autonomía dogmática del Derecho tributario —dentro de la unidad general del Derecho— es predicable respecto de tal rama jurídica tanto en el orden federal como local; b) la unidad de legislación común, consagrada por el Congreso Constituyente de 1853, quedó ceñida a las materias específicas a que se alude en la Cláusula de

los Códigos, no pudiendo trasvasarse dichas disposiciones, sin más, al ámbito del Derecho público local; c) la “sumisión esclavizante” del Derecho tributario local al Derecho privado, podría conducir a consecuencias impensadas, reproduciendo desconceptos; d) se afectaría el principio de igualdad esencial entre el Estado Nacional y las provincias como entes gubernativos, en cuanto la potestad tributaria normativa —*atributo iure imperii*—, sufriría menoscabo en el segundo de los supuestos, a diferencia del primero; e) se quebraría la actual unidad y uniformidad de legislación sobre prescripción en el ámbito específicamente tributario, a tenor de las disposiciones análogas contenidas en la ley 11.683; g) también en subsidio, se convertiría en Ley Suprema una interpretación sólo posible y no pacífica de un artículo del Código Civil para menoscabar la autonomía de los Estados locales, con lesión palmaria al federalismo que sustenta la Carta Política de 1853...”. De ahí que, en el caso “Bottoni”, luego del pronunciamiento de la Corte Federal de diciembre de 2011, vuelve la causa al Superior Tribunal de Buenos Aires y éste se expide en julio de 2012 haciendo lugar a lo decidido por la Corte, como en los casos “Garaventa, Liliana Dora s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Garaventa, Liliana Dora c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ despido’ (expediente n° 4180/05, resolución del 17/06/2009), “Tecno Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ impugnación de actos administrativos s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (expediente 5494/07, resolución del 25/10/10), “Marini, Osvaldo” del 23/10/13, entre otros (54).

13. En el año 2014 se destacan la causa fallada por la Corte Suprema el 11 de febrero de 2014, *in re* “Municipalidad de la ciudad de Corrientes contra Herrmann, Alejandro Enrique por apremio”, que en el considerando 6 afirmó que “6°) Que la prescripción de las obligaciones tributarias locales, tanto en lo relativo a sus respectivos plazos, como al momento de su inicio, y a sus causales de suspensión e interrupción, en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, se rigen por lo estatuido por el Congreso de la Nación de manera uniforme para toda la República y, ante la ausencia de otra norma nacional que la discipline, su solución debe buscarse en el Código Civil, pues, la prescripción no es un instituto del derecho público local sino un instituto general del derecho (confr. “Filcrosa” —Fallos: 326:3899—, doctrina reiterada en precedentes posteriores —Fallos: 332:616, entre otros—, a cuyos fundamentos cabe remitir, en lo pertinente, por motivos de brevedad)”.

(54) STJCABA. Expte.6816/09 “Bottoni, Julio Heriberto s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘GCBA c/ Bottoni, Julio H. s/ ej. fisc. —radicación de vehículos’”, 4 de julio de 2012.

14. En la causa “Dirección General de Rentas contra Pickelados Mendoza S.A.”, fallada el 5 de agosto de 2014, la Corte Suprema revoca un pronunciamiento de la Suprema Corte de Mendoza, y remitiendo al dictamen fiscal afirma que la cuestión planteada es sustancialmente análoga a la resuelta en la causa “Filcrosa” y revoca la sentencia apelada. Del Dictamen Fiscal se extrae que en base a los precedentes que cita, las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local. De acuerdo con ello, y haciendo hincapié en que los jueces tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte Suprema y que carecen de fundamento las resoluciones de los tribunales inferiores que se apartan de tales precedentes sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, es que concluye en que los incs. b y c del art. 51 del C. Fiscal de Mendoza en cuanto establecen como causales de interrupción del plazo de prescripción en forma diferente al art. 3986 del C. Civil, son inconstitucionales.

15. El 27 de noviembre de 2014 con la firma de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Faty y Zaffaroni, se resuelve “Municipalidad de San Pedro contra Monte Yabotí S.A. por ejecución fiscal”, y nuevamente se expresa que la “Que la sentencia apelada —al aplicar el plazo de prescripción de diez años fijado en el artículo 60 de la ordenanza 47/92 de la Municipalidad de San Pedro— es claramente opuesta a la doctrina establecida en la reiterada y pacífica jurisprudencia de esta Corte que surge de los precedentes citados en el considerando que antecede y con arreglo a la cual la prescripción de las obligaciones tributarias locales, tanto en lo relativo a sus respectivos plazos, como al momento de su inicio, y a sus causales de interrupción o suspensión, se rige por lo estatuido por el Congreso de la Nación de manera uniforme para toda la República, en virtud de lo establecido por el artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional” (Considerando 9).

Lo dicho genera algunos cuestionamientos por un lado, la Corte Suprema refiere a una reiterada y pacífica jurisprudencia sin embargo se olvida de citar la constante posición asumida por la minoría que conformaba Petracchi y Maqueda, y por otro lado, nada dice sobre la sanción del Código Civil y Comercial mediante la ley 26.994 acaecida el 1 de octubre de ese año, es decir, casi dos meses antes de resolver este caso, que incorpora una solución ciertamente diferente a la adoptada en la causa.

C. De las consideraciones citadas se extraen importantes consecuencias, por un lado, la referencia que hace la Corte Suprema a aplicación de los

precedentes, especialmente “Filcrosa” y por otro lado, la dispar respuesta al tema de prescripción de tributos cuando se trata de impuestos nacionales versus los del ámbito provincial y municipal.

En materia de precedentes en los casos vistos, la Corte remite al dictamen fiscal, que a su vez hace referencia a los antecedentes jurisprudenciales como es el caso “Filcrosa”. Cabe reprochar que dicha causa se ha conformado con opiniones divididas, no se trata siquiera de un fallo unánime, sino de una mayoría que ha ido cambiando en su composición a lo largo de los últimos años, mientras que la minoría ha permanecido hasta el fallecimiento de Petracchi en octubre de 2014. Además las sentencias posteriores a “Filcrosa” que lo citan como precedente acuden a la remisión al mismo en forma brevísima y omiten las consideraciones de los hechos y del derecho aplicado que determine la analogía o similitud sustancial, no hay mención detallada al caso concreto en análisis ni se exterioriza el razonamiento que conduce a entender configurada esa supuesta analogía (55).

Por otro lado, se advierte que la Corte Suprema avala un tratamiento desigual entre la Nación y los demás órdenes de gobierno (provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), ya que tratándose de tributos nacionales hace aplicación de la ley de procedimientos no. 11.683 y convalida que los mismos queden fuera de las disposiciones del Código Civil, y de ahí que la fijación de sus propios plazos de prescripción, así como la forma de contarlos no se adaptan a la ley civil, lo que supone romper con el principio de igualdad que debe imperar en el federalismo argentino. Además en la hipótesis de considerar que los institutos generales del Derecho trascienden el ámbito del Código Civil y se expanden a todo el ordenamiento —alcanzando incluso al Derecho Público local— se concluiría que la regulación de estos institutos también se extendería al Derecho federal o al local sancionado por el Congreso, de esta forma si se entendiese que se trata de regulaciones fundamentales y comunes al derecho público y al derecho privado también se debería aplicar a los tributos nacionales (56).

(55) Alberto F. GARAY, “La doctrina del precedente en la Corte Suprema”; Ed. Abeledo Perrot; Bs.As.; 2013; pág. 46. Ver también de María Gabriela ABALOS, “Las cortes supremas provinciales y su lealtad a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista Derecho y Debate, Perú, mayo de 2014. ([www.derechodebate.com](http://www.derechodebate.com) 18 de mayo de 2014), también en La Ley Gran Cuyo; 2014 (octubre), 929. Cita Online AR/DOC/3377/2014.

(56) Juan Pablo CIFRÉ, “Breves reflexiones sobre la relación de la prescripción con el derecho tributario (y público) local y el estado de la cuestión luego de la sanción del Código Civil y Comercial”; en Revista de Derecho Público; El derecho público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”; tomo I, año 2015-1, Ed. Rubinzal Culzoni; Bs.As.; junio de 2015; pág. 341.

En esta línea se suman las voces en disidencia de Maqueda y Petracchi que defienden la razonabilidad de los plazos de prescripción locales en la medida que no superen los que regula la Nación en materia de tasas o impuestos a través de las leyes 11.585 y 11.683, lo que también debería aplicarse al cómputo y a las causales de suspensión y de interrupción. Por último el voto de Argibay en “Casa Casmma” no puede dejar de tenerse presente, sobre todo en lo que respecta a que no advierte en el Código Civil limitaciones que impidan a las jurisdicciones locales ejercer su poder originario en materia tributaria abarcando todos los aspectos configurantes de las obligaciones tributarias.

Viñas refuerza este razonamiento con dos consideraciones: una, que la Corte Suprema está llevando a cabo una interpretación extensiva de la cláusula de los códigos (art. 75 inc.12, Const. Nac.), en oposición a líneas jurisprudenciales propias como la referida a la inteligencia acordada al principio de supremacía normativa consagrado en el art. 31, C.N., desde el caso “Domingo Mendoza y Hno. c. Pcia. de San Luis” y mantenido en la causa “Camuzzi Gas del Sur S.A. c. Provincia de Río Negro” (2008), puesto que “los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos, un poder exclusivo o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellas por éstas últimas (Fallos: 302:1181; 320:619, entre otros). Entonces, la “implícita” limitación de las provincias para regular la prescripción de las obligaciones tributarias que la Corte Suprema afirma en “Filcrosa” como extraída de la cláusula de los códigos (art. 75 inc.12, C.N.), luce insuficiente para sustentar la regla jurisprudencial anotada relativa a la existencia de una delegación “en términos expresos de un poder exclusivo” a la Nación. Y además porque no resulta compatible con la jerarquía normativa que la misma Corte ha reconocido a las leyes-convenio celebradas entre Nación y Provincias en materia tributaria que impide su derogación unilateral por ninguna de las partes, contingencia que acaecería de otorgarse preeminencia al derecho común sobre aquellos, con la consiguiente frustración de su alegado cometido intrafederal (57).

#### IV. El Código Civil y Comercial y las normas de prescripción en relación con los tributos locales: diversas posturas y los primeros fallos

Siguiendo las consideraciones de Argibay, es en el ámbito del Congreso de la Nación donde constitucionalmente se debían discutir los aspectos en análisis y así se hizo aunque con debates poco profundos.

(57) Julio VIÑAS, “Prescripción de los tributos locales y el Código Civil y Comercial”; ob.cit.

A. Desde la conformación de la Comisión creada por decreto 191/11 del Poder Ejecutivo Nacional, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, se generaron expectativas en torno a cómo sería la regulación en materia de prescripción atento a la directa aplicación a los tributos provinciales y municipales que pregona la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Entre el anteproyecto presentado por dicha Comisión y la sanción definitiva se produjeron importantes modificaciones. En efecto, el anteproyecto establecía las disposiciones sobre prescripción en el Libro Sexto, refiriéndose específicamente a la prescripción liberatoria en el Capítulo 2 donde se plasmó en la Sección 2da. los plazos de prescripción, fijando el plazo genérico en cinco años y el especial de dos años para aquellas obligaciones que se devengan por años o plazos periódicos más cortos (art. 2562 inc c). En los fundamentos se expresaba que se había seguido "... la metodología del Código Civil vigente, estableciendo un plazo de prescripción genérico y regulando casos específicos. En todos los casos se ha procurado la actualización de los plazos regulados, intentando la unificación y la reducción en cuanto resulta conveniente y ajustado al valor seguridad jurídica y a la realidad actual".

Frente a este texto que suponía, en su aplicación a los tributos provinciales y municipales, un notorio acortamiento de los plazos de prescripción surgieron fuertes iniciativas contrarias. En esta dirección, la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral, elevó a los representantes de la Comisión Bicameral a cargo de la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, la Nota 538 del 22 de agosto de 2012, en la que manifestó la inquietud que generaba en las administraciones tributarias, la posible afectación a las autonomías normativas locales derivada de algunos aspectos contenidos en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, tales como los relativos a los plazos y su acortamiento a dos años y también lo referente al cómputo de la prescripción ya que el proyectado art. 2554 disponía que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible. Así decía la nota que "De mantenerse el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se introduciría por esta vía una nueva limitación a las facultades normativas provinciales", lo mismo respecto a las causales de suspensión y de interrupción. Concluye expresando que "De esta forma se vaciarían de contenido las disposiciones de los Códigos Fiscales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que describen en forma específica causales que resultan de aplicación en el ámbito de la obligación tributaria provincial".

También la Comisión Federal de Impuestos mediante Resolución no. 5 del Plenario de fecha 31 de agosto de 2012 declaró la preocupación de los fiscos que integran el organismo en cuanto a las graves consecuencias que acarrearía para la recaudación tributaria la reducción del plazo de prescripción liberatoria que surge de la redacción del art. 2562, inc. d), del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Las administraciones tributarias provinciales o municipales, además participaron en las audiencias que realizó la Comisión Bicameral en distintos puntos del país, exponiendo sus fundamentos para quedar apartados de las disposiciones del Código Civil y Comercial.

Las voces provinciales fueron receptadas por la Comisión Bicameral del Congreso, creada para el análisis del proyecto de unificación. Esta Comisión elevó al Senado un dictamen aconsejando la sanción del código unificado con reformas, entre las que incluyó la modificación del tratamiento de la prescripción para los tributos, indicándose que el plazo de cinco años se aplicaría a los impuestos, tasas, contribuciones y otros tributos nacionales, provinciales y municipales (art. 2560). La justificación fue que el plazo de prescripción de dos años resultaba exiguo para que el Estado reclame obligaciones tributarias, por lo que se aconsejó mantener el plazo de cinco años establecido en el art. 4027 del Código Civil vigente, y se puso de resalto los numerosos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tienen dicho que la prescripción de obligaciones tributarias locales se rige por las reglas del Código Civil (58).

En el debate parlamentario en el Senado se producen modificaciones y en relación con la autonomía de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires quedan redactados los artículos modificados de la siguiente forma: "Art. 2532.- Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos". Y el "Art. 2560. Plazo Genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local." Pasando a debate a la Cámara de Diputados de la Nación, se sanciona tal como fue remitido por la Cámara Originaria, es decir con los arts. 2532 y 2560 en los términos expuestos.

Además, el art. 2537 dispone que "los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas

(58) Luis Marcelo SALAS, "La prescripción de tributos provinciales y municipales y el Código Civil y Comercial"; Sup. Act. 23/10/2014, 23/10/2014, 1. AR/DOC/3711/2014.

leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior". Respecto de las causales de suspensión, el art. 2541 expresa que "el curso de la prescripción se suspende, por una sola vez, por la interpelación fehaciente hecha por el titular del derecho en contra del deudor o el poseedor. Esta suspensión sólo tiene efecto durante seis meses o el plazo menor que corresponda a la prescripción de la acción". Mientras que en lo atinente a la interrupción, las causales están previstas en arts. 2545 y 2546, el primero enuncia que "el curso de la prescripción se interrumpe por el reconocimiento que el deudor o el poseedor efectúa del derecho de aquel contra quien prescribe", y el segundo dispone que "el curso de la prescripción se interrumpe por toda petición del titular del derecho ante la autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo, contra el poseedor, su representante en la posesión, o el deudor, aunque sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable".

Cabe destacar que en el Proyecto elevado originalmente al Poder Ejecutivo, el art. 2548 incluía la interrupción por reclamo administrativo diciendo que "el curso de la prescripción se interrumpe por reclamo administrativo si es exigido por la ley como requisito previo para deducir la acción judicial. El efecto interruptivo se tiene por no sucedido si no se interpone demanda judicial dentro de los plazos previstos en las leyes locales o, en su defecto, por seis meses contados desde que se tiene expedita la vía judicial"; lo cual no fue incorporado al Código finalmente aprobado.

En relación con la dispensa, el art. 2550 dispone que "el juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos".

En materia de prescripción liberatoria, el art. 2554 determina que "el transcurso del plazo de prescripción comienza el día siguiente en que la prestación es exigible", y el art. 2560 preceptúa como plazo genérico el de "... cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local", mientras que el art. 2562 fija que "prescriben a los 2 años: (...) c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos".

B. De esta forma, en el Código Civil y Comercial vigente se introduce la expresa mención a las facultades locales que, vía de legislación, podrán establecer el plazo de la prescripción liberatoria de sus tributos como asimismo disponer uno diferente al genérico de cinco años.

Algunos autores han sostenido que con la introducción de la parte final del art. 2532 se zanja la discusión generada a partir de los códigos tributarios provinciales que legislaban sobre prescripción liberatoria y la doctrina de la Corte Suprema que sostenía la aplicación uniforme del Código Civil, permitiendo a los ordenamientos locales fijar los plazos de prescripción liberatoria en cuestiones que tengan que ver con tributos (59) y en caso de no hacerlo, regirán para los tributos locales las disposiciones generales del nuevo Código supletoriamente (60).

Se agrega con acierto que en virtud de la forma en que se ha legislado la responsabilidad estatal y la prescripción en materia tributaria, la existencia de un "derecho común" o "derecho de fondo" aplicable a todo tipo de relaciones —de naturaleza pública o privada— ya no puede ser el fundamento para detraer a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires potestades normativas que, a la luz de la definición dada por el legislador nacional, ya no puede dudarse que no han sido delegadas al Gobierno Federal en los términos del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional (61).

En disidencia, otros autores como Spisso sostiene que el agregado efectuado a los arts. 2532 y 2560 es desacertado, pues mientras el primero se refiere a los plazos de la prescripción liberatoria en materia tributaria, la literalidad del segundo podría inducir a una errónea interpretación en el sentido que se ha delegado a los gobierno locales el fijar el término de prescripción tanto de la adquisitiva como de la liberatoria y respecto de todas las materias de competencia de los gobierno locales. Concluye entonces que tendríamos distintos plazos de prescripción liberatoria, el que fijen las provincias y sus municipalidades en materia tributaria y el que fije el Código Civil y Comercial para las demás materias reguladas por la legislación local. "Es manifiesto, asimismo, que el instituto de la prescripción debe estar regulado por una única legislación y no simultáneamente por la legislación emanada del Congreso nacional y la dictada por las provincias y sus municipalidades, lo cual puede crear situaciones de incompatibilidad entre ambas que dificulte su aplicación" (62).

(59) Fernando M. COLOMBRES, en Julio César Rivera y Graciela Medina (directores), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado"; Ed. La Ley; Bs.As.; 2014; Tomo VI, pág. 601.

(60) Alberto J. BUERES (dirección) "Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado"; tomo 2; Ed. Hammurabi; Bs.As.; 2015; pág. 618.

(61) Adriana M. Padulo, "El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario", en La Ley 09/01/2015, 09/01/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/4375/2014.

(62) Rodolfo Spisso; "Prescripción liberatoria de tributos provinciales en el Código Civil y Comercial", La Ley 01/12/2014, 01/12/2014, 1. Cita Online: AR/DOC/4281/2014.

También se ha dicho que podría encuadrarse esta remisión a las legislaturas locales como una delegación legislativa pero circunscripta a la regulación de los plazos de prescripción liberatoria, pero no podrían innovar respecto a otros aspectos del instituto, tales como interrupción, suspensión, etc., resultando objetable aún desde el punto de vista práctico ya que favorece la atomización de distintos plazos de prescripción para créditos similares que atenten con la seguridad jurídica. (63)

Se ha interpretado también que el nuevo Código no contradice lo resuelto por el Máximo Tribunal in re "Filcrosa" y sus derivados, sino que por el contrario confirmaría su sólida posición desde un doble aspecto: i) que corresponde al Congreso de la Nación regular exclusivamente el instituto de la prescripción en virtud de lo previsto por el art. 75, inc. 12 de la CN, y; ii) que la delegación a favor de los entes locales sólo se proyecta sobre los "plazos", dejando fuera otras cuestiones vinculadas al instituto de la prescripción liberatoria, como pueden ser la forma de computar el término, desde qué momento corre el mismo, así como también las causales de interrupción y suspensión (64).

C. En materia jurisprudencial, ya han aparecido varios fallos referidos al tema.

1. Aún antes de la entrada en vigencia del Código unificado, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, el 9 de marzo de 2015, in re "Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. A.G.M. Argentina S.A p/ej. Fiscal" (65), confirmó la sentencia de primera instancia por la cual se rechazó la excepción de

(63) Opiniones vertidas por Jorge H. ALTERINI e Ignacio E. ALTERINI; en Jorge H. Alterini (director); "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético"; tomo XI; Ed. La Ley; Bs.As.; 2015; págs.814/815. En el mismo sentido se expiden Juan P. Menna y Germán Brandt, al comentar de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, del 2015-03-09, el caso "GCBA c. A. G. M. Argentina SA.", en la nota titulada "Aplicación anticipada del Código Civil y Comercial. Prescripción en materia de tributos locales"; en La Ley 09/06/2015, 09/06/2015, 6. También Ricardo ECHEGARAY, Guillermo MICHEL, Luis María CAPELLANO y Pedro ROVEDA, "El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación e impacto en materia impositiva"; Ed. La Ley; Bs.As.; 215; pág. 65; Lisando YOLIS, "La prescripción liberatoria respecto de los tributos provinciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; Sup. Const. 2014 (noviembre), 27/11/2014, 55 - La Ley 2014-F, 1065. Cita Online: AR/DOC/3911/2014.

(64) Andrés E. PERETTI, "Tributos locales y prescripción: ¿cómo impacta el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación?"; en RCCyC 2015 (septiembre), 17/09/2015, 261. También Juan Pablo CIFRÉ; ob.cit.; pág. 345.

(65) Ver la nota de Rodolfo R. SPISSO, "Prescripción de los tributos de la Ciudad de Buenos Aires. Una sentencia cuestionable y la necesidad de una reforma — en Revista La Ley, CABA, agosto 2015.

prescripción planteada por la empresa contribuyente en el entendimiento que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial —pese a no estar en vigencia al momento de la sentencia— se justificaría el apartamiento de lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente "Filcrosa". Así con el dictado del art. 2532 "...no puede ser ignorada la inequívoca voluntad del Congreso Nacional —emitida a través de las vías constitucionales pertinentes— de no legislar en materia de prescripción de tributos locales y de que esa facultad sea ejercida por las legislaturas locales. Es decir que es el propio órgano que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación sería competente para legislar sobre la cuestión el que considera que no le corresponde ejercer tal competencia con relación a los plazos de prescripción de los tributos locales". Si bien reconoce que la Corte Suprema ejerce el rol de intérprete último de la Constitución Nacional y, por ende, quien tiene la última palabra para decidir sobre el alcance de su art.75 inciso 12, "... no puede negarse que es el Congreso y no la Corte quien tiene competencia para dictar los códigos a que se refiere la norma en cuestión y, por ende, para decidir sobre su contenido, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser declarada inconstitucional alguna de sus disposiciones".

2. El 18 de septiembre de 2015, el Juzgado Civil no. 1 de Córdoba resuelve el caso "Brito" (66), haciéndose aplicación de la normativa del CC y C. E interpretando que el concepto de "plazo" de prescripción contenido en los arts. 2532 y 2560 del C.C.C. debe entenderse en sentido amplio, esto es, comprensivo no solo del término de prescripción, sino también del modo de cómputo y de las causales de suspensión e interrupción. Ello, atendiendo al principio general del derecho conforme al cual quien puede lo más, puede lo menos. Agrega que no existe un conflicto de leyes, considerando que los arts. 2532 y 2560 no reglan una situación que venía siendo regida por otras del C.C. El C.C.C. incorpora una solución antes inexistente en el C.C., por lo que no puede sostenerse modifique o derogue una anterior. No existe el problema del derecho transitorio, puesto que no hay dos normas (derogada/vigente), sino el reconocimiento de una ley nacional a la competencia local para regular en la materia a través de una norma local específica y preexistente; motivo por el que no resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 2537 del C.C.C.

3. El 23 de octubre de 2015, el superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resuelve la causa "Fornaguera Sempe" (67) donde consideró

(66) Expte.1389987/36 — Dirección de Rentas de la Provincia de Córdoba contra Brito, Edmundo — presentación múltiple fiscal"; JUZG.1A INS.CIVIL C/ COMP.EN EJEC.FISCALLES N° 2 (ex 25 CC) - 297.

(67) STJCABA. "Expte. 11148/14 "Fornaguera Sempe, Sara Stella y otros c/GCBA s/otras demandas contra la Aut. Administrativa s/ recurso de inconstitucionalidad concedido". En

que debía retornarse al criterio de la autonomía para regular la prescripción plasmado en la sentencia del propio Superior Tribunal en la causa "Sociedad Italiana de Beneficencia" del 17 de noviembre de 2003. Así se argumentó que con la sanción del nuevo Código se reafirma que las particularidades de la materia tributaria ameritan una regulación diferente a la civil, y a ello se agrega que si el Congreso decidió regular separadamente la prescripción para los tributos nacionales es porque entendió que la materia está fuera de los códigos de fondo dejando así librado a cada estado provincial hacerlo del modo que estime más conveniente, respetando las garantías constitucionales.

Se afirma en el fallo que el derecho público local se encuentra facultado no solo para establecer el modo de nacimiento de obligaciones tributarias dentro de su territorio, sino también de disponer los medios para tornarlas efectivas, definiendo sus respectivas formas de extinción. Lo contrario significaría reconocer limitaciones a la potestad impositiva de los fiscos locales a partir de los preceptos del Código Civil, restringiendo de ese modo la relación jurídica tributaria entablada con los contribuyentes de su jurisdicción, propia del derecho público local.

Vidal Quera critica la decisión basándose en dos argumentos: el primero que cabe aplicar lo dispuesto por el art. 2537 del CC y C y para los períodos anteriores a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento aplicarse las normas del Código de Vélez, y en segundo, que la habilitación legislativa a las provincias no incluiría la forma de cómputo, causales de suspensión e interrupción que deberían seguir regulándose por el CC y C por aplicación de lo previsto por el art. 75 inc. 12 CN. y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estableció que la prescripción es un instituto general del derecho que ni las provincias ni los municipios pueden regular (68).

#### V. Hacia una interpretación armonizadora en el marco del federalismo fiscal

A. En el intento de sumar una interpretación más en el juego normativo nacional y de las legislaciones locales, el punto de partida es que las pro-

similar sentido, del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad: "GCBA c/ Ticketek Argentina S.A.", Sala III, sentencia del 9/4/2015; "GCBA c/ Hinojosa, Fernando s/ ejecución fiscal", Juzgado Nro. 14, sentencia del 19/10/2015; "GCBA c/ Mouriño Troncoso, Benito y otros s/ ejecución fiscal", Juzgado Nro. 12, sentencia del 9/10/2015; "GCBA c/ Bonfiglio, Susana Dolores s/ ejecución fiscal", Juzgado Nro. 22, sentencia del 31/08/2015.

(68) Gastón VIDAL QUERA, "Autonomía para regular la prescripción en la ciudad de Buenos Aires: el regreso de la doctrina de "Sociedad italiana de Beneficencia"; en Diario Tributario, Aduanero y Financiero Nro 89 - 04-11-2015.

vincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios al ejercer sus potestades tributarias dan nacimiento a relaciones que no son contractual entre el fisco y sus habitantes, sino que se trata de una vinculación de derecho público, como lo ha dicho claramente la Corte de Justicia de la Nación. (69)

De ahí que el poder tributario de los distintos órdenes de gobierno en el federalismo argentino esté determinado por la Constitución Nacional, que efectúa una asignación de competencias en materia tributaria entre los diferentes órdenes implicados, es decir, Nación, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios. No puede soslayarse que el gobierno federal es de poderes limitados, pues sólo posee los que las provincias le confiaron al sancionar la Carta Fundamental y que éstas, en cambio, tienen poderes tributarios amplios; aun cuando con el tiempo se le hayan ido ampliando las facultades del Gobierno Nacional, como asimismo los límites constitucionales y legales existentes.

Como bien señala Spisso "el ejercicio concurrente de facultades tributarias por parte de la Nación, las provincias y sus municipalidades impone la indispensable coordinación, so pena de desnaturalizar el programa constitucional. En ese sentido, interesa puntualizar que la Constitución es un conjunto de principios y de normas que integran un sistema orgánico, cuyas disposiciones deben interpretarse armónicamente en función de la filosofía política que las inspira" (70).

B. En este contexto, el Código Civil y Comercial dictado a la luz de una facultad delegada por las provincias, aporta respuestas a las potestades tributarias locales pero cabe efectuar una interpretación que armonice con la doctrina de la Corte Federal sentada en "Filcrosa" y con las opiniones de los autores que pregonan su vigencia.

1. En los recientes arts. 2532 y 2560 surge la respuesta del Congreso en torno a los alcances del art. 75 inc. 12 del texto nacional por el cual, los sujetos del federalismo como son la Nación, las provincias y luego de la reforma de 1994, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ven fortalecidos en el ejercicio de sus potestades tributarias.

Como primera conclusión que el Congreso ha interpretado que no es materia delegada a la Nación, la fijación de plazos de prescripción liberatoria de tributos locales. No cabe la opción de una "delegación legislativa" del

(69) CSJN. Fallos 152-208; 218-596; 282-101; 288-279.

(70) Rodolfo SPISSO, "Derecho Constitucional Tributario", 2 edición, actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 96/97.

Congreso hacia las provincias de una facultad que a su vez ya había sido delegada, puesto que sería inconstitucional la delegación de una facultad delegada. La única interpretación en los cauces constitucionales es la del reconocimiento de una potestad no delegada y por ello, la remisión a las legislaciones locales (71).

2. Sin embargo, se abren nuevos interrogantes de consecuencias considerables como por ejemplo, si bien por el art. 2532 las "legislaciones locales" podrán reglar el plazo de prescripción liberatoria de sus tributos, cabe preguntarse: a). si se está refiriendo a las provincias y a los municipios o solo a las primeras y si incluye a la Ciudad de Buenos Aires o no; b). si reglar el plazo supone también el cómputo, las causales de suspensión y de interrupción. En este caso, si la respuesta fuese afirmativa, ello podría llevar a la hipótesis de veintitrés regímenes provinciales y el de la Ciudad de Buenos Aires, y más de dos mil municipales con regulaciones diferentes, lo que acarrearía para el contribuyente serios problemas de conocimiento y de seguridad jurídica, frente a lo cual se impondría arribar a fórmulas razonablemente fundadas.

Si tenemos en cuenta que en las distintas secciones del Capítulo 1 del Título I referido a disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva se regula la suspensión, interrupción y dispensa de la prescripción, resulta razonable interpretar que lo dispuesto sobre el ámbito de aplicación en el art. 2532, comprende todos los aspectos regulados en el mismo capítulo y no sólo la cuestión temporal, la cual tiene su norma específica en el art. 2560 (72). Sostener lo contrario supondría echar mano

(71) En relación con los aspectos procesales para el planteo de la prescripción, con acierto afirma Hitters que no debería la ley sustantiva regular la oportunidad procesal para interponer la excepción de prescripción. "Con este mismo criterio también las formalidades de la excepción de pago, compensación y hasta la de cosa juzgada (que se vislumbra como mucho más trascendente que la prescripción) deberían ser tratadas en la legislación de fondo, aunque ello no sucedió, por suerte. Desde nuestra perspectiva, entonces, la oportunidad para impetrar la excepción de prescripción no resulta ser un tema central para merecer una propuesta unificadora por el codificador nacional, como sí lo son -sin dudas- los procesos de restricción de la capacidad (arts. 31 y ss., CCyC) o los principios procesales del procedimiento de familia (arts. 705 y ss., CCyC), entre otros". A modo de conclusión señala que "Consideramos, entonces, que debería eliminarse el mentado artículo 2553 del CCyC, para evitar que surjan los problemas interpretativos ya aludidos, permitiendo que cada digesto adjetivo disponga lo que es de práctica en su respectiva jurisdicción. Es que no encontramos el justificativo para que esta institución en particular (oportunidad de interponer la prescripción) deba estar normada en tal cuerpo nacional". (Hitters, Juan M.; "La prescripción en el Código Civil y Comercial unificado. Breve reflexiones sobre el impacto en los códigos procesales locales"; en Erreius, 23 de julio de 2015).

(72) Adriana M. PADULO, "El Código Civil y Comercial y la facultad de las provincias y de la Ciudad Autónoma para regular la prescripción en el derecho tributario", en La Ley 09/01/2015, 09/01/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/4375/2014.

a distintos regímenes normativos y armar un rompecabezas con artículos de legislación nacional (para el cómputo, suspensión e interrupción) y otros de hechura provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma (para los plazos), según el caso, generando para el contribuyente mayor incertidumbre e inseguridad.

Otra duda se genera a partir del art. 2560 que dispone que el plazo genérico es de cinco años dejando en manos de la "legislación local" la previsión de uno diferente, por lo que las provincias, la ciudad de Buenos Aires y municipios podrían fijar distintos plazos de prescripción de sus tributos, y en este caso, quedaría en evidencia el ocaso de la doctrina sentada en "Filcrosa".

A ello se agrega la imperiosa necesidad de respeto por parte de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios de los límites directos a sus potestades tributarias que provienen de la Constitución Nacional y que se refieren tanto a la estructura normativa como a la parte de los derechos, y de los límites indirectos: los que surgen del derecho intrafederal es decir, de la ley de coparticipación y de los pactos fiscales federales que han suscripto las provincias con la Nación (73).

Los debates doctrinarios están en auge y los primeros pronunciamientos se han inclinado por la defensa de las potestades locales, frente a lo cual sostengo una interpretación armónica que defiende la posición que entiende que los distintos órdenes de gobierno del federalismo argentino, que luego de la reforma de 1994 son cuatro: la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, pueden fijar plazos de prescripción respecto a las obligaciones tributarias por ellos creadas, siempre que en el caso concreto ellos guarden razonabilidad y se ajusten a los límites directos e indirectos referenciados.

Siendo consciente que serán los jueces, con la ayuda de la doctrina especializada, quienes decidirán la razonabilidad en el caso concreto, esbozo una interpretación de los arts. 2532 y 2560 buscando compatibilizar el ejercicio de potestades locales en armonía con las normas nacionales que emanan del Código Civil y Comercial en el marco de un federalismo fiscal fortalecido.

Así debería tomarse como plazo genérico y máximo para todos los tributos provinciales, municipales, de la Ciudad Autónoma como los nacionales, el

(73) Ver entre otros de María Gabriela ABALOS; "Límites a las potestades tributarias municipales en el federalismo argentino: aspectos constitucionales y legales"; en Juan Manuel Alvarez Echagüe (director); "Tributación local provincial y municipal"; tomo I; Ed. Ad Hoc; Bs.As.; 2010; págs. 23/47, con referato.

de cinco años, con las excepciones que las legislaciones locales contemplan pero siempre y cuando sean plazos menores a cinco años.

Está esa línea que se advierte en la disidencia de Petracchi y Maqueda en "Filcrosa", reiterada en los posteriores pronunciamientos, puesto que señalaron que "... siempre que las provincias, individualmente consideradas, no legislen en exceso del plazo previsto en las leyes nacionales; el propósito constitucional de subordinar las autonomías provinciales a una legislación nacional uniforme y, con ello, garantizar un derecho de fondo único (mediante el cual el concepto mismo de "obligación" no dependa exclusivamente del arbitrio de los poderes públicos en cada parte del territorio nacional por la que atraviesa el deudor) puede considerarse cumplido, cuanto menos en su espíritu" (Considerando 16).

De esta forma, debería exigirse tanto para los tributos nacionales como para los locales, la misma interpretación conforme al nuevo ordenamiento civil y comercial, y establecer como plazo de prescripción genérico máximo el de cinco años, sin perjuicio de los plazos menores que se puedan fijar. Advértase que se incluyen a los tributos nacionales para terminar con la disvaliosa diferencia con los tributos locales que no encuentra sustento constitucional ni legal. El fundamento bien lo esbozó la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza al entender que, en primer lugar, el plazo de cinco años impide que la acumulación de las prestaciones por la negligencia o tolerancia del acreedor termine por agobiar a un deudor que hubiese podido cumplir si se le hubiese exigido regularmente el pago; y en segundo lugar, los adelantos técnicos que caracterizan a esta época, permiten conocer rápidamente la situación de miles de contribuyentes por lo que, en el caso, el plazo de diez años otorgado al Estado provincial importaba un abuso del derecho (74).

3. De la misma forma, la razonabilidad de esta interpretación marca que también podrán las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma reglar aspectos relativos al cómputo de los plazos de prescripción como asimismo las causales de suspensión y de interrupción, como lo hace la Nación para sus tributos a través de la ley 11.683, demostrando que las características sustanciales de las obligaciones tributarias merecen un tratamiento especial.

A mayor abundamiento surge claro que no le son aplicables las normas del art. 2542 del Código Civil y Comercial referidas a la suspensión del curso

(74) SCJMza., marzo de 2000, "Castro y Cía. S.R.L. c/Gobierno de Mendoza p/apa", Revista Jurisprudencia de Mendoza; nro. 56; págs. 43/62.

de la prescripción por la mediación ni el art. 2548 sobre interrupción por la solicitud de arbitraje, mientras que cabe incluir la interrupción o suspensión mientras dura la tramitación administrativa necesaria para la determinación de tributos en la medida que sea impuesta por la ley, causal que se encontraba en el Anteproyecto del Código unificado y que fue suprimido en su posterior sanción legislativa.

En este punto, la pauta de razonabilidad jurisprudencialmente aceptada hasta ahora, sería la misma que se aplica al Estado Federal, de ahí que los demás órdenes de gobierno pueden reglar causales de suspensión y de interrupción como asimismo el modo de computar los plazos de similar forma a la norma nacional. Esta interpretación supone un claro apartamiento de la doctrina "Filcrosa" en el voto mayoritario, y una defensa de la posición minoritaria conformada por Maqueda y Petracchi en ese fallo, que da prioridad a las normas tributarias nacional en su aplicación a los tributos locales (75). Conlleva también a la ratificación de lo resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2003 en "Sociedad Italiana de Beneficencia" y retomada en "Fornaguera Sempe" del 2015.

De igual manera, quedaría, como hasta ahora, en manos de las legislaturas locales la fijación de las demás formas de extinción de las obligaciones tributarias, por medio del pago, compensación, confusión, quita, remisión, etc. o la cancelación de las obligaciones tributarias por otros medios, como también lo hace la Nación para sus tributos.

Estas pautas interpretativas deben servir para evitar que las administraciones tributarias nacionales tanto como las provinciales, municipales, y de la Ciudad Autónoma puedan ocultar en la ampliación de los plazos de prescripción, las consecuencias de la incapacidad de los funcionarios encargados del contralor y recaudación de los tributos.

En definitiva se impone el juego armónico, cooperativo y responsable en el ejercicio de las competencias tributarias de los distintos órdenes de gobierno para arribar a una interpretación supletoria de las cláusulas del derecho civil y comercial al ámbito del derecho público. Aunque una vez más, será el Poder Judicial, a través del control de constitucionalidad enriquecido con el de convencionalidad, quien detectará las ausencias de razonabilidad u otras violaciones a las garantías constitucionales.

(75) María Gabriela ABALOS, "El fin de la doctrina "Filcrosa"? A propósito de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en Sup. Const. 2015 (marzo), 31/03/2015, 6 - La Ley 31/03/2015.

El fundamento de estas pautas de interpretación esbozadas en aras al fortalecimiento del federalismo fiscal frente al Código Civil y Comercial se encuentra en lo dicho por el Tribunal Supremo Nacional en distintos pronunciamientos en el sentido que "...el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar para la consecución eficaz de aquel fin (76). ♦

(76) CSJN. 18/11/99, "Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (LITSA) c/ Corrientes, Provincia de s/ acción declarativa" Fallos 322:2862; también en CSJN. 16 de noviembre de 2004, "Camuzzi contra Tierra del Fuego" Fallos 327:5012.

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

▷ LANZAMIENTO

## COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA:  
UNA MIRADA IGUALITARIA

**Roberto Gargarella y Sebastián Guidi**  
*(Coordinadores)*



Esta obra permite reconocer inmediatamente el estado de situación legal en relación con cada una de las cuestiones que trata la Constitución

VERSION  
eBook  
eBook + 2 tomos

- Cada capítulo contiene un exhaustivo tratamiento, interpretando la doctrina prevalente en el país y en el extranjero, y la jurisprudencia dominante sobre cada aspecto de la Constitución.

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en [www.TiendaTR.com.ar](http://www.TiendaTR.com.ar)

La Inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional  
necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

Siganos en: [f](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) ThomsonReutersLaLey • [@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey) [in](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters-latam) ThomsonReutersLatam • [+LaleyArgentina](https://www.instagram.com/LaLeyArgentina)

THOMSON REUTERS

LA LEY

▶ LANZAMIENTO

# CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES COMENTADA

Patricio Maraniello *(Director)*



La primera obra que analiza en profundidad cada artículo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con sus concordancias a nivel nacional e interprovincial.

Adquiere la obra en su sucursal más cercana o ingresando en [www.TiendaTR.com.ar](http://www.TiendaTR.com.ar)

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

Siganos en: ThomsonReutersLaLey • @TRLaLey ThomsonReutersLatam • +LaLeyArgentina

▷ LANZAMIENTO

# LEY 26.944. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y FUNCIONARIOS

La situación en las provincias

Alejandro Dalmacio Andrada



Obtenga un **análisis completo** sobre la responsabilidad del Estado, los funcionarios públicos y las empresas concesionarias de servicios públicos.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

Síganos en: ThomsonReutersLaLey • @TRLaLey ThomsonReutersLatam • +LaleyArgentina

2015



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1° piso  
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
(011) 4815-6976 / 4812-9327  
[www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

Estudios de Derecho Constitucional – Año 2015

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

Director: Académico Alfonso Santiago

Estudios de Derecho  
Constitucional

Año 2015

Oyhanarte ♦ Vítolo ♦ Ibarlucía ♦ Márquez ♦ Zuleta Puceiro ♦  
Garat ♦ Rosatti ♦ Ábalos

