

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AÑO 2009**



BUENOS AIRES

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ESTUDIOS DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL

AÑO 2009



BUENOS AIRES

Estudios de Derecho Constitucional: Instituto de Derecho Constitucional - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales / dirigido por Eduardo Aguirre Obarrio. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2011.

256 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1897-2

I. Derecho Constitucional. I. Aguirre Obarrio, Eduardo, dir.

CDD 342

Copyright © 2011 by Facultad de Derecho U.B.A.  
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2011 by La Ley S.A.E. e I.  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

***Impreso en Argentina***

Todos los derechos reservados

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

***Printed in Argentina***

All rights reserved

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

Tirada: 350 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1897-2

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

SERIE I - ANUARIOS

*Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 47.*

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
- 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 RIO.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
- 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 JOAQUIN G. MARTINEZ.
- 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 ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).

- 20.- *Conferencias y Estudios*, por HECTOR P. LANFRANCO.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). *Segunda edición actualizada*.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
- 26.- *Los posibles antídotos 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 AIDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III - COMUNICACIONES

*Comunicaciones - N° 1.*

### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pestificación" 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.*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *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 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.*

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

- *Descentralización Productiva.*

## 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

- *Estudio de Derecho Constitucional - Año 2009.*

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES (\*)

*Presidente*

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

*Vicepresidente*

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

*Secretarios*

Académico Dr. Santos Cifuentes

Académico Dr. Héctor Alegria

*Tesorero*

Académico Dr. Jorge H. Alterini

---

(\*) El doctor Julio César Otaegui ejerció la presidencia de la Academia hasta el 22 de junio de 2009, día en que el Cuerpo aceptó su renuncia al cargo por razones personales. Lo sucedió el doctor Eduardo Aguirre Obarrio.

## 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. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
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 setiembre 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. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
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 setiembre 1996
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegría	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 setiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009

## ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María Bidegain

10 setiembre 2009

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagiés	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. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Bertì	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
Dr. Francesco Galgano	Italia	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. Guillermo J. Fierro	Rosario	22 mayo 2008
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Jorge A. Aja Espil  
Dr. Juan Alvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Argúas  
Dr. Marco R. Avellaneda  
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. Darack  
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. 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. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Ibarguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Larguía  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Juan Francisco Linares  
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. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Angel S. Pizarro

Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz 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 Zavallía  
Dr. Estanislao S. Zeballos

## INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

El Instituto de Derecho Constitucional se enorgullece de tener como Director Honorario al maestro y académico *Segundo V. Linares Quintana*

### *Director*

Juan R. Aguirre Lanari

### *Subdirector*

Gregorio Badeni

### *Secretaria*

Beatriz Alice

### *Miembros*

Alberto Rodríguez Varela  
Alberto Rodríguez Galán  
Juan Carlos Cassagne  
Jorge R. Vanossi  
Carlos M. Bidegain  
Fernando N. Barrancos y Vedia  
Gerardo Ancarola  
Alberto Dalla Vía  
Pedro J. Frías  
Ricardo Haro  
Dardo Pérez Guilhou  
Horacio J. Sanguinetti  
Mario Serrafiero  
Juan Vicente Sola  
Alberto García Lema  
María Angélica Gelli  
Miguel M. Padilla  
Eugenio L. Palazzo  
Néstor Pedro Sagüés  
Alberto Bianchi

Antonio Castagno  
Félix Roberto Loñ  
Antonio A. Martino  
Rodolfo A. Díaz  
Gustavo M. Hornos  
Alfonso Santiago  
Germán González Campaña  
Douglas Elespe  
Martín Farell  
Ricardo M. Rojas  
Enrique Zuleta Puceiro  
Marcos A. Grabivker  
Alejandra Rodríguez Galán de Lagorio  
María Cristina Serrano  
Alfredo M. Vítolo  
Alfredo S. Gusman  
Pablo María Garat  
Carlos José Laplacette  
Jorge Alberto Diegues  
Pablo Luis Manili





## PRÓLOGO

POR JUAN R. AGUIRRE LANARI (\*)

A manera de introito cabe recordar que el plan de labor anual del Instituto de Derecho Constitucional se programó en la primera reunión llevada a cabo el 22 de abril de 2009, participando de las deliberaciones todos los miembros que asistieron a la misma. Corresponde señalar que el temario propuesto no sufrió ninguna modificación, cumpliéndose en su totalidad cada una de las fechas fijadas para las reuniones. Las mismas se llevaron a cabo los terceros martes de cada mes, respetando el programa de años anteriores, por entender que el conocimiento anticipado de las fechas de reunión, el tema y nombre de los expositores, permitía una mejor planificación de actividades por parte de los miembros y también se aseguraba la mayor asistencia de los mismos, que ha sido siempre significativa.

En la reunión del 15 de mayo de 2009, el Profesor doctor Antonio Castagno expuso con solvencia el tema "Acefalía Presidencial". El 26 de julio el Profesor doctor Alfredo M. Vítolo efectuó un importante aporte al abordar el tema "A veinticinco años de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos". El 21 de julio el Profesor doctor Alfonso Santiago (h.) desarrolló con profundidad la temática referida a "Delegación legislativa". El 18 de agosto el Profesor doctor Enrique Zuleta Puceiro expuso en forma clara y precisa sobre "Constitución y Proceso Político". El 15 de setiembre el Profesor doctor Pablo Garat desarrolló un tema de su especial conocimiento: "Federalismo fiscal y sistema federal en la organización constitucional argentina".

El 20 de octubre el Profesor doctor Alberto García Lema efectuó una significativa contribución al exponer sobre "Algo más sobre la reforma al Consejo de la Magistratura". Dada la extensión que al discutirse el tema tuvo en sus opiniones el doctor Rodolfo A. Díaz se resolvió que tradujera sus fundamentos por escrito, lo que también se publica en esta obra por tratarse de un aporte muy valioso. Finalmente, el 17 de

---

(\*) Académico Director del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

noviembre el Profesor doctor Pablo Manili abordó una novedosa temática: “La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano”.

Todas las exposiciones tuvieron como nota típica la muestra de un excelente nivel, acercando valores temáticos en muchos casos novedosos, que concitaron el interés de los concurrentes. Cabe señalar que finalizadas las exposiciones, se acostumbra escuchar los comentarios de los concurrentes y las preguntas que los mismos efectúan a los expositores, originándose de este modo interesantes discusiones e intercambio de puntos de vista y de experiencias que es siempre fecundo y aleccionador.

Resulta conveniente destacar que en las deliberaciones, como en la elección de temas que luego son objeto del debate, se cumple con una tradición académica de absoluto respeto por la libertad de pensamiento y opiniones. Resulta estimulante ver el intercambio respetuoso de pareceres entre consagrados Profesores y jóvenes que se inician en la enseñanza, dentro de un clima de fructífera colaboración general.

Este espíritu de estímulo a la investigación y a la labor de intercambio de opiniones que funciona con especial beneficio para los participantes de las reuniones sigue una tradición que fue implantada con singular énfasis por quien es nuestro Director Honorario, el académico Decano de la Corporación, doctor Segundo V. Linares Quintana. Nuestra Academia le rindió un homenaje en agosto de 2009, con motivo de cumplir 100 años de vida, rodeado de la admiración general de sus discípulos y de todos los que lo conocen y aplauden su fecunda obra de maestro y publicista, que se mantiene con vigor y lucidez. Esta modesta publicación quiere unirse como uno de los muchos lauros que él ha cosechado entre sus conciudadanos.



## LA ACEFALÍA PRESIDENCIAL (1)

POR ANTONIO CASTAGNO

El tema de la acefalía presidencial, en el caso de ausencia del presidente de la Nación o de ambos, por las causales establecidas en el artículo 88 de la Constitución Nacional, ha traído preocupación desde la primera ley 252 del año 1868, a la que le siguieron las leyes 20.972 y la vigente ley 25.716.

Luego de la batalla de Pavón (17 de septiembre de 1861), a la que algunos historiadores la califican como “el misterio de Pavón”, por la apresurada retirada de la famosa caballería entrerriana, dejando el campo de batalla en poder de las tropas de Buenos Aires, se inicia desde el punto de vista político e institucional un período de grave inestabilidad con el peligro siempre latente de nuevos enfrentamientos armados. Se han difundido diversas versiones sobre lo ocurrido durante el desarrollo del combate: a) las cargas de caballería entrerriana había superado a la línea de la infantería porteña poniendo en peligro la defensa del ala del ejército de Buenos Aires; b) Urquiza decidió no profundizar el avance para no causar más muertes y con la posible derrota del ejército porteño quiso evitar una humillación a la orgullosa Buenos Aires; c) Urquiza en medio del combate recibió indicaciones precisas de las autoridades de la masonería de que abandonara el campo de batalla; d) que, ante la situación en que se encontraba su infantería dispersa por el campo y la pérdida de gran parte de su artillería decide poner a salvo su caballería, que se retira del escenario a paso de desfile.

Estas y otras versiones circularon en el ámbito político durante varias décadas.

Al respecto, resulta indispensable para analizar la verdad histórica de este acontecimiento, consultar la exhaustiva investigación realizada por el distinguido académico e historiador, profesor Isidoro J. Ruiz Moreno, en su obra (1).

---

(1) RUIZ MORENO, ISIDORO J., *“El misterio de Pavón”*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 2005, págs., 73 y sigtes.

Esta situación tuvo un desenlace muy serio, ya que el 5 de noviembre de 1861 el presidente Santiago Derqui hace abandono de su cargo, embarcándose en el buque de guerra inglés "Ardent", rumbo a Montevideo. Se conoce la nota dirigida el mismo día de su partida al vicepresidente, general Pedernera, en la que le expresaba que estaba convencido de que su presencia al frente del gobierno era un impedimento para la solución de los problemas que aquejaban a la República en esos momentos tan graves; por eso había decidido "separarse de hecho"; aunque es interesante señalar que no envió la correspondiente renuncia al Congreso, como lo había prometido.

Ante este episodio, se hace cargo el vicepresidente general Pedernera, quien tampoco pudo hacer frente a la grave ausencia de autoridad, por el abandono que le había ocasionado la falta de apoyo del general Urquiza, recluido en su residencia de San José; y la amenaza de continuar las hostilidades por parte del general Mitre, gobernador de Buenos Aires. Por ello, con fecha 12 de diciembre de 1861, el vicepresidente mediante un decreto declara en receso al Poder Ejecutivo, produciéndose en consecuencia la primera situación de acefalía presidencial.

La situación se resuelve designándose el gobernador Bartolomé Mitre "Encargado del Poder Ejecutivo Nacional", quien en tal carácter emite el decreto con fecha 12 de abril en el que establece la forma en que aceptaba la autoridad conferida: "Al aceptar la autoridad provisoria que depositan en mí los pueblos, fue mi ánimo ejercerla tan solo en aquella parte indispensable para la convocatoria del Congreso y el mantenimiento del orden interno y de las relaciones exteriores; una mayor amplitud de facultades administrativas era inconciliable con el carácter accidental de esa autoridad y con los elementos de que disponía" (ver: Academia Nacional de la Historia, 3a. ed. vol VIII, Capítulo XII - "Mitre y la Unión Nacional", por Mariano de Vedia y Mitre, págs. 423 y sigts, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1962).

El distinguido académico Dr. Carlos María Bidegain sostiene, en relación con el lapso durante el cual el general Mitre desempeñó las funciones de Encargado del Poder Ejecutivo, que constituye "el primer gobierno de facto en la historia constitucional argentina", desde la sanción de la constitución histórica de 1853; y agrega: "Durante su primer gobierno de facto Mitre gobernó sin Congreso y aún no se había organizado la Corte Suprema" (2).

Al año siguiente se convoca a elecciones, resultando elegida la fórmula Mitre-Marcos Paz, como gobierno de jure.

---

(2) Ver: BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, "Curso de Derecho Constitucional" II, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1995; págs. 227/228. Tomo I, pág. 164.

En el año 1962, en el caso de la destitución del presidente Arturo Frondizi y ante la ausencia por renuncia del vice presidente Alejandro Gómez, asumió el presidente provisional del Senado de la Nación, el doctor José María Guido, invocando la ley 252 de acefalía. La Corte Suprema de Justicia de la Nación le tomó el juramento, reconociéndolo en el carácter de presidente provisional del Senado a cargo del Poder Ejecutivo. (ver: Ekemekdjian tomo V, pág. 16).

Esta conclusión expresada por el citado autor es conveniente compararla con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 31 de marzo de 1962, que resuelve "homologar el acta en la cual el presidente provisional del Senado de la Nación manifiesta que habiéndose producido la vacante del Poder Ejecutivo por destitución de hecho del anterior Presidente, ha asumido la Presidencia de la República en forma definitiva..."

La citada Acordada acepta por lo expuesto que el presidente provisional del Senado asuma la presidencia de la República, afirmación que no se compadece con el dispuesto en el art. 81 de la Constitución Nacional de 1853/60, que estaba vigente al tiempo de la Acordada.

En su disidencia, el juez Dr. Boffi Boggero se opone a la homologación por las razones que expone en su voto.

Tampoco resulta admisible que se invoque la aplicación de los artículos 1° y 3° de la ley 252. El artículo 1° solamente se refiere a la circunstancia que en caso de acefalía el funcionario que esta norma indica, desempeñará el Poder Ejecutivo; ello no significa que se lo designe presidente. Tanto es así que el artículo 3° indica textualmente que "el funcionario llamado a ejercer el Poder Ejecutivo Nacional en los casos del artículo 1° convocará al pueblo de la República a nueva elección de presidente y vicepresidente...", lo que significa a nuestro criterio que las funciones asignadas al funcionario son provisorias, pues está obligado a llamar a elecciones en el plazo perentorio de treinta días.

La primitiva ley 252 fue modificada por la ley 20.975 de 1975. Con fecha 8 de julio comienza en el Senado el debate del proyecto de ley sobre la reglamentación del entonces artículo 75 de la Constitución Nacional enviado por el Poder Ejecutivo, y el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, Administrativos y Municipales.

En primer lugar debía considerarse si era conveniente sancionar una ley permanente que prevea los casos de transitoriedad como los de acefalía definitiva o, por el contrario, sancionar una ley para cada caso; prevaleció el primer criterio.

Un agregado que resulta interesante aparece en el artículo 6° del proyecto propuesto por el senador Caro, en el sentido que debe aclarar-

se que "el funcionario que ha de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1º de esta ley, actuará con el título que le confiere el cargo que ocupa, con el agregado "en ejercicio del Poder Ejecutivo".

Debe aclararse que en la ley se dan dos situaciones: en el artículo 1º el desempeño transitorio del Poder Ejecutivo lo ejercerá el funcionario en el orden que indica la norma, hasta que el Congreso realice la designación que establece el entonces artículo 75 de la Constitución Nacional.

Reunida la Asamblea, la designación del funcionario deberá reunir los requisitos que establecía el artículo 76; en este caso, el funcionario deberá prestar el juramento según la fórmula que se adopta para el presidente electo.

Sobre esta cuestión, manifestamos nuestra opinión, fundada principalmente que en el caso de la acefalía presidencial, nos encontramos ante una situación de emergencia institucional por la ausencia de los dos mandatarios, que habían sido elegidos de acuerdo con el sistema establecido por la Constitución Nacional.

La designación que realiza la Asamblea de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6; entendemos que también tiene el carácter de transitorio, por una sencilla razón: la Asamblea no tiene facultades ni atribuciones otorgadas por la Constitución Nacional para designar ni menos elegir al presidente de la Nación por más que se le exija el juramento constitucional.

La Ley Fundamental de la Nación dispone un único procedimiento para la elección del presidente y del vicepresidente; y no puede aceptarse que el texto constitucional admita otro procedimiento, impuesto por una ley del Congreso.

En cuanto al juramento que deberá prestar el funcionario designado, no cabría observación de fondo, salvo que se aclarara que lo presta en el carácter y con el título que le confiere el cargo que ocupa. Resulta interesante recordar y reiterar que el gobernador de Buenos Aires, don Bartolomé Mitre, ante la grave situación planteada en 1861, asume las funciones con el título de "Encargado del Poder Ejecutivo".

Creo que ésta sería la fórmula correcta que debería adoptarse en el caso -como lo hemos expresado- de una situación de emergencia institucional.

Una observación que no puede soslayarse es el empleo de los vocablos en cuanto se refieren a la "designación" o a "la elección" de los funcionarios que desempeñarán transitoriamente las funciones del Poder Ejecutivo.

Acudimos a los diarios de sesiones y nos encontramos por ejemplo, que en la sesión de Diputados del 11 de julio de 1975, el diputado Auyero, luego de referirse a las diversas opiniones de distinguidos constitucionalistas sobre la constitucionalidad de la ley de acefalía (se refería a la ley 252), expresaba: que... Reserva para el Congreso la facultad, en el caso particular de la acefalía de ser él, reunido en Asamblea quien elija al funcionario que cubrirá el cargo de presidente de la República (página 636 de la versión taquigráfica).

Reitero el error en que se incurre al otorgar facultades de elegir nada menos que al presidente de la República.

Continúa el citado legislador sosteniendo que “cuando el artículo 75 de la Constitución Nacional establece la forma de la sucesión presidencial sin elección -para no hablar de acefalía- hablamos de “sucesión presidencial” sin elección, es evidente que le otorga esa competencia al Organo Asamblea Legislativa por lo que ésta representa el órgano competente para resolver la cuestión, aspecto en el que la doctrina es unánime; “es competencia de la Asamblea Legislativa la elección del presidente, sin elección popular...”

Debe advertirse que el legislador confunde dos situaciones completamente diferentes; según las normas constitucionales cuando ninguna fórmula hubiera obtenido la mayoría el Congreso elegirá (nos estamos refiriendo a los artículos pertinentes de la Constitución Nacional vigente en el año 1975). En su intervención en el debate el diputado Fernández Gil manifiesta su discrepancia con lo expresado precedentemente por el diputado Auyero, en el sentido que “esta ley puede ser calificada la ley de la afirmación institucional, y nos ha señalado también que con ella se defiende el principio del mandato popular electivo”

Manifiesta seguidamente el diputado Fernández Gil “que no es así, porque de ninguna manera este proyecto de ley tiende a consolidar una de las instituciones más importantes o vitales de nuestro régimen democrático, que es el del sufragio popular. No creo -continúa- en modo alguno que esa expresión popular pueda ser reemplazada a través de una elección de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, reunidas en Asamblea.

En concordancia que esta posición, hace mención a la opinión del siempre recordado y distinguido profesor Germán J. Bidart Campos, cuando expresa: “El orden legal de transmisión del poder y de la sucesión al poder se fractura, como resultado, quien asuma la presidencia es un presidente de facto y no de jure, aun cuando asuma aquel que señala la ley de acefalía ya que entendemos que esta ley llama a ejercer el Poder Ejecutivo a determinados funcionarios sólo cuando las causales que originan la falta de presidente y de vicepresidente son legales, o sea, previstas en el artículo 75 de la Constitución”.

Una afirmación dudosa es la expuesta por el diputado Porto durante la misma sesión del 11 de julio. Se refiere concretamente a que "Estamos en condiciones de señalar, como Congreso de la Nación, quiénes son los funcionarios que pueden elegir la Asamblea Legislativa, y también quién será el presidente provisional que 48 horas o a lo sumo 96 ejercerá unipersonalmente la primera magistratura hasta tanto dicha Asamblea Legislativa elija al presidente definitivo" (pág. 1659 de la versión taquigráfica).

Entendemos que las soluciones propuestas por el legislador no se dan en ninguno de los dos casos; la Asamblea Legislativa no puede elegir porque no tiene facultades al presidente provisional y menos al presidente definitivo.

Solamente en los casos de emergencia institucional decidirá quién ejercerá provisoriamente las funciones del Poder Ejecutivo hasta tanto se restablezca la normalidad institucional, superándose entonces la emergencia de la acefalía.

En el orden constitucional no puede existir otro presidente que el que fuera elegido por los ciudadanos en elección popular y de acuerdo con el procedimiento establecido por la Ley Fundamental de la República.

Dentro del derecho comparado, admitimos que la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte, en los casos de acefalía dispone que el funcionario actuará como presidente "el Congreso dispondrá mediante legislación quién desempeñará la presidencia y tal funcionario ejercerá el cargo hasta que cese la incapacidad o se elija un nuevo presidente" (Art. II, Sec. 1); pero de ningún modo lo nombra o lo designa presidente. Nuestra Constitución Nacional, al referirse al mismo caso de emergencia dispone que desempeñará la presidencia, pero tampoco le otorga el título de presidente (Artículo 88 de la Constitución Nacional).

En el caso de que el vicepresidente de la Nación reemplace temporalmente al presidente, no pierde su cargo, pues sigue siendo vicepresidente a cargo de la presidencia o en ejercicio de la presidencia y completa el período presidencial, como ha sucedido en nuestra historia.

Cuando se produce la acefalía total, el funcionario que ejercerá transitoriamente las funciones del Poder Ejecutivo, no se convierte en presidente; mantiene el cargo que ocupa (senador, diputado o gobernador).

El 28 de noviembre del 2002 comenzó en el Senado de la Nación el tratamiento del proyecto de ley en revisión, el que se sancionó definitivamente como ley 25.716, que modificó a la anterior 20.972.

Desde el punto de vista del procedimiento parlamentario, se señala que el proyecto de ley en revisión se trató sobre tablas con el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, cuya votación resultó afirmativa.

En la discusión en general hablaron varios senadores, coincidiendo en el sentido de que la gran distinción que vamos a tener que hacer es abordar el instituto de la acefalía, es distinguir, como lo hace la Constitución, que en el ejercicio de las facultades normadas por el artículo 88 el Congreso Nacional no elige presidente porque, en un sistema republicano, representativo y federal, la elección sólo puede estar vinculada con el voto popular. Tanto es así que la redacción del artículo 88 en ningún momento utiliza el verbo “elegir” sino que dice: “...determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia hasta que haya cesado la causa de la inhabilidad o un nuevo presidente sea electo”.

“En todo el capítulo que se refiere a la elección del titular del Poder Ejecutivo se utiliza con ese sentido este término. Incluso en toda la Constitución la palabra ‘elección’ está remitida al voto popular; no se habla de funcionario electo. De hecho, el actual presidente de la República es un presidente designado por la Asamblea Legislativa, pero no es un presidente electo”.

“Solamente la Asamblea Legislativa puede determinar o designar un funcionario, nunca elegirlo. Por eso no es caprichoso el verbo “determinar” que utiliza la Constitución Nacional (expresiones tomadas de la versión taquigráfica).

En último análisis, la ley no dice que designa al presidente: simplemente que el funcionario desempeñará la presidencia: y siempre con el carácter de transitorio, para completar el período que quedó (en el caso de acefalía parcial) o para convocar a elecciones para un nuevo período presidencial, en el caso de acefalía total.

Es interesante que el doctor Duhalde fue designado para completar el período del doctor De la Rúa interrumpido por su renuncia; es decir, que el doctor Duhalde fue designado en sus funciones hasta el 10 de diciembre del 2003; pero tampoco ese plazo se completó porque renunció y convocó a elecciones antes de esa fecha. Considero equivocada la decisión de la Asamblea Legislativa, al disponer que el doctor Duhalde debía completar el período interrumpido; pues solamente debía normalizar institucionalmente el país y convocar a elecciones para presidente y vicepresidente de la Nación.

La Constitución Nacional no dispone nada con respecto a que debe completarse el período inconcluso en el caso de acefalía total, en razón de que la ley no puede agregar ninguna otra condición o exigencia no

prevista en la norma constitucional, pues la ley de acefalía es una ley reglamentaria del artículo 88 de la Constitución Nacional.

El senador Prades comete un error al afirmar en su exposición: "Con posterioridad, siete días después (se refiere a la renuncia del senador Rodríguez Saá) debimos nuevamente elegir otro presidente -el actual- (se refiere al doctor Duhalde) a quien elegimos hasta el 10 de diciembre de 2003".

También confunde dos situaciones completamente distintas, cuando afirma que la Constitución exige que el período se complete hasta el último día. Esta condición sólo es exigible al presidente electo, es decir, de jure, condición que no es exigible en el caso de una emergencia institucional como lo es la acefalía presidencial.

Con respecto a la distinción entre período y mandato, el doctor Gregorio Badeni sostiene que período es el de seis o de cuatro años y mandato es el que tiene el ciudadano electo.

Es contrario a esta posición el senador Yoma al afirmar en su exposición que "si finalizó el mandato por renuncia de los que han sido electos, también se acaba su período".

Si acudimos a la historia de los presidente advertimos que los períodos se iniciaron en diversas fechas, ya sea al reanudarse la normalidad constitucional después de un golpe de estado por producirse la acefalía presidencial; pero es importante advertir que el presidente electo comenzó un nuevo período constitucional, es decir, su propio período presidencial.

La senadora Escudero sostiene por su parte que "Si hacemos una revisión de la historia argentina, podremos advertir que en la mayoría de los casos de acefalía y nuevas elecciones nunca se interpretó que había que completar el período inconcluso. Siempre los electos lo fueron para iniciar un período completo. Sin embargo, hubo un solo caso en la Argentina en el que sí se interpretó que el período era el período completo de seis años; y justamente para proscribir la candidatura del doctor Marcelo T. de Alvear.

Por su parte, el senador Gómez Diez aporta algunos detalles de este episodio, en el sentido que fue el propio Alvear el que plantea la duda en cuanto a la posible impugnación de la fórmula Alvear-Güemes, lo que en definitiva sucedió.

### **Conclusiones**

Luego de este somero análisis de las leyes sobre acefalía presidencial, entendemos oportuno señalar algunas conclusiones en relación con dichas normas.

1.- La acefalía presidencial constituye un estado de emergencia institucional y debe ser solucionado desde ese marco.

2.- El artículo 1º de la ley 25.716 establece que el Congreso designará con carácter provisorio al funcionario que desempeñará el Poder Ejecutivo; esta designación se efectúa por un lapso muy corto, hasta que el Congreso reunido en Asamblea determine qué funcionario se hará cargo de las funciones del Poder Ejecutivo. Debe observarse que en ningún caso la ley designa al presidente, pues solamente le asigna las funciones en forma provisorio y que actuará con el título del cargo que ocupa con el agregado “en ejercicio del Poder Ejecutivo” (artículo 6º).

Esta aclaración recuerda la que obtuvo el general Mitre “Encargado del Poder Ejecutivo”.

3.- En el caso del artículo 4º el funcionario designado también lo es a título provisorio, pues tampoco se le asigna el título de presidente, pues sus funciones se reducen al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Nacional.

4.- Es importante señalar que la Asamblea Legislativa no tiene facultades ni atribuciones para designar al presidente, pues la Constitución Nacional en el artículo 94 establece el procedimiento para la elección del presidente y del vicepresidente de la Nación, por elección popular.

5.- La divergencia entre la interpretación de período y mandato no resulta una cuestión relevante; basta con emplear el sentido común, en el entendimiento que si se ha producido la acefalía total y caducado de hecho el período interrumpido, corresponde que el presidente electo por el voto popular comience su propio período durante el tiempo que establece la Constitución Nacional.

6.- Desde el punto de vista del ceremonial y protocolo, entiendo que no corresponde otorgar al funcionario designado los atributos presidenciales (la banda y el bastón), porque no asumió como presidente y esos símbolos son exclusivos del presidente electo.

7.- En relación con el juramento que debe prestar el funcionario designado por la Asamblea Legislativa no habría observaciones serias que formular, entendiendo que le da cierta solemnidad al acto; pero con la salvedad que en la fórmula del juramento debe hacerse mención muy claramente que asume en ejercicio del Poder Ejecutivo, pero no como presidente.

*(Ver cuadros en páginas sigtes.)*

## LEYES DE ACEFALIA PRESIDENCIAL

LEY 252 de 1868	LEY 20.972 de 1975	LEY 25.716 de 2003
<p>Artículo 1.- En caso de acefalia de la República, por falta de Presidente y vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado en primer lugar por el Presidente del Senado, en segundo por el Presidente de la Cámara de Diputados, y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema,</p>	<p>Artículo 1.- En caso de acefalia por falta de presidente y vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente en primer lugar por el presidente provisorio del Senado, en segundo por el presidente de la Cámara de Diputados y a falta de éstos por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea, haga la elección a que se refiere el artículo 75 de la Constitución Nacional.</p>	<p>Artículo 1.- En caso de acefalia por falta de Presidente y de Vicepresidente de la Nación, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente en primer lugar por el Presidente provisorio del Senado, en segundo lugar por el Presidente de la Cámara de Diputados y a falta de éstos, por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta que el Congreso reunido en Asamblea haga la designación a que se refiere el artículo 88 de la Constitución Nacional.</p>
<p>Artículo 2. - Treinta días antes de terminar el periodo de las sesiones ordinarias, cada Cámara nombrará su Presidente para los efectos de esta ley.</p>	<p>Artículo 2.- La elección, en tal caso, se efectuará por el Congreso de la Nación, en asamblea que convocará y presidirá quien ejerza la presidencia del Senado y que se reunirá por imperio de esta ley dentro de las 48 horas siguientes al hecho de la acefalia. La Asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara que la componen. Si no se logra ese quorum, se reunirá nuevamente a las 48 horas siguientes constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada Cámara.</p>	<p>Artículo 2.- La designación, en tal caso, se efectuará por el Congreso de la Nación, en asamblea que convocará y presidirá quien ejerza la Presidencia del Senado y que se reunirá por imperio de esta ley dentro de las 48 horas siguientes al hecho de la acefalia. La asamblea se constituirá en primera convocatoria con la presencia de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara que la componen. Si no se logra ese quorum, se reunirá nuevamente a las 48 horas siguientes, constituyéndose en tal caso con simple mayoría de los miembros de cada Cámara.</p>

LEYES DE ACEFALIA PRESIDENCIAL

LEY 252 de 1868	LEY 20.972 de 1975	LEY 25.716 de 2003
<p>Artículo 3.- El funcionario llamado a ejercer el Poder Ejecutivo Nacional en los casos del artículo 1° convocará al pueblo de la República a nueva elección de Presidente y Vicepresidente dentro de los treinta días siguientes a su instalación en el mando, siempre que la inhabilidad de aquéllas sea perpetua.</p>	<p>Artículo 3.- La elección se hará por mayoría absoluta de los presentes. Si no se obtuviera esa mayoría en la primera votación se hará por segunda vez, limitándose a las dos personas que en la primera hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En caso de empate, se repetirá la votación, y si resultase nuevo empate, decidirá el presidente de la Asamblea votando por segunda vez. El voto será siempre nominal. La elección deberá quedar concluida en una sola reunión de la asamblea.</p>	<p>Artículo 3.- La designación se hará por mayoría absoluta de los presentes. Si no se obtuviera esa mayoría en la primera votación se hará por segunda vez, limitándose a las dos personas que en la primera hubiesen obtenido mayor número de sufragios. En caso de empate decidirá el presidente de la asamblea votando por segunda vez. El voto será siempre nominal. La designación deberá quedar concluida en una sola reunión de la asamblea.</p>
<p>Artículo 4.- El funcionario que haya de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1° de esta ley, al tomar posesión del cargo, ante el Congreso, y en su ausencia, ante la Corte Suprema de Justicia, prestará el juramento que prescribe el artículo 80 de la Constitución.</p>	<p>Artículo 4.- La elección deberá recaer en un funcionario que reúna los requisitos del artículo 76 de la Constitución Nacional, y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: Senador Nacional, Diputado Nacional o Gobernador de Provincia.</p>	<p>Artículo 4.- La determinación recaerá en un funcionario que reúna los requisitos del artículo 89 de la Constitución Nacional, y desempeñe alguno de los siguientes mandatos populares electivos: Senador Nacional, Diputado Nacional o Gobernador de Provincia. En caso de existir Presidente y Vicepresidente de la Nación electos éstos asumirán los cargos acéfalos. El tiempo transcurrido desde la asunción prevista en este artículo hasta la iniciación del periodo para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 90 de la Constitución Nacional.</p>

## LEYES DE ACEFALIA PRESIDENCIAL

LEY 252 de 1868	LEY 20.972 de 1975	LEY 25.716 de 2003
<p>Artículo. 5.- Comuníquese al Poder Ejecutivo. -</p>	<p>Artículo 5.- Cuando la vacancia sea transitoria, el Poder Ejecutivo será desempeñado por los funcionarios indicados en el artículo 1 y en ese orden, hasta que reasuma el titular.</p> <p>Artículo 6.- El funcionario que ha de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1ro. de esta ley actuará con el título que le confiere el cargo que ocupa, con el agregado, "el ejercicio del Poder Ejecutivo". Para el caso del artículo 4to. el funcionario designado para ejercer la Presidencia de la República deberá prestar el juramento que prescribe el artículo 80 de la Constitución Nacional ante el Congreso y en su ausencia, ante la Corte Suprema de Justicia.</p>	<p>Artículo 6.- El funcionario que ha de ejercer el Poder Ejecutivo en los casos del artículo 1° de esta ley actuará con el título que le confiere el cargo que ocupa, con el agregado "en ejercicio del Poder Ejecutivo". Para el caso del artículo 4to. el funcionario designado para ejercer la Presidencia de la Nación o el Presidente y Vicepresidente electos deberán prestar el juramento que prescribe el artículo 93 de la Constitución Nacional ante el Congreso y en su ausencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.</p>

**5559** - Se declara el Poder Ejecutivo en receso administrativamente hasta que se reúna el Congreso y dicte las medidas necesarias para salvar las dificultades que obligan al Poder Ejecutivo a declararse en receso.

Ministerio del Interior - Paraná, Diciembre 12 de 1861 - El Vicepresidente de la República Argentina, en ejercicio del Poder Ejecutivo - Considerando: 1ª Que los graves y extraordinarios acontecimientos que se han desenvuelto en la República, desde el día 17 de Septiembre último, han ido entorpeciendo física y moralmente el ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional en la órbita que la Constitución le ha trazado. 2º Que la ley de la Legislatura de la Provincia de Entre Ríos, promulgada por el Ejecutivo de la misma el 17 del corriente, la declara en posesión de la plenitud de su soberanía, privando de esta manera al Gobierno Nacional de la administración de sus Aduanas y rentas que ellas producen, únicos recursos pecuniarios de que podía en la actualidad disponer el Gobierno Nacional, para continuar con la guerra en defensa de las instituciones del país. 3º Que por la misma sanción se sustraen de la autoridad del Ejecutivo Nacional, todas las fuerzas militares de dicha provincia y demás elementos bélicos con que podía contar para salvar las dificultades de la situación. 4º Que anexando también la precitada ley el territorio federalizado al de la Provincia de Entre Ríos, no le queda al Ejecutivo Nacional ni el suelo indispensable y necesario para continuar su difícil administración. 5º Que en presencia de esta situación anómala, y no siendo posible reunir el Congreso federal, por la premura del tiempo y por el estado de conflagración en que se encuentra la República, el Ejecutivo Nacional no puede asumir la responsabilidad de las consecuencias inherentes a un orden de cosas semejante, que no ha estado en la esfera de sus facultades evitar; Oído el consejo de Ministros, Acuerda y decreta: Art. 1º Declarase en receso el Ejecutivo Nacional, hasta que la Nación reunida en Congreso o en forma que estimare conveniente, dicte las medidas necesarias a salvar las dificultades que obligan al Gobierno a tomar esta disposición. Art. 2º Comuníquese a los Gobiernos de las Provincias confederadas, para su conocimiento y fines consiguientes. Art. 3º Publíquese en la forma ordinaria y dese al Registro Nacional. - Pedernera - Nicanor Molinas - José S. Olmos - Vicente del Castillo.

**5567** - Circular a los Gobernadores de Provincia, manifestándoles que el viático y dieta de los Senadores y Diputados son por cuenta de la Nación.

El gobernador de Buenos Aires Encargado del Poder Ejecutivo Nacional - Buenos Aires, Marzo 17 de 1862. Al Exmo. Sr. Gobernador de la Provincia de... El infrascrito tiene el honor de dirigirse a V.E. manifestándole que el viático y dieta de los Senadores y Diputados que deben representar a esa Provincia en el Congreso Nacional Legislativo, serán

cubiertos por la Tesorería de Buenos Aires, por cuenta de la Nación. El infrascrito espera que V.E. lo hará saber así a los mencionados Senadores y Diputados, a fin de que tengan anticipadamente aquella seguridad. Dios guarde a V.E. muchos años. Bartolomé Mitre - José María Gutiérrez - Secretario general.

**5568** - Se nombran Veedores en la Aduana de Buenos Aires.

Ministerio de Hacienda. Acuerdo: Buenos Aires, Marzo 27 de 1862. En virtud de lo que dispone el artículo 29 de la ley de Aduana, El gobierno acuerda nombrar para desempeñar el cargo de Veedores en el segundo trimestre del corriente año, a los ciudadanos que actualmente lo sirven a saber: D. Joaquín Rezabal, D. Máximo Landivar, D. Miguel Casal, D. Juan Yañiz, D. Tomás Foley y D. Guillermo Quirno, quienes acompañarán a los Vistas en el despacho de mercaderías según la distribución que determine el Colector General. Comuníquese a este para que lo haga saber a los nombrados y efectos consiguientes; y transcribábase a la Contaduría, publicándose. Mitre - Norberto de la Riestra. (Registro Oficial).

**5569** - Se conceden varias facultades al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires.

Departamento de Gobierno. El Presidente de la Cámara de Representantes. Buenos Aires, Abril 3 de 1862. Al Poder Ejecutivo de la Provincia. El infrascrito tiene el honor de transcribir a V.E. la ley, que en sesión de ayer, han tenido a bien sancionar las Cámaras. El Senado y la Cámara de Representantes etc. Art. 1º: Autorízase al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires para mantener por parte de esta, las relaciones exteriores de la República, y para atender, dentro de las atribuciones constitucionales del Ejecutivo Nacional, hasta que reunido el Congreso, resuelva lo que crea conveniente. Art. 2º: Queda igualmente autorizado para aceptar las delegaciones, que en referencia a dichos objetos, le han conferido algunas Provincias y las que le confieran las demás. Art. 3º: Comuníquese al Poder Ejecutivo. Dios guarde a V.E. muchos años. Andrés Somellera - Pedro Aguilar - Secretario.

Buenos Aires, Abril 4 de 1862. Cúmplase, acúsese recibo, comuníquese a quienes corresponde y publíquese. MITRE - Eduardo Costa - Norberto de la Riestra - Juan Andrés Gelly y Obes. (Registro Oficial).

**5570** - Estableciendo que la autoridad delegada por las Provincias se ejercerá bajo la denominación de Gobernador de Buenos Aires. Encargado del Poder Ejecutivo Nacional.

El Gobernador de Buenos Aires Encargado del Poder Ejecutivo Nacional. Buenos Aires, Abril 12 de 1862. Por cuanto: Las Provincias de Córdoba, Santiago del Estero, San Luis, Tucumán, Santa Fe, San Juan,

Catamarca, Mendoza, Jujuy y Buenos Aires, han delegado en el que suscribe en su carácter de Gobernador de Buenos Aires, y como una muestra de alta confianza en el pueblo que de hecho y de derecho se halla al frente de la reorganización nacional, las facultades inherentes al Poder Ejecutivo General, a efecto de convocar o instalar el Congreso Nacional, y de ejercer, hasta tanto que dicho Congreso resuelva lo que corresponda, las atribuciones anexas a ese cargo, para proveer a las premiosas exigencias del orden y de la reorganización de la República, todo con arreglo a la Constitución reformada, cuya fe guardan los pueblos que componen la Nación; y por cuanto a las Provincias de Corrientes y La Rioja han delegado en el mismo, a más de las facultades para la convocación e instalación del Congreso, la de mantener las Relaciones Exteriores de la República, habiendo la Provincia de Entre Ríos autorizándole para lo primero, reconociéndole en el hecho las inherentes al Poder Ejecutivo Nacional que sean indispensables para el logro de ese objeto, obligándose además a guardar la fe de la Constitución Nacional a cuya ley debe mientras se reúne el Congreso, ajustar sus procedimientos; y no obstante de que la Provincia de Salta no ha dictado ninguna disposición especial en el mismo sentido, ha declarado sin embargo oficialmente y de la manera más solemne estar dispuesta a seguir el ejemplo de las demás Provincias hermanas, uniformando con ellas su política, en cuya virtud ha sido invitada a concurrir al Congreso General que debe reunirse en Buenos Aires el 25 de Mayo del corriente año. Considerando: Que es necesaria y conveniente regularizar el ejercicio de esos Poderes determinando el modo, forma, objeto y extensión en que las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional interino deban ejercerse, mientras tanto que el mencionado Congreso Nacional resuelva lo que corresponda. Por tanto: Usando para ello de las autorizaciones que han sido espontáneamente delegadas por los pueblos, ha venido a resolver: Art. 1º: La autoridad delegada por los pueblos se ejercerá bajo la denominación de Gobernador de Buenos Aires, encargado del Poder Ejecutivo Nacional. Art. 2º: Hasta tanto se que se reúna el Congreso y éste disponga sobre el particular lo conveniente, los Ministros del Gobierno de Buenos Aires autorizarán los actos que el encargado del Poder Ejecutivo Nacional dicte en su calidad de tal. Art. 3º: Debiendo darse cuenta de todos estos actos al Congreso general, ante el cual el encargado del Poder Ejecutivo Nacional es responsable, todos los asuntos en que intervenga y resoluciones que dicte en calidad de tal, girarán por la Secretaría de Asuntos Nacionales, organizada con anterioridad para atenderlos debidamente, sin complicar el orden interno de las reparticiones provinciales. Art. 4º: Por lo que respecta a las Relaciones Exteriores: el encargado de ellas se limitará únicamente a mantenerlas con las naciones amigas, observando y haciendo observar los tratados públicos que obliguen o favorezcan a la Nación en general y a cada Provincia en particular, en los mismos términos en que las Provincias se hallan comprometido; dando solución inmediata a las

cuestiones de carácter urgente que pueda sobrevenir y que no necesiten de la concurrencia del Poder colegislador; y ejerciendo a la vez aquellos actos que sean indispensables para todo ello, pero sin comprometer directa ni indirectamente la soberanía exterior de la Nación. Por el Ministerio de Gobierno se pasará a los Ministros Diplomáticos y Cónsules extranjeros la correspondiente circular, debiendo en adelante el Ministro de esa repartición entenderse directamente con los Agentes Diplomáticos y Agentes Consulares, así nacionales como extranjeros, hasta tanto que el Congreso resuelva lo conveniente en este caso. Art. 5º: Por lo que se respecta al régimen interno, las funciones del encargado del Poder Ejecutivo Nacional se limitarán al mantenimiento del orden público, a hacer que se respete y se observe por las Provincias la Constitución Nacional; a atender a la seguridad de las fronteras de dichas Provincias con las fuerzas militares puestas a sus inmediatas ordenes y cuya organización haya sido expresamente autorizada por él; a la fiel y regular percepción de las rentas nacionales que se hallen a su cargo, cuidando de su equitativa inversión, con cargo de rendir cuenta detallada al Congreso en su oportunidad, y a los demás asuntos de carácter urgente que puedan sobrevenir. Art. 6º Sin perjuicio de continuar admitiéndose en las Aduanas nacionales a cargo del Poder Ejecutivo Nacional los documentos de crédito, que con arreglo a la ley vigente son admisibles en pagos de derechos de Aduana, según se ha establecido ya por punto general en las Aduanas del Rosario y Santa Fe, se establece que el encargado del Poder Ejecutivo Nacional, se inhibirá de entender por ahora en todo asunto relativo a deudas atrasadas de la Nación, y toda otra obligación que haya podido contraer el caduco Gobierno del Paraná, hasta que el Congreso resuelva sobre el modo, forma y medios en que se ha de atender a esos reclamos. Art. 7º: Circúlese a los Gobiernos de Provincia y demás a quienes corresponda y publíquese. Mitre - De orden de S.E. - José María Gutiérrez, Secretario general.

**5571** - Circular a los Gobiernos de Santa Fe, Corrientes, Córdoba, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago, Tucumán, Catamarca, Jujuy y La Rioja.

El Gobernador de Buenos Aires, encargado del Poder Ejecutivo Nacional. Buenos Aires, Abril 12 de 1862. Al Exmo. señor Gobernador de la Provincia de ... Al contestar a la nota de V.E. y documentos relativos a la delegación de facultades que tuvo bien hacer esa Provincia en la persona del infrascrito para la convocatoria al Congreso y ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional (1), se había anticipado ya a V.E. que oportunamente expresaría el infrascrito la manera en que se haría cargo

---

(1) Variante para las Provincias de Corrientes y La Rioja, mantenimiento de las relaciones Exteriores.

de aquella delegación. Autorizado suficientemente por la Legislatura de Buenos Aires, a quien se hallaba en el deber de consultar sobre la materia como Gobernador de ella, el infrascrito cree llegado el caso de decir a V.E. que, agradeciendo la alta confianza con que esa benemérita Provincia se ha dignado honrarle, acepta la delicada misión que se le encomienda, y procurará llenarla en los Términos y a los objetos expresados en el decreto que en copia autorizada se acompaña (2). Deseoso de consolidar la actualidad por la más pronta reorganización de los poderes públicos, con arreglo a la Constitución que han jurado los pueblos dando así una firme base a la paz y a la libertad conquistadas; el infrascrito no dispensará esfuerzo alguno para arribar a aquellos grandes objetos, protestando ante la República y ante la Provincia que V.E. preside, no usar el poder que se deposita en sus manos, sino en aquello que fuere indispensable a la conservación del orden y a la reorganización del país, con el firme propósito de propender eficazmente al bien de la patria y a la realidad de sus instituciones. Resta solo al infrascrito agregar, que entre los objetos que son hasta cierto punto del resorte del Poder Ejecutivo Nacional, ha creído deber declarar que en el ejercicio de éste, se abstendría de entender, por ahora, en todo asunto relativo a deudas atrasadas de la Nación. A este respecto debe el infrascrito manifestar a V.E. que con prescindencia del derecho que pueda asistir o no a los que gestionen tales asuntos, ha debido procederse así por la falta de un tesoro nacional, y por la necesidad de establecer reglas generales que determinen el modo de procederse en tales reclamos, la forma en que hayan de verificarse los pagos y la prelación que pueda darse a los unos respecto de los otros; puntos todos que requieren para su solución, la concurrencia del poder colegislador, que aun no se halla instalado, salvo aquellos documentos de créditos que por ley son admisibles en pagos de derechos de Aduana. El infrascrito se complace en reiterar a V.E. las seguridades de su más distinguido aprecio y consideración. Bartolomé Mitre - José María Gutiérrez, Secretario General.

**5572** - Comunicación al Gobernador de Entre Ríos, acompañándole el decreto que determina el modo y forma en que se acepta la delegación hecha por las Provincias Argentinas.

El Gobernador de Buenos Aires, encargado del Poder Ejecutivo Nacional. Buenos Aires, Abril 12 de 1862. Al Exmo. señor Gobernador de la Provincia de Entre Ríos. El infrascrito tiene el honor de dirigirse a V.E. acompañándole el decreto que determina el modo y forma en el que el infrascrito acepta la Delegación con que ha sido honrado por las Provincias Argentinas, expresando los fines a que tiende esa aceptación. Aún que por parte de la Provincia que V.E. preside, la delegación

---

(2) Variante para las Provincias de Corrientes y La Rioja, y que se relaciona con esa Provincia en cuanto a las facultades que ella ha delegado.

se limita en sus objetos a la convocatoria e instalación del Congreso de la Nación, el infrascrito entiende que, con la alta misión que le ha sido encomendada por el pueblo de Entre Ríos, se le confiere implícitamente aquella parte de la autoridad nacional que es necesaria para llevarla a cabo; y es solo en este sentido, que el decreto mencionado se relaciona con el Gobierno de V.E. Sean cuales fueren las facultades que la voluntad de los pueblos ha puesto en manos del que suscribe, él no las empleará sino en bien de la patria, y en aquello que fuere indispensable para consolidar su actualidad, para conservar el orden público y para acelerar en lo posible la reorganización de los Poderes Nacionales que han de regir el país en lo sucesivo. El infrascrito cumple un grato deber reiterando esta declaración ante la República y ante la Provincia al mando de V.E. Solo resta al infrascrito agregar una explicación. El adjunto decreto establece que el encargado del Poder Ejecutivo Nacional, se abstendrá de entender por ahora, en todo asunto relativo a deudas atrasadas de la Nación. A esta respecto debe manifestarle a V.E. que, prescindiendo del derecho que tengan o no los reclamantes, ha debido procederse así por la falta de un tesoro nacional y por la necesidad de establecer reglas generales que abracen toda la materia, lo cual solo puede hacerse por el poder colegislador que aún no se halla instalado, salvo aquellos documentos de crédito, que por la ley son admitidos en pagos de derechos de Aduana.

El infrascrito aprovecha la oportunidad de reiterar a V.E. las seguridades de su aprecio y consideración. Bartolomé Mitre – José María Gutiérrez, Secretario general.

**5373** - Comunicación al Gobernador de Salta, acompañándole el decreto que determina el modo, forma, objetos y extensión del Poder Ejecutivo Nacional.

El Gobernador de Buenos Aires, encargado del Poder Ejecutivo Nacional. Buenos Aires, Abril 12 de 1862. Al Exmo. señor Gobernador de la Provincia de Salta. El infrascrito tiene el honor de dirigirse a V.E. acompañándole el decreto expedido en esta fecha relativamente al modo, forma, objetos y extensión en que deban ejercerse las facultades inherentes al Poder Ejecutivo Nacional, delegadas en su persona por las Provincias que se mencionan. Si bien la Provincia que V.E. preside no ha dictado ninguna disposición especial a este respecto, ella ha declarado oficialmente, que está dispuesta a seguir el ejemplo de sus hermanas, uniformando con ellas su política y contribuyendo al afianzamiento de la situación, en cuyo propósito no presentará inconveniente alguno. Partiendo, pues, de esa declaración y en la confianza que V.E. se penetrará de la urgente necesidad de establecer cuanto antes un Poder Nacional, que provea a la conservación del orden y a la reorganización de las autoridades de la República, el infrascrito no duda que V.E. prestará su conformidad al mencionado decreto. Con

este motivo el infrascrito se complace en ofrecer a V.E. las seguridades de su más perfecta consideración. Bartolomé Mitre. Por autorización de S.E. – José María Gutiérrez, Secretario general.

ACEFALIA – Presidente depuesto – Juramento ante la Corte Suprema del presidente del Senado – Alcances – Homologación del acta de asunción de la Presidencia de la República

1.- Procede homologar el acta en la cual el presidente provisional del Senado de la Nación manifiesta que habiéndose “producido la vacante del Poder Ejecutivo por destitución de hecho del anterior Presidente, ha asumido la Presidencia de la República en forma definitiva”, dado que ella es conforme, en sus alcances y efectos, con lo que corresponde atribuir al juramento prestado ante esta Corte Suprema y en cuya virtud aquél asumió válidamente el Poder Ejecutivo Nacional, con carácter definitivo, de acuerdo con los arts. 1º y 3º de la ley 252 (ADLA, 1852-1880, 473).

2.- Por principio, los actos en que la Corte Suprema o su presidente toman juramento, no importan decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien lo presta. Lo contrario entrañaría, por prejuizamiento, decidir fuera de la oportunidad establecida por los Arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y normas afines (Disidencia del doctor Boffi Boggero).

3.- El juramento del art. 80 de la Constitución Nacional prestado ante la Corte Suprema de Justicia por el presidente provisional del Senado de la Nación, responde a una interpretación que permitía, sin perjuicio del pronunciamiento definitivo en el momento debido, la celebración de dicho juramento en la “forma” señalada por la ley de acefalía (ADLA, 1852-1880, 473). (Disidencia del doctor Boffi Boggero).

4.- No procede la homologación solicitada del acta en la cual el presidente provisional del Senado de la Nación expresa que habiéndose “producido la vacante del Poder Ejecutivo por destitución de hecho del anterior Presidente, ha asumido la Presidencia de la República en forma definitiva”, porque fuera de que no hay disposición legal que la imponga, entrañaría un acto contrario a la doctrina de que cuando la Corte o su presidente toman juramento, ello no importa, en principio, decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien lo presta. (Disidencia del doctor Boffi Boggero).

47.887 – CS, marzo 31 de 1962.- Acordada.

Buenos Aires, Marzo 31 de 1962. Considerando: Que el acta (1) cuya homologación se solicita es conforme, en sus alcances y efectos,

---

(1) En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los treinta días del mes de Marzo del año mil novecientos sesenta y dos, siendo las doce horas

con lo que corresponde atribuir al juramento (2) prestado a fs. 73 del libro respectivo, en virtud del cual el doctor José María Guido asumió válidamente el Poder Ejecutivo Nacional, con carácter definitivo, de acuerdo con los arts. 1º y 3º de la ley 252 (ADLA, 1852-1880, 473).

Que en consecuencia corresponde acceder a lo solicitado e incorporar las presentes actuaciones al legajo pertinente de la Secretaría de Superintendencia del Tribunal (arts. 4º, citada ley, y 96, Reglamento de la Justicia nacional (ADLA, XIII-A, 931). Benjamín Villegas Basa-

---

quinze minutos, me constituí yo, Escribano General del Gobierno de la Nación, en el Salón Blanco de la Casa de Gobierno, a requerimiento del excelentísimo Señor Presidente Provisional del Honorable Senado de la Nación, doctor José María Guido, quien se encuentra presente, y manifiesta:

“Que ante los hechos que son de público conocimiento, que han producido la vacante del Poder Ejecutivo por destitución de hecho del anterior presidente, ha asumido la Presidencia de la República en forma definitiva, habiendo prestado en ese carácter el juramento constitucional ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

“Esta acta forma un todo con la comunicación cursada en la fecha a la Corte Suprema de Justicia, que le recibió el juramento y se firma en presencia de los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, debiendo enviarse testimonio al Superior Tribunal para su Homologación.”

“Acto seguido, el infrascrito, Escribano General, procede a poner en manos del excelentísimo señor Presidente de la Nación, doctor José María Guido, el bastón y la banda presidencial, atributos simbólicos del mando supremo que acaba de asumir”.

“Se deja constancia que se encuentran presentes en el acto el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Benjamín Villegas Basavilbaso, y todos los señores miembros del citado tribunal, con lo que terminó el acto, firmando para constancia del Exmo. señor Presidente de la Nación, los señores ministros y secretarios de Estado, altos jefes de las Fuerzas Armadas y demás presentes por ante mí, de que doy fe”.

(2) “En Buenos Aires a los 29 días del mes de Marzo del año mil novecientos sesenta y dos, compareció ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el señor Presidente Provisional del H. Senado, doctor don José María Guido, y prestó el juramento prescripto por el artículo 80 de la Constitución Nacional”.

“Con lo que terminó el acto, firmando para constancia por ante mí, que doy fe. José María Guido - Benjamin Villegas Basavilbaso - Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid - Luis M. Boffi Boggero - Julio Oyhanarte - Pedro Aberastury - Ricardo Colombres - Esteban Imaz - Ramón Lascano. (Sec.: Jorge A. Peró)”.

La nota por la cual el doctor Guido manifestó a la Corte que prestaría ante ella el juramento a que se refiere la precedente acta, es la siguiente:

“Tengo el honor de dirigirme a V.E. a fin de llevar a su conocimiento que, en virtud de la situación que es del dominio público, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 75 de la Constitución Nacional y el artículo 1º de la ley 252, asumo el Poder Ejecutivo Nacional. A tales efectos, en ausencia del Congreso Nacional, que se encuentra en receso, hago saber igualmente a V.E. que, de conformidad con el artículo 4º de la misma ley 252, prestaré juramento ante esta excelentísima Corte Suprema tan pronto como el Alto Tribunal tenga a bien recibirlo, lo cual, en las graves circunstancias actuales, solicito se cumpla Inmediatamente. Saludo a V.E. con mi más distinguida consideración”.

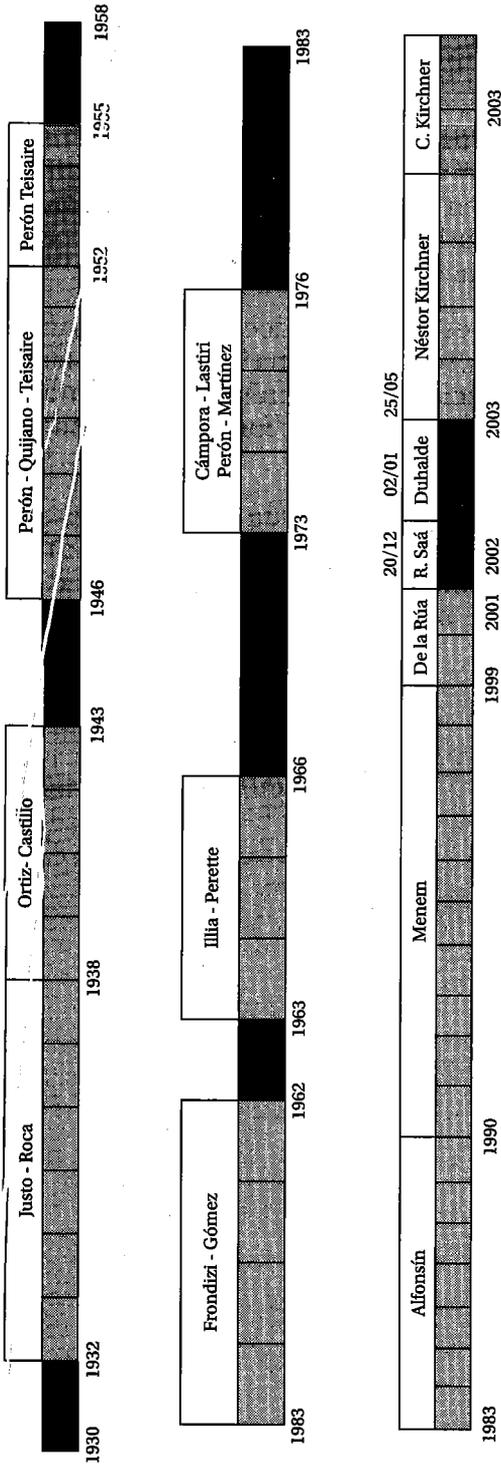
vilbaso - Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid - Luis M. Boffi Boggero (en disidencia) - Julio Oyhanarte - Pedro Aberastury - Ricardo Colombres - Esteban Imaz - Ramón Lascano.

Disidencia - Considerando: Que por principio los actos en que la Corte o su presidente toman juramento, no importan decisión sobre la validez de la investidura ostentada por quien lo presta. Lo contrario entrañaría, por prejuzgamiento, decidir fuera de la oportunidad establecida por los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional y normas afines.

Que asimismo el juramento prestado por el doctor José M. Guido, al que se refieren estas actuaciones, responde a una interpretación que permitiría, sin perjuicio del pronunciamiento definitivo en el momento debido, la celebración de dicho juramento en la "forma" señalada por la ley de acefalía.

Que, en cambio, la homologación perseguida en el acta que se acompaña, fuera de no brotar de una disposición legal que la imponga, entrañaría un acto contrario al principio establecido en el consid. 1º. Por lo tanto, así se declara. Luis M. Boffi Boggero.

*(Ver cuadro en página sigte.)*



Fernando De la Rúa	Desde: 10/12/99 Hasta: 20/12/01	2 años
Atofo Rodríguez Saá	Desde: 10/12/99 Hasta: 20/12/01	8 días
Eduardo Duhalde	Desde: 02/01/02 Hasta: 25/05/03	1 año y 5 meses
Néstor C. Kirchner	Desde: 25/05/03 Hasta: 10/12/07	4 años
Cristina F. de Kirchner	Desde: 10/12/07	

Desde 1930 hasta 2008: 78 años

De facto: 25 años

De jure: 53 años

## PRESIDENTES CONSTITUCIONALES ARGENTINOS DE JURE

Esta nómina incluye a los presidentes y vicepresidentes de la Nación que fueron elegidos y asumieron sus funciones de acuerdo con las disposiciones de la Constitución Nacional, (artículos 94 al 98) de la actual numeración.

1	Justo José de URQUIZA	05/03/1854 – 05/03/1860
	Salvador María DEL CARRIL	
2	Santiago DERQUI	05/03/1860 – 12/12/1861
	Juan Esteban PEDERNERA	
3	Bartolomé MITRE	12/10/1862 – 12/10/1868
	Marcos PAZ	
4	Domingo Faustino SARMIENTO	12/10/1868 – 12/10/1874
	Adolfo ALSINA	
5	Nicolás AVELLANEDA	12/10/1874 – 12/10/1880
	Mariano ACOSTA	
6	Julio A. ROCA	12/10/1880 – 12/10/1886
	Francisco MADERO	
7	Miguel JUAREZ CELMAN	12/10/1886 – 06/08/1890
	Carlos PELLEGRINI	
8	Luis SAENZ PEÑA	12/10/1892 – 22/01/1895
	José Evaristo URIBURU	
9	Julio A. ROCA	12/10/1898 – 12/10/1904
	Norberto QUIRNO COSTA	

<b>10</b>	Manuel QUINTANA José FIGUEROA ALCORTA	12/10/1904 - 12/03/1906
<b>11</b>	Roque SAENZ PEÑA Victorino DE LA PLAZA	12/10/1910 - 09/08/1914
<b>12</b>	Hipólito YRIGOYEN Pelagio B. LUNA	12/10/1916 - 12/10/1922
<b>13</b>	Marcelo Torcuato DE ALVEAR Elpidio GONZALEZ	12/10/1922 - 12/10/1928
<b>14</b>	Hipólito YRIGOYEN Enrique MARTINEZ	12/10/1928 - 06/09/1930
<b>15</b>	Agustín Pedro JUSTO Julio Argentino ROCA (h)	20/02/1932 - 20/02/1938
<b>16</b>	Roberto Marcelino ORTIZ Ramón Santiago CASTILLO	20/02/1938 - 27/06/1942
<b>17</b>	Juan Domingo PERON Juan Hortensio QUIJANO	04/06/1946 - 04/06/1952
<b>18</b>	Juan Domingo PERON Alberto TEISAIRE	04/06/1952 - 20/09/1955
<b>19</b>	Arturo FRONDIZI Alejandro GOMEZ	01/05/1958 - 29/03/1962

**20** Arturo Umberto ILLIA  
Carlos Humberto PERETTE 12/10/1963 - 28/06/1966

**21** Héctor José CAMPORA  
Vicente SOLANO LIMA 25/05/1973 - 13/07/1973

**22** Juan Domingo PERON  
María Estela MARTINEZ 12/10/1973 - 01/07/1974

**23** Raúl Ricardo ALFONSIN  
Víctor Hipólito MARTINEZ 10/12/1983 - 08/07/1989

**24** Carlos S. MENEM  
Carlos RUCKAUF - Eduardo DUHALDE 08/07/1989 - 10/12/1999

**25** Fernando DE LA RUA  
Carlos ALVAREZ 10/02/1999 - 21/12/2001

**26** Néstor C. KIRCHNER  
Daniel SCIOLI 25/05/2003 - 10/12/2007

**27** Cristina F. de KIRCHNER  
Julio C. COBOS 10/12/2007



# LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A VEINTICINCO AÑOS DE SU RATIFICACIÓN POR LA REPUBLICA ARGENTINA

POR ALFREDO M. VÍTOLO

El año 2009 nos enfrenta a una serie de aniversarios trascendentes en materia de derechos humanos en el continente americano. En efecto, este año se cumplen cincuenta años de la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuarenta de la adopción de la Convención Americana, treinta de la efectiva instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y veinticinco de la firma, aprobación y ratificación por la República Argentina de la Convención. Es por ello que consideramos que es un momento propicio para realizar un balance sobre la influencia que el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha tenido en el derecho argentino.

A partir del fin de la Segunda Guerra Mundial el mundo comienza a plantearse un nuevo paradigma, que modifica el modelo clásico de derecho internacional surgido tres siglos antes tras la paz de Westfalia. El Holocausto sacude la conciencia jurídica de la humanidad, y los derechos humanos comienzan a ser considerados como derechos con un alcance verdaderamente universal, no ya desde una óptica meramente filosófica, sino también jurídica. El principio de no injerencia en asuntos internos comienza poco a poco a ser dejado de lado frente a aquellos actos aberrantes que lesionan la conciencia de la humanidad, iniciándose así un proceso de resquebrajamiento del principio de soberanía nacional absoluta imperante hasta ese entonces.

Así, en muy poco tiempo, la comunidad internacional va alcanzando acuerdos cada vez más completos sobre estos temas, y pasa rápidamente (en tiempos históricos) de la era de las declaraciones, que proclaman el respeto universal a los derechos humanos funda-

mentales como un "ideal por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse" (1), a la de los pactos, convenciones o tratados, que van más allá, imponiendo obligaciones concretas a los estados, no sólo frente a la comunidad internacional, sino respecto a todos los individuos que se encuentran sujetos a la jurisdicción estatal, aceptando el estado que tales derechos sean directamente invocables por los individuos, así como incurrir en responsabilidad internacional si tales obligaciones no son honradas. Obviamente, allí donde existe mayor homogeneidad cultural o de tradiciones jurídico-políticas, el acuerdo es más rápido y más completo.

En esta línea, el sistema americano adoptó en 1948 la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y, tras la creación en 1959 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que alcanzaría su status como órgano de la OEA en 1967), poco más de veinte años más tarde, en 1969, le llegó su turno a la Convención, conocida comúnmente como "Pacto de San José de Costa Rica". Esta, habiendo obtenido el número necesario de ratificaciones, entró en vigencia en el año 1978.

Sin embargo, la era del derecho internacional de los derechos humanos normativizados no llegaría a nuestro país sino hasta 1984, cuando el flamante gobierno democrático, en uno de sus primeros actos internacionales, suscribió la Convención, y sometió la misma a la aprobación del Congreso, aprobación brindada entre febrero y marzo de 1984, por unanimidad de los integrantes del poder legislativo, siendo inmediatamente ratificada (2).

El Pacto presenta una estructura clásica: una primera parte con un catálogo de derechos civiles y políticos, en donde se enfatiza la obligación de los estados de respetar los mismos sin discriminación alguna (3), y la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno que fueren necesarias para garantizar tales derechos si estos no estuviesen ya reconocidos (4). Una referencia al desarrollo progresivo de los derechos económicos sociales y culturales (5) (desarrollados luego por el Protocolo de San Salvador del año 1988 y al cual nuestro país adhirió y ratificó en el año 2003 (6)), cláusulas acerca de la obliga-

---

(1) Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo.

(2) La Convención fue suscripta por la República Argentina el 2 de febrero de 1984. Diputados la aprobó el 9 del mismo mes, el Senado el 1 de marzo y fue ratificada mediante el consiguiente depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre.

(3) Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), art. 1.

(4) CADH, art. 4.

(5) CADH, art. 26.

(6) Ley 24.658.

toriedad de la Convención en los estados federales (7) y normas sobre la suspensión de derechos en situaciones de emergencia (8). La segunda parte, o parte orgánica, está destinada a los dos órganos principales de protección, la Comisión (9) (que como señaláramos había sido creada con anterioridad, y que la Convención reorganiza) y un tribunal judicial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (10).

Nuestra Constitución es amplia y generosa en cuanto a los derechos individuales reconocidos. Desde su preámbulo se preocupa por resaltar la idea de libertad individual como uno de sus principios fundamentales (11). Es por ello, que en el catálogo de derechos de la Convención no se encuentran grandes novedades para nuestro país. Si, en cambio, encontramos algunas precisiones que establecen claros límites al obrar estatal, en defensa de esa libertad, y que complementan los desarrollos nacionales. Así, podemos señalar, entre otros, las limitaciones a la aplicación de la pena de muerte (12), la exigencia del principio de legalidad formal para la reglamentación o restricción de los derechos (13), o el reconocimiento de un "núcleo duro" de derechos insuspendibles durante el estado de sitio (14) (que positiviza en alguna medida la interpretación que sobre el instituto ya había desarrollado nuestra Corte Suprema de Justicia), el requisito de necesidad como justificativo de la suspensión (15) (agravando el principio de razonabilidad tradicionalmente requerido por nuestra jurisprudencia), así como las salvaguardias procedimentales tendientes a evitar los abusos de los estados de excepción (16).

En cuanto a los posibles conflictos entre la Convención y la Constitución, ya había señalado el miembro informante en la Cámara de Diputados: "si hubiera alguna norma en la Convención francamente contradictoria con el contenido de la Constitución Nacional, sin ningún tipo de duda registraría esta última... la doctrina del artículo 27 de la Constitución Nacional establece claramente la preeminencia constitucional del orden interno, al cual estamos sometidos, si se le opusiera

---

(7) CADH, art. 28.

(8) CADH, art. 30.

(9) CADH, Capítulo VII, arts. 34 a 51.

(10) CADH, Capítulo VIII, arts. 52 a 69.

(11) Constitución Nacional (en adelante CN), Preámbulo: "con el objeto de... asegurar los beneficios de la libertad...".

(12) CADH, art. 4.

(13) CADH, art. 29 y Opinión Consultiva OC 6/86. "La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" del 9 de mayo de 1986. Serie A Nº 6.

(14) CADH, art. 27.2.

(15) CADH, art. 27.1.

(16) CADH, art. 27.3.

alguna norma de algún tratado, pacto o convención” (17), principio reiterado en el instrumento por el cual la República Argentina ratificó la Convención, en donde se señala: “El presente pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella” (18).

La novedad más trascendente vino dada por la parte orgánica de la Convención: las competencias de la Comisión y de la nueva Corte. La primera, a la que se autorizaba (con una competencia más amplia que la que ésta tenía bajo la Carta de la OEA) para investigar y emitir recomendaciones ante situaciones de violación de derechos humanos frente a denuncias de individuos y estados (19); y la segunda, con una atribución dual: la de resolver como tribunal de justicia situaciones de violación de tales derechos (20); de ser intérprete tanto del contenido de la Convención y de otros instrumentos sobre derechos humanos aplicables en el territorio americano, como de la compatibilidad entre éstos y el derecho interno (21).

A partir de su aprobación, los tribunales nacionales comenzaron a citar la Convención en sus fallos, primero tímidamente, y luego cada vez con mayor asiduidad. La primera vez que la Corte Suprema de Justicia menciona al Pacto es en la causa *Ponzetti de Balbín* fallada el mismo año 1984 (22), en los votos de Caballero/Belluscio y en el de Petracchi. Este último resalta que las disposiciones de la Convención constituyen “ley suprema de la Nación” en los términos de la Constitución Nacional siendo por ello fuente directa de reconocimiento de derechos, afirmación ratificada en numerosos fallos posteriores. Sin embargo, ya desde entonces comenzó una fuerte polémica acerca de la operatividad de sus disposiciones. A la postura de quienes sostenían la plena operatividad, se le enfrentan entre otros, Fernando Barrancos y Vedia, quien pone de resalto, en un trabajo de 1987 (23), cómo nuestra Corte, en el caso *Eusebio* (24), se preocupó por dejar en claro –en línea con su jurisprudencia tradicional en materia de operatividad de los tratados internacionales– que no todas las disposiciones del Pacto

---

(17) Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, sesión del 9 de febrero de 1984.

(18) Instrumento de Ratificación de fecha 14 de agosto de 1984. Disponible en “*Constitución de la Nación Argentina*”, Zavalía, 2008, p. 108.

(19) CADH, art. 41.

(20) CADH, art. 62.

(21) CADH, art. 64.

(22) Fallos 306:1892.

(23) BARRANCOS y VEDIA, FERNANDO N., “*La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno*”, LA LEY, 1987-D, 333.

(24) Fallos: 310:1080.

revestían carácter operativo, en particular en aquellos casos en los cuales no había sido aún cumplido el compromiso del Estado Argentino de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y que no estuvieran ya reconocidos por disposiciones nacionales, criterio reiterado por nuestro máximo tribunal en la causa *Ekmekdjian c/Neustadt*, del año 1988 (25), y en otros de la época.

Esta última posición, sin embargo, contrastaba con la postura de la propia Corte Interamericana, la cual en su Opinión Consultiva 7, del año 1986, referida a la vigencia del derecho de rectificación o respuesta, sostenía que “el sistema mismo de la Convención, está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (26), poniendo de resalto así su pretendida operatividad integral.

Es importante destacar, como elementos necesarios a tener en cuenta, que si bien las Opiniones Consultivas, al decir de la propia Corte, no resultan *per se* obligatorias (27), son una importante fuente interpretativa, seguidas frecuentemente por los distintos intérpretes de la Convención. Del mismo modo, la propia Corte Interamericana ha ido ampliando permanentemente su marco de acción (más allá de la voluntad de los estados que a través de la Convención le confirieron su jurisdicción), mediante interpretaciones extremadamente flexibles acerca de los límites de su competencia. Así ocurrió por ejemplo en 1982, al emitir la Corte la Opinión Consultiva 1 (28), en donde interpretó que la frase “otros tratados” utilizada en el artículo 64 de la Convención, la habilitaba (sujeto a su propia discrecionalidad) para interpretar el sentido y alcance no sólo de los tratados intra-americanos, sino también de cualquier otro instrumento internacional de aplicación en el continente, aún cuando éste incluyera como partes a Estados ajenos al sistema interamericano (si bien hasta hoy la Corte se ha abstenido de hacerlo), pudiendo así alterar unilateralmente las obligaciones asumidas por el estado america-

---

(25) Fallos: 311:2497.

(26) Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A N° 7.

(27) Corte IDH, OC 1/82 (Ser. A) N° 1. “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte, del 24 de septiembre de 1982, cons. 51. Ver también, MEDINA QUIROGA, CECILIA, “*La Convención Americana. Teoría y Jurisprudencia*”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, p. 4.

(28) Corte IDH. “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1.

no; en 1984, al emitir la Opinión Consultiva 4 (29), extendiendo los límites de su competencia consultiva no sólo a la compatibilidad de leyes internas con la Convención, sino también a los proyectos de ley, y de reforma constitucional, entrando de este modo en el debate democrático interno de los estados (30); o más recientemente, en el año 2006, al afirmar en el caso *Almonacid Arellano* (31), sin mayor fundamentación, que la Corte reviste el carácter de intérprete última de la Convención, creando así el que se ha dado en llamar “control de convencionalidad”, el cual conforme su postura, no sólo debe ser aplicado por la Corte Interamericana al fallar, sino también por los poderes judiciales nacionales en sus sentencias domésticas, a cuyos efectos deben tomarse en cuenta no sólo los textos normativos, sino la interpretación que de ellos ha hecho la Corte. Este principio, que la Corte Interamericana ha ratificado en casos posteriores, y que es abiertamente contrario a sus interpretaciones anteriores sobre el punto (32), es de suma trascendencia y preocupación, no sólo por no encontrar fundamento normativo en la Convención, sino porque la Corte Interamericana ni siquiera ha adoptado (al menos como premisa de carácter general) el criterio desarrollado por su par europea del llamado “margen de apreciación nacional” que autoriza a los estados, dentro de los límites convencionales, ajustar la reglamentación de los derechos a las particularidades nacionales (33). Más aún, la postura de la Corte Interamericana en esta cuestión resulta contraria al rol que el derecho internacional otorga tradicionalmente a la jurisprudencia internacional. En efecto, el estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce a la jurisprudencia su valor exclusivo como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho” (34), toda vez que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido” (35), principio este

---

(29) Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4.

(30) Ver, VÍTOLO, ALFREDO M., *“Cuarta Opinión Consultiva - Por primera vez la Corte confronta la validez del derecho interno de un estado con la Convención Americana”*, en la obra colectiva *“Derechos Humanos - Corte Interamericana - Opiniones Consultivas: Textos completos y comentarios”*, Ediciones Jurídica Cuyo, 2000.

(31) Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154.

(32) Ver, por ejemplo, Corte IDH, OC 1/82 (Ser. A) N° 1. *“Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte*, del 24 de septiembre de 1982; Corte IDH, OC 16/99 (Ser. A) N° 16, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, del 1 de octubre de 1999.

(33) Corte Europea de Derechos Humanos, *Handyside* (1 EHRR 737, 1976).

(34) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38, inc. c).

(35) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 59.

último que es reiterado por la Convención Americana en su artículo 68.1 (36).

Por último, la Corte Interamericana, en diversas causas, entre las que cabe señalar como las más relevantes *La última tentación de Cristo* del año 2001 (37), y en lo que respecta a la República Argentina, la reciente causa *Kimmel* (38), ha interpretado que su función incluye también ordenar a los estados, en el marco de un proceso contencioso, a que modifiquen sus ordenamientos internos a fin de adecuarlos a la interpretación que la Corte hace de la Convención, facultad que tampoco entendemos puede extraerse de su competencia, que en todo caso, solamente es de carácter reparador del derecho violado en concreto.

El cambio de composición de nuestra Corte Suprema en 1990, llevó a nuestro máximo tribunal a modificar su postura original, y en 1992, en la causa *Ekmekdjian c/Sofovich* (39), éste se alineó con la opinión de la Corte Interamericana en materia de operatividad de sus normas, aún cuando tal acatamiento no importara reconocer a la Corte autoridad como intérprete final o exclusivo de la norma internacional, sino tan sólo como guía interpretativa.

Más en 1994 se produce la gran transformación. La reforma constitucional de ese año otorga a la Convención, junto con un conjunto de otros instrumentos internacionales, “jerarquía constitucional” (40), concepto que para nuestra Corte Suprema (en postura que no compartimos), no significa sino que la Convención, en las condiciones de su vigencia, se encuentra en un mismo pie de igualdad con la Constitución misma, conformando con ella el denominado “bloque de constitucionalidad federal”, toda vez que no existe ni podría existir contradicción alguna entre ésta (y los restantes tratados e instrumentos jerarquizados) y nuestra Constitución, ya que “el constituyente ha realizado 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” (41).

---

(36) CADH, art. 68.1. “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

(37) Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

(38) Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C N° 177.

(39) Fallos: 315:1492.

(40) CN, art. 75, inc. 22.

(41) CSJN, *Monges*, Fallos: 319:3148.

Y a partir de allí se produce una vorágine de pronunciamientos jurisprudenciales en donde la Corte Suprema comienza un recorrido errático frente a las posturas de los órganos del sistema interamericano. En nuestra opinión, y analizando los casos y las situaciones en las que nuestro tribunal se ha pronunciado al respecto, obedece no tanto a un genuino respeto hacia las posturas del tribunal internacional, sino a conveniencias coyunturales de política doméstica.

Antes de analizar estos pronunciamientos, debemos recordar que la Comisión Interamericana tiene como una de sus funciones de protección, la de "formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos" (42), y recibir y tramitar denuncias, de estados parte (bajo condición de reciprocidad) (43) y de particulares (44), por violaciones a la Convención, pudiendo en tal caso, formular las recomendaciones pertinentes. Por su parte, la Corte posee una competencia dual: en primer lugar, "tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido" por un estado o por la Comisión (45), comprometiéndose los Estados parte a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en el que sean parte (46). En estos casos, de encontrar la Corte que su hubiera violado algún derecho o libertad, ésta "dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado" y "dispondrá asimismo, si esto fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración" (47). Adicionalmente, la Corte tiene competencia para interpretar la Convención u otros tratados sobre derechos humanos en los estados americanos y la compatibilidad entre éstos y el derecho interno de los estados, a cuyos efectos puede emitir opiniones consultivas (48).

Dejando de lado estas últimas, cuyo carácter no vinculante ha sido reconocido por la propia Corte Interamericana, son tres los escenarios en los que debemos analizar la postura de nuestro máximo tribunal: a) frente a las recomendaciones de la Comisión; b) frente a la jurisprudencia de la Corte; y c) frente a las sentencias condenatorias en los casos en que la Argentina hubiera sido parte.

---

(42) CADH, art. 41 b).

(43) CADH, art. 45.

(44) CADH, art. 44.

(45) CADH, arts. 61 y 62.

(46) CADH, art. 68.1.

(47) CADH, art. 63.

(48) CADH, art. 64.

En el primer escenario, la Corte parece mantener la postura pre-1994. En la causa *Bramajo*, fallada en 1995 (49), la Corte se refiere a las recomendaciones de la Comisión, expresando: "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana". Mas allá del error en que incurre nuestro tribunal (en ningún momento la Convención otorga a la Comisión el rol de intérprete de ésta), la Corte atribuye a las recomendaciones un valor de fuente material, criterio que reitera tres años más tarde en la causa *Acosta* (50), en donde defiende la estabilidad de sus propias decisiones, frente al intento de que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada sea revisada frente a una recomendación contraria de la Comisión, al sostener: "si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional (nuevamente aquí la Corte incurre en el error de considerar a las recomendaciones valor de jurisprudencia), por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional". La postura en mantenida poco tiempo después en la causa *Felicetti*, fallada en el año 2000 (51), en donde la Corte enfatiza que las recomendaciones de la Comisión no son más que eso, y no pueden ser acatadas si ello importa violar el marco jurídico nacional.

Sin embargo, en un caso más reciente, la Corte parece avanzar sobre su postura, frente a un caso en donde se encuentra en juego el valor de los indultos otorgados por el gobierno argentino frente a crímenes de lesa humanidad. En el año 2005, en la causa *Simón* (52), señala que "las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..."

---

(49) Fallos: 319:1840.

(50) Fallos: 321:3555.

(51) Fallos: 323:4130.

(52) Fallos: 328:2056.

En cambio, el enfoque limitado no parece haber sido el seguido con relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en donde nuestra Corte ha ido adoptando progresivamente un criterio de alineamiento absoluto (y en alguna medida irreflexivo y sin mayor justificación), con las decisiones de aquel tribunal, reconociendo su valor de jurisprudencia vinculante, a pesar de que, como ya hemos señalado, esta posición no sólo no se encuentra admitida por la Convención, que sólo habla en su artículo 68 de que los estados se obligan a cumplir las decisiones de la Corte en los casos en que sean partes, sino que no responde a una adecuada hermenéutica, conforme la cual, el principio de *stare decisis* no resulta aplicable, en principio, al derecho legislado (como es la Convención), en tanto su aplicación a ultranza importaría socavar la base democrática de aquella, expresión de la voluntad general, confirmando al juez internacional el poder de “hacer la ley” y no sólo de aplicarla. Debemos considerar que a los organismos internacionales se le aplican los mismos principios de legitimidad democrática que a los nacionales, de donde la regla es siempre la incompetencia, a menos que expresa o implícitamente pueda encontrarse la cláusula habilitante.

Así, en una primera etapa, nuestra Corte mantiene la limitada postura que había sostenido en *Ekmekdjian c/Sofovich*. En la causa *Girolodi* (53), expresó: “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.

El cauto enfoque es abandonado en la ya citada causa *Simón* (54), en donde (al igual que lo hiciera respecto de las recomendaciones de la Comisión), la Corte Suprema otorga a la jurisprudencia de la Corte Interamericana el valor de “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”, sosteniendo que “la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana... al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.

Finalmente, la alineación completa llega en la causa *Mazzeo* (55), en donde nuestra Corte no titubea (con la excepción de los votos de Fayt y Argibay) en revisar, en evidente violación de garantías constitucionales, una propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada para seguir la que considera la postura de la Corte Interamericana, parafraseando

---

(53) Fallos: 318:514.

(54) Fallos: 328:2056.

(55) Fallos: 330:3248.

lo expuesto por ésta en la causa *Almonacid Arellano* (56), principio que como hemos señalado, no reconoce fundamento convencional alguno: "El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Así, subordina por completo la decisión nacional a la interpretación internacional. Si bien, como han señalado tanto la Corte argentina y como la interamericana, el principio de buena fe debe regir en el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional, ese mismo principio de buena fe impide otorgarle al artículo 68 de la Convención una extensión que el mismo no posee: la de transformar la jurisprudencia del tribunal en una regla de cumplimiento obligatorio para aquellos estados que no han sido parte del proceso.

La posición de nuestro supremo tribunal resulta además criticable ya que, bajo la apariencia de seguir a rajatabla la doctrina que surge de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, interpreta a ésta en forma extensiva, a fin de hacerla concordar con su resultado deseable, distorsionando así el valor que -cuanto menos como fuente material- dicha jurisprudencia pudiera tener.

Esta postura deferente contrasta abiertamente con el seguimiento que nuestro tribunal ha adoptado respecto a sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana contra nuestro país. Recordemos -una vez más- que en este caso, las mismas sí resultan obligatorias, por disposición expresa de la propia Convención.

Así, en la causa *Cantos*, del año 2003 (57), el único caso en donde le ha tocado pronunciarse sobre la cuestión hasta el momento, y en donde la República Argentina fuera condenada por la Corte Interamericana a obligaciones de hacer que, de hecho importaban modificar decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia (esencialmente reducción de honorarios), la Corte resistió la pretensión de modificar su propia decisión sosteniendo que implementar la sentencia de la Corte Interamericana significaría violar principios y garantías constitucionales y la propia Convención, defendiendo así su prerrogativa como intérprete final de la Constitución y, contrariamente a lo pregonado en otros supuestos, aplicando a la sentencia de la Corte Interamericana el control de constitucionalidad (por oposición al "control de convencionalidad" al que hiciéramos referencia.

---

(56) Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154.

(57) Fallos: 326:2968.

En síntesis. Estos veinticinco años nos presentan una Corte Interamericana marcadamente activista en su rol de órgano de protección de los derechos humanos, que procura (y en buena medida ha logrado) extender su influencia hacia los derechos internos de los países miembros del sistema sin mayor oposición de éstos. Por su parte, en nuestro país, es innegable la influencia que el sistema interamericano de protección ha tenido en la legislación, llegando incluso a otorgarse a sus normas la ya expresada "jerarquía constitucional". Sin perjuicio de ello, la recepción por nuestros tribunales de la doctrina de los órganos del sistema parece mostrar (más allá de la retórica de la actividad política y doctrinaria, frecuentemente elogiosa y poco crítica de la actuación de la Comisión y de la Corte Interamericana), más que una alineación fundada en la solidez de los principios de ésta, un acatamiento condicionado, siempre que sus posturas coincidan con las sostenidas por los tribunales locales en los casos llevados a su juzgamiento.

# “LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN NUESTOS DÍAS”

POR ALFONSO SANTIAGO (H) (1)

## PRESENTACIÓN

Valoro mucho la posibilidad de compartir en este ámbito tan destacado del Derecho Constitucional argentino algunas reflexiones acerca de la delegación legislativa, tema al que he dedicado varios trabajos de investigación. Uno de mis primeros artículos doctrinarios fue el comentario al caso Cocchia resuelto por la Corte Suprema en 1993 (2). Luego, en el año 2003 publiqué en coautoría con el Dr. Valentín Thury el “Tratado sobre la delegación legislativa” (3). Posteriormente, también he dedicado al análisis de esta institución constitucional otros trabajos de doctrina (4).

El tema elegido para la exposición es muy amplio, por lo que he pensado estructurar mi exposición en tres partes:

---

(1) Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral; Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho.

(2) Cfr. *“Entre la eficacia y el control del poder político: un trascendente fallo de la Corte Suprema sobre delegación legislativa”*, LA LEY, 1994-B-633.

(3) *Tratado sobre la delegación legislativa*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2003, obra escrita en coautoría con el Dr. VALENTÍN THURY CORNEJO y la colaboración especial del Dr. JUAN JOSÉ GALEANO.

(4) Cfr. *“La delegación legislativa en la reforma constitucional de 1994”*, Revista Argentina de la Administración Pública, n° 194, Nov. 1994; *“Delegación legislativa y legislación delegada en la cláusula transitoria octava”*, Doctrina Judicial, mayo de 1999; *“Algunas precisiones sobre el nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa: la delegación de segundo grado”*, LA LEY, diario del 8-VIII-02; *“La delegación legislativa en el caso Provincia San Luis”*, JA, 2003-II-1236; *“El nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa”*, Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, n° 2, Ed. Quorum, 2004; *“La delegación legislativa en la reciente práctica institucional argentina”*, LA LEY, diario del 27-VIII-04; *“Ante una nueva ratificación de las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de 1994: ¿La tercera será la vencida?”*, JA, Suplemento de Derecho Administrativo, del 30-III-05; *“Comentarios iniciales a la ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”*, en coautoría con ENRIQUE VERAMENDI, JA, diario del 1-XI-06.

I) La delegación legislativa en el contexto actual de la crisis de la ley y del Poder Legislativo, con las modificaciones producidas en la relación tradicional entre la ley y el reglamento;

II) Análisis de los principales aspectos del nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa introducido por la reforma constitucional de 1994;

III) Algunas referencias finales acerca de la renovación periódica de las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de 1994, la última de las cuales fue decidida mediante la ley 25.519 de agosto del 2009;

## **I) LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA EN EL CONTEXTO ACTUAL DE LA CRISIS DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA. LA ALTERACIÓN DE LA RELACIÓN TRADICIONAL ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO**

### **1) La Constitución, el sistema institucional y el sistema normativo**

Toda constitución no sólo establece el ordenamiento del sistema institucional de gobierno de un determinado Estado (¿quiénes y cómo se manda?), sino que también contiene el diseño de su ordenamiento normativo (¿quiénes y mediante qué procedimientos crearán las normas generales por la que se rige una comunidad y qué relación jerárquica existirán entre ellas?). Esta segunda dimensión de la constitución, considerada como *lex legum, norma normarum* (ley de leyes, norma de las otras normas) (5), ha sido ha sido especialmente puesta de relieve por Hans Kelsen.

La constitución prevé los procedimientos conforme a los cuales se crearán el resto de las normas que conformarán el sistema normativo del Estado. Como con toda claridad lo señalara Joseph Raz en un Estado de Derecho “la propia creación del derecho ha de estar regulada y some-

---

(5) “La constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entera, la norma fundamental, *lex superior*. Por varias razones. Primero, porque la constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las ‘normas de producción’, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una ley perpetua en la aspiración de los comuneros) o duración”, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Ed. Civitas, 1985, pág. 50.

tida al derecho". No sólo interesa velar por la legitimidad de contenido de las normas (6), sino también por su legitimidad de origen.

John Locke afirma en su *Tratado del Gobierno Civil* que la primera y fundamental ley positiva de un Estado es el establecimiento de la potestad legislativa. La constitución define y regula la cuestión clave de la función legislativa dentro de un Estado, el *law making power*, el *law making process*, es decir, define quiénes y mediante qué procedimientos pueden crear las normas jurídicas de alcance general llamadas a regir un número indeterminado de situaciones fácticas.

Entre el régimen del sistema normativo y el sistema institucional existen complejas y muy interesantes relaciones. Quien tiene poder político lo expresa mediante el dictado de normas jurídicas, a la vez que quien tiene o incrementa su poder normativo, por ese mismo hecho demuestra o aumenta su poder político. Por eso, como afirmara Alessandro Pizzorruo el *law making process* implica un complejo sistema de decisión jurídico y político.

## 2) El sistema normativo argentino en la Constitución de 1853 y luego de la reforma de 1994

La reforma de 1994 significó una modificación importante del sistema institucional argentino (atenuación del presidencialismo, incorporación de elementos del sistema parlamentario a un sistema inspirado fundamentalmente en el presidencialismo norteamericano, cambios en el modo de lección de los distintos órganos de gobierno y redefinición de sus relaciones recíprocas, etc.), pero, en nuestra opinión, es aún más significativa la modificación estructural de su sistema normativo, de su sistema de fuentes formales de derecho. Esta reforma de la función legislativa es, a mi criterio, una de las principales, sino la principal, de las reformas jurídicas introducidas por el Constituyente de 1994.

¿Cuál era el diseño del sistema normativo previsto en la constitución original de 1853-60?

La CN de 1853-60 estableció tres instancias normativas fundamentales:

- **la Constitución Nacional:** sancionada por el Poder Constituyente y sólo reformable por él (art. 30 CN), ostentaba la máxima jerarquía normativa (arts. 31, 27 y 28);

---

(6) Sostiene el tribunal constitucional español que función legislativa tiene por objeto "la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad", STC 1001986.

- **la ley ordinaria:** sancionada por el Congreso, con la participación del Presidente en su carácter de colegislador, era considerada el centro del sistema jurídico. La Constitución argentina, a diferencia del modelo norteamericano adhiere al sistema continental legicentrista decimonónico. Encomienda al Congreso la sanción de los distintos Códigos de fondo uniformes para todo el país (art. 67 inc. 11, hoy 75 inc. 12) y la renovación de toda la legislación (art. 24). Establece con claridad el principio de legalidad en materia penal (art. 18), tributaria (art. 17) y expropiatoria (art. 17) y consagra el criterio de que toda sentencia ha de estar *fundada en ley* (arts. 17, 18 y 112). Diseña un procedimiento legislativo lento y complejo pensado para sancionar pocas leyes muy bien estudiadas y debatidas (cfr. Cap. V de la Sección 1 de la CN).
- **el reglamento:** a diferencia de la constitución norteamericana que atribuye la totalidad de la potestad legislativa al Congreso (cfr. Sección I, art. 1), la Constitución argentina, siguiendo el modelo de la constitución de Cádiz de 1812, atribuye de manera originaria la potestad reglamentaria al Presidente de la Nación (art. 86 inc. 2, hoy 99 inc. 2).

La Constitución originaria también contemplaba a los Tratados Internacionales (art. 27), pero ellos están concebidos fundamentalmente como instrumentos de la política exterior, orientados a afianzar las relaciones de paz y comercio con las distintas naciones.

Desde el punto de vista normativo, tal vez la decisión más relevante y novedosa del Constituyente de 1853 fue el proclamar en el art. 31, inspirado en el art. VI.2 de la constitución norteamericana, la supremacía del derecho federal sobre todo el derecho provincial

Este esquema constitucional inicial fue fuertemente sacudido por dos procesos muy importantes que tuvieron lugar a lo largo del siglo XX:

a) el surgimiento del Estado Administrador, del intervencionismo estatal, del Estado del Bienestar, que demandó una vasta producción normativa que rebasó las posibilidades del procedimiento legislativo ordinario. Ello dio lugar a una ampliación de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, concretada mediante la aparición de la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia, que crecen desmesurada y descontroladamente en los años anteriores a la reforma constitucional de 1994. La jurisprudencia de la Corte Suprema va convalidando poco a poco, a partir del caso Delfino de 1927 (7), esas prácticas hasta llegar a aprobar con criterios amplios a comienzos de la décadas de

---

(7) Fallos: 148:432.

los 90 tanto la delegación legislativa (cfr. caso Cocchia (8)) como los decretos de necesidad y urgencia (cfr. caso Peralta (9)) (10).

b) el desarrollo, particularmente a lo largo de las dos últimas décadas del siglo XX, del derecho internacional, del derecho internacional de los derechos humanos y de un incipiente derecho de integración regional. Esto trajo como consecuencia la irrupción creciente de normas y criterios jurisprudenciales de carácter internacional que comenzaron a regir también las relaciones jurídicas internas. En 1992, la Corte Suprema, en el caso Ekmekdjian (11) estableció por primera vez la supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes internas.

¿Cuál fue la respuesta del Constituyente de 1994 a esta compleja problemática? En el nuevo diseño del sistema normativo estableció dentro del marco del derecho federal de cuatro instancias o niveles normativos distintos, a saber:

- **la constitucional**, destinada a crear las bases normativas fundamentales del Estado (12). El Constituyente de 1994 otorgó también jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22.2) y autorizó al Congreso a otorgar con una mayoría agravada esa jerarquía normativa a otros instrumentos del mismo tipo (art. 75 inc. 22.3);
- **la internacional**, constituida por los Tratados Internacionales que tienen jerarquía superior a las leyes internas que son establecidos mediante la acción coordinada del Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 11) y el Legislativo (art. 75 inc. 22.1);

---

(8) Fallos: 316:2624 (1993), LL, 1994-B-633.

(9) Fallos: 313:1513 (1990).

(10) Hemos realizado un minucioso relato de esa evolución jurisprudencial en el Cap. II de nuestra obra *Tratado sobre la delegación legislativa*, ob. cit., donde remitimos.

(11) Fallos: 315:1492 (1992).

(12) ALEXY ha precisado que "una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco. Esto es posible, si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución", ALEXY, ROBERT, "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, n. 66, Madrid, 2002, pág. 23. En el mismo sentido, ALBERDI ya decía en *Las Bases* que no deber pretenderse que "la Constitución deba abrazarlo todo: desearía, más bien, que pecase por reservada y concisa".

También tienen jerarquía supra legal las normas emitidas por los órganos supranacionales a los que se han delegado competencias normativas (art. 75, inc. 24).

- **la legislativa ordinaria**, a cargo principalmente del Congreso y, en menor medida, del Presidente, en su carácter de colegislador (arts. 77-84); y
- **la reglamentaria**, fundamentalmente a cargo del Poder Ejecutivo (13), quien en nuestro sistema constitucional puede ejercer esta potestad mediante el dictado de reglamentos autónomos (art. 99 inc. 1), ejecutivos (art. 99 inc. 2), delegados (art. 76) y de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3º). La reforma de 1994 incorporó a la normativa constitucional a los decretos delegados y de necesidad y urgencia que hasta entonces sólo existían en la práctica constitucional, que habían sido avalados -como hemos visto- por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

---

(13) La Constitución Nacional también otorga poder reglamentario a otros sujetos de la organización constitucional, p. ej., a las Cámaras del Congreso en los art. 66 y 75 inc. 32; al Jefe de Gabinete en el art. 100 inc. 2; al Consejo de la Magistratura en el art. 114 inc. 6. El art. 7.2 de la ley 24.937 ha regulado de modo muy amplio esta potestad reglamentaria facultando al Consejo de la Magistratura a “dictar los reglamentos referidos a la organización judicial y los reglamentos complementarios de las leyes procesales, así como las disposiciones necesarias para la debida ejecución de esas leyes, y toda normativa que asegure la independencia de los jueces y la eficaz prestación de la administración de justicia”. De la misma forma, también se asigna constitucionalmente una función co-legislativa a la Corte Suprema, autorizándola a dictar su propio reglamento interno (art. 113 de la Constitución Nacional) y legalmente también se le otorga competencia reglamentaria en lo que resulta “necesario para la ordenada tramitación de los pleitos, en lo que no sea repugnante a las prescripciones de la ley de procedimientos” (art. 18, ley 48). También hay leyes que han reconocido potestad reglamentaria a la Corte Suprema. Así, p. ej., el art. 4º de la ley 25.488 sobre reforma del Código de Procedimiento Civil y Comercial señala: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y toda las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma”. También puede mencionarse el art. 53 de la ley 24.050 que otorga facultades reglamentarias al tribunal en la organización de la justicia penal. Así, v. gr., en virtud de estos poderes el alto Tribunal reglamentó la figura del Amigo del Tribunal (*amicus curiae*) mediante Acordada 28/04. Como curiosidad, cabe señalar que el art. 10 de la ley 23.853 de autarquía judicial otorga competencia reglamentaria tanto al Poder Ejecutivo como a la Corte Suprema de Justicia. También muchos organismos administrativos centralizados y descentralizados y las entidades públicas no estatales, como los colegios profesionales, tienen y ejercen potestad normativa reglamentaria reconocidas en sus leyes de creación y organización.

Cada una de estas cuatros instancias, se distingue de las restantes por los órganos que intervienen en ellas, los procedimientos que se utilizan, las materias y contenidos que tienen asignados y la relación jerárquica que sus "productos normativos" deben guardar entre sí.

Como puede observarse se trató de una importante modificación del *law making power*, del *law making proces* argentino. También se advierte a primera vista que hay una pérdida relativa de la centralidad de la ley sancionada por el Congreso, propia del modelo inicial de la Constitución de 1853, y un aumento considerable de la importancia de los Tratados Internacionales y de los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo.

¿Cuáles fueron las principales consecuencias institucionales de las modificaciones estructurales del ordenamiento normativo argentino luego de la reforma constitucional de 1994? En primer lugar, el reforzamiento del rol colegislativo y legislativo del Poder Ejecutivo. Las reformas introducidas por el Constituyente de 1994 y la posterior práctica institucional han derivado en un creciente aumento de la importancia del Presidente como colegislador y legislador, por la destacada participación que tiene el Poder Ejecutivo en la celebración de los Tratados Internacionales y en el dictado de los reglamentos. El Presidente ha aumentado considerablemente a nivel normativo su "cuota de participación" en la función legislativa dentro de nuestro sistema constitucional.

### **3) La creciente importancia del Poder Ejecutivo y del reglamento en la función legislativa. Algunos datos que surgen de la práctica institucional argentina**

Si examinamos las normas y fundamentalmente la práctica constitucional argentina, parecería que han cobrado vigencia las palabras pronunciadas por un destacado constitucionalista argentino a quien le escuché decir, describiendo la situación actual del Poder Legislativo en relación a sus atribuciones normativas: "El Poder Legislativo no hace la ley: simplemente la aprueba y a veces sólo la controla" (14).

---

(14) Otros autores dan cuenta del mismo fenómeno. Así MANUEL ARAGÓN sostiene que "hay en nuestro tiempo, un reparto de las funciones políticas entre Parlamento y Gobierno bien distinto al que era propio del siglo pasado. Ahora el gobierno dirige la política y el Parlamento controla. Al gobierno corresponde no sólo la política de ejecución (mediante el instrumento de la administración), sino también la política de creación, esto es la política legislativa (la que se instrumenta a través de las leyes). La función legislativa del Parlamento (incluida la política presupuestaria) está dirigida por el propio Gobierno a través de la mayoría parlamentaria que le apoya(...) La genuina función de las Cámaras, esto es, la que sólo éstas, como poder independiente del Gobierno, pueden realizar, es hoy la función de control", ARAGÓN, MANUEL, "Gobierno y Administración", en *Filosofía Política I. Ideas políticas y movimientos sociales*, Editorial Trotta,

Hay algunos datos que surgen de la experiencia histórica y de la práctica constitucional argentina que parecieran avalar esa afirmación.

a) **cantidad de leyes y decretos:** en los primeros catorce años de la restauración democrática por cada ley que se ha promulgado, se han dictado 19 decretos (15);

b) **Iniciativa legislativa del Presidente:** entre 1862 y 1975, el PE inicia el 45 % de los proyectos que se transforman en ley y ese porcentaje sube al 62 % si tienen en cuenta sólo las leyes más importantes. Entre 1983 y 1997 el PE inicia el 47 % de los proyectos sancionados y el 55 % de los más importantes (16).

Durante la presidencia de Kirchner de 2003 a 2007, el 65 de las 117 leyes que sancionó el Congreso, el 55 %, fueron iniciadas por el Presidente (17).

El 58 % de los proyectos que presentó Néstor Kirchner durante sus cuatro años de gobierno (2003-2007) fueron convertidos en ley, otros 2 % volvió a la Cámara de origen y otro 21 % fue aprobada por alguna de las Cámaras y estaba a la espera de su estudio por la otra cuando terminó su gobierno en diciembre del 2007 (18);

---

Madrid, 1997, pág. 83 y ss. Ya, en 1885, WOODROW WILSON, en su obra *Congressional Government*, había señalado que la tarea de debate y decisión que realiza el Congreso es aún más importante que la de hacer simplemente la ley. Algunos años después, BERNARD SCHWARTZ añade: "por importante que sea la función de hacer las leyes un cuerpo legislativo es poco digno del título del Congreso si solo hace leyes" (*Los poderes del Gobierno*, Ed. UNAM, México, pág. 121). Por su parte, HAROLD LASKI señala: "el Parlamento no tiene como función principal legislar, sino ventilar quejas, debatir información sobre el operar del gobierno, discutir principios políticos" *The parliamentary and presidential systems*, publicado en *Public Administration Review*, otoño 1944. En el mismo sentido señala QUIROGA LAVIÉ: "La función decisoria se advierte como distinta a la función técnica de hacer la ley", "Apuntes para la reforma constitucional", *La Ley Actualidad*, del 10-VIII-89, de donde están tomadas algunas de las citas anteriores.

(15) Así, entre 1984 y 1997 se sancionaron 1880 leyes y 35.532 decretos, cfr. MOLINELLI, PALANZA y SIN, *Congreso, Presidencia y Justicia*. Temas, Buenos Aires., 1999. Señala AGUSTÍN GORDILLO que "el orden jurídico se encuentra cuantitativamente constituido en su mayor parte por reglamentos de toda clase, antes que por leyes del Congreso de la Nación", *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires., 1997, Tomo I, pág. VII-56. Son leyes serían una especie de "islas" que sobresalen en el inmenso océano normativo reglamentario.

(16) Cfr. MOLINELLI, PALANZA y SIN, *Congreso, Presidencia y Justicia*, pág. 436 y ss.

(17) Cfr. *La Nación*, diario del 29-XII-08, pág. 5.

(18) Cfr. *La Nación*, diario del 29-II-08.

c) **Delegación legislativa:** varios de los puntos principales del programa de gobierno de los últimos cuatro Presidentes argentinos se instrumentaron mediante leyes delegantes en los últimos cinco períodos presidenciales.

- Al inicio el primer período del Presidente Menem se dictaron las leyes 23.696, sobre reforma administrativa y privatización, y 23.697, sobre reforma económica, bases del programa de privatizaciones, desregulación y reformas estructurales que caracterizó a su gobierno. Estas leyes contenían importantes delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo.

- Cuando en el año 1995 Menem inicia su segundo período presidencial, obtiene del Congreso la sanción de las leyes 24.629, sobre la Reforma del Estado II, y 24.631 sobre reforma tributaria que establecen delegaciones legislativas en el Presidente (19).

- Cuando en marzo del año 2001, el Presidente de la Rúa intenta relanzar su alicaído gobierno, el Congreso sanciona la ley 25.414 de competitividad con amplias delegaciones legislativa. Meses después, se sanciona la ley 25.453 de déficit cero que otorga amplias facultades al Presidente en el manejo presupuestario (20).

- Pocos días después de la asunción del Presidente Duhalde en enero de 2002, se sanciona la ley 25.561 de emergencia pública y reforma del régimen cambiario que contiene importan-

---

(19) La ley 24.629 tenía como objeto "mejorar el funcionamiento y la calidad de los servicios prestados por las distintas jurisdicciones de la Administración Pública Nacional, así como su financiamiento, en las condiciones que se establecen en la presente ley y hasta el 31 de diciembre de 1996" (art. 6º). Por su parte, la ley 24.631 que contenía algunas delegaciones para llevar a cabo una acotada reforma tributaria.

(20) La ley 25.414 de competitividad contenía una amplia delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, principalmente invocando la existencia de una situación de emergencia de carácter económico. Se trata de un supuesto en donde se pudo ver, por primera vez, las amplias posibilidades latentes en el art. 76 en materia de delegación legislativa. En ejercicio de estas facultades delegadas el Poder Ejecutivo, dictó al menos 95 reglamentos delegados en menos de nueve meses, algunos de los cuáles fueron declarados inconstitucionales por los tribunales por entender que excedían los límites establecidos en la ley delegante. Antes de que venciera el plazo establecido inicialmente en la ley 25.414, el Congreso la derogó anticipadamente, en diciembre del 2001, por medio de la ley 25.556. Por su parte, la ley 25.453 de déficit cero, sancionada en julio del 2001, contenía una posible delegación de facultades legislativas para la determinación mensual de los montos de las remuneraciones y jubilaciones que debe pagar la Administración Pública.

tísimas delegaciones legislativas para el manejo de la salida de la convertibilidad, pilar de su política económica (21).

- Durante la Presidencia de Néstor Kirchner se sanciona la ley 25.790 sobre renegociación de los contratos de obras y servicios públicos (22); se dictan sucesivas prórrogas de la ley de emergencia 25.561 (23); y por medio de la ley 25.917 se autoriza de modo permanente al Jefe de Gabinete para reasignar las partidas presupuestarias (24). Como es sabido el manejo discrecional de los abundantes ingresos públicos se transformó en una de las herramientas políticas y económicas de este período.

d) **Número de DNU:** entre 1983 y 2008 se sancionaron 3350 leyes y se dictaron 1032 DNU, a razón de 1 DNU por cada 3,5 leyes;

El Presidente Alfonsín dictó 15 DNU; Menem 550 DNU en sus dos presidencias; de la Rúa 42; Duhalde 155 y Kirchner 270.

El Presidente Kirchner dictó 1 DNU cada cinco días de gobierno. Durante sus cuatro años y medio de ejercicio del Poder Ejecutivo, presentó 205 proyectos de ley y sancionó 270 DNU. Es decir, cuando juzgó necesario establecer una norma de rango legislativo, optó más veces por dictar un DNU que por enviar un proyecto de ley al Congreso.

e) **Veto presidencial:** desde la restauración democrática en diciembre de 1983 y hasta junio del 2008, el Congreso sancionó

---

(21) Esta ley contemplaba una importantísima delegación de facultades legislativas en cabeza del Presidente para reglar los distintos aspectos relativos a la salida de la convertibilidad cambiaria y para enfrentar la gravísima crisis económica y social reinante en ese momento. En ejercicio de estas facultades se dictaron los reglamentos y demás actos normativos relativos a la reprogramación y posterior pesificación de los depósitos bancarios, que provocaron una ola de acciones de amparo sin precedentes en nuestra práctica jurídica.

(22) La ley 25.790, promulgada en octubre del 2003, prorroga hasta el 31 de diciembre del 2004 la facultad delegada para la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos establecida en el art. 9º de la ley 25.561 y regula otras condiciones y procedimientos a la que la misma estará sujeta.

(23) Por medio del art. 1º de la ley 25.820, dictada en diciembre del 2003, se prorrogó por un año más el plazo de las delegaciones legislativa de la ley 25.561 y se habilitó al Poder Ejecutivo a "dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 y el principio del esfuerzo compartido".

(24) Junto a ello, surgió la práctica de subestimar en la ley de presupuesto los ingresos públicos para luego poder asignar el superávit mediante un decreto de necesidad y urgencia. En el año 2005 el 20 % de los ingresos públicos había sido asignado por DNU. En el año 2008 se asignaron por ese procedimiento 41.500 millones.

un total de 3350 leyes, de las cuales 184 fueron vetadas totalmente y otras 184 sólo parcialmente. El Congreso sólo insistió en 24 de los vetos totales y 14 de los vetos parciales.

f) **Procedimiento seguido para dictar medidas de alto impacto social:** las medidas concretas que mayor rechazo social han tenido en los últimos años (la pesificación de depósitos bancarios celebrados inicialmente en dólares a través de un DNU en febrero de 2002 y el establecimiento del régimen de retenciones móviles a las exportaciones agrícolas en marzo de 2008) no fueron dispuestas por medio de una ley sancionada por el Congreso. La primera medida fue adoptada por el DNU 214/02 del Presidente Duhalde y la otra por medio de la resolución ministerial 125/08 dictada por el Ministro de Economía en base a una amplísima e inconstitucional delegación legislativa establecida en el Código Aduanero.

En base a estos datos provenientes de la realidad institucional argentina, podríamos hablar de un creciente e importante proceso de pérdida del grado de participación del Congreso y de la ley ordinaria en la práctica de la función legislativa. Exagerando los términos podríamos hablar de un "Congreso ausente", pasivo, de la existencia en la práctica institucional de una democrática delegativa, de una crisis profunda de la ley, de un creciente proceso de deslegalización y hasta de legicidio.

Sin embargo, esta tendencia está lejos de ser sólo un problema argentino. Afirma, en este sentido, el constitucionalista alemán Hermann Pünder: "Todos los países que adhieren en general al principio de división de poderes se encuentran en un dilema. De manera creciente, en estos países quien legisla no es la propia Legislatura, es decir, el Parlamento electo, sino el Poder Ejecutivo. Las exigencias del Estado moderno han llevado a los legisladores a transferir gran parte de sus facultades legislativas a los administradores, lo que ha otorgado a estos últimos mucho poder. Por consiguiente, una de las principales tareas de los derechos constitucional y administrativo ha sido encauzar este poder. Todas las jurisdicciones reconocen un alejamiento de la doctrina tradicional de división de poderes, pero, igualmente, deben asegurarse de que la legislación delegada cuente con suficiente legitimación democrática." (25)

En su trabajo el autor citado, da cuenta de algunos mecanismos que se van estableciendo para dar mayor legitimidad democrática

---

(25) PÜNDER, HERMANN, *Legitimación democrática de la legislación delegada. Análisis comparativo en el derecho de los EE.UU., Gran Bretaña y Alemania*, ED, (30/04/2009).

a las normas delegadas en países como Estados Unidos, Alemania y Gran Bretaña, como son:

- a) predeterminación parlamentaria de las normas que dicta el Poder Ejecutivo;
- b) la participación parlamentaria en el proceso de creación de las normas ejecutivas;
- c) la participación democrática directa en el proceso de creación de normas ejecutivas.

#### 4) Posibles causas estructurales del fenómeno descripto

¿Cuáles son las causas profundas, estructurales de este fenómeno de desplazamiento de la ley hacia el reglamento? Pienso que podríamos establecer las siguientes:

a) **el aumento considerable de la necesidad de producción normativa:** como fruto de la regulación y el intervencionismo estatal desarrollado a lo largo del siglo XX (26);

b) **el aumento de la complejidad técnica de la normativa:** muchas de las normas en materias como las tributarias, aduaneras, bancarias, financieras, de servicios públicos, de seguridad social, seguros, etc., son de tal complejidad técnica que los órganos administrativos están en mejores condiciones que el Poder Legislativo para elaborarlas y aprobarlas (27);

c) **el aumento de la velocidad de respuesta a los problemas sociales:** las crisis y emergencias recurrentes reclaman respuestas inmediatas que suelen ser más urgentes que el tiempo que demanda la elaboración y la discusión de una ley en el Poder Legislativo;

---

(26) ) "Hemos visto lo inadecuado del procedimiento parlamentario para hacer frente a todas las necesidades legislativas, introdujo, ya en la época anterior a la segunda guerra mundial, la práctica de las delegaciones o habilitaciones legislativas, en virtud de las cuales el Parlamento delegaban en el Gobierno la facultad de legislar. A una época de acentuado dinamismo ha de corresponder una legislación igualmente dinámica, la que es difícil de lograr con la lentitud del proceso parlamentario; de este modo, "el decreto-ley", la "ley motorizada", como lo llama CARL SCHMITT, tiende a sustituir a la ley en sentido formal, es decir, la discutida y aprobada por el Parlamento", GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

(27) En el mismo sentido, años atrás, señalaban ROBERT DALH y CHARLES LINDLOM: "El desarrollo de la acción gubernamental exige decisiones que por su mero número, detalle, conocimiento previo requerido y acción expeditiva, no pueden ser tomadas por las legislaturas; así buena parte del poder de decisión se transfiere a los políticos ejecutivos", *Política, Economía y bienestar*, Paidós, Buenos Aires., 1971, pág. 334.

d) **la crisis política y técnica del Poder Legislativo:** se advierte a lo largo de todo el siglo XX un cierto deterioro institucional del Poder Legislativo, en relación con el fortalecimiento de los otros dos poderes de gobierno y una menor capacidad de brindar respuestas técnicas adecuadas a los naturales desafíos que le plantea el ejercicio de sus atribuciones en nuestros días. Se habla de la crisis de representatividad del Poder Legislativo, de un Congreso ausente, de la pérdida de autoestima institucional y hasta del "suicidio" del Congreso que por propia decisión traspasa sus competencias al Poder Ejecutivo.

e) **el crecimiento y concentración de poder en el Poder Ejecutivo:** de modo contrario a lo que sucede con la decadencia institucional del Legislativo, han crecido las atribuciones y competencias de los poderes Ejecutivo, que ha aumentado considerablemente su poder y peso institucional;

f) **el interés de los grupos de presión y de la clase política por eludir el costo del proceso legislativo ordinario:** la ardua y compleja negociación pública de un proyecto de ley tiene un "costo de producción" mayor que una decisión adoptada en sede administrativa de modo menos transparente y con la participación de un número mucho más bajo de decisores. Por eso, los grupos sociales y los decisores institucionales prefieren tratar sus temas y obtener sus beneficios en los "oscuros despachos administrativos" antes que en los espacios públicos de debate y decisión propios del Congreso.

Todos estos factores tienden a hacer perder centralidad a la ley y a aumentar los espacios del reglamento.

Complementariamente, también podemos señalar que actualmente se habla que la ley está en crisis, golpeada:

a) por la crisis de la racionalidad propia de la posmodernidad;

b) por la crisis de la política, afectada por los procesos sociales de fragmentación oligarquización y corporativismo, con la consiguiente pérdida de legitimación de la ley;

c) por la crisis de legitimidad del Poder Legislativo como consecuencia de la ruptura de la base de confianza entre los electores y sus representantes políticos, que hace que la ley no sea ya vista como expresión de la voluntad popular, sino tan sólo de la voluntad del Legislador;

d) por la crisis de la propia ley a causa de su pérdida de efectividad por los fenómenos creciente de anomia, corrupción, inseguridad e impunidad.

Parecería que, aprovechando la crisis de los poderes legislativos y de la propia ley, el Poder Ejecutivo hubiese recuperado en parte la potestad legislativa que en su momento le fuera arrebatada por los Parlamentos, luego de las duras luchas que tuvieron lugar durante las revoluciones políticas modernas que posibilitaron la instauración del constitucionalismo.

## 5) La reacción jurisprudencial en el derecho comparado

Frente a estos hechos provenientes de la práctica constitucional, se plantea el desafío a la doctrina y la jurisprudencia constitucional de intentar preservar, de acuerdo con los principios de división de poderes, de corrección funcional y de legalidad, el papel central que en una democracia constitucional tienen el Poder Legislativo y la ley surgida del procedimiento legislativo ordinario. En esta tarea de reconstrucción normativa e institucional considero que corresponde prestar una especial atención a algunas doctrinas jurisprudenciales elaboradas por algunos tribunales constitucionales e internacionales en las últimas décadas sobre las materias que venimos analizando.

Haremos un breve repaso de algunas de ellas:

### A) *La doctrina jurisprudencial de la CIDH en la OC 6/86*

En una de sus primeras opiniones consultivas, la CIDH, ante una consulta de la República del Uruguay, interpretó el texto del art. 30 de la CADH que establece que "las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". El Estado preguntaba si el término leyes se refería a toda disposición de alcance general o sólo a ley sancionada por el Poder Legislativo.

Señaló, entre otros puntos, la CIDH en su OC:

- "La protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, *acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo*, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente".

- "La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos. En tal perspectiva no es posible interpretar expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello que valdría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que de consagrar tales restricciones en disposiciones carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

*B) La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre la reserva de ley y de Parlamento*

La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el nuevo contenido de la doctrina de reserva de ley desarrollada a partir de 1972 establece que los principios democráticos y del Estado de Derecho obligan a que sea el Parlamento quien, a través del procedimiento legislativo ordinario, adopte las decisiones importantes para la convivencia pública, tanto las que se refieren a los derechos constitucionales, como a la organización estatal o las prestaciones administrativas o cualquier otra decisión de relevancia para la comunidad.

Es la doctrina del *parlaméntsvoórbehalt* o reserva del parlamento que ha llevado a declarar la invalidez de una determinada reglamentación de derechos o regulación estatal con claro impacto en la vida comunitaria que, más allá de su contenido, no ha sido adoptada mediante el procedimiento legislativo ordinario. Así se declaró inválida la reglamentación administrativa que impedía a las alumnas el uso del velo islámico en las escuelas públicas porque esa decisión, considerada de trascendencia para la convivencia pública, no fue adoptada en sede legislativa, sino en una oficina administrativa sin la debida participación de los representantes directos del electorado.

### C) *Algunas doctrinas de la Corte Suprema norteamericana*

La Corte Suprema norteamericana ha desarrollado una interesante doctrina jurisprudencial (28), recientemente receptada por su par argentino en el caso Colegio de Abogados (29), sobre la interpretación estricta de la habilitación normativa del Poder Administrador cuando la ley delegantes contienen términos vagos y amplios. Cuanto mayor precisión tiene el *standard* inteligible establecido por el Congreso más amplias son las posibilidades de reglamentación por parte de la autoridad administrativa, mientras que si los términos son vagos e imprecisos se reduce el ámbito de discrecionalidad administrativa (30).

Cabe recordar que señala en el art. I de la Constitución norteamericana, a diferencia de la argentina, establece que la función legislativa le corresponde de modo exclusivo al Congreso. En base a ella, la Corte Suprema norteamericana ha desarrollado la 'non delegation doctrine'. Ella nace en los Estados Unidos ante la ausencia de norma expresa en su Constitución que autorice al presidente a reglamentar las leyes y ante la manifiesta imposibilidad del Congreso de completar de forma permanente los detalles técnicos, no sólo por la falta de conocimientos específicos sobre cada uno de los problemas, sino por su constante cambio (31).

(28) Cfr. *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 1996.

(29) CS, 4-XI-03.

(30) Acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana ha sostenido su par argentino en el caso Colegio Público de Abogados: "por ser amplia e imprecisa, la delegación no confiere atribuciones más extensas, sino, al revés, a mayor imprecisión, menor alcance tendrá la competencia legislativa que podrá el Ejecutivo ejercer válidamente. En otros términos, el principio constitucional contrario al dictado de disposiciones legislativas por el Presidente tiene, en el plano de las controversias judiciales, una consecuencia insoslayable: quien invoque tales disposiciones en su favor deberá al mismo tiempo justificar su validez, o sea, demostrar que se hallan dentro de alguno de los supuestos excepcionales en que el Ejecutivo está constitucionalmente habilitado".

(31) En este sentido, resulta ilustrativa la sentencia dictada en *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911), donde la Corte norteamericana realizó una distinción entre el poder para hacer las leyes y el necesario para dictar las reglamentaciones, compitiendo el primero exclusivamente el Congreso, en tanto que este último puede ser "delegado" a la autoridad administrativa. El Justice Lamar, en nombre de la Corte, afirmó que "conforme a estas leyes, cualquier uso de la reserva para pastaje u otros propósitos legales, fue sometido a las normas y reglamentos establecidos por el Secretario de Agricultura. Hacer pastar manadas de ovejas y ganado en la reserva por propia voluntad y sin restricción, podría interferir seriamente en el cumplimiento de los propósitos para los cuales fue establecida. Pero un uso limitado y regulado para pastar no podría ser inconsistente con el objeto perseguido por la ley. La determinación de tales cuestiones, sin embargo, es una materia de detalle administrativo. Lo que podría ser inocuo en un bosque podría ser dañino en otro. Lo que podría ser perjudicial en una etapa del crecimiento de un árbol o en una estación del año, podría no serlo en otra.

En el citado caso *Loving*, la Corte Suprema norteamericana resume su postura sobre la delegación legislativa en los siguientes términos: "el principio fundamental de la doctrina de delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso...y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio ('prospective force'). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de temas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno Nacional efectivo". Y, más adelante: "Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción...es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse, lo último no merece ninguna objeción válida". Sin embargo, aclaró que "no es suficiente decir que el Congreso manifestó su voluntad de delegar una cierta atribución (authority)", pues, "como regla general, debe también establecer por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer cumplir la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medidas que pongan en práctica sus leyes" (32).

Resulta oportuno recordar aquí, al mencionar el papel relevante que tienen los jueces en el deslinde de las facultades legislativa del Congreso y del Poder Ejecutivo, el famoso fallo "*Younstown Sheet and Tube*" (343 U.S. 579, 1952), conocido como "el caso del Acero Embargado" (*Steel Seizure Case*), resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en plena guerra de Corea, rechazando la facultad presidencial de intervenir directamente en la resolución de conflictos laborales cuando el Congreso específicamente había exigido la necesidad de contar con una orden judicial para ello. El justice Hugo Black, en nombre de la Corte, declaró la inconstitucionalidad de los reglamentos dictados por el Ejecutivo afirmando que "los Padres Fundadores de la Nación confiaron el poder legislativo sólo al Congreso, tanto en los buenos como en los malos tiempos. No haría nada bien replantear esta elección." De ese fallo, muestra emblemática de la independencia judicial norteamericana, nos interesa recordar el célebre voto concurrente del justice Robert Jackson quien, con dureza, dictaminó en contra de las

---

Por la naturaleza de las cosas es impracticable que el Congreso dictara reglamentos generales para estos diversos y variables detalles de administración".

(32) *Loving v. United States*, 517 U.S. 748, 758 y 771.

facultades reglamentarias invocadas por el entonces reelecto presidente Truman. Para así resolver, distinguió en tres grados las atribuciones del Poder Ejecutivo:

- “Cuando el presidente actúa de acuerdo a una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad se encuentra en su máximo grado, porque incluye todos los poderes que él posee y los que el Congreso le puede delegar. En estos casos, y sólo en estos, él personifica la soberanía federal. Si un acto se declara inconstitucional en estas circunstancias, significa que el gobierno federal carece de ese poder. Un embargo ejecutado por el presidente de acuerdo a una ley del Congreso sería apoyado por la presunción más fuerte y la más amplia latitud de la interpretación judicial.”
- “Cuando el presidente actúa en ausencia de un otorgamiento o una negación de autoridad por parte del Congreso, él sólo puede basarse en sus propios poderes. Pero existe una zona sombría donde tanto el Congreso como él pueden poseer autoridad concurrente, o donde la distribución es incierta. Por ello, la inercia, la indiferencia o la aquiescencia del Congreso puede a veces habilitarlo –cuando no invitarlo– a adoptar medidas en su exclusiva responsabilidad. En esta área, cualquier test de poder dependerá de la imperatividad de los eventos y de las circunstancias contemporáneas, más que de teorías jurídicas abstractas.”
- “Cuando el presidente adopta medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Poder Legislativo, su autoridad se encuentra en el mínimo, porque sólo puede basarse en los poderes que la Constitución le asigna, descontando cualquier atribución constitucional que posea el Congreso en la materia. Los tribunales sólo pueden avalar la acción exclusiva del presidente cuando hayan declarado la incompetencia del Congreso para actuar en ese campo. El poder del Ejecutivo en estos casos debe ser examinado con sumo cuidado, porque lo que está en juego es el equilibrio mismo de la Constitución.”

Es decir que, de acuerdo al voto de Jackson, luego citado por la mayoría de la Corte americana en numerosos precedentes de alto contenido político, cuanto mayor compatibilidad haya entre el reglamento dictado por el Ejecutivo y la ley que complementa, menor es el margen de control judicial y, por el contrario, cuanto mayor divergencia o conflicto exista entre uno y otro, más intenso debe ser el escrutinio judicial, debiendo examinarse con sumo cuidado a cuál de los órganos adjudica expresamente la competencia el texto constitucional.

*D) El Tribunal Constitucional Español y el control de los decretos-leyes*

A fin de poner freno al uso abusivo de decretos-leyes por parte del Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional español ha establecido en la STC 68/2007 es revisable judicialmente la invocación de la "extraordinaria y urgente necesidad", como supuesto que habilita al Poder Ejecutivo el dictado de decretos-leyes.

De este modo, al igual que lo hiciera la Corte Suprema argentina en el caso Verrocchi (33), se afirma el principio de que quien ejerce el control de constitucionalidad debe verificar si se ha cumplido o no el presupuesto fáctico para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer excepcionalmente, por medio de los reglamentos de necesidad y urgencia, atribuciones legislativas que en principio le son ajenas.

*E) La Corte Constitucional italiana y la reiteración de los decretos-leyes*

La Constitución italiana establece en su art. 77 que los decretos-leyes no ratificados por el Parlamento dentro de los treinta días pierden validez de modo retroactivo a su sanción. Sin embargo, se había establecido la práctica viciosa de que si un decreto-ley no era convalidado por el Parlamento en el plazo constitucionalmente previsto, el Gobierno dictaba uno de contenido idéntico para lograr que la regulación siguiera vigente. Se llegó al extremo que un decreto-ley había sido reiterado en 29 oportunidades, sin que el Parlamento se hubiera pronunciado.

En 1996 la Corte Constitucional dictó la sentencia nº 360 que declaró la invalidez de esta práctica (34). Esta sentencia logró inicialmente una reducción drástica en la práctica de los decretos-leyes: de 361 dictado en 1996 se pasó a tan sólo ocho en 1998.

*F) El Consejo Constitucional francés y la zona de reserva reglamentaria*

El Consejo Constitucional francés ha resuelto, más allá de la reserva reglamentaria que establece su constitución, "no sólo que (la ley) pueda regular materias comprendidas en esa zona de reserva reglamentaria y que el reglamento, aun dentro de esas materias, esté subordinado a la ley, sino, sobre todo, que en determinadas materias (impuestos, derechos y libertades) no cabe el reglamento sin una habilitación específica, con lo que se acerca a los sistemas de reserva de ley" (35).

---

(33) Fallos: 322:1726 (1999); LA LEY, 2000-A-88.

(34) CELOTTO, ALFONSO, "Abuso del decreto de necesidad y urgencia y control de la Corte Constitucional en Italia", en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires., Ediar, 2003 págs. 595 y ss.

(35) CABO DE MARTÍN, CARLOS, *Sobre el concepto de ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pág. 71.

### G) Algunos fallos de la Corte Suprema argentina

También corresponde señalar que algunos de los fallos de los últimos quince años de la Corte Suprema argentina ha pretendido en parte contener los desbordes del Poder Ejecutivo en el ejercicio de la facultades propias del Congreso.

Cabe mencionar en ese sentido los casos Video Club Dreams (36), Della Blanca (37), Verrocchi (38), Franco (39), Craviotto (40), Tobar (41), Zofracor (42) San Luis (43), Colegio de Abogados (44), etc.

### H) Necesidad de que el Congreso reasuma su función y atribuciones

Hemos visto a través de este rápido recorrido realizado por la jurisprudencia del Derecho comparado como desde la jurisprudencia constitucional se intenta contener los desbordes más groseros del Poder Ejecutivo cuando asume funciones legislativas que le son ajenas.

Pero, más allá de esta labor doctrinal y jurisprudencial, debe ser el propio Poder Legislativo quien reasuma con firmeza el pleno ejercicio de sus competencias y atribuciones constitucionales: ha de reasumir sus roles legislativos propios, debatir con libertad las iniciativas legislativas del Poder Ejecutivo, limitar la práctica de la delegación legislativa, realizar un control estricto de los decretos de necesidad y urgencia, etc.

---

(36) Fallos: 318:1154 (1995). LA LEY, 1995, con nota de MARÍA ANGÉLICA GELLI, "Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia". En este fallo, la Corte Suprema en decisión unánime declaró la inconstitucionalidad de los decretos 2736/91 y 949/92 que habían extendido al alquiler de videos el impuesto previsto para la venta de entradas a los cines. La Corte Suprema consideró que no es posible el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria y que tampoco existía en el caso una situación real de emergencia que autorizara excepcionalmente el dictado de un reglamento de necesidad y urgencia.

(37) Fallos, 321:3123 (1998); ED 181-985, con nota de ALBERTO BIANCHI, *Régimen actual de los decretos de necesidad y urgencia dictados antes de la reforma constitucional (La aplicación irretroactiva de la reforma)*.

(38) Fallos: 322:1726 (1999); LL, 2000-A, 88.

(39) Fallos: 322:1868 (1999); ED, 185-994.

(40) Fallos: 322:752 (1999); ED, 184-175.

(41) CS, 22-VIII-02.

(42) Fallos: 325:2394 (2002); JA, 2003-II-28, con nota de SCHVARTZMAN, SEBASTIÁN y TORANZO, ALEJO, *Zofracor: luces y sombras en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre decretos de necesidad y urgencia*.

(43) Fallos, 326:1289 (2003), LA LEY, diario del 4-IV-03, Un comentario favorable del fallo fue hecho por GREGORIO BADENI, *Un fallo relevante y prudente*, La Nación, 7-III-03. También puede verse: GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El caso "Provincia de San Luis v. Estado Nacional", entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad*, JA, 2003-II-1294.

(44) CS, 4-XI-08.

Sólo así se logrará equilibrar el sistema institucional y corregir los vicios descritos en la función legislativa en nuestros días.

## II) ALGUNOS PUNTOS PRINCIPALES SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA INTRODUCIDO POR LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 (45)

### I. Concepto de delegación legislativa

La delegación legislativa es la técnica jurídica por la cual el Poder Legislativo sin transferir la titularidad de una determinada atribución legislativa y con la permanente posibilidad de reasumir su ejercicio, encomienda a otro órgano estatal u organismo administrativo su desarrollo legislativo, habilitándolo para ello y fijando lineamientos básicos que deben ser tenidos por el órgano delegado (46). Su finalidad es la mejora de la tarea legislativa en aquellas materias que por su complejidad técnica (47), la conveniencia de una rápida respuesta y su necesidad de permanente adaptación a realidades cambiantes, no se avienen adecuadamente al procedimiento legislativo ordinario. Concebida en estos términos y dentro de los límites mencionados, la delegación legislativa lejos de ser una patología del sistema institucional, puede ser considerada como una herramienta del gobierno moderno (48).

La delegación legislativa es la habilitación excepcional y limitada que el Congreso puede conferir al Poder Ejecutivo para que éste ejerza temporalmente algunas de las facultades legislativas que la Constitución otorga al Poder Legislativo. El Congreso conserva la titularidad de la facultad legislativa delegada, puede ejercerla mientras transcurre

---

(45) Una consideración amplia y detenida de los puntos que integran esta segunda parte de nuestro trabajo puede verse en el cap. IV de nuestra obra *Tratado sobre la delegación legislativa*, ob. cit., donde remitimos.

(46) BIELSA la definía del siguiente modo: "Hay delegación cuando a una persona o a un órgano se remite una atribución, misión o encargo para hacer lo que el delegante debería hacer, pero por razones de conveniencia o de necesidad no hace", ob. cit., Tomo III, pág. 255.

(47) ALBERDI había previsto la delegación legislativa basada en esta causa cuando seña laba: "sea cual fuere el método de legislar que se adopte, sea la codificación o la sanción de leyes suelta hay un obstáculo en la índole de la república representativa, que es que ella hace sus leyes por Congresos compuestos de personas ajenas de ordinario a los puntos técnicos de la legislación económica. Bajo la República el método eficaz y expeditivo de legislar sobre puntos técnicos y complicados de derecho civil o comercial (hoy deberíamos añadir de derecho público) es el de conferir autorizaciones especiales, a ese efecto, al Poder Ejecutivo".

(48) "La delegación legislativa es un fenómeno del todo común, que no pone de manifiesto anomalía alguna", de OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Ariel, 1991, pág. 183.

el plazo de la delegación y hasta puede reasumirla anticipadamente derogando la ley mediante la cual ella se otorga.

El procedimiento de la delegación legislativa comienza con la sanción de una ley delegante que establece la materia, las bases y el plazo de delegación (art. 76 de la CN). Continúa luego con la sanción de los reglamentos delegados por parte del Poder Ejecutivo que, a diferencia de los reglamentos ejecutivos, tienen jerarquía normativa de ley, ya que mediante ellos el Presidente ejerce facultades propias del Congreso. Finalmente, corresponde al Congreso, contando con la colaboración de la Comisión Bicameral Permanente, aprobar el reglamento delegado dictado por el Poder Ejecutivo.

La delegación legislativa constituye una excepción al principio de división de los poderes, especialmente al subprincipio de "corrección funcional" que establece que las facultades que la constitución nacional otorga a cada uno de los órganos de gobierno solamente puede ser ejercida por ellos y no por los restantes.

A través de la delegación legislativa se habilita la posibilidad de reemplazar el complejo procedimiento ordinario para la sanción de las leyes por el Congreso previsto en los arts. 77-84 por uno mucho más sencillo, que sólo requiere la decisión concurrente del Presidente y del Jefe de Gabinete de Ministros. El fundamento que se ha esgrimido para permitir constitucionalmente la delegación legislativa es que la demanda normativa que requiere el adecuado funcionamiento de los sistemas políticos contemporáneos, no puede ser adecuadamente atendida por el procedimiento ordinario de sanción de las leyes, dada la cantidad, complejidad técnica y rapidez de respuesta normativa que es necesario para el eficaz desenvolvimiento de la vida política en nuestros días.

## **2. La delegación legislativa antes y después de la reforma constitucional de 1994**

Antes de la reforma constitucional de 1994, la delegación legislativa no tenía expreso reconocimiento en el texto constitucional y las disposiciones de los art. 1 y, especialmente, 29 de la CN parecían prohibirla.

Sin embargo, se dictaron numerosas leyes, especialmente a partir de las primeras décadas del siglo XIX, en las que el Congreso habilitaba al Poder Ejecutivo a ejercer facultades que le eran propias. La jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso Delfino (49) de

---

(49) Fallos: 148:432 (1927). Otros fallos relevantes dictados en esta materia por la Corte Suprema son: caso Práctico, Fallos: 246:345 (1960) y caso Cocchia, Fallos: 316:2424 (1993); LA LEY 1994-B-633, con nuestro comentario: "Entre la eficacia y el control del poder político: un caso trascendente sobre delegación legislativa".

1927 legitimó la constitucionalidad de esta práctica, considerando a los reglamentos delegados como una manera más intensa de ejercer la potestad reglamentaria que el entonces art. 86 inc. 2º (hoy 99 inc. 2º) otorgaba al Presidente de la Nación. Esta doctrina de origen jurisprudencial llevó el nombre de la delegación impropia.

Podemos decir que antes de la reforma de 1994, el status constitucional de la delegación legislativa se caracterizaba por las siguientes notas:

- a) existía una tensión entre la normatividad constitucional, que guarda silencio y que desde sus principios fundamentales parece limitar fuertemente el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, y la normalidad constitucional, que nos da numerosas pruebas de la existencia de esa práctica en nuestra realidad constitucional, tanto por parte del Presidente como también de otros organismos administrativos y órganos de gobierno (50);
- b) ante esa dicotomía, las fuentes del derecho han reaccionado de diverso modo. Mientras la opinión mayoritaria de la doctrina tiende a negar y prohibir la delegación legislativa recurriendo a posturas principista clásicas, la jurisprudencia tiende a convalidar dentro de ciertos límites esa práctica de los órganos de gobierno, reconociendo implícita o explícitamente su necesidad para el gobierno moderno;
- c) el régimen jurídico vigente de la delegación legislativo antes de la reforma era la doctrina jurisprudencial establecido por la Corte Suprema a partir del caso Delfino (51). Su doctrina

---

(50) SABSAY denomina a la práctica de la delegación legislativa como "una deformación anticonstitucional o, por lo menos paraconstitucional". Por su parte GIL LAVEDRA la describe "como una especie de hijo natural repudiado, que existía, tenía vigencia en la realidad, pero que todo el mundo negaba", ambas opiniones vertidas en la reunión de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado el 23-III-99. MARIO MIDÓN sostiene que cada vez que la Corte Suprema "tuvo que resolver materias donde mediaba delegación -salvo algunas excepciones apeló al embozo de negarla, para admitirla a continuación". Los reglamentos con nombre prestado y falta identidad, Boletín Informativo de la AADC, dic. 1989. Por su parte EUGENIO PALAZZO y ROBERTO PUNTE señalan que "se originaron dos mecanismos de desplazamiento de las atribuciones del Congreso a favor del Poder Ejecutivo; las numerosas delegaciones que realizó el primero y la asunción directa que sin consentimiento previo, en muchas ocasiones concretó el segundo", Curso de Derecho Constitucional, Abeledo-Perrot, 1995, T. III, pág. 159.

(51) La Corte Suprema formuló en el caso Delfino la doctrina de la delegación impropia en los siguientes términos, que luego repitió en numerosos fallos: "Ciertamente el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le

judicial admite cada vez con más amplitud la práctica de la delegación legislativa (52), encuadrándola en la mayoría de los casos, muchas veces de modo forzado y artificial, en el ámbito de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y fijándole los siguientes límites: existencia de una ley que habilite al Poder Ejecutivo a dictar los decretos delegados y le fije la política legislativa. Más allá de lo anterior, tenuemente y de modo progresivo, en algunas sentencias y votos aislados se admite la validez de una delegación propia, que excede los límites de la potestad reglamentaria que la CN reconoce al Poder Ejecutivo. La determinación de los elementos substanciales de los delitos y tributos en ningún caso podían ser encomendados por el Congreso al Poder Ejecutivo, y en todos los casos los reglamentos del Poder Ejecutivo debían respetar el contenido esencial de los derechos constitucionales. A su vez, se admite la delegación de 2º grado y la subdelegación

- d) el régimen jurídico de la delegación legislativa antes de la reforma, debido a su carácter jurisprudencial, era precario e impreciso y hacía necesario una reforma que lo estableciera.

Ante esta situación, el Poder Constituyente de 1994 tenía tres alternativas fundamentales:

- a) guardar silencio y no introducir ninguna reforma sobre este punto, como lo habían hecho, en su momento, las Convenciones

---

han sido expresa o implícitamente concedidos. Es un principio esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la constitución... Hay delegación cuando una autoridad investida cierto poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándola en ella... Sin embargo, existe una distinción fundamental entre delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y determinaciones necesarias para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo está permitido... Cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino a título de una facultad propia consagrada por el art. 86 inc. 2º de la Constitución y cuya menor o mayor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo. Habría una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más límite que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones.

(52) En el estudio que hemos realizado sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema entre el caso Delfino de 1927 y el caso Cocchia de 1993 advertimos que predomina una tendencia convalidante de la práctica de la delegación legislativa: sólo en 12 casos de los 74 casos analizados se la declara inválida la delegación legislativa examinada por nuestro máximo tribunal: cfr. *Tratado sobre la delegación legislativa*, ob. cit., Cap. II.

Constituyentes de 1949 y de 1957, y dejar que sea la jurisprudencia de los tribunales la que continuara fijando el régimen en materia de delegación legislativa (53);

b) prohibir expresa y totalmente esta práctica, viéndola como una patología del sistema constitucional que debía ser corregida a través de una firme decisión del Poder Constituyente. Esta era la postura de buena parte de la doctrina iuspublicista y de la mayoría de los proyectos alternativos presentados en la Convención Constituyente iban en esta dirección (54);

c) receptar y reglar constitucionalmente la delegación legislativa, considerándola un instrumento necesario y conveniente del Gobierno moderno. Así lo habían hecho la constituciones europeas de posguerra (art. 76 de la constitución italiana de 1947; art. 75 de la constitución alemana de 1949; arts. 16, 34, 37 y 38 de la constitución francesa de 1958; arts. 81-84 de la constitución española de 1978), también algunas de América Latina (art. 188 de la constitución de Perú, art. 61 de la constitución de Chile; arts. 59.4 y 68.3 de la constitución de Brasil, Colombia) y varias de las mismas constituciones provinciales argentinas.

El Constituyente optó finalmente por establecer un régimen algo ambiguo que prohíbe la delegación como principio general y la habilita ampliamente por vía de excepción bajo determinadas condiciones. El nuevo régimen de la delegación legislativa está regulado en tres disposiciones constitucionales:

- Art. 76: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinada de administración o de emergencia pública, con plazo fijada para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa".

- Art. 100 inc. 12º: "Corresponde al Jefe de Gabinete de Ministros refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente".

- Cláusula transitoria octava: "La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley".

---

(53) Esta fue la propuesta contenida en el proyecto del convencional constituyente CULLEN.

(54) cfr. proyectos presentados por los convencionales constituyentes ALVAREZ y ZAFFARONI.

Consideramos que la decisión del Constituyente fue dejar de lado la, de algún modo, insincera doctrina jurisprudencial de la delegación impropia y establecer un nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa para que rigiese de ahí en adelante esta práctica del gobierno moderno.

Se parte de la prohibición de la delegación legislativa como principio general, para luego admitirla excepcionalmente bajo las siguientes condiciones:

- debe estar siempre referida a una materia determinada y acotada;
- la materia habilitada en la delegación legislativa debe estar relacionada con la administración pública o con una situación de emergencia pública;
- la ley delegante debe establecer necesariamente un plazo para el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de la facultad legislativa delegada;
- el Congreso debe establecer las bases, es decir, la política legislativa a la que se ha de atener el Poder Ejecutivo en su actividad normativa;
- el reglamento delegado dictado por el Presidente tiene que ser refrendado obligatoriamente por el Jefe de Gabinete de Ministros;
- el reglamento delegado dictado por el Poder Ejecutivo está sujeto al posterior control por parte de la Comisión Bicameral Permanente.

Nos parece necesario establecer como premisa básica de análisis que la decisión fundamental del Constituyente en materia de delegación legislativa fue la creación de nuevo régimen constitucional, distinto al previo de carácter jurisprudencial, basado en la distinción entre reglamentación y delegación legislativa

Como hemos visto, hasta la reforma constitucional de 1994 los reglamentos ejecutivos eran los únicos que estaban reconocidos explícitamente en la CN (art. 99 inc. 2) (55). Ello originó que la jurisprudencia de la Corte Suprema, en una línea jurisprudencial que arranca en el

---

(55) Luego de 1994, también lo están los reglamentos delegados (arts. 76 y 100 inc. 12) y los reglamentos de necesidad y urgencia (arts. 99 inc. 3 y 100 inc. 13).

caso Delfino (56) de 1927 y llega hasta el caso Cocchia (57) de 1993 (58), intentara convalidar la constitucionalidad de los reglamentos delegados encuadrándolos en el marco de los reglamentos ejecutivos, elaborando para ello la ambigua doctrina de la delegación impropia.

Esto trajo aparejado una confusión notable entre los reglamentos ejecutivos y los reglamentos delegados, a la que la reforma constitucional de 1994 intentó poner fin, distinguiendo con claridad entre ambas categorías normativas y dando a cada una de ellas un régimen constitucional diferente: los reglamentos delegados se rigen por las condiciones de validez sustantivas y formales que establece el art. 76 (materia determinada de administración o de emergencia pública, fijación de un plazo para la delegación, establecimiento de las bases de la delegación por la ley delegante, etc.) y los reglamentos ejecutivos por las establecidas por el 99 inc. 2º.

Nos parece que el art. 99 inc. 2º, aún sin haber sido modificado su texto por la reforma constitucional de 1994 y en virtud de lo dispuesto en el nuevo art. 76 de la CN, ha cambiado su significado, al menos tal como fuera interpretado por la Corte Suprema desde 1927 y hasta 1994. Mejor dicho, nos parece que ha recuperado su contenido constitucional originario sólo referido a los reglamentos ejecutivos y no a los delegados.

Esta distinción nítida entre reglamentación y delegación (59), y la supresión de la categoría de la delegación impropia, proveniente de la jurisprudencia de la Corte Suprema anterior a la reforma, son dos elementos importantes para ayudar a clarificar las distintas cuestiones que guardan relación con la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

---

(56) Fallos: 148:432.

(57) Fallos: 316:1319. En este fallo, el voto de la mayoría dio a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo una extensión como nunca hasta entonces había sido reconocida por la propia Corte Suprema, distinguiendo entre los reglamentos de ejecución adjetiva y los reglamentos de ejecución sustantiva. Hemos ya analizado en otros estudios la doctrina que se contiene en este fallo: cfr. LA LEY, 1994-B, 633 y Tratado sobre la delegación legislativa, ob. cit., págs. 171-197.

(58) Hemos analizado detenidamente esta evolución constitucional, cfr. Tratado sobre la delegación legislativa, ob. cit., págs. 113-215.

(59) En este sentido, señala ALBERTO GARCÍA LEMA al hablar sobre la intencionalidad de la reforma respecto a la delegación legislativa, que ella tuvo la finalidad de "permitir diferenciar los decretos delegados de otros -los reglamentarios de las leyes- con los que habitualmente se confundieron". La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava, ob. cit. En el mismo sentido, señala QUIROGA LAVIÉ: "hoy la constitución distingue con toda claridad la potestad reglamentaria, de la legislativa por delegación que tiene el Ejecutivo", QUIROGA LAVIÉ, HUBERTO, *Constitución de la Nación Argentina* comentada, 2º ed. actualizada, Ed. Zavallia, Buenos Aires., 1997, pág. 508. Para profundizar en este punto remitimos al Tratado sobre la delegación legislativa, ob. cit., pág. 365 y ss.

En el nuevo régimen constitucional argentino surge la necesidad de la delegación legislativa, como algo distinto a la simple reglamentación de las leyes, siempre y cuando el Poder Ejecutivo no pueda dictar una determinada norma sin contar con una habilitación expresa del Congreso para hacerlo ya que ese material asignado a la competencia del Poder Legislativo. La delegación en todos los casos implica transferencias de competencias propias del sujeto delegante al sujeto delegado. Si el Poder Ejecutivo puede dictar el acto legislativo en ejercicio de sus facultades propias no existe delegación, sino tan sólo utilización de su potestad reglamentaria (60).

No obstante lo anterior, en varios casos concretos puede resultar difícil determinar si estamos en presencia de una mera reglamentación de la ley o de una delegación legislativa (61). Así, por ejemplo, la determinación de la alícuota de un tributo dentro de un máximo y un mínimo determinado por la ley del Congreso, puede ser considerado reglamentación de la ley o bien una delegación legislativa. Para dilucidar en la práctica este interrogante, habrá que estar en primer lugar a lo que haya sido la intención del Congreso evidenciada a través de la técnica legislativa utilizada. Así, si la ley del Congreso ha fijado un plazo determinado para el ejercicio de la facultad legislativa por parte del Poder Ejecutivo, ello señalaría que el Congreso ha querido encuadrar el supuesto dentro de la delegación legislativa. Si no lo ha hecho, cabría presumir que estamos en presencia de la habilitación de una potestad reglamentaria amplia por parte del poder administrador. Siendo la delegación legislativa de carácter excepcional, en primer lugar debe procurar encuadrarse el acto legislativo del Poder Ejecutivo dentro de su potestad reglamentaria (62). Sólo cuando se advierte que el reglamento excede el ámbito del art. 99 inc. 2º corresponderá encua-

---

(60) En sentido contrario a lo que aquí venimos postulando, ALBERTO BIANCHI propone la asimilación de las categorías de reglamentos ejecutivos y delegados sobre la base de que ambos tienen idéntica misión: llenar los contenidos de la ley y ponerla en ejecución, cfr. Dimensión actual de la delegación legislativa, *Derecho Administrativo*, nº 12, Lexis Nexis, Buenos Aires., 2002, pág. 746 y ss.

(61) Señala GORDILLO, en relación a la dificultad para distinguir entre las distintas clases de reglamentos, que "es de hacer notar que en la práctica los límites entre unos y otros suelen ser borrosos. Basta tomar cualquier ejemplo del Boletín Oficial para advertirlo", *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, Tomo I, pág. VII-34.

(62) Esta fue la postura de la Administración Pública al defender en el caso Tobar (CS, 22-VIII-02) la constitucionalidad de la decisión administrativa que dispuso la reducción del 13 % de los haberes de los empleados públicos. El dictamen del Procurador General resume la posición de la Administración en los siguientes términos: "el art. 10 de la ley 25.453 no transfirió al Poder Ejecutivo el ejercicio de potestades legislativas, porque no se trata de una norma delegante, sino del establecimiento de una política económica, con determinada finalidad y con el procedimiento para cumplirla, que aquel Poder se limita a ejecutar: re-

drarlo dentro de la categoría de los reglamentos delegados y examinar si se han cumplido en él los requisitos que para su validez establece la constitución nacional.

Si bien la realidad normativa se resiste a ser encasillada en categorías demasiado rígidas, se pueden establecer al menos las siguientes diferencias sustantivas, formales y procedimentales entre delegación y reglamentación legislativa:

a) la delegación significa el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de facultades legislativas pertenecientes al Congreso, mientras que en la reglamentación el Presidente ejerce facultades propias, otorgadas a él directamente por la Constitución en el art. 99 inc. 2º;

b) un reglamento delegado puede tratar sobre aspectos sustantivos o esenciales de las relaciones jurídicas de los particulares entre sí o en sus relaciones con los órganos de gobierno y/o la Administración Pública, mientras que la reglamentación sólo puede versar sobre aspectos menores, "pormenores o detalles", de esas relaciones jurídicas.

c) la delegación es una habilitación para que el Presidente ejerza o no, de acuerdo a su libre criterio y decisión, las facultades que le delega el Congreso, mientras que la reglamentación de las leyes tiene carácter obligatorio para el Poder Ejecutivo cuando su intervención es necesaria para llevar a cabo lo decidido por el Congreso. Por otra parte, el margen de acción normativa del Poder Ejecutivo es más amplio en los reglamentos delegados que en los reglamentos ejecutivos. La discrecionalidad del Poder Ejecutivo está mucho más acotada en el segundo caso que en el primero.

d) la delegación tiene en el régimen constitucional carácter transitorio ya que está sujeta a plazo (63), mientras que la reglamentación es una facultad de carácter permanente.

e) la ley que contiene y habilita una delegación legislativa tiene que declararla expresamente y tiene que delimitar la materia que se delega, fijar el plazo y establecer las bases de la delegación (art. 76 CN), mientras que una ley que requiere ser reglamentada no hace falta que expresamente lo diga ni que incorpore ningún otro elemento orientado a regir la actuación del Poder Ejecutivo.

---

ducción proporcional de los créditos correspondientes a la totalidad del sector público".

(63) Véase, sin embargo, lo que señalamos sobre la posibilidad de las descentralizaciones normativas de carácter permanente en el cap. IV del Tratado de la delegación legislativa, ob. cit., pág. 474.

f) al dictar un reglamento delegado el Poder Ejecutivo deberá invocar tanto el art. 76 como la ley delegante que le otorga esa facultad, mientras que en caso del reglamento ejecutivo sólo tiene que fundar su decisión en el art. 99 inc. 2º.

g) un reglamento delegado tiene rango legislativo y, por lo tanto, puede modificar o derogar otra ley, en cambio ello no podría hacerlo un reglamento ejecutivo que siempre tiene un rango normativo "sublegal".

h) tanto el reglamento delegado como el ejecutivo son firmados por el Presidente con refrendo del Jefe de Gabinete, pero el segundo no está sujeto al control de la Comisión Bicameral Permanente que, para los reglamentos delegados, establece el art. 100 inc. 12.

Será muy importante que los Poderes Legislativo y Ejecutivo cuiden todos estos detalles de buena técnica legislativa para que se pueda saber con claridad si en cada caso estamos en presencia de un reglamento delegado o de uno ejecutivo, ya que cada uno tiene un régimen constitucional diferente.

Nos parece, también, que el art. 4º de las leyes 25.148, 25.645 y 25.918, que han ratificado sucesivamente las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de acuerdo a lo que dispone la CT 8º de la CN, expresa adecuadamente la decisión del Congreso de comenzar a diferenciar claramente entre reglamentos delegados y ejecutivos. Dice expresamente esa disposición legal que "las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el artículo 99 inciso 2º de la Constitución Nacional, no se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la presente ley". Es decir, el Congreso mediante las leyes antes citadas sólo renovó delegaciones legislativas y ratificó las normas delegadas dictadas en su consecuencia, pero no se pronunció sobre una clase distinta de normas que son los reglamentos ejecutivos, sobre los que nada tenía que decidir.

Recientemente, en el caso Cámara Argentina del Libro (64), la Corte Suprema, remitiéndose al dictamen del Procurador General, ha distinguido claramente entre los reglamentos ejecutivos y delegados. Refiriéndose al dec. 616/01, que es un reglamento ejecutivo del reglamento delegado 615/01 (éste último dictado en ejercicio de las facultades delegadas por la ley 25.414), señala el mencionado dictamen: "si bien tanto la norma reglamentaria como la reglamentada fueron dictadas -aunque en ejercicio de funciones estatales diferentes- por un mismo órgano de gobierno, lo cual podría conducir igualmente a suponer

---

(64) CS, 1-IX-03, J.A, diario del 24-12-03.

que promedió un criterio único en cuanto al sentido y alcances verdaderos de la franquicia en debate, la delegación legislativa operada a través de la ley 25.414 rodea a la norma emitida en su consecuencia de una serie de formalidades especiales, tales como los informes que -sobre su uso- debe brindar el poder Ejecutivo Nacional al Congreso (art. 4º) y el seguimiento por parte de la Comisión Bicameral creada al efecto (art. 5º). Prescindir de esta diferenciación y permitir el empleo de facultades delegadas a través de un instrumento que no cumple los recaudos para ello, implica -además de la violación del principio de legalidad- desconocer la letra de la ley 25.414 y burlar el sistema de control establecido por el Congreso, en ejercicio de las potestades que le confiere el art. 76 de la Constitución Nacional, con grave menoscabo del principio republicano de división de poderes”.

Nos parece acertada esta línea jurisprudencial que comienza a distinguir con claridad entre los reglamentos ejecutivos y los delegados, juzgando la legitimidad constitucional de cada uno de ellos a la luz de su propio y específico régimen constitucional.

Establecida la premisa fundamental de la distinción entre delegación y reglamentación. Examinaremos con detenimiento cada una de las nuevas condiciones de validez constitucional de la delegación legislativa establecidas en el nuevo régimen constitucional.

### **3. Concepto de “materia determinada”**

En base a lo dispuesto en el art. 29, al principio general sobre prohibición de la delegación legislativa enunciado en el art. 76 y a la regla contemplada en la primera parte del art. 99 inc. 3º, la única delegación legislativa habilitada constitucionalmente es la que es acotada y limitada, referida a algunos puntos concretos y específicos de la potestad legislativa del Congreso. En cambio, están prohibidas tanto la delegación de la totalidad de la potestad legislativa (facultades extraordinarias, plenos poderes, superpoderes, etc.), como una delegación sobre una materia determinada, pero sin la fijación de las bases o parámetros que orienten la actividad normativa del Poder Ejecutivo.

### **4. La delegación legislativa en “materia determinada de administración”**

Las dudas interpretativas sobre lo que debe entenderse por materia determinada de administración fueron en buena medida resueltas por el propio Congreso, como primer intérprete de la constitución, al dictar la ley 25.148. En su art. 2º se afirma:

“Se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:

a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;

b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;

c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;

d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;

e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;

f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país”.

El criterio general para establecer que se entiende por materia determinada de administración queda establecido en el inc. f del citado art. 2º de la ley 25.148: toda materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país. Para la determinación concreta de este concepto habrá que repasar las distintas atribuciones que el art. 75 asigna al Congreso y ver cuáles de ellas se vinculan con la administración del país. En estas materias, que algunos autores denominan de “administración especial” para diferenciarla de la “administración general del país” que está encomendada al Poder Ejecutivo (art. 99 inc. 1º), el Congreso puede habilitar al Poder Ejecutivo que ejerza facultades legislativas que le pertenecen al primero.

## **5. La delegación legislativa por causa de emergencia pública**

El segundo supuesto en el que la Constitución habilita la posibilidad de la delegación legislativa es la existencia de una situación de emergencia pública. En este caso, la posibilidad de la delegación no se refiere a una materia concreta, como en el supuesto anterior, sino a una causa excepcional que permite la habilitación del ejercicio de las facultades legislativas en todas aquellas materias que guarden relación estrecha con el motivo de la emergencia. Por ello, la delegación legislativa por causa de emergencia pública tiene una amplitud y posibilidades mucho mayores que cuando se trata simplemente de materias determinadas de administración.

La emergencia pública ha sido definida por la Corte Suprema como aquellas "situaciones que derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios" (65). También ha dicho el máximo tribunal que "el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias y modalidades de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria que...influye sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones" (66).

La emergencia puede ser general o estar referida a un ámbito concreto de vida social (economía, salud, educación, seguridad, etc.); puede abarcar todo el territorio del país o una porción determinado del mismo. La apreciación de la existencia de esa situación de emergencia es una facultad discrecional que debe ponderar con razonabilidad el propio Congreso.

Dada una situación de emergencia puede el Congreso otorgar al Poder Ejecutivo una delegación legislativa para que, de modo más rápido y efectivo que el que es propio del procedimiento legislativo ordinario, se elaboren las normas que sean necesarias para dar respuesta a la situación de crisis y emergencia, de modo tal de permitir un rápido retorno a las situaciones de normalidad.

## **6. Materias excluidas o limitadas de la posibilidad de la delegación legislativa**

Teniendo en cuenta la amplitud de las excepciones establecidas en el art. 76, cabe preguntarse si existen determinadas materias en las que no es posible la delegación legislativa o la misma es sumamente limitada.

En relación a este punto cabría formular las siguientes precisiones:

a) en primer lugar, nos parece conveniente aclarar que las delegaciones a las que se refiere el art. 76 son únicamente las legislativas, es decir, las que se concretan en el dictado de normas de alcance general. Por lo tanto, están excluidas de su régimen las facultades de otro tipo (institucionales, políticas o de control) que tiene encomendado el Congreso, aunque las mismas se ejerzan por medio de leyes en sentido formal: declaración de la necesidad de reforma, aprobar o desechar la renuncia del Presidente y Vicepresidente y proceder en su caso a

---

(65) Caso Perón, Fallos: 238:23.

(66) Caso Peralta, Fallos: 313:1513 (1990).

la designación del Presidente, declaración del estado de sitio y de la intervención federal, establecimiento y traslado de la Capital Federal, acusación y juzgamiento en el juicio político, aprobación de tratados, acuerdos para el nombramiento de ciertos magistrados y funcionarios, aprobación del presupuesto y de la cuenta de inversiones, fijación de límites entre las provincias, etc.

b) no nos parece que corresponda extender sin más al régimen de la delegación legislativa las prohibiciones materiales contenidas en el art. 99 inc. 3º en materia de reglamentos de necesidad y urgencia: se trata de supuestos claramente distintos y el Poder Constituyente de 1994 rechazó explícitamente algunos proyectos presentados con la intención de extender esas prohibiciones a la delegación legislativa. La reciente práctica legislativa da cuenta que tampoco el Congreso entiende que existen esas limitaciones, al menos en materia tributaria.

c) En materia penal, no es posible la delegación por el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la CN. Sin embargo, siguen siendo válidas las excepciones relativas a la ley penal en blanco que ha elaborado la jurisprudencia (67).

d) En materia tributaria hay que partir del principio de la prohibición de la posibilidad de la delegación por estar también aquí en juego el principio de legalidad en materia tributaria (68). Sin embargo, nos parece que aquí también pueden mantenerse algunas de las excepciones admitidas por la práctica y la jurisprudencia constitucional: posibilidad de delegar la determinación final de la alícuota del tributo entre un máximo y un mínimo fijado en la ley delegante (69); determinar el momento para aplicar total o parcialmente un tributo; precisiones finales

---

(67) A este respecto, aun BADENI, desde su postura claramente restrictiva de la delegación legislativa, señala que puede ser legítimo "facultar al Poder Ejecutivo para que determine qué tipo de armas pueden ser calificadas como armas de guerra a los fines del art. 189 bis del Código Penal; qué tipo de drogas son estupefacientes para el art. 77 del Código Penal", *Límites de la delegación legislativa*, LA LEY, diario del 23-VIII-01.

(68) Remitimos al trabajo de DI PIETROMICA, VIVIANA, *La delegación de facultades legislativas en la esfera del derecho tributario sustantivo*, Antecedentes parlamentarios de la ley 25.414, La Ley, junio 2001, en el que se analiza detenidamente los aspectos de la delegación tributaria contenidos en la ley de competitividad.

(69) RODOLFO SPISSO sostiene que "las normas de derecho tributario sustantivo no pueden ser subsumibles en el concepto de "materias determinadas de administración", a que se refiere el artículo 76 de la Constitución", resaltando que la delegación no puede comprender "la creación de tributos, la definición del hecho o base imponible, la determinación de los contribuyentes o responsables, exenciones o franquicias, sino sólo referida a aspectos cuantitativos de la obligación tributaria, o sea, alícuotas, tasas o montos fijos", *Tutela judicial efectiva en materia tributaria*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 44.

sobre el hecho imponible definido por la ley dictada por el Congreso; posibilidad de crear y suprimir exenciones tributarias de acuerdo a los lineamientos fijados en la ley base; permitir limitadamente por medio de una ley delegante la creación de tasas que puedan cobrar por sus servicios determinados organismos administrativos; determinadas precisiones del procedimiento tributario (70).

e) en materia expropiatoria, partiendo del principio general de la prohibición, corresponde mantener la distinción entre la declaración general de la utilidad pública y la identificación concreta de cada uno de los bienes sujetos a expropiación, siendo esto último delegable en el poder administrador.

f) reglamentación de derechos constitucionales: sólo podría delegarse la reglamentación de algunos de estos derechos de modo transitorio en situaciones de emergencia (71). En cambio, no sería delegable su reglamentación ordinaria y permanente (72), salvo en aspectos menores que guarden relación directa con la actividad administrativa del Estado (73).

---

(70) Afirma ALBERTO BIANCHI que "todo el sistema de recaudación impositiva depende de la delegación legislativa. La actividad que realiza diariamente la AFIP depende primordialmente de la delegación de funciones que este organismo ha recibido de la ley de procedimiento tributarios (ley 11.683 T.O. 1998, decreto 821/98)". En sentido coincidente señala PALACIOS DE CAEIRO: "No se estima que las cuestiones tributarias traduzcan una indelegabilidad preliminar absoluta, por el contrario, si la transferencia legislativa puede colaborar con las decisiones ejecutivas referidas a la emergencia, sostener un criterio semejante aparece como una postura teñida de excesivo formalismo", ob. cit., pág. 5.

(71) *Badeni* señala como legítimo un supuesto interesante que, a su criterio, podría ser constitucionalmente legítimo: "determinar las medidas restrictivas de los derechos individuales o sociales que podrá adoptar el Poder Ejecutivo si se presenta una situación de hecho debidamente descrita en la ley", *Límites de la delegación legislativa*, LA LEY, diario del 23-VIII-01.

(72) En este sentido sostuvo QUIROGA LAVIÉ en su exposición en la Convención Constituyente: "Tampoco pueden ser (objeto de delegación) las leyes orgánicas de las distintas materias, sobre todo las que regulan el ejercicio de poder de policía de los derechos, lo cual no figura en el texto constitucional pero, lo que constituye una reglamentación general de los derechos es materia de leyes orgánicas. Puede haber una delegación legislativa en materia de poder de policía que tienda a restringir puntualmente un derecho, pero no una regulación general u orgánica del ejercicio de un derecho". La postura de este constitucionalista parece inspirarse en la constitución española que explícitamente establece que el "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" no puede ser materia de delegación y sólo puede ser regulado por leyes orgánicas, para cuya aprobación, modificación o derogación se exige una mayoría absoluta en el congreso (art. 81).

(73) Aquí puede ser de utilidad acudir a la categoría de "núcleo esencial de la regulación legislativa" elaborada por la doctrina administrativista española o a la doctrina americana que señala que la delegación legislativa han de ser más

g) materia contravencional: el Congreso puede delegar en esta materia estableciendo los mínimos y máximos de las sanciones y fijando, aunque sólo sea de modo genérico, los fines y bienes que se deben proteger a través del dictado de contravenciones administrativas y regímenes disciplinarios administrativos (74). Nos parece muy poco funcional y realista que sea únicamente el Congreso quien deba elaborarlos, teniendo en cuenta la cantidad y diversidad de las distintas situaciones a atender. Daría la impresión que contar con la posibilidad de poder fijar e imponer este tipo de sanciones es un componente integrante de la función administrativa a cargo de diversos órganos y organismos administrativos. Se excluye de esta posibilidad de delegación la creación de toda sanción que importe privación de la libertad personal.

h) son delegables la reforma de algunas disposiciones concretas de los códigos de fondo, con excepción del código penal, en la medida que guarden relación con algunas materias determinadas de administración o con las razones de emergencia que motivaron la delegación (75). Durante la Convención Constituyente se consideraron y se rechazaron algunos proyectos que pretendían prohibir expresamente la delegación en algunas de las materias regidas por el derecho común, en particular por el derecho laboral. Algunos de los reglamentos delegados dictados con ocasión de la ley 25.414 modificaron normas de los códigos de fondo. En cambio, nos parece que no sería razonable admitir que el Congreso

---

estricta (narrow construcccion) en aquellas áreas más próximas y sensibles a la libertad sustantiva. También cabe tener aquí presente la opinión consultiva 8/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el concepto de ley y, lo señalado en el consid. 13 del voto de minoría de los Dres. BELLUSCIO y FAYT en el caso Cocchia: "cabe destacar que la tendencia se muestra más favorable a admitir la delegación cuando se trata de materias técnicas; cuando están involucrados derechos individuales, la garantía del debido proceso exige que la restricción tenga su origen en una ley en sentido formal y material".

(74) Por ejemplo, el art. 45 de la 24.240 de defensa de la competencia establece: "La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, *sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten*, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores". De este modo amplio y genérico, esta ley habilita a la autoridad administrativa a establecer contravenciones y a aplicar sanciones cuando se violen las normas reglamentarias de la ley. A su vez, el art. 47 de la mencionada ley señala que clase de sanciones podrá aplicar la autoridad administrativa. Un mecanismo parecido puede encontrarse en otras leyes, p. ej., la ley 22.802 de lealtad comercial.

(75) Como recuerda BADENI, en nuestro país por razones de emergencia se modificaron el régimen de las hipotecas, de los alquileres y de los arrendamientos rurales, todas materias que hacen al derecho de fondo. Bien podría ocurrir, si en el futuro se diera alguna situación de emergencia, que el Congreso delegue en el Poder Ejecutivo la regulación de algunos puntos de esas materias.

pueda delegar en el Poder Ejecutivo la íntegra sanción de cada uno de los Códigos, aun cuando fije las bases para ello.

i) por sí mismas no quedan excluidas de la posibilidad de delegación las leyes que tengan previsto un procedimiento especial de sanción legislativa (cámara de origen determinada constitucionalmente, mayorías especiales para su sanción, etc.). Sin embargo, las leyes delegantes sobre estas materias deberían ser sancionadas con las mayorías especiales requeridas constitucionalmente.

j) en toda delegación por emergencia pública debe existir un claro y manifiesto nexo de razonabilidad entre la causa que lo provoca y las facultades y materias sobre las que recae la delegación. Si no existe dicho nexo, la delegación deviene inconstitucional.

k) por el principio de reserva legal en materia electoral (arts. 77 y 99 inc. 3º), habría que partir de la presunción de inconstitucionalidad de toda delegación que haga al funcionamiento de las instituciones políticas: ley de partidos políticos, sistemas electorales, iniciativa y consulta popular, etc. En estas materias, el control legislativo y judicial deben ser especialmente rigurosos y exigentes en estos asuntos de alta sensibilidad constitucional.

l) Podría aplicarse a nuestro régimen constitucional de la delegación legislativa la prohibición expresa que contiene el art. 83 de la constitución española: "Las leyes de bases no podrán en ningún caso autorizar la modificación de la propia ley de bases".

m) La delegación legislativa establecida mediante un decreto de necesidad y urgencia no es válida ni entra en vigencia hasta que dicha norma sea expresamente ratificada por ambas Cámaras del Congreso. Tampoco es delegable la facultad de ratificar reglamentos de necesidad y urgencias dictados por el Poder Ejecutivo. Todas estas prácticas lesionan la esencia misma del principio de división de poderes.

## 7. Las bases de la delegación

El Constituyente 1994 ha tomado el término de bases de la delegación, que es propio del derecho constitucional español, para hacer referencia a la noción de política legislativa que, en cambio, es originaria del derecho constitucional americano. El primero corresponde a una delegación legislativa de tipo técnico, fijación de las bases para la elaboración de un determinado cuerpo legal, mientras que el segundo es de tipo político, determinación de objetivos que debe ejecutar el poder administrador.

La ley delegante deberá consignar siempre las bases, criterios, objetivos, fines, sentido o metas que debe seguir el Poder Ejecutivo. Este

deberá siempre hacer referencia en el reglamento delegado a la ley delegante concreta, en base a cuyas habilitaciones dicta esa norma.

Sin lugar a dudas, desde el punto de vista de técnica legislativa, una ley delegante que señale con precisión las bases de la delegación que deben guiar al Poder Ejecutivo en el dictado de los reglamentos delegados es preferible a una que lo haga de modo muy general. Sin embargo, la experiencia legislativa, tanto argentina como comparada, demuestra que el concepto de bases de la delegación tiende a ser cada vez más amplio y genérico. Consideramos, no obstante, que este último modo satisface mínimamente los requisitos constitucionales, particularmente en el supuesto de delegación por razones de emergencia pública.

Consideramos que a partir de la reforma del 94, no es posible sostener que dichas bases están expresadas en un número amplio de leyes como lo autorizó la Corte en el caso *Cocchia*, ni en una ley general reglamentaria de todas las delegaciones legislativas. Sin embargo, la ley delegante podrá acudir a conceptos amplios que dejen un gran margen de actuación al Poder Ejecutivo (76). Tal como lo señala la jurisprudencia norteamericana las bases de la delegación pueden ser amplias pero no completamente indefinidas, de modo que siempre señalen un marco dentro del cual debe desarrollarse la actividad del sujeto delegado, sin que sea admisible que éste pueda “vagar a voluntad entre todas las alternativas posibles”. Los controles legislativos y judiciales deberán luego poder juzgar si hubo o no excesos por parte del órgano delegado.

Para examinar la constitucionalidad de una delegación legislativa se hace necesario la comparación entre la ley delegante y la legislación delegada dictada en su consecuencia para ver si ésta última es o no compatible con las bases de la delegación establecida en la primera. Hasta que no se dicte la legislación delegada no será posible juzgar en abstracto por los jueces si las bases de la delegación estaban o no suficientemente establecidas.

Aunque parezca obvio, en la interpretación de las bases de la delegación será necesario tener en cuenta las disposiciones constitucionales y de modo especial las cláusulas programáticas, dispersas a lo largo de todo el articulado de la CN, que fija los objetivos que deben ser alcanzados por los poderes constituidos: p. ej. estabilidad del empleado público del art. 14 bis, estabilidad monetaria y pleno del art. 75 inc. 19, la atención de grupos sociales necesitados de especial cuidado del art.

---

(76) ) Sobre la necesaria amplitud y discrecionalidad que es propia de toda delegación puede ser de interés consultar el debate en la Cámara de Diputados con ocasión de la sanción de la ley 25.414.

75 inc. 23, etc. También habrá que tener en cuenta el contenido de los Tratados Internacionales.

Cabe recordar que el art. 11 de la ley 26.122 establece que "las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo".

La Corte Suprema argentina en el caso Colegio Público de Abogados (77) estableció el criterio que cuanto más amplias y vagas sean las materias y bases establecidas en la ley delegante menor es radio de acción para dictar un reglamento delegado constitucionalmente válido. La interpretación de esos dos elementos del sistema constitucional de delegación legislativa tiene que ser de carácter restrictivo.

## 8. El plazo de la delegación

El Constituyente de 1994 ha querido que toda delegación legislativa sea transitoria y esté sujeta a plazos establecidos en la ley delegante bajo pena de nulidad. En relación a este requisito constitucional de la delegación legislativa cabe formular las siguientes precisiones:

- El Congreso debe fijar siempre un plazo preciso y determinado para la delegación legislativa (78). No serían válidas para la determinación del plazo fórmulas tales como "mientras dure la emergencia", "hasta tanto se regularice la situación" (79), etc. En todo caso, el Congreso puede decidir la prórroga del plazo fijado inicialmente, a través del dictado de una nueva ley. También puede delegar en el Poder Eje-

---

(77) CS, 4-XI-08.

(78) El art. 83.3 de la constitución española señala que "no podrá entenderse concedida (la delegación) por tiempo indeterminado".

(79) En sentido contrario a lo que aquí sostenemos ha señalado la Corte Suprema que "la temporariedad que caracteriza a la emergencia, como que resulta de las circunstancias mismas no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses. Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado", Fallos: 243:449, voto del Dr. Orgaz. Más recientemente, en el caso Tobar (22-VIII-02) sobre la inconstitucionalidad del recorte salarial del 13 %, ha vuelto a señalar la Corte Suprema en relación al plazo de la emergencia pública: "si bien este Tribunal ha admitido que la falta de definición del plazo de duración de la emergencia no constituye, un elemento descalificante de la validez de las medidas que en su consecuencia se adopten (doctrina vigente ya desde Fallos: 243:449), puesto que es difícil prever la evolución de las crisis económicas y su duración temporal, lo cierto es que en el régimen *sub examine* -a diferencia de lo dispuesto en el decreto 290/95- no se establece que el Estado pueda disponer el cese de la medida de emergencia ante la modificación de las condiciones que la generaron, omisión que excluye la posibilidad de verificar el razonable ejercicio de esa facultad (confr. Fallos: 323:1566)".

cutivo la decisión de prorrogar el plazo inicial de la delegación, siempre y cuando esta prórroga esté limitada de antemano.

- Dentro del genérico parámetro que nos provee el concepto indeterminado de la razonabilidad como pauta que debe guiar todos y cada uno de los actos estatales, el Congreso puede fijar el plazo que estime más conveniente, contando para ello con una amplia discrecionalidad. Nos parece que el plazo de cinco años que figura en la cláusula transitoria 8º podría tomarse como pauta para examinar la razonabilidad de la delegación, pero no constituye un plazo máximo que no es posible superar. Una buena técnica legislativa debería prever una cierta fundamentación por parte del Congreso del plazo elegido, aunque ello no es un requisito necesario para su validez. Nos parece que los plazos fijados por el Congreso en las delegaciones legislativas posteriores a 1994 son claramente razonables.

- Mediante una ley, el Congreso podría también fijar, con carácter supletorio, un plazo general para todas las delegaciones legislativas. Podría ser un modo de evitar la invalidez de alguna delegación legislativa por omisión de la fijación del plazo en una delegación concreta, efectuada en el marco de cualquier ley delegante. Así lo hizo el Congreso para todas las delegaciones anteriores a 1994 al dictar la ley 25.148.

- Si el Congreso omite la fijación del plazo, deviene inconstitucional la delegación legislativa y la legislación delegada dictada en su consecuencia. Ello es así porque la determinación del plazo es un requisito formal indispensable, previsto por la Constitución para habilitar excepcionalmente la delegación legislativa, prohibida de modo general por el art. 76.

- A diferencia del régimen español (80), la posibilidad de ejercer la facultad no se agota con el primer acto de ejercicio de la misma, sino que subsiste durante todo el plazo previsto. Durante ese período, el Poder Ejecutivo puede modificar, completar o derogar los reglamentos delegados ya dictados.

- El Congreso puede reasumir las potestades legislativas delegadas en el Poder Ejecutivo, antes del vencimiento del plazo, derogando mediante una nueva ley la norma en la que se las concedió. Esta ley podría ser vetada por el Poder Ejecutivo. Este supuesto se dio en diciembre del 2001, cuando el Congreso derogó por medio de la ley Nº 25.556 (BO del 28/12/02) la ley 25.414 de competitividad.

---

(80) "La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la ley correspondiente" (art. 82.3 de la constitución española).

- El Congreso conserva en todo momento la titularidad y la posibilidad de ejercer la potestad legislativa que delega. Sin embargo, esto último es muy poco adecuado para la funcionalidad del sistema político (81).

- El vencimiento del plazo sólo produce la caducidad de las delegaciones legislativas otorgadas, pero no la derogación de los reglamentos delegados dictados en su consecuencia. La solución contraria sería sumamente antifuncional y podría producir una situación de *vacatio legis*, incompatible con la seguridad jurídica y el buen funcionamiento del sistema jurídico. En ese sentido, nos parece muy acertado lo dispuesto por el art. 6º de la ley 25.414.

### **9. El reglamento delegado: sus condiciones de validez y su jerarquía normativa**

El reglamento delegado para ser válido necesita respetar los límites materiales, temporales y de política legislativa establecidos en la ley delegante. A la vez el reglamento delegado dictado por el Poder Ejecutivo debe ser refrendado por el Jefe de Gabinete y remitido a la Comisión Bicameral Permanente.

El rango normativo de un reglamento delegado es el propio de una ley. Puede, por tanto, modificar y derogar a otra ley. La única ley a la que no puede modificar es a la ley delegante.

### **10. El control del reglamento delegado por la Comisión Bicameral Permanente y por el Congreso**

En el art. 100 inc. 12º se establece que los reglamentos delegados "estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente". Nada aclara el texto constitucional acerca del contenido y alcance de este control y si el titular último de esta facultad es la Comisión Bicameral Permanente o el propio Congreso. La ley 26.122 viene a aclarar y solucionar estos y otros interrogantes que planteaba la interpretación del escueto texto constitucional. Establece con toda claridad que son las Cámaras del Congreso, las que titularizan el control legislativo de los decretos delegados. Ese control no se agota, pues, con la actuación de la Comisión Bicameral Permanente.

La ley 26.122 ha regulado el procedimiento de control legislativo de los reglamentos delegados, especialmente en el cap. 2 del Título III

---

(81) Para evitar este inconveniente, el art. 84 de la constitución española establece: "Cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación".

de esa ley. Su art. 12 dispone que el Poder Ejecutivo deberá someter los decretos delegados a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, dentro de los diez días de su dictado. La ley ha subsanado así una omisión del texto constitucional.

En cuanto al dictamen de la Comisión Bicameral sobre los decretos delegados, el art. 13 de la ley prevé que ésta deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. También se faculta a la Comisión para consultar a las comisiones permanentes que tengan competencia en función de la materia regulada por el decreto. El dictamen, establece la norma, debe pronunciarse expresamente sobre "la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio". Según el art. 13, el examen de la Comisión también abarcará la verificación de si el decreto delegado: (i) Regula una materia que fue objeto de delegación; (ii) Se adecua a las "bases" de la delegación, y (iii) Fue emitido dentro del plazo fijado para la delegación.

El control de la compatibilidad del decreto delegado con las "bases" de la delegación será, muy probablemente, el aspecto más complejo de la misión de la Comisión y, posteriormente, de las Cámaras, en relación con estos instrumentos. Corresponderá determinar si el decreto delegado se ajusta al marco en el cual debía ser ejercida la delegación, es decir a los límites fijados por el Poder Legislativo en la ley de delegación. Las bases establecidas en la ley delegante son los criterios, objetivos, fines, sentidos o metas que debe seguir el órgano delegado, que podrán ser más o menos determinados según lo haya dispuesto el propio Congreso, en la respectiva ley de delegación, aunque obviamente no podrán habilitar una total discrecionalidad (82).

Una situación particular que podría plantearse es el supuesto en el cual la Comisión considere que la ley delegante carece de bases adecuadas. En otras palabras, que entienda que la delegación ha sido efectuada en términos demasiado amplios, y que ello implica un incumplimiento del art. 76 de la Constitución. Esta situación podría presentarse en los supuestos mencionados anteriormente y, en especial, con motivo del ejercicio de atribuciones delegadas con anterioridad a 1994. Muchas de las leyes de delegación preexistentes a la última

---

(82) Como ha señalado PABLO PERRINO, "la Constitución no admite la posibilidad de delegaciones en blanco" y, en concordancia con ello, el establecimiento de "bases" aparece como "un límite necesario para evitar los desbordes del Poder Ejecutivo". (*Los reglamentos delegados en la reforma constitucional*, en *Derecho Administrativo (obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff)*, dirigida por JUAN CARLOS CASSAGNE, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 982).

reforma constitucional, que han sido sucesivamente prorrogadas "con arreglo a las bases oportunamente fijadas" (83), pueden, en los hechos, carecer de tales bases (84). En estos casos el vicio se alojara en la ley de delegación, y se trasladará, por lógica implicancia, al decreto delegado. Creemos que la Comisión podría advertir esa circunstancia, conjuntamente con su eventual despacho desfavorable a la aprobación o ratificación del decreto delegado, e impulsar -por el trámite parlamentario correspondiente- la derogación o adecuación de la respectiva ley de delegación.

Por último, aparece la cuestión del plazo, que no debería presentar mayores dificultades: sólo deberá verificarse si el decreto fue dictado dentro del plazo establecido en su delegación. Sin embargo, es posible imaginar alguna dificultad, sin embargo, en el supuesto en el cual el decreto haya sido dictado con anterioridad al vencimiento del plazo de la delegación, pero publicado con posterioridad. Nos inclinamos por considerar que, en esa situación, el decreto delegado resulta válido; aunque debe advertirse acerca del riesgo que la admisión de esa práctica podría presentar, en caso de que se falsee la fecha de dictado del decreto delegado al solo efecto de ejercer una delegación que ya habría expirado (por el vencimiento del plazo fijado por el Congreso, o bien por su derogación) (85).

Un punto de suma trascendencia que la nueva ley no prevé es qué ocurrirá con los reglamentos delegados que no sean emitidos por el Presidente. Sólo se contempla la elevación a la Comisión Bicameral Permanente y el subsecuente control respecto de los "decretos" delegados, no así de otros instrumentos normativos dictados en consecuencia de una delegación legislativa.

Esta última variante puede presentarse como consecuencia de una "subdelegación" dispuesta por el Presidente, o bien en virtud de una "delegación de segundo grado", que se presenta cuando el Congreso en

---

(83) Esta expresión se encuentra incluida en el art. 1º de las Leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, mediante las cuales el Congreso ha venido implementando la cláusula transitoria octava de la Constitución.

(84) VERAMENDI, ENRIQUE, *Una nueva ratificación genérica en materia de delegación legislativa*, ED, Supl. de Derecho Constitucional, 18 de noviembre de 2004, pág. 17 (esp. pág. 18).

(85) Cabe recordar que en virtud del art. 76 de la Constitución, la delegación legislativa debe encontrarse sujeta a un plazo, pero los decretos delegados no tienen, por principio, vigencia transitoria (salvo, claro está, que expresamente lo prevea el propio decreto, o que así hubiere sido predeterminado en la propia ley de delegación). En consecuencia, el decreto delegado se mantiene en vigencia hasta tanto se produzca su derogación. Esa derogación, habiendo expirado el plazo de la delegación, sólo podrá ser dispuesta por ley o, en su caso, por un decreto de necesidad y urgencia.

lugar de delegar facultades legislativas en el Presidente, directamente transfiere atribuciones legislativas a un organismo centralizado o descentralizado que actúe en el ámbito del propio Poder Ejecutivo, como por ejemplo el Jefe de Gabinete, los ministros o las entidades autárquicas.

En la actualidad no existe consenso respecto de la viabilidad de esos mecanismos frente a lo dispuesto por el art. 76 de la Constitución (86), sin que la Corte haya aún dictado un pronunciamiento específico sobre este punto con posterioridad a la reforma constitucional. En ese estado de cosas, creemos que la omisión de la ley 26.122 con relación a la legislación delegada resultante de la subdelegación y de la delegación de segundo grado puede ser invocada como punto de partida para dos líneas opuestas de interpretación. Desde una visión estricta del texto constitucional, podría sostenerse que la ley 26.122 confirma que cuando el art. 76 de la Constitución alude al Poder Ejecutivo se refiere sólo al Presidente y, en consecuencia, el régimen de la delegación legislativa excluye tanto la subdelegación como la delegación legislativa de segundo grado.

En nuestra opinión, no es ése el sentido que cabe asignar a la ley 26.122. La validez de la subdelegación fue admitida por la Corte Suprema con anterioridad a 1994, siempre que estuviere prevista en la ley (87), por lo que también cabría admitirla a la luz del nuevo texto constitucional, en esas mismas condiciones. En cuanto a la delegación de segundo grado, puede mencionarse que en varias leyes promulgadas con posterioridad a la última reforma constitucional el sujeto pasivo de la delegación no ha sido siempre el Presidente, sino también organismos centralizados y descentralizados. Esta circunstancia, ha persuadido a autores como BIANCHI de la necesidad de modificar su interpretación inicial (88) y propiciar un criterio más flexible respecto de esta cuestión (89).

---

(86) Puede verse una reseña de las distintas posiciones doctrinarias al respecto en SANTIAGO (H) - THURY CORNEJO, ob. cit., págs. 425-455.

(87) "Fallos", 310:2193; 311:1617 y 2339.

(88) En sus primeros trabajos posteriores a la reforma de 1994, este autor afirmó: "...ofrece dudas (...) la alusión al Poder Ejecutivo. La Constitución, en el art. 87 (...) define a este último como el órgano 'desempeñado por un ciudadano con el título de 'Presidente de la Nación Argentina'. (...) Se podría decir que la alusión al Poder Ejecutivo aquí es lata y comprensiva de la Administración Pública, pero parece más ajustado reservarla a la figura del Presidente de la Nación, en el sentido del art. 87. De lo contrario se establecería una especie de contradicción entre este último y el art. 76". Ver "*Horizontes de la Delegación Legislativa luego de la reforma constitucional*", Revista de Derecho Administrativo, Depalma, Año 6, N° 15 a 17 (1994), págs. 417 y 425, y "*Los reglamentos delegados luego de la reforma constitucional de 1994*", en *Derecho Administrativo (obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff)*, dirigida por JUAN CARLOS CASAGNE, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 95 y 102.

(89) En su última opinión sobre este tema, BIANCHI sostuvo: "Parecería así que el art. 76 no aludiría solamente al presidente de la Nación sino también a otros

En tales condiciones, no parece razonable interpretar la imprevisión de estos supuestos por la ley 26.122 como la prohibición de prácticas convalidadas por el propio Congreso y la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema, las cuales que contribuyen a una mayor funcionalidad en la gestión de gobierno y a evitar la recarga de tareas en cabeza del Presidente. No debe olvidarse que otra de las finalidades de la reforma constitucional fue la desconcentración de sus funciones administrativas (90).

Sí nos parece conveniente introducir adecuaciones en el texto legal, dirigidas a regular el control por parte del Congreso de los reglamentos delegados emitidos en consecuencia de una subdelegación. De otro modo, le bastaría al Presidente recurrir a esa mecánica para evitar el control legislativo del ejercicio de las facultades delegadas.

En cuanto a la delegación de segundo grado, su falta de previsión en el texto de la ley 26.122 podría ser indicativa de la no aplicación a este supuesto del régimen del art. 76 y concordantes de la Constitución -al menos no en forma directa-, sobre todo cuando la delegación es efectuada en relación con organismos descentralizados (91). Somos conscientes, de que este razonamiento podría generar abusos, por lo que debería analizarse la necesidad de establecer mecanismos de control (en ésta o en otras leyes) que neutralicen ese riesgo (92).

---

órganos y entes integrantes de la Administración Pública. Por mi parte, a la luz de esta legislación, coincido en no extremar la rigidez interpretativa de esta norma (...) Me permito así, hacer extensivo a toda la administración el criterio expuesto por GORDILLO en relación con los entes reguladores de servicios públicos" (*"Dimensión actual de la delegación legislativa"*, cit., págs. 736-737).

(90) Cabe remitirse a las palabras del ex Presidente RAÚL ALFONSÍN, uno de los líderes políticos que impulsó la reforma constitucional, quien sostuvo: "En primer lugar, es nuestra intención principal atenuar el presidencialismo y desconcentrar las facultades del Presidente" (*"Núcleo de coincidencias básicas"*, LA LEY, 1994-D-824, especialmente pág. 843).

(91) El ex convencional HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ sostiene que las reglas del art. 76 de la Constitución sólo son aplicables respecto de la delegación en favor del Presidente, pudiendo el Congreso puede disponer otro tipo de control sobre las delegaciones que otorgue a, entre otros sujetos, "entes públicos creados al efecto", que tengan a su cargo funciones de regulación. Destaca que ello es una práctica usual en los Estados Unidos, con relación a "las agencias independientes (...) que gestionan numerosas actividades". (*Constitución de la Nación Argentina. Comentada*, 2ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 1997, pág. 511).

(92) Una ampliación de lo aquí tratado en relación con el control legislativo de los reglamentos delegados puede verse en nuestro trabajo Comentarios iniciales a la ley 26.122. El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, en coautoría con ENRIQUE VERAMENDI, JA, diario del 1-XI-06.

## 11. Las cuatro clases de delegaciones existentes y su deficitario encuadre constitucional

Para concluir este análisis del nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa, quería compartir con ustedes algunas de las conclusiones finales a las que arribé después de investigar histórica y sistemáticamente el régimen constitucional de la delegación legislativa en nuestro país.

Pienso que bajo el término genérico y amplio de la delegación legislativa, se esconden distintas especies de delegación legislativa, que es preciso distinguir y diferenciar adecuadamente. Nos parece que corresponde distinguir dentro del fenómeno general de la delegación legislativa cuatro realidades diferentes:

- la delegación administrativa
- la delegación política o gubernamental
- la delegación técnica-normativa
- la delegación en materia de normas internacional.

Las cuatro realidades tienen muchos puntos en común. En todas ellas el Poder Ejecutivo ejerce en la práctica facultades que la constitución formal otorga al Poder Legislativo. En todos estos casos, el titular de la atribución sigue siendo el Congreso, pero a través de una habilitación legislativa su ejercicio lo realiza el Poder Ejecutivo. El Congreso mantiene la posibilidad de controlar y reasumir el ejercicio de las facultades delegadas, aunque la práctica demuestra que sólo en contados casos ejercita ese control. Todas estas clases de delegaciones responden a la necesidad de atender una demanda de producción normativa cada vez más numerosa, compleja y rápida, que se experimenta de modo creciente en el gobierno moderno y a la que el procedimiento legislativo ordinario parecería que no puede atender debidamente.

La delegación administrativa, que tiene su origen en la necesidad de que las distintas reparticiones y entidades que integran la Administración centralizada y descentralizada cuenten, de modo ordinario y permanente, con facultades legislativas que son indispensables para llevar sus propios cometidos. Mediante la delegación legislativa administrativa se atiende, o se pretende atender, a una necesidad *ordinaria y permanente* de los organismos administrativos centralizados o descentralizados para el adecuado ejercicio de sus funciones específicas. Esta clase de delegación administrativa tiene su mayor grado de desarrollo, dentro del derecho comparado, en el ámbito del derecho norteamericano, a través de lo que son las agencias administrativas, que nosotros hemos tratado de algún modo de imitar a través de la creación de los entes reguladores. Se trata de delegaciones que hacen al normal desenvolvimiento del funcio-

namiento de la Administración pública. Son las delegaciones que tratan sobre "materias determinadas de administración", al decir del art. 76.

De algún modo, se ha tomado real conciencia de la importancia y de la extensión que tenía esta clase de delegación legislativa, cuando tuvimos que debatir y sancionar la Ley N° 25.148 y sus sucesivas prórrogas. Allí se advirtió que, en un primer recuento, existían alrededor de mil ochocientas leyes que habilitaban el ejercicio de funciones legislativas a los distintos organismos administrativos.

En la delegación administrativa se da una necesidad que no es transitorio o de un momento concreto, sino que hace al funcionamiento habitual y ordinario de la Administración. Existe aquí lo que he denominado una *descentralización normativa de carácter permanente*, en cabeza del Banco Central, de los entes reguladores, de las distintas superintendencias, de los colegios profesionales. En ese sentido, es poco funcional establecer esta clase de delegación legislativa únicamente en la cabeza del Poder Ejecutivo, porque obligaríamos al Presidente a dictar todas y cada una de las normas de delegación en materia administrativa que sean necesarias.

La delegación gubernamental o política responde habitualmente a situaciones excepcionales de crisis o de transformaciones que es necesario llevar a cabo y en donde el procedimiento legislativo ordinario suele ser insuficiente para dictar en un corto plazo de tiempo la cantidad de normas de carácter legislativo que hace falta para instrumentar esas reformas. Si uno tuviese que ir al derecho comparado, diría que esta delegación gubernamental o política, tiene un claro punto de recepción en la Constitución francesa, en el Artículo 38. Este artículo dice así: "El gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar autorizaciones del Parlamento para adoptar mediante ordenanzas, durante un tiempo limitado, las medidas que normalmente son el dominio de la ley. Las ordenanzas se dictan en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, entra en vigor desde su publicación, pero quedarán sin efecto si el proyecto de ratificación no es depositado ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación". Se trata de un traspaso momentáneo, extraordinario, excepcional, acotado en el tiempo, para que ante una situación de crisis o frente a la necesidad de implementar políticas públicas, sea el Poder Ejecutivo y no solamente el Poder Legislativo quien se haga cargo de hacer frente a la producción normativa que es necesaria para instrumentar esas políticas decididas en sede legislativa. Dentro del sistema constitucional argentino encuadran en esta categoría las delegaciones legislativas decididas por causa de "emergencia pública", de acuerdo con los términos que utiliza el Art. 76. Es importante que en esta clase de delegación, el Poder Legislativo fije los lineamientos o política legislativa conforme a los cuales el Poder Ejecutivo debe dictar las normas delegadas.

En nuestro país hemos tenido experiencia de esta delegación política en la última década, particularmente ejemplo de esto ha sido la Ley Nº 25.414, llamada de competitividad, sancionada a comienzos del año 2001, para intentar hacer frente a esa situación de estancamiento que se vivió durante el último año del gobierno del Presidente De la Rúa. También tuvimos otra experiencia –y seguimos aún bajo esa experiencia– con la Ley Nº 25.561, dictada en el primer momento del gobierno del Presidente Duhalde. Se vio conveniente salir del régimen legal de convertibilidad cambiaria. Para ello era necesario sancionar una cantidad considerable de medidas legislativas y el procedimiento legislativo ordinario se estimaba poco funcional para hacer frente a esa demanda de producción normativa. Se habilitó, entonces, al Poder Ejecutivo para que dictara una serie de medidas para implementar esa decisión política.

En estos casos, no estamos frente a una necesidad ordinaria, permanente, sino ante una circunstancia transitoria, excepcional, extraordinaria. Aquí sí tiene sentido que sea únicamente el Presidente, con el refrendo del Jefe de Gabinete o con el dictamen previo del Consejo de Estado como en el caso francés, quien únicamente esté habilitado para dictar la norma delegada. También tiene sentido que la delegación tenga un plazo determinado y que sea más bien breve. Si no, el principio de división de poderes, de corrección funcional y de equilibrio entre los distintos órganos de gobierno, se pueden ver fuertemente afectados.

La tercera clase de delegación a la cual me quiero referir es la delegación normativa o técnico-jurídica, que consiste simplemente en habilitar al Poder Ejecutivo para dictar, a través de un solo acto, una sola norma delegada que es de competencia del Poder Legislativo. Es decir, esta delegación se agota en el único acto de dictado de la norma delegada. Si vamos al derecho comparado, éste es el sistema de delegación legislativa propio de la Constitución española, regulado en los Artículos 82 y subsiguientes, con el mecanismo de los allí llamados “decretos legislativos”. Existe aquí una necesidad circunstancial y acotada de sancionar una norma, en donde el Poder Legislativo confía más, por diversos motivos, en la capacidad técnico-jurídica del Poder Ejecutivo, y le encomienda esta tarea, fijándole las bases o pautas que deben inspirar la norma delegada. Dentro del ámbito nacional, corresponden a este tipo de delegaciones la Ley Nº 20.004, que trata sobre los textos ordenados de ley, y la Ley Nº 24.967, que ha encomendado al poder Ejecutivo la anhelada sanción, o redacción o compilación, del Digesto Jurídico Argentino, para saber, de todas las veintiséis mil leyes que sancionó el Congreso, cuáles realmente están en vigencia y cuáles no; cuáles han sido derogadas implícita o expresamente por otros actos normativos. Entonces, aquí la delegación no es de modo permanente, no es por un tiempo, sino que es una delegación que se agota en un solo acto normativo.

Y la cuarta clase de delegación a la cual me quería referir, es la delegación existente en materia internacional, de creación de normas de carácter internacional, lo que podríamos denominar "los acuerdos ejecutivos delegados". Forma parte de nuestra práctica internacional el que en la celebración de mucho de los tratados que suscribe nuestro país, no se siga el procedimiento ordinario establecido por la Constitución (con la firma del Poder Ejecutivo, la aprobación del Congreso y la ratificación posterior por parte del poder Ejecutivo). Se trata de los acuerdos ejecutivos o acuerdos establecidos de modo abreviado o simplificado. Esta práctica de los acuerdos ejecutivos es muy importante, bastante más de lo que uno puede creer a primera vista. Cuantitativamente, son muchos más los acuerdos ejecutivos que se firman, que los tratados que siguen el procedimiento ordinario. Y varios de esos actos o tratados internacionales, porque son realmente tratados de acuerdo a la definición de la Convención de Viena, se refieren a materias que forman parte de las atribuciones del Congreso. Por lo tanto, hay aquí un claro supuesto de delegación legislativa. Habitualmente, esos acuerdos ejecutivos son celebrados dentro del marco de un tratado general que sí ha seguido los procedimientos ordinarios. Para dar un simple ejemplo de la importancia de estos tratados, se puede mencionar a los famosos acuerdos con el FMI que otrora nos solían preocupar tanto. ¿Qué naturaleza jurídica tenían? Se trataba de acuerdos ejecutivos celebrados por el Poder Ejecutivo dentro del marco de los tratados de adhesión al Banco Mundial o al FMI. A través de ellos se adoptaban importantes compromisos internacionales con claro impacto en la economía nacional.

Habiendo distinguido estas cuatro clases de delegación legislativa, podemos apreciar lo inadecuado que es el actual régimen del artículo 76. No se distingue allí adecuadamente un régimen jurídico constitucional para cada una de estas clases de delegación legislativa, sino que da un régimen común a los cuatro tipos de delegación legislativa que hemos descrito. Algunas de las condiciones que allí se establecen (p. ej. la fijación de un plazo, el refrendo por el Jefe de Gabinete) son adecuadas para las delegaciones legislativas que responden a situaciones de emergencia, para lo que hemos denominado delegación gubernamental o de materia política. Pero nos parece que son sumamente inconvenientes o poco funcionales para la delegación de carácter administrativo. La experiencia es que cada tres o cuatro años debemos renovar masivamente todas esas delegaciones. Contra reloj siempre se dicta una ley de prórroga de la ley N° 25.148, porque si no lo hiciéramos, caerían todas esas delegaciones y se produciría una parálisis administrativa. El que exista un plazo para la delegación, el que solamente pueda establecerse en cabeza del Presidente, me parece que son requisitos constitucionales inadecuados para la delegación administrativa. Por el contrario, es un régimen válido para la delegación de carácter político o gubernamental.

Considero que a la hora del diseño constitucional de la delegación legislativa y de redactar el Art. 76, el Constituyente no realizó la necesaria distinción ni discernimiento acerca de las cuatro clases de delegación antes mencionadas. Estableció por medio del art. 76 un régimen general que es poco funcional para la delegación de carácter administrativo.

### **III) ALGUNAS REFERENCIAS ACERCA DE LA RENOVACIÓN DE LAS DELEGACIONES LEGISLATIVAS PREEXISTENTES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 (93)**

#### **1) La cláusula transitoria octava**

Tal como hemos visto, el Constituyente de 1994 pretendió crear un nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa, distinto al anteriormente vigente, construido sobre la base de distinguir claramente entre reglamentación y delegación legislativa, superando así la asimilación que entre ambas categorías había realizado la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, con anterioridad a la reforma constitucional.

Quedaba aún pendiente la definición sobre la postura a adoptar respecto a las delegaciones legislativas y a la legislación delegada dictadas con anterioridad a la reforma constitucional. En este punto, la decisión del Constituyente se plasmó en la cláusula transitoria octava que, con una redacción algo ambigua y confusa, señala: "La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley". Como bien señala Gelli (94), el dictado de esta cláusula significó por parte del Constituyente el reconocimiento, no obstante lo señalado por la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema, de que en el sistema jurídico argentino existía la delegación legislativa y era necesario su encuadramiento dentro del nuevo régimen constitucional, tarea para la cual se fijaba al Congreso un plazo de cinco años.

En su exposición como miembro informante de la Comisión de Coincidencias Básicas, el convencional García Lema explicó el sentido de la CT 8º en los siguientes términos: "La existencia de una cláusula transitoria que importa la caducidad de la legislación delegada preexistente a los cinco años de vigencia de esta disposición implica que un número importante de reglamentos delegados -muchos de ellos

---

(93) Una consideración amplia y detenida de los puntos que integran esta tercera parte de nuestro trabajo puede verse en el cap. V de nuestra obra *Tratado sobre la delegación legislativa*, ob. cit., donde remitimos.

(94) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Ed. La Ley, Buenos Aires., 2001.

dictados en épocas de gobiernos de facto- caducarán al cabo de ese tiempo" (95).

Mediante la cláusula transitoria octava, el Constituyente encargó al Congreso de la Nación la revisión de todas las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma y de toda la legislación delegada dictada en su consecuencia, a fin de que se pronunciara expresamente acerca de su continuidad. Para que esas normas siguieran vigentes se requería la ratificación expresa del Poder Legislativo, quien en ese acto debía encuadrar las mencionadas normas en el nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa. Para la realización de esta tarea le fijaba un plazo máximo de cinco años. En caso de que no hubiera una expresa ratificación, total o parcial, caducaría, de acuerdo con el texto de la CT 8º, "la legislación delegada preexistente".

Como luego se pudo apreciar el Constituyente, sin mucha conciencia y con escasa previsión y ponderación de lo que estaba decidiendo, encomendó una ardua tarea de ordenamiento legislativo al Congreso, que exigía la revisión de la totalidad de la legislación vigente, con la riesgosa consecuencia de que su incumplimiento produjera un sideral vacío normativo (96). El Congreso cumplió de modo formal, general y

---

(95) Convención Nacional Constituyente, Tomo V, pág. 4887. Más adelante, en la parte final de su artículo "La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava", ED, 182-1285, GARCÍA LEMA señala que el objetivo de esta CT 8º era la actualización de la política legislativa fijada en la ley delegante a la luz de los nuevos objetivos políticos incorporados a la Constitución. También defiende la razonabilidad de la norma y, aun cuando reconoce la dimensión de la tarea encomendada al Congreso, señala que ella es posible de cumplir y se opone claramente a una ratificación en bloque. También el convencional QUIROGA LAVIÉ había aludido en su intervención en la Convención a la CT 8º cuando sostuvo: "La comisión bicameral tendrá que trabajar mucho para hacer el rastreo pertinente. Debemos tener en cuenta que el Congreso no podrá ratificar lo que se vincule con materias prohibidas, es decir, aquellas fijaciones de políticas que actualmente otorga la delegación legislativa al Poder Ejecutivo. En este sentido cabe señalar que, entre otras, caducará la Ley Federal de Educación, que no es otra cosa que una delegación de fijación de políticas pero no en cabeza del Presidente de la República sino del ministro de Educación, porque no podrá ser ratificado en el plazo de cinco años", Convención Nacional Constituyente, Tomo V, pág. 5016.

(96) Este riesgo ya había sido advertido por el convencional CULLEN al fundar su proyecto alternativo (cfr. apartado 51) del cap. II), en el que, entre otros puntos, se manifestaba en contra de la caducidad prevista en la CT 8º: "En cuanto a la caducidad automática dispuesta merece un párrafo aparte. Son miles los decretos de legislación delegada, muchos de ellos pueden confundirse con reglamentos de ejecución (artículo 86, inciso 2º) por lo que disponer esta caducidad automática no resulta competente y debe desecharse, pues conduciría a un vacío jurídico irremediable. No debemos olvidar que, en gran medida, la crisis -grande por cierto- que el Estado debió conjurar en 1989 pudo superarse merced a delegaciones legislativas (BIANCHI, ob. cit., página 298) por lo que no deben consagrarse en la Constitución normas que dificultan una eficaz acción de gobierno". Por su

evasivo la tarea pormenorizada que le había encomendado el Constituyente. Mediante el dictado de la ley 25.148 ratificó masivamente todas las delegaciones legislativas preexistentes y la legislación delegada dictada en su consecuencia.

Como el Congreso demoró la ejecución del mandato constitucional de revisar las delegaciones legislativas preexistentes y se acercaba la fecha del 24 de agosto de 1999, el Congreso consideró la posibilidad de ratificar en bloque y masivamente todas las delegaciones legislativas y la legislación delegada preexistente. Esto originó la segunda duda interpretativa acerca de la viabilidad constitucional de esta alternativa.

Aunque no era claramente ésta la intención del Constituyente, la objetiva dificultad que suponía la identificación y ratificación cada una de delegaciones existentes con anterioridad a la reforma y una llamativa falta de previsión, llevaron al Poder Legislativo a tener que decidir una ratificación de carácter general. Señala al respecto María Angélica Gelli, en mayo del año 99, tres meses antes del vencimiento del plazo: "razones de necesidad y conveniencia aconsejan una ratificación general de las leyes que contengan delegaciones... y al mismo tiempo, una ratificación general de las normas delegadas. Tal política legislativa, desde luego incluye costos. Puede implicar la convalidación de excesos del Poder Ejecutivo pero, efectuando un análisis de costos y beneficios, parece lo más oportuno a fin de no desarticular la reforma del estado y con el objeto de garantizar un mínimo de seguridad jurídica. Para dar tiempo a que el Congreso asuma su tarea pendiente de reordenar jurídicamente al país, aquella ratificación debería contener plazo -tres años parece razonable, a los efectos de no perder definitivamente el control sobre la delegación.

---

parte, la diputada Carrió señaló durante el debate de la ley 25.148 en la Cámara de Diputados: "debemos tener en cuenta que quizás sea la norma más importante que hayamos tratado en los últimos tiempos, porque de no hacerlo el 25 de agosto caería todo el sistema jurídico argentino. Esta es la razón por la que la interpretación que aquí se fije es de suma importancia". En términos similares se pronunció el diputado Polino: "tal vez se convierta en la ley más importante que vayamos a sancionar en el actual período legislativo". Por su parte, el Senador Molinari Romero ya había afirmado en la sesión del Senado: "estamos frente a uno de los temas más complejos de la situación jurídica argentina. Los senadores que estamos sentados aquí tenemos mandato hasta diciembre del 2001, pero los efectos de las decisiones que tomemos hoy nos superarán largamente en el tiempo y serán mucho más importantes de lo que ahora nos imaginamos. Y uno de los criterios que sustentamos en la comisión, tal como el presidente lo planteó en su informe, fue que este no debía ser un tema de mayorías o de minorías, de votaciones o de mayorías circunstanciales, sino un tema que no dejara dudas en el futuro respecto a que el Congreso -en este caso, el Senado- había actuado monolíticamente, no dejando lugar a la lectura, mal o bien intencionada, de quien pudiera analizar esta decisión que hoy tomamos".

Quedaría entonces en cabeza del Poder Judicial, el control posterior, caso por caso, de la razonabilidad de las medidas" (97). Por su parte, García Lema tiene un criterio opuesto a esta ratificación masiva a la que califica de "imprudente" (98).

Como bien señala Roberto Punte, ya existían en nuestro medio antecedentes de leyes que ratificaban de modo general los decretos-leyes dictados durante los períodos de facto: "en 1932 se dictaron las leyes ratificatorias de los decretos dictados en materia de impuestos (ley 11.582) y aduanas (ley 11.588). En 1946 se agruparon por temas según los ministerios, p.ej. aeronáutica (ley 12.911), salud pública (12.912), guerra (12.913), trabajo (12.921), etc. En 1958, de un modo expeditivo se ratificaron en bloque todas las normas dictados en el período de facto precedente (ley 14.467), al igual que en 1964, en que se usó una fórmula de reserva en cuanto que la ratificación no implicaba pronunciarse sobre la constitucionalidad, oportunidad o conveniencia actual de las normas en cuestión (ley 16.478)" (99).

A la luz de lo dicho anteriormente y más allá de la falta de prolijidad y de los inconvenientes prácticos que puede originar una ratificación general (p. ej. falta de determinación adecuada de las bases de la legislación; renovación en cabeza del Poder Ejecutivo de facultades legislativas que antes estaban delegadas en otros sujetos, sin que contemple expresamente la posibilidad de la subdelegación, etc.), nos parece que la opción adoptada por el Congreso no puede ser considerada en sí misma inconstitucional. Sin embargo, significa una alteración del propósito que tenía el mandato constitucional señalado en la CT 8° y pone de manifiesto una falta de capacidad de previsión y de buen gobierno, especialmente por parte del Congreso. Si bien el objetivo fijado por el Constituyente era arduo y complejo, su cumplimiento era posible en el plazo de cinco años que señalaba la CT 8°.

## 2) Análisis de la ley 25.148

El texto definitivo de la ley 25.148 es el siguiente:

---

(97) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Cuestiones de la delegación legislativa*, ED, 182-1272.

(98) "La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava", ED, 182-1285. También se ha pronunciado en ese mismo sentido DANIEL CASSANI, quien luego de repasar las distintas posturas doctrinarias sobre el punto señala: "Entiendo que la caducidad de la legislación delegada puede generar problema y hasta inseguridad jurídica, como puede ser la desarticulación de la reforma del Estado, pero el legislador debe actuar con responsabilidad y llevar a la práctica los mandatos constitucionales, entre ellos la disposición transitoria 8°" ob., cit.

(99) PUNTE, ROBERTO, *Cómo salir de problema del 25 de agosto*, ED, 182-1294.

“ARTICULO 1º — Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratifícase en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases (oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo Nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100 inciso 12 de la Carta Magna.

ARTICULO 2º — A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:

a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;

b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;

c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;

d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;

e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;

f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

ARTICULO 3º — Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

ARTICULO 4º — Las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el artículo 99 inciso 2. de la Constitución Nacional, no se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la presente ley”.

El contenido fundamental de la ley 25.148 es la renovación temporal, por el plazo de tres años, de todas las delegaciones legislativas preexistentes y la ratificación definitiva de la totalidad de la legislación delegada dictada por el Poder Ejecutivo en ejercicio de esas facultades.

Aunque con posterioridad a la reforma del 94, el Congreso ya había realizado delegaciones legislativas (100), la sanción de la ley 25.148 fue la primera vez en la que el Congreso analizó detenidamente esta institución constitucional e interpretó de modo completo el nuevo régimen establecido en la Constitución Nacional.

Examinaremos cada uno de los artículos de la ley 25.148 para ver las cuestiones interpretativas que los mismos plantean.

- a) El art. 1º de la ley 25.148: la renovación de las delegaciones legislativas preexistentes

El art. 1º comienza señalando: "Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo...". Ello significa que, aun cuando el Congreso delegue el ejercicio de algunas facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, retiene en todo momento la titularidad de la facultad legislativa que puede reasumir en cualquier momento y derogar las normas dictadas por el Presidente si así lo estima conveniente (101).

Este artículo también señala que el Congreso ratifica la totalidad de las delegaciones legislativas emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. Como bien lo señaló el Senador Romero Ferris (102) hubiera sido más correcto técnicamente hablar de renovación o prórroga de esas delegaciones que de su ratificación.

El Congreso encuadra las anteriores delegaciones dentro de las nuevas pautas que le señala el nuevo art. 76: las delegaciones que se renuevan son las referidas a las materias determinadas de administración o de emergencia pública, por un plazo de tres años y conforme "las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo". Este último punto es el que ofrece más dificultades, ya que muchas de las delegaciones realizadas con anterioridad a la reforma no contenían una base legislativa clara, sino eran una simple delegación de carácter general,

---

(100) cfr., p. ej., las leyes 24.629 y 24.631.

(101) Como hemos visto, el Senador Molinari Romero afirmó durante el debate: "El Congreso en ningún caso pierde su potestad legislativa, ni aun ratificando, tal cual lo haremos hoy. En efecto, en cualquier momento, incluso con la sanción de esta iniciativa, el Congreso podría recuperar la potestad legislativa que tiene"

(102) "Entonces, el primer tipo de normas que el Congreso debe prorrogar son las que ha dictado el propio Parlamento. En ese contexto, disponer "...ratificase en el Poder Ejecutivo..." carece de sentido. ¿Qué es lo que se ratifica en el Poder Ejecutivo? Dentro de mis posibilidades, no puedo responder a esa pregunta, porque si se trata de prorrogar leyes es por demás obvio que el Poder Ejecutivo no tiene facultades para ello y no puede ratificar competencias de las que carece". Debería decir: Renuevanse o se extiende... Dentro de la oscuridad de su concepto, parecería que el artículo 1 se limita a prorrogar las leyes que han delegado facultades relacionadas con materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública sancionadas antes de la reforma de 1994".

tal como hemos visto en el capítulo II. Esto puede ocasionar más de un planteo de inconstitucionalidad de estas leyes delegantes.

Otro punto de debate es el sujeto en quien se delega. El texto de la ley señala con claridad que la delegación es en cabeza del Poder Ejecutivo. Del párrafo final del art. 1º (necesidad de que los reglamentos delegados mediante los cuales se ejercen las facultades legislativas delegadas sean dictados por el Presidente y refrendados por el Jefe de Gabinete), y de los debates de las Cámaras (103), se advierte con claridad que la intención del Congreso es que, a partir de la sanción de la ley 25.148, las normas delegadas cuya sanción habilita esta ley sean dictadas únicamente por el Presidente (104) y no por el Jefe de Gabinete, los Ministros, o demás entidades de la Administración Pública. Desde el punto de vista práctico, este mecanismo puede traer cierta confusión y acarrear la inconstitucionalidad de numerosas normas delegadas, que siguen siendo dictadas por sujetos distintos del Presidente y a quienes en su momentos las leyes delegantes, ahora ratificadas, le otorgaban facultades legislativas (105). Tampoco la ley autoriza la subdelegación,

---

(103) Afirmó el Senador Yoma en su exposición: “¿Cómo debe ejercer el Poder Ejecutivo a partir de 1994 las materias delegadas? Este es un tema que también ocupó gran parte de los debates de la comisión. Creemos que a partir de la reforma constitucional el Congreso delega exclusivamente en el Poder Ejecutivo. Quien ejerce los poderes delegados es el presidente; no es el director de la Aduana, ni el administrador de la D.G.I. ni algún rector o el ministro de Educación; no. Es el Poder Ejecutivo; ningún organismo descentralizado. Entonces, ¿cómo hacemos cumplir esto que surge del espíritu y de la letra de la Constitución? Establecimos que todos los actos delegados que produzca el Poder Ejecutivo, en cualquiera de las áreas de la administración, deben tener el refrendo del jefe de Gabinete de Ministros. Por una parte, esto hace que se cumpla con la Constitución Nacional, dado que pone en cabeza del Poder Ejecutivo la facultad delegada. Y por otro lado, permite el ejercicio pleno del control del Congreso por parte de la comisión bicameral, ante quien el jefe de Gabinete deberá rendir cuentas de cada uno de los actos delegados. Esta es una propuesta del doctor Alberto García Lema que creo es muy sabia y viene un poco a cerrar el sentido que se le dio a la reforma del 94.”

(104) Sostuvo el Senador Molinari: “Se discute o se cuestiona acerca de que nosotros estamos delegando en la cabeza del Poder Ejecutivo y que esto podría significar dejar de lado delegaciones que existan a través de otros órganos. Estamos haciendo lo correcto, es decir, lo que nos manda la Constitución. No podemos sino ratificar en cabeza del Poder Ejecutivo. Esto es justamente lo que estamos llevando a cabo con esta norma jurídica. A partir de ahí estamos contemplando el universo de la materia que pudiera haber sido objeto de delegación”.

(105) En parte y de modo indirecto, el Senador Berhongaray aludió a este problema cuando señaló en su exposición: “En el artículo primero se establece que la ratificación será en el Ejecutivo. De hecho existen delegaciones que el Congreso ha efectuado en otras entidades como el Banco Central, o el caso que fue marcado por el Dr. Iribarne ...sobre las leyes penales en blanco o los regímenes profesionales, en donde hay delegaciones que exceden al reglamento de ejecución, o el Código de Ética del Colegio de Abogados que es una norma delegada

por lo que el Presidente no estaría habilitado para transferir a otros órganos la posibilidad de dictar esas normas, de acuerdo con el criterio sostenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Conforme a lo dicho en los apartados 4 y 5 del capítulo IV, todo ello es sumamente disfuncional, concentra una enorme tarea normativa en cabeza del Presidente que en la práctica no ejerce ni podría ejercer y puede ser fuente de inseguridad jurídica y de numerosos planteos de inconstitucionalidad. Nos parece que este es uno de los puntos peor resueltos por la ley 25.148. Así, por ejemplo, si aplicáramos un criterio estricto, han quedado sin base legal las facultades regulatorias otorgadas a los entes regulatorios por las leyes anteriores al año 94 (cfr. p. ej. ley 24.076 para el Energas; ley 24.065 para el ENRE), ya que la renovación de las delegaciones legislativas que a favor de ellos estaban reconocidas, ahora se han hecho en cabeza del Poder Ejecutivo, sin que la ley 25.148 contemple expresamente la posibilidad de su subdelegación como lo requiere la jurisprudencia de la Corte Suprema (106).

También suscita graves problemas la afirmación contenida en el art. 1 en el sentido de que las delegaciones se renuevan "con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Congreso". Puede suceder que esas bases legislativas no estuvieran claramente fijadas en algunas de las leyes delegantes que se han ratificado. Ante ello, caben tres interpretaciones posibles:

- el Congreso sólo ha renovado las leyes delegantes que tuvieran fijadas las bases legislativas y las que no las tuvieran han sido derogadas;
- la renovación de las leyes delegantes que no tuvieran bases fijadas deviene inconstitucional, ya que el nuevo régimen cons-

---

que aprobó un órgano del Colegio de Abogados en ejercicio de facultades que le confirió el Congreso...O ratificamos estas normas o todo aquel que sea antioficialista de cualquier profesión va a hacer planteos diciendo que todas esas facultades delegadas cayeron."

(106) Este punto ya había sido planteado expresamente por García Lema cuando sostuvo en relación a la posibilidad de la subdelegación en cabeza de los entes reguladores: "una ley que expresamente permita la subdelegación por el Poder Ejecutivo en otros organismos administrativos, en las condiciones apuntadas, puede facilitar el desenvolvimiento de tales organismos después de 24 de agosto de 1999, si así lo prevé una ley que ratifique genéricamente las delegaciones preexistentes a la reforma...La posibilidad para que el Poder Ejecutivo pudiese subdelegar las atribuciones legislativa recibidas en organismos administrativos (aun descentralizados o autárquicos), requiere ser prevista expresamente en la ley ratificatoria, que su vez debiera contemplar en tal caso el modo de efectivizarse la intervención ulterior del Ejecutivo y del Jefe de gabinete así como el control por la CBP", ob. cit.. Lamentablemente el Congreso al dictar la ley 25.148 no tuvo en cuenta este oportuno consejo.

titucional de la delegación legislativa requiere para su validez, en todos los casos, su fijación por parte del Congreso.

- Hay que presumir que el Congreso ha entendido que todas las leyes delegantes que se renuevan tienen a su criterio suficientemente determinadas las bases de la delegación legislativa que en ella se contiene. Sólo en aquellos casos en los que de ningún modo ellas podrían ser establecidas, corresponderá su declaración de invalidez constitucional.

Dadas las características que ha tenido esta renovación genérica por parte del Congreso de las leyes delegantes preexistentes, nos inclinamos por sostener el último de los criterios expuestos.

- b) El art. 2º: el concepto de materia determinada de administración

Una de las decisiones que adoptó la ley 25.148 fue interpretar y definir en su artículo 2º el "concepto de materia determinada de administración" al que hace referencia el art. 76 luego de la reforma constitucional de 1994. El proyecto elaborado en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, siguiendo el consejo de algunos administrativistas, contenía una enunciación de lo que debía entenderse por "materia determinadas de administración". La conveniencia de introducir esta enumeración fue muy debatida. Algunos senadores en sus intervenciones durante el debate y la Cámara de Diputados a la hora de aprobar el proyecto de ley (107), rechazaron la incorporación de este artículo. Sostenían que este tipo de definiciones no eran propias de una ley y podrían tener efectos contraproducentes (108). Sin embargo, final-

---

(107) Sostuvo la diputada Carrió: "la sanción venida en revisión determinaba en su artículo 2º qué se consideraba materia de administración, pero con una ambigüedad y laxitud tal que seguramente generaría numerosos litigios judiciales. Además, extendía el ámbito de la delegación efectuada por el Congreso. Por esta razón la Comisión de Asuntos Constitucionales por unanimidad decidió suprimir el referido artículo".

(108) El Senador Berhongaray señaló: "No coincido en que éste sea el momento adecuado para salvar el debate acerca del alcance de la delegación constitucional. Acerca de que quiere decir materias de administración y que quiere decir de emergencia. Eso debe en todo caso ser resuelto cuando haya que abordar cada caso concreto y cada vez que el Congreso se encuentre frente a las dos decisiones que en materia de delegación toma cada vez que delega, porque la primera decisión es fijar los alcances de la autorización constitucional que esta ejerciendo y la segunda decisión es la de delegar en sí misma la decisión de transferir parte de su poder legisferante al PEN;... En síntesis, es muy engorroso establecer un lineamiento de que se entiende por administración y menos aún podemos fijarlo en una ley transitoria que tiene un plazo de vigencia establecido -tres años- en su artículo primero. Nadie discute que el límite en la delegación esta dado por el artículo 76 CN, pero no es momento para ponerse a definir que se entiende

mente el Senado, por ser Cámara de origen de la ley, pudo insistir con las 2/3 de sus integrantes para incorporar este artículo a su texto definitivo. Al fundar esta insistencia en el texto original, señaló el Senador Yoma: "La Cámara de Diputados produce una sanción incomprensible, porque deroga o modifica esta construcción doctrinaria que hace el Senado tratando de explicitar o conceptualizar lo que serían materias propias de administración del Congreso y que pueden ser delegadas, y, por otra parte, elimina la distinción que hizo el Senado acerca de cuál es la legislación delegante y cuál es la legislación delegada; y continúa abarcando en un solo concepto absolutamente difuso -la delegación legislativa- los dos aspectos. Creemos, entonces, que a los efectos de lograr una coherencia doctrinaria y para una mejor aplicación por parte de los jueces de lo que es la materia de la delegación legislativa, para determinar cabalmente cuáles son las competencias del Congreso, es conveniente insistir en la sanción originaria del Senado"

Hemos analizado la interpretación que postulamos para este concepto de "materia determinada de administración" en el apartado 4 de la segunda parte de este trabajo al que *brevitatis causa* remitimos.

- c) El art. 3: la ratificación de la totalidad de la legislación delegada preexistente dictada como consecuencia de delegaciones legislativas anteriores a la reforma

Hemos visto ya las dudas interpretativas que planteaba la CT 8º: si su texto se refería a las leyes delegantes o a las normas dictadas en consecuencia de esas delegaciones. Ante esos interrogantes y procurando privilegiar la seguridad jurídica, el Congreso decidió aprobar de modo definitivo la totalidad de las normas delegadas sancionadas con anterioridad a la reforma constitucional, tanto por gobiernos de facto como de iure.

Si discutió si mediante este artículo 3º, el Congreso otorga a las normas ratificadas rango legislativo o si continuaban teniendo cada una de ellas la jerarquía normativa que tenían en su origen. El Senador Molinari Romero trató expresamente el punto y señaló: "Es bueno aclarar en esta sesión un punto respecto del cual he leído algunos artículos con opiniones críticas en este sentido. La ratificación que nosotros vamos a producir hoy no significa desde ningún punto de vista que la legislación que estamos ratificando tenga rango de ley. Debe quedar perfectamente claro en este debate que nosotros no estamos elevando al rango de ley ningún tipo de norma que haya sido dictada en virtud de una legislación delegada. Solamente estamos ratificando la vigencia de

---

por materias de administración, el tiempo obliga a tomar una decisión rápida y razonable, aquella definición debe efectuarse en cada caso en concreto y frente a cada situación en materia de delegación".

la legislación y de las normas que como consecuencia de ella se hayan dictado. Creo que es importante que esto quede claro a la hora de las interpretaciones posteriores que se hagan sobre el debate de hoy". Un criterio similar fue sostenido por la diputada Carrió durante el debate en la Cámara de Diputados (109). Sin embargo, nos parece que, en buena lógica jurídica, toda norma dictada como consecuencia de una delegación legislativa tiene siempre jerarquía de ley, ya que es dictada en ejercicio de atribuciones propias del Congreso (110). La legislación delegada, si es dictada válidamente, puede derogar y aún prevalecer sobre las mismas leyes del Congreso (111).

Dos de los proyectos de ley alternativos que se presentaron en el Congreso (el del senador Berongharay y el del diputado Maqueda) contemplaban la creación de una comisión de evaluación de la legislación delegada que debería analizar en un determinado plazo la totalidad de la legislación delegada que se había ratificada y proponer al Congreso su nueva ratificación o su derogación. Esta iniciativa no prosperó, seguramente porque se consideró que podría haber posibles superposiciones con la tarea que ya estaba realizándose para la confección del Digesto Jurídico de acuerdo a lo dispuesto por la ley 24.967.

d) El art. 4: la distinción definitiva entre reglamentos delegados y ejecutivos

La ley quiso incorporar una aclaración conceptual y señalar que ninguna de sus disposiciones se refería a los reglamentos ejecutivos dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones propias, reconocidas en el art. 99 inc. 2º de la CN. Ellos no estaban alcanzados por las disposiciones de la presente ley. La anterior confusión y asimilación existente entre reglamentos delegados y ejecutivos podría justificar esta aclaración realizada por el Congreso, en consonancia con lo dispuesto por el Constituyente de 1994.

Sin embargo, algunos senadores y la Cámara de Diputados en su conjunto, consideraron innecesaria e inconveniente esta aclaración. Así señala el Senador Romero Feris: "el artículo 4º es a todas luces innecesario. Ni la cláusula transitoria octava ni ninguna otra cláusula de la reforma de 1994 dejan duda alguna acerca de la vigencia de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo en virtud de la competencia establecida expresamente por el inciso 2 del artículo 99 de la Constitución.

---

(109) Un criterio contrario fue sostenido por ALBERTO GARCÍA LEMA en *"La delegación legislativa y la cláusula transitoria octava"*, ED, 182-1285; al señalar los inconvenientes de una ratificación general sostuvo que ello tenía "la dificultad de otorgar jerarquía legislativa a normas de muy diversa índole".

(110) cfr. apartado 12 del capítulo IV.

(111) cfr. p. ej. lo resuelto en el caso Cocchia, analizado en el apartado B) 2.11 del capítulo II, al que remitimos.

Aquellos, desde luego están fuera de la competencia del Congreso. Resulta innecesario consignarlo: el derecho es una ciencia a la que no se le debe aplicar el principio -siempre discutible- de que lo que abunda no daña.”

Por su parte, Rodolfo Barra ha interpretado este art. 4º señalando que él alude a los reglamentos de ejecución sustantiva, categoría que a su criterio subsiste luego de la reforma y tiene un régimen jurídico distinto del de los reglamentos delegados del art. 76. Sostiene Barra: “La doctrina Cocchia, anterior a la reforma constitucional, acaba de ser ratificada por el Congreso a través de la ley 25.148. En efecto, ésta, luego de tratar la situación de los reglamentos delegados a los efectos de la CT 8º, dispone en su art. 4º: “Las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el artículo 99 inciso 2. de la Constitución Nacional, no se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la presente ley”, norma que sería absurda -ya que la ley 25.148 sólo puede referirse a los reglamentos delegados, si el legislador no hubiera querido dejar debidamente diferenciados los campos de los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos, en particular los sustantivos, y señala que los último quedan fuera de las previsiones de la norma constitucional antes citada y de la propia ley 25.148” (112).

Nosotros tenemos una posición más cercana a la sostenida por Romero Feris y contraria, en parte, a la del Dr. Barra. Consideramos que si bien la inclusión de este artículo no era necesaria, sin embargo, ayuda a reforzar la idea de que el nuevo régimen constitucional de la delegación legislativa, se basa en una clara distinción entre delegación y reglamentación, tal como expusimos en los apartados 2) y 3) del Capítulo IV. Allí propiciábamos la desaparición de la categoría jurídica de los reglamentos de ejecución sustantiva.

### **3) Las sucesivas renovaciones de las delegaciones legislativas pre-existentes**

El plazo de tres años establecido en la ley 25.148 venció en agosto del 2002. A partir de ese momento, el Congreso ha renovado casi en los mismos términos que los empleados en esa norma las delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional y ha aprobado la “legislación delegada” dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a 1994 (113). Así lo hizo mediante las leyes 25.645, 25.918 y 26.135, de los años 2002, 2004 y 2007 respectivamente.

---

(112) BARRA, RODOLFO, *Reglamentos administrativos*, LA LEY, 1999-E, 1044.

(113) El art. 3º de la ley 25.148 dispuso: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”. Este texto fue reiterado por el art. 3º de la ley 25.645. El

En agosto de 2009 vencía el plazo establecido de dos años establecido por la ley 26.135. Aunque aún no se había producido la renovación parcial de la Cámara luego de las elecciones de junio de 2009, la derrota del oficialismo planteaba inquietudes acerca de cuál sería la decisión del Congreso en esta nueva oportunidad. Finalmente se sancionó la ley 26.519 con el siguiente texto:

**“ARTICULO 1º** — Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo nacional, ratifícase en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2009, por el plazo de un (1) año, y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo nacional, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El titular del Poder Ejecutivo nacional y el Jefe de Gabinete de Ministros ejercerán exclusivamente las facultades delegadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100, incisos 4 y 12, de la Constitución Nacional y la Ley 26.122. En cada caso, deberá citarse la norma jurídica en la cual se enmarca la delegación legislativa, determinando número de ley y artículo.

**ARTICULO 2º** — Créase en el ámbito del Congreso Nacional una comisión bicameral especial, integrada por ocho (8) senadores y ocho (8) diputados, elegidos por las Honorables Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación, respetando la pluralidad de la representación política de cada Cámara cuyo presidente será designado a propuesta de la primera minoría parlamentaria.

**ARTICULO 3º** — Dicha comisión tendrá como misión y tarea revisar, estudiar, compilar y analizar dentro de los doscientos cuarenta (240) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, prorrogables por treinta (30) días si resultare necesario y así lo decidiesen por mayoría los miembros de la comisión bicameral especial, la totalidad de la legislación delegante preexistente en virtud de la disposición transitoria octava de la Constitución Nacional, con la finalidad de elevar a conocimiento del presidente de cada Cámara antes de expirar su plazo, y no más allá del 30 de junio de 2010, un informe final conteniendo conclusiones idóneas. El informe se pondrá a disposición de todos los bloques.

---

art. 3º de la ley 25.918 estableció: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada, al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, desde el 24 de agosto de 2002 hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley”. El art. 3º de la ley 26.135, en tanto, dispone: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada dictada, al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994, desde el 24 de agosto de 2004 hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley”.

Entre otros puntos, el informe debe analizar:

- a) Cuáles son las leyes que delegan facultades;
- b) Cuáles de ellas están vigentes;
- c) Cuáles fueron modificadas, derogadas o son de objeto cumplido;
- d) Si las materias se corresponden con lo regulado en el artículo 76 de la Constitución Nacional.

**ARTICULO 4º** — La comisión dictará su reglamento de funcionamiento interno y establecerá su estructura de acuerdo con las disposiciones de esta ley. Ante una falta de previsión en el reglamento interno y en todo aquello que es procedente, son de aplicación supletoria los reglamentos de las Cámaras de Senadores y Diputados, prevaleciendo el reglamento del Cuerpo que ejerce la presidencia durante el momento en que es requerida la aplicación subsidiaria.

**ARTICULO 5º** — Para cumplir su cometido, la comisión deberá conformar un equipo técnico-jurídico con profesionales de reconocido prestigio y experiencia legislativa.

El equipo deberá funcionar en el ámbito del Congreso Nacional. El equipo deberá entregar informes parciales cada mes sobre el avance del trabajo encargado, al plenario de cada una de las cámaras y a todos los bloques, en soporte digitalizado.

**ARTICULO 6º** — La comisión estará facultada para requerir información; consultar a las comisiones permanentes competentes en función de la materia; formular observaciones, propuestas y recomendaciones que estime pertinentes.

La comisión podrá requerir el asesoramiento de:

- a) Las áreas legales de los distintos ministerios, secretarías, Banco Central de la República Argentina, AFIP, ANSES, entes autárquicos y descentralizados y todo organismo público, los cuales a solicitud de la mayoría de la comisión podrán proponer un asesor de enlace;
- b) Académicos, técnicos e informáticos de centros de investigación, universidades y profesionales especialistas en cada materia;
- c) La Comisión de Juristas designada en virtud de la ley 24.967; a la Comisión Bicameral Permanente creada por la ley 26.122, y valerse de cuantas demás atribuciones cuente conforme a lo establecido en esta ley y en su propio reglamento.

**ARTICULO 7º** — Los servicios jurídicos de los distintos organismos, la Procuración del Tesoro de la Nación y la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia de la Nación, deberán poner a disposición de la comisión, en el plazo de dos (2) meses de iniciada la tarea de ésta, un listado con las leyes delegantes anteriores a 1994 que a su juicio sean herramientas relevantes para la gestión de gobierno.

También contará con la asistencia técnica de la Dirección de Información Parlamentaria y del Sistema Argentino de Informática Jurídica”.

Como puede observarse el Congreso ha decidido prorrogar por sólo un año las delegaciones legislativas preexistentes, para realizar en ese tiempo la compleja revisión de cada una de las leyes delegantes actualmente vigentes con el fin de renovar solamente aquellas leyes que se identifiquen como necesarias y evitar tener que hacer en adelante más ratificaciones legislativas masivas. Para ello ha creado una Comisión Bicameral específica para realizar esa revisión legislativa y la ha dotado de los medios técnicos jurídicos para emprender su cometido.

La ley 26.519, a diferencia de las otras leyes de renovación, no reproduce el art. 3 de la ley 25.148. Ello se debe a que los decretos delegados que se emitieron al amparo de las leyes de delegación preexistentes a 1994 con posterioridad al 24 de agosto de 2006 (fecha hasta la cual llega la ratificación genérica dispuesta por el art. 3º de la ley 26.135), están ya sometidos al régimen de la ley 26.122 que reglamentó el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente quien tiene a su cargo el control de los reglamentos delegados.

#### **4) La delegación legislativa establecida en materia de retenciones en el art. 755 del Código Aduanero**

Entre las delegaciones legislativas que la ley 26.519 renovó, sin lugar a dudas, la más polémica fue el art. 755 del Código Aduanero por su relación directa con el tema de las retenciones a las exportaciones cerealeras establecidas por el Poder Ejecutivo en base a la delegación allí establecida. Esas retenciones significan un ingreso al fisco federal del 9.000 millones de dólares anuales.

El art. 755 establece –en lo que aquí interesa– lo siguiente: “1. En las condiciones previstas en este Código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá: a) gravar con derechos de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviera gravada con este tributo;...2. Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades: ...d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de

ofertas "adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;.... " (114).

En el caso Gallo Llorente, la Sala II de la CCAF confirmó el fallo de primera instancia que había declarado inválida la delegación legislativa por considerar que ella viola el principio de legalidad tributaria. Sostuvo el tribunal de grado que dada su naturaleza tributaria, "las retenciones no resistían el análisis de constitucionalidad frente al principio aludido, por cuanto la delegación genérica del art. 755 del Código Aduanero y la subdelegación instrumentada por el decreto 2752/91 (y sus normas ratificadoras) no cumplían con las exigencias del art. 76 de la Constitución Nacional, puesto que esta norma -a la que calificó de excepcional y de interpretación restrictiva- prohíbe la delegación, salvo materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases que establezca al efecto el Congreso. Aquella conclusión también obedecía a: (i) la falta de límites y bases, y la ausencia de una política legislativa clara; (ii) no tratarse -el supuesto- de materia administrativa o de emergencia pública; (iii) la subdelegación admitida por la CSJN antes de la reforma constitucional sólo fue aceptada en la medida en que la ley delegante lo autorizara expresamente, lo que no sucedía en la especie; (iv) la decisión ministerial no se limitó a modificar la alícuota del derecho de exportación sino que rediseñó la estructura del tributo; es decir que, bajo la denominación de una reglamentación, se creó un tributo móvil y progresivo basado en la comparación de dos valores y en la aplicación de alícuotas diferenciales en función del precio resultante".

Agregó que la inconstitucionalidad era más contundente ante la falta de referencia del control que le corresponde a la Comisión Bicameral Permanente, y que en nada cambiaba la situación si las resoluciones se hubiesen dictado como modalidad del poder reglamentario (art. 99 inc.2° CN) por el exceso en que habría incurrido al no existir definición o estructura fijada legalmente.

En síntesis, por juzgar que la ley delegante contradecía las normas constitucionales vigente desde la reforma constitucional de 1994, la Sala II de la CCAF confirmó el fallo de primera instancia que había declarado la inconstitucionalidad de las resoluciones MEP 125/08 y MEP 64/08 y demás normas en las que la demandada intentó sustentar la delegación ejercida (arts. 755 del Código Aduanero y 1° del decreto 2752/91).

---

(114) En la exposición de motivos se indica que la norma transcrita prevé "...El Poder Ejecutivo podrá gravar, desgravar y modificar los derechos de exportación, en las condiciones establecidas en este Código y en las leyes que fueren aplicables, acordando con ello un régimen de base, que habrá de funcionar como supletorio de las disposiciones de coyuntura".

#### **IV. REFLEXIÓN FINAL**

El recorrido que hemos realizado sobre la problemática actual de la delegación legislativa muestra a las claras la trascendencia institucional, política y jurídica de esta institución constitucional, con los déficit que surgen de su regulación normativos y los abusos provenientes de la práctica de gobierno en las últimas dos décadas.

Se advierte la necesidad de que todos los poderes del gobierno federal y la doctrina constitucional pongan sus mejores esfuerzos para reordenar la función legislativa en nuestro país que ha sido atacada por tantos vicios por parte de nuestra práctica constitucional, especialmente en las últimas dos décadas. Los conceptos y datos aquí expuestos pueden ser de utilidad a la hora de emprender esa ardua y apremiante tarea. Muchas gracias por su atención.

# CONSTITUCIÓN Y PROCESO POLÍTICO

POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

## PRESENTACIÓN

El 28 de junio pasado, el país celebró 26 años de práctica normal e ininterrumpida de su sistema electoral en democracia. Para muchos, es un plazo más que suficiente para hablar de una consolidación efectiva del sistema y de un punto final a una larga historia de desequilibrios y rupturas y transiciones. Para otros, las condiciones imperantes durante el último proceso electoral han vuelto a plantear interrogantes serios y profundos acerca de la identidad y orientación final del proceso político y de la calidad de sus aspectos institucionales.

La duda es razonable. El sistema político de la Constitución afronta nuevos riesgos y desafíos. Algunos son comunes al resto de las experiencias democráticas en todo el mundo. Otros, parecerían más bien propios de nuestra particular versión local de la crisis general. Frente al pesimismo de algunos pronósticos, habría que subrayar que los riesgos actuales son muy diferentes de los tradicionales. Ya no provienen de enemigos externos al sistema, sino más bien de su propia dinámica interna. La democracia ha triunfado sobre sus adversarios ideológicos de uno otro signo y su crisis actual parecería ser el resultado de una fuerte sobrecarga de demandas sociales, cada vez más difíciles de administrar desde las estructuras, procedimientos y capacidades institucionales instaladas.

En otros tiempos, niveles de tensión como los actuales habrían bastado acaso para quebrar la resistencia del sistema. Hasta no hace mucho, las rupturas institucionales, civiles o militares, se desataban como verdaderos infartos de un sistema arterial incapaz de canalizar la cantidad y calidad de expectativas y reclamos de una sociedad impaciente y frustrada ante la ineficiencia, los costos sociales y los tiempos de respuesta del sistema democrático. Sin embargo, el eclipse de la tentación autoritaria refleja el grado de avance y consolidación del

sistema. Aun así, el optimismo que suscitan la extensión y la cantidad de logros de la democracia se ve empañado por un pesimismo generalizado respecto de su calidad y profundidad.

En las páginas que siguen se procurará avanzar en una agenda descriptiva de algunos de los principales procesos problemáticos que se plantean al sistema político de la Constitución de cara a las transformaciones experimentadas por la política argentina en los últimos años y que vuelven a plantearse al cabo de un proceso electoral accidentado y tortuoso como el que culminó en las recientes elecciones del 28-J.

Por razones de economía expositiva, el foco de mi atención estará no tanto en la estructura del Poder –o más bien de los poderes diseñados por la Constitución–, sino más bien en las relaciones entre las estructuras institucionales y la sociedad, expresadas a través de los procesos vinculados a la representación política (1).

Mi hipótesis central es el siguiente: Las elecciones del 28-J han llevado al límite la tensión que ejerce sobre el sistema político un doble juego de presiones y vetos. Las *presiones* vienen desde la propia sociedad, protagonista de un proceso dinámico de incorporación de nuevos valores, actitudes, orientaciones y demandas, propias de una democracia cada vez más abiertas y participativas. Los *vetos* vienen, a su vez, de inercias institucionales y resistencias de poderes fácticos, intereses establecidos y estructuras de dominación tradicional, entre las que cabría sin duda consignar las propias burocracias de los partidos y de otras organizaciones sociales de parejo protagonismo social y político en la Argentina moderna.

---

(1) El trabajo en curso se inscribe dentro de un orden de preocupaciones hoy dominantes en la teoría política y jurídica contemporánea, acerca de la problemática de la constitución material, del que son expresiones significativas aportes tales como TUSHNET, M., *The new constitutional order*. Princeton, Princeton University Press, 2003, obra que continua Red, white and blue. *A critical analysis of Constitutional Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1988 y sobre todo, *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999. Desde perspectivas diferentes aunque coincidentes en el objetivo, cfr. LAZARE, D., *The velvet coup. The constitution, the Supreme Court and the decline of American democracy*. Londres: Verso, 2001; SKOCPOL, T., *Diminished democracies. From membership to management*. Norman: University of Oklahoma Press, 2003; COSTA, P. y ZOLO, D., (Eds.) *Lo Stato di Diritto. Storia, teoria, critica*. (Milano: Feltrinelli, 2002); FABBRINI, S., *Quale democrazia. L'Italia e gli altri*. Bari Laterza, 1994 y *Tra presioni e veti. Il cambiamento politico in Italia*. Bari, Laterza, 2000.

## I. LOS DESAFÍOS DEL 28-J

Conviene ante todo subrayar la singularidad de las recientes elecciones parlamentarias. Ante todo su significado político.

Si bien se trataba de elecciones intermedias de renovación parlamentaria, el gobierno desafió a la totalidad de las fuerzas políticas, tanto propias como ajenas, incluyendo a sectores amplios de la sociedad en su conjunto, los medios de comunicación social, las organizaciones y empresarias y la opinión pública. Propuso convertir las elecciones intermedias del 28-J como un verdadero plebiscito de las elecciones, a favor o en contra de lo que denominó “el modelo” político y económico desarrollado desde comienzos de la gestión presidencial de Néstor Kirchner en el año 2003. Para reforzar este carácter plebiscitario, el ex Presidente Néstor Kirchner asumió incluso la candidatura de primer diputado por el estratégico distrito de la Provincia de Buenos Aires. En pasos sucesivos, anticipó en seis meses, a través de una ley especial, el proceso electoral e instó a los principales dirigentes justicialistas de la provincia de Buenos Aires, incluido su gobernador y vice e importantes intendentes a asumir candidaturas parlamentarias. Estas candidaturas –denominadas “testimoniales”– acentuaron el carácter plebiscitario de la consulta e indujeron una fuerte tendencia polarizadora a una elección que, de este modo, trascendió ampliamente su contenido y sentido institucional específico, para convertirse en una verdadera elección “crucial” o de régimen.

Tanto el adelanto de las elecciones como la definición de las candidaturas “testimoniales” fueron enérgicamente rechazados por la oposición. En ambos casos, una mayoría amplia de la opinión pública expresó en las encuestas nacionales su disconformidad inicial con las iniciativas gubernamentales, no tanto por su contenido específico como por su significado de ruptura unilateral de las reglas electorales establecidas. Aún así, la estrategia gubernamental logró los objetivos buscados: por un lado, polarizó las tendencias electorales; por otro, fracturó y enfrentó al campo opositor, cuyos líderes nacionales advirtieron el riesgo de un adelanto de la competencia de liderazgos de cara a las elecciones presidenciales del año 2011. En términos de apoyos electorales, el saldo inmediato fue la consolidación de un apoyo inicial del 35 % del –voto nacional– juzgado por los estrategas gubernamentales como el piso histórico del peronismo, objetivo de mínima dentro de un enfoque conservador de nacionalización de la competencia electoral.

El resultado fue una de las campañas electorales más intensas que se recuerden en la historia de la transición democrática argentina iniciada en 1983. No tanto por los términos de la competencia en sí misma, cuanto por la decisión común a todas las partes de dejar de lado

muchas de las reglas explícitas e implícitas del juego electoral en la Argentina. El signo dominante de las elecciones fue la transgresión. En un marco de crispación creciente, azuzado por el conflicto creciente del gobierno con los principales medios gráficos nacionales, la oposición perdió capacidad de expresar alternativas y propósitos. Cedió incluso a la tentación de judicializar los conflictos, terreno en donde el peronismo cuenta con fuertes ventajas, debido a su relación ambigua con sectores importantes de la judicatura. Las elecciones del 28-J pueden ser así interpretadas como un ejercicio intensivo de lo que podríamos denominar "nueva política", en el peor sentido de la expresión.

Los resultados de los comicios plantean también escenarios inéditos. Si bien el partido de gobierno se impuso a nivel nacional por un margen ajustado, medido tanto en porcentajes de voto como de escaños, parte importante de la opinión público interpreto el resultado como una derrota gubernamental. No solamente porque Néstor Kirchner -cuyo "modelo" fue de alguna manera plebiscitado en la provincia de Buenos Aires- perdió las elecciones, sino sobre todo, porque su ajustada victoria nacional fue también interpretada como una suerte de derrota ideológica y cultural. De hecho, casi un 70% del electorado voto en contra de las posiciones del gobierno nacional, si bien las divisiones internas y la esencial heterogeneidad de posiciones e intereses de la oposición impiden hablar de una victoria susceptible de capitalización política inmediata. Más que de triunfo de la oposición, cabe hablar de una derrota política del gobierno (2).

El retroceso en porcentaje de votos por parte del oficialismo fue apreciable, si bien el resultado final se situó apenas por debajo del piso histórico del peronismo. Aún así, los resultados finales abrieron un clima de expectativas desmesuradas, lo cual permitió al gobierno, durante las semanas posteriores a los comicios, efectuar una serie de demostraciones de fuerza institucional que revelaron una capacidad casi intacta de iniciativa y control de la agenda política nacional. En efecto, una serie de victorias, parlamentarias en ambas cámaras le

---

(2) Las cifras suministran una prueba evidente de lo dicho. El partido gobernante -PJ obtuvo en diputados 99 bancas propias, cifra que marca una pérdida de 17 bancas. Sus aliados incondicionales obtuvieron 17, perdiendo 4. El PJ no kirchnerista o disidente logró también 17 bancas sumando una a las que ya tenía. El Acuerdo Cívico y Social, conquistó 76 bancas, con un incremento de 15. Unión PRO logro 25, sumando 11, en tanto que otros partidos menores lograron 23 bancas, perdiendo 6. La suma total de diputados -257- supone un quórum de 129, lo cual significa que con 117 votos propios el oficialismo queda a 12 o 13 votos del quórum propio, un instrumento decisivo para una política de hegemonía como la que venía desarrollando. En el Senado, el oficialismo logró 36 bancas -una menos que el quórum propio de 37, al tiempo que las fuerzas del PJ disidente efectivizaron 23. El Acuerdo Cívico y Social obtuvo 9 y otros partidos 4 bancas.

permitieron paralizar y dividir a la oposición en temas institucionales de importancia tales como la prórroga de la legislación delegada, la renovación de facultades extraordinarias para reasignación de partidas presupuestarias, la renovación de los poderes de emergencia y la imprecisión de uno de sus proyectos más avanzados de su agencia: el proyecto de nueva Ley de Radiodifusión.

Más allá de las cifras electorales, la interpretación política de los resultados abre incógnitas de importancia. El triunfo electoral nacional ajustado del oficialismo y su consiguiente pérdida de hegemonía parlamentaria a partir de diciembre del 2009, permiten hablar de un nuevo cuadro de relaciones de fuerza. En el nuevo marco, todo parecería indicar que se anticipan y aceleran los tiempos electorales del 2011, lo cual dificulta sobremanera la construcción de coaliciones de alternativa, al tiempo que permiten al oficialismo acentuar su estrategia de confrontación y la posibilidad de instalar un empate institucional en el que todos los actores, sea por su poder o por su capacidad de veto, se vean forzados a desarrollar estrategias y políticas de equilibrio y moderación.

El paralelo con situaciones históricas similares es forzoso. Al menos en el último cuarto de siglo, en América Latina, una derrota oficialista en elecciones intermedias, lejos de alentar políticas de moderación suele operar más bien como un pasaporte hacia situaciones de inestabilidad presidencial. Tal fue el caso de Alfonsín en 1987 o De la Rúa en 2001. Con todo, la comparación tiene sus dificultades. Ante todo, porque el 28-J el gobierno no perdió las elecciones. Más allá de su retroceso electoral, conserva su papel de primera minoría parlamentaria y avanza hacia la centralización de su estructura de toma de decisiones. Ello favorece nuevas alianzas con los gobiernos sub nacionales, los partidos de izquierda y un amplio arco de poderes sociales dotados de una reconocida capacidad de veto, al tiempo que cierra las posibilidades de expansión de eventuales coaliciones opositoras. Por otra parte, el ejemplo de Carlos Menem en 1997 sugiere que la regla de inestabilidad presidencial anotada por algunos estudios comparativos parece lejos de ser de aplicación inmediata a esquemas de poder con las características propias del peronismo.

La etapa que se abre está condicionada, sin embargo, por la desconfianza pública acerca de la capacidad del sistema presidencialista para administrar situaciones de derrota en elecciones intermedias. La crisis permanente o la desarticulación y quiebra del gobierno son perspectivas demasiado presentes en la memoria colectiva como para ser sin más, descartadas del análisis. Aún así, los resultados del 28-J configuran un desafío a la capacidad del sistema político de la constitución para asimilar cambios cualitativos en la propia condición de la política.

Un recorrido sucinto por algunos puntos de la agenda política que se abre puede arrojar algunas luces complementarias sobre la problemática expuesta, de profundas implicancias para el análisis constitucional.

## II. LOS ESCENARIOS DE LA NUEVA POLÍTICA

Los procesos electorales del 2007 y 2009 revelan la existencia de nuevos escenarios políticos e institucionales, que desafían las categorías de análisis del derecho y la política constitucional.

### 1. Los nuevos escenarios

Un primer núcleo de evidencias se refiere a la estructura y dinámica actual de las instituciones políticas. Problemas tradicionales referidos al impacto del pluralismo cultural, las desigualdades de género o el clientelismo se combinan hoy con procesos e impulsos nuevos tales como la conciencia ambiental, las tensiones entre lo local y lo global, la territorialización de la política, o la crisis de las funciones tradicionales del Estado de Derecho. Ello fuerza, en el plano de la política, nuevas formas de expresión política y participación política, amplificadas y proyectadas por la dinámica centrifugante de los nuevos sistemas de información y comunicación (3).

Los partidos tradicionales tratan de adaptarse a las nuevas realidades, aunque con costos y dificultades crecientes. Tanto sus estructuras organizativas como sus funciones y capacidades se ven desbordadas por la presión de las nuevas demandas sociales. No basta su reconocimiento constitucional ni los esfuerzos legislativos para preservar su cada vez más cuestionado monopolio de la representación y la participación política (4).

---

(3) Para valiosas reflexiones para el caso de América Latina, cfr. DURAN BARBA, J. y NIETO, S. *Mujer, sexualidad, Internet y política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. Asimismo, EMILIOZZI, S., PECHENY, M. y UNZUÉ, M. (Eds.). *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*. Buenos Aires: Prometeo, 2007; CLARK, F. N. y NAVARRO, C. J., *La nueva cultura política. Tendencias globales y casos iberoamericanos*. Buenos Aires. Miño y Dávila, 2007 y CRESPO, I. GARRIDO, A. y RIORDA, M., *La conquista del poder. Elecciones y campañas presidenciales en América Latina*. Buenos Aires, La Crujía, 2008.

(4) Para una visión de conjunto en el caso de América Latina, cfr. CHERESKY, I. (Ed.) *Elecciones presidenciales y giro político en América Latina*. Buenos Aires: Manantial, 2007; DOMÍNGUEZ, J. y SHIFTER, M. *Construcción de gobernabilidad democrática en América Latina*. México, Fondo de Cultura Económica 2005 y ALCANTARA SÁENZ, M. (Ed.). 2006. *Políticos y política en América Latina*. Madrid, Fundación Carolina/ Siglo XXI, 2006.

Muchas de las categorías del análisis político convencional pierden su significado originario, en el contexto de una política cada vez más crispada y confrontativa, focalizada ya no en torno a valores e ideas generales sino a *issues* problemáticos, temas de debate coyuntural, sin otro alcance que el del combate electoral.

Pierden también importancia antiguos clivajes sociales, basados en diferencias religiosas, culturales o socio-económicas.

Al mismo tiempo, caducan ideas tradicionales sobre el compromiso y la militancia, desplazadas por el individualismo, el espíritu de reivindicación y la fascinación por la acción directa. Las “políticas temáticas” -*issue oriented*-, promueven a su vez un nuevo protagonismo político por parte de los “formadores de opinión”, las entidades de la sociedad civil, las organizaciones auto-convocadas de protesta social y los propios medios de comunicación, convertidos de este modo en voceros de protesta y actores sustanciales de la oposición política. El cambio es trascendente, en la medida en que afecta los resortes y engranajes profundos de la legitimidad social.

En este contexto se generalizan los procesos de lo que convencionalmente se denomina la “nueva política”. Ante todo, emerge un nuevo tipo de protagonistas del proceso político-electoral. Por lo general, se trata de *outsiders*, algunas veces desprendidos de los partidos tradicionales y otras simples figuras del espectáculo de la política o bien emergentes exitosos en la lucha por la conquista y conservación del poder territorial. Sobre todo, gobernadores y alcaldes con títulos consolidados en la gestión local.

En este contexto, se define incluso un nuevo *cursus honorum* de la política, en el que la experiencia de gestión –pública o aun privada– desplaza a criterios tradicionales como la lealtad personal, la afinidad ideológica o el compromiso militante. En muchos países de América Latina, para ser gobernador estadual o prefecto hay que haber sido antes alcalde, del mismo modo que para afrontar la carrera presidencial es menester haber pasado antes por experiencias de gestión regional, estadual o local, o bien por experiencias equivalentes en la gestión privada. Si bien las excepciones son importantes, este es uno de los rasgos de identidad más claros de la nueva élite de dirigentes y candidatos, que hoy desafían los valores y prácticas de la clase política tradicional.

## 2. Las transformaciones partidarias

Las presiones de la transformación desbordan los moldes tradicionales de la representación política. Los sistemas de partidos se fragmentan y pasan a ser ocupados por terceras fuerzas con capacidad

no solamente de vetar y disputar el poder, sino de impulsar cambios radicales en los sistemas tradicionales.

La base para el análisis comparado en América Latina deja de ser el "partido político" -entendido como una realidad organizativa del tipo de las que todavía es posible identificar en las democracias maduras- y pasa a ser la coalición electoral entre partidos o corrientes de partidos, desplegadas a través de una variedad de frentes, concertaciones, alianzas, federaciones o confederaciones-.

Ocasionalmente, a la hora de acceder al poder estas coaliciones intentan trasladar sus acuerdos electorales al plano de la acción de gobierno. Sin embargo, las posibilidades de éxito suelen ser mínimas. Lo "normal" es que coaliciones heterogéneas y "transversales", capaces de ganar elecciones enfrenten dificultades a veces insalvables a la hora de cohabitar o de asumir en conjunto las responsabilidades de gobierno. Este mismo proceso explica, por otra parte, la virtual imposibilidad de una relación armónica y sostenida en el tiempo entre presidentes y vice-presidentes provenientes de flancos partidarios diversos dentro de una misma coalición electoral.

Si bien esta parece ser la pauta dominante en los niveles nacionales, no ocurre lo mismo en los niveles locales donde las presiones centripetas propias de la territorialización de la política son aún mayores e impulsan formas diversas de organización basadas en la presencia de liderazgos fuertes, apenas contrapesados por la atomización creciente de las fuerzas de oposición.

La política argentina, al igual que en toda Latino América, reproduce así, con algún retardo, fenómenos desde hace tiempo generalizados en democracias más maduras y consolidadas (5). Los partidos dejan de ser organizaciones expresivas de concepciones ideológicas orgánicas, con programas y plataformas diferenciadas. Su oferta política tiende a "electoralizarse", en función de una lectura cada vez más técnica de las tendencias de la opinión pública y el posicionamiento ciudadano. Pasan a ser maquinarias profesionalizadas orientadas a la confrontación electoral entre líderes y candidatos seleccionados y definidos como tales en función de su capacidad de adaptación a las reglas de juego de la cobertura y el debate mediático.

En un marco de regulaciones electorales difusas y cambiantes, se multiplican y aceleran las posibilidades de compromisos, alineamientos y realineamientos constantes, en función de alianzas

---

(5) Ver, sobre todo, los casos de Alemania, Italia y Francia, dos referencias inexcusables del proceso de declinación de los partidos tradicionales y de conformación de un nuevo tipo de coaliciones de gobierno y de oposición.

pragmáticas y ocasionales. Desde esta perspectiva, se explican tanto el auge creciente del transfuguismo político como las propias estrategias de auto disolución de los partidos, absorbidos en el seno de concertaciones, alianzas o frentes cívicos cada vez más heterogéneos y cambiantes. En un contexto de declive de los factores ideológicos y programáticos, la personalización de las lealtades y el carácter primordialmente material y concreto de los compromisos políticos tiende a acentuarse.

Uno de los saldos más negativos para la sociedad es sin duda la imagen de "cartelización" de la vida partidaria. No solo afecta la legitimidad social de la política como tal. Deslegitima también sobre todo cualquier atisbo de política de concertación. De allí el repliegue de la política profesional sobre sí misma. Su aislamiento no exento de resentimiento social, su hostilidad a todo tipo de acuerdos. Los políticos cooperan así en todo en lo que deberían competir al tiempo que compiten, a veces de un modo suicida, en todo en lo que les convendría cooperar. Conscientes de la pérdida de confianza y afecto social, algunos dirigentes redoblan el sentido corporativo de su auto defensa e intentan un bloqueo sistemático de cualquier propuesta efectiva de innovación.

### 3. Cambios contextuales y nuevos liderazgos políticos

La nueva política implica, en el fondo, la expresión natural de procesos complejos, comunes en general a todas las democracias de América Latina. Conviene señalar algunos rasgos adicionales para un diagnóstico de la actualidad y un pronóstico de la política que viene.

Un tema central es, sin duda, el proceso casi natural de "*presidencialización*" de la política. Argentina reproduce, también en este punto, procesos generalizados a todas las democracias, incluso las más estables y avanzadas. Basta observar, en efecto, lo que ocurre, incluso con tonalidades más acusadas, en los Estados Unidos de Bush u Obama, la Gran Bretaña de Blair o Brown, la Francia de Chirac o Sarkozy, la Italia de Berlusconi, la Alemania de Merkl, la Rusia de Putin o la España de Rodríguez Zapatero. Los referentes latinoamericanos de este proceso - desde Lula, Chávez, Uribe, Lagos, Morales, Vázquez o Kirchner no son diferentes a los de la casi totalidad de la Europa del Este y el resto de las democracias emergentes en su conjunto (6).

---

(6) Un informe reciente, estudia en detalle este mismo proceso en el mismo proceso Estados Unidos, Alemania, Italia, España, Canadá, los Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Portugal, entre docenas de casos. Cf. POGUNTKE, Th. y WEBB, P. (Eds.). *The presidentialization of politics. A comparative study of modern democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

El presidente monopoliza las expectativas, define y controla la agenda pública, marca los límites entre gobierno y oposición e instituye los estilos políticos predominantes. Este es el papel que el *Presidente-Candidato* debe representar y proponer al electorado. De allí que sea, por lejos, la institución más sensible a los cambios modernos en la opinión pública y la comunicación política. La problemática casi paranoica que plantea en las democracias latinoamericanas la cuestión de la "imagen" de los Presidentes, ofrece una buena ilustración de lo dicho.

La realidad del *Presidente-Gobernante* suele ser muy diferente. La complejidad extraordinaria del gobierno en las sociedades contemporáneas excluye cada vez más la posibilidad de un sujeto activo único, omnisciente, omnisapiente y capaz de ocupar todo el escenario de las expectativas colectivas. El cambio sustancial en la propia idea de Gobierno determina cambios naturales en la función presidencial. Gobernar es cada vez más un arte de componer y articular, sugerir y contener, expresar y proponer. Nadie espera líderes carismáticos en el estilo fundacional de los De Gaulle, Ataturk, Vargas o Perón. Las sociedades optan, más bien por figuras menos coloridas en la línea de los Aznar, Rodríguez Zapatero, Putin, Brown, Prodi, Jospin, Vázquez o Uribe. Los Sarkozy o Berlusconi son la excepción que confirma una regla, extendida en el amplio arco de expresiones de las democracias comparadas.

Un análisis de los factores que inciden en este proceso de hegemonía creciente de los poderes ejecutivos, tanto en el diseño de la agenda pública como en el monopolio de la iniciativa política, demuestran la importancia de algunos cambios en el modo de producción básico de la política.

- a) Un primer factor, de proyecciones ambivalentes, es la *debilidad de las instituciones políticas*. Explica tanto algunos rasgos negativos como positivos de la relación entre los partidos y la democracia. En muchos casos, los cambios han sido resultado no tanto del realismo adaptativo de los partidos como de la capacidad de los presidentes para imponer a los cambios a sus propios partidos. En este sentido, la debilidad de las instituciones ha servido para minimizar el veto opositor, al tiempo que ha sido básico para la implementación de estrategias imprescindibles para la administración de las emergencias institucionales.
- b) Un segundo factor, de pareja importancia, es el *viraje ideológico y programático de los partidos*. En general, movimientos como el peronismo argentino, el APRA peruano, el socialismo chileno o el PRI mexicano ofrecen ejemplos elocuentes de flexibilidad para responder a procesos profundos de actualización ideológica y programática, sin los cuales habría sido impensable

la incorporación de antiguos adversarios y sectores independientes o el replanteo de las alianzas sociales y políticas que imponían las nuevas situaciones. En su función de gobierno, estos partidos lograron así compatibilizar las exigencias propias de las reformas económicas con los tiempos acelerados propios del ciclo político electoral de las democracias constitucionales. Los costos han sido en general mínimos para quienes supieron asumir la necesidad y urgencia de los nuevos rumbos y explicarlos a sociedades impacientes y suspicaces. Sin embargo, dichos costos políticos fueron intolerables para quienes optaron por preservar las ortodoxias recibidas. La experiencia de la administración de las emergencias en los últimos veinte años demuestra que en todo el continente, la estabilidad de los apoyos gubernamentales parece estar estrechamente asociada a su aptitud para anticipar y hacerse cargo de la crisis y, sobre todo, demostrar en todo momento capacidad de control y sentido de la orientación ante la complejidad y dinamismo de las transformaciones estructurales en curso.

- c) Un tercer factor fue sin duda durante estos años, el nivel de *crecimiento funcional del poder gubernativo*. La centralización de facultades decisorias de los gobiernos obedeció en muchos casos al imperio de la gravedad y urgencia de las emergencias económicas, agravado por el deterioro funcional del funcionamiento colectivo de los gabinetes ministeriales y la fragmentación de la gestión gubernamental de aspectos complejos de la administración económica. La conducción personalizada, vertical y directa de los responsables máximos de las decisiones económicas -intendentes, gobernadores, presidentes- ha sido en este sentido más un efecto que una causa de las circunstancias de la crisis.
- d) Se impone por ello considerar un cuarto factor imprescindible para el análisis: la *internacionalización de la política*. Los presidentes de América Latina han pasado a ser actores protagónicos en un nuevo escenario de diplomacia personal, donde el poder doméstico depende cada vez más de decisiones de ámbito internacional. Las cumbres presidenciales implican una anteposición de esa diplomacia personal de los jefes de Estado y de gobierno por sobre las reglas, estilos, tradiciones y tiempos de la diplomacia tradicional. La actividad internacional, aun de presidentes con perfiles muy poco internacionales, como Chávez, Morales o Kirchner es el principal factor explicativo de su popularidad doméstica. El fenómeno no es nuevo: fue durante medio siglo la gran lección del caso cubano y así comprendido así por la mayor parte de los presidentes. De hecho, las cumbres presidenciales amplifican, en el caso de América

Latina, la proyección internacional de los liderazgos locales. La institucionalización de cumbres casi mensuales, los dotan de una agenda de políticas de Estado que trasciende los asuntos domésticos y los proyecta a un futuro de integración que potencia las posibilidades actuales de las democracias, cualquiera sea su signo político y aun ideológico. Un análisis factorial de los factores constitutivos de los niveles de apoyo social de su liderazgo en el plano nacional, sitúa en primer lugar la importancia de la agenda internacional.

- e) Un orden adicional de factores tiene que ver con la recurrencia de los ciclos de *emergencia económica* y su exigencia de una primacía creciente de los poderes ejecutivos. Ello explica la ya apuntada aceleración de procesos para-constitucionales de delegación legislativa por parte de los parlamentos y, sobre todo, la posterior ratificación judicial de las decisiones de emergencia. En contextos de necesidad y urgencia, los poderes ejecutivos se benefician incluso de delegaciones de confianza muy amplias del propio electorado. Su capacidad institucional parece depender tanto de la habilidad para anticipar o generar espacios políticos, cuanto de sus posibilidades para anticipar y comprender el sentido de los cambios y asumirlos, sin necesidad de negociaciones ni consensos que, por otra parte, la sociedad descuenta como inconducentes o imposibles, dado sobre todo el nivel de crispación de las relaciones entre gobierno y oposición.
- f) En este mismo sentido se inscriben los bloqueos funcionales en aspectos centrales de la dinámica del Estado de Derecho. Las cláusulas constitucionales que establecen la estructura del gobierno integraron en su tiempo un proyecto concreto: el establecimiento de una república constitucional, basada en una estructura de pesos y contrapesos destinado a integrar poderes dispersos en el conjunto de un gobierno gestionable. Es esa estructura integrada, basada no tanto en la separación cuanto en la *interdependencia* de los poderes del Estado, la que hacia políticamente posibles los sistemas de designación de jueces y magistrados, el control de constitucionalidad, la prohibición de delegaciones legislativas, la prohibición del veto parcial del Ejecutivo, los procedimientos de formación y sanción de las leyes, la autonomía del régimen municipal o la propia estructura de coparticipación tributaria, sobre todo en los estados federales. El autoritarismo de los ejecutivos responde, en la emergencia, a la realidad de que las oposiciones tienden a rechazar, por razones tácticas, todo tipo de estrategia tendiente a garantizar los objetivos de la gobernabilidad.

- g) Otra serie de factores remiten al hecho básico de que las democracias actuales son, ante todo, *democracias de opinión*, en las que las percepciones y preferencias públicas se expresan en tiempo real. Bajo la hegemonía de los medios de comunicación y los procesos y mecanismos de análisis y formación de la opinión pública, la política deviene un plebiscito cotidiano. Por su parte, los presidentes aspiran más bien a sobrevivir al naufragio de muchas instituciones tradicionales, de cuya lógica interna desconfían o temen. Después de todo, son liderazgos *by default*, cuya permanencia es en buena medida función de la inexistencia de liderazgos alternativos. Más que por el amor a sus nuevos conductores, las sociedades les son leales por el espanto que sienten hacia un pasado al que no se desea retornar o un futuro desde todo punto de vista incierto. En un escenario de muy baja densidad institucional, la opinión pública ocupa espacios vacantes y obliga muchas veces a la política a capitulaciones incondicionales.
- h) El nuevo papel de los medios de comunicación, *la espectacularización y personalización de la política* es otro de los rasgos centrales de procesos como el del 28-J. Los medios sólo reaccionan ante lo que signifique ruptura y diferenciación. Premian así la transgresión, la singularidad, la impertinencia y el conflicto. Al responder a este tipo de incentivos del sistema de medios, los poderes legislativos devienen así foros de una política gestual, cada vez más heterogénea y centrífuga, donde la función expresiva prima sobre las dimensiones políticas y gubernativas propias del parlamento clásico.

### III. LOS DESAFÍOS DEL CAMBIO

Conviene señalar algunos de los desafíos que la nueva situación plantea a las instituciones políticas de la Constitución.

#### 1. La nueva dinámica política

Un primer desafío es el de asumir la tensión que se establece sobre el sistema político a partir de las *presiones*, tanto internas como externas, orientadas a la apertura y recepción de factores de innovación y los *vetos*, provenientes de poderes fácticos, intereses establecidos, orientados a neutralizar las presiones innovadoras y a cerrar el sistema.

En el lapso de veinticinco años, el país ha experimentado una *transición de régimen*, representado por el tránsito de un régimen autoritario a un régimen democrático, operado en 1983, y una *transición en el régimen* operada a finales del año 2001 y caracterizada por una verdadera mutación interna expresada por el tránsito desde una democracia abierta protago-

nizada por partidos políticos estructurados en un sistema de pluralismo moderado, hacia una democracia conflictiva, protagonizada por nuevas coaliciones políticas estructuradas a partir de la fragmentación de los partidos tradicionales y la consolidación de los rasgos centrales de un nuevo sistema de competencia política, de perfiles aun no del todo definidos.

## 2. Gobierno técnico de la política

Un segundo desafío es el de asumir el hecho de que, cualquiera sea el balance de fuerzas y el tipo de política a que obligue el empate institucional entablado a partir del 28-J, los acuerdos no se trasladarán automáticamente a la tarea gubernativa.

La experiencia gubernativa desde principios de los años 90 está signada por el proceso de desplazamiento de los gobiernos de partido y su reemplazo por gobiernos técnicos. El vector dominante de esta transformación ha sido sin duda la crisis económica y la articulación de un verdadero Estado de Emergencia, basado incluso en una legislación de emergencia, consensuada con los actores centrales de la economía y legitimada tanto por el Congreso como por el Poder Judicial.

La experiencia argentina de los últimos veinte años se ha caracterizado por la presencia de gabinetes y equipos de gobierno de características eminentemente técnicas. Las razones de la presencia de gestores no políticos son de dos tipos: confianza personal y experiencia técnica. Ambos aspectos tienden a subrayar la importancia y el papel de los técnicos de confianza. Todas las áreas fundamentales de gobierno son encargadas a funcionarios que acreditan vínculos de confianza personal con el Presidente y, al mismo tiempo, garantizan competencia técnica, adquirida en la experiencia continuada de gobierno.

Esta nueva condición de los gobiernos permite la institucionalización de gabinetes del tipo de los denominados "acéfalos". Es decir privados de una orientación política explícita. La gestión de gobierno se desarrolla sin reuniones de gabinete y con escasa vinculación entre el Presidente el conjunto de los ministros. La relación entre el Presidente y su gabinete de ministros es de tipo radial y no reticular. Los flujos de información y los procesos decisionales ínter jurisdiccionales son mínimos y se desarrollan en sentido transversal sólo al nivel de las segundas o terceras líneas ministeriales.

Con la declinación del gobierno de partido declina a su vez la importancia del Congreso en el proceso gubernativo. Se incrementan el recurso a los decretos de necesidad y urgencia, la utilización de las facultades extraordinarias para reasignación de partidas presupuestarias y se extiende la vigencia de los diversos tipos de delegación legislativa e incluso la práctica del veto parcial por parte de los ejecutivos. La parte más sustancial de la legislación ordinaria deriva de iniciativas de ley demandadas del propio Poder Ejecutivo.

### 3. Los problemas del liderazgo

El campo más problemático para el desarrollo del sistema político constitucional bajo condiciones como las que tienden a establecerse a partir del 28-J es sin duda el de los problemas del liderazgo político en escenarios como el que se ha consolidado en el país.

“Vuelve el Estado” Es decir, el incremento de la intervención pública, ya no como efecto del Welfare State sino como consecuencia de la reciente crisis global y el retorno de los Estados –o más precisamente los gobiernos– como actores centrales de la economía. Ello plantea dificultades nuevas e inéditas, propias de la complejidad estructural de la sociedad actual.

Una de ellas es el nivel de *responsabilidad pública* de los nuevos liderazgos. En sociedades signadas por una profunda revolución de expectativas crecientes, tiende a desarrollarse una política basada ya no en la oferta –*supply-side politics*– sino en la demanda –*demand-side politics*–. El compromiso que se exige a quien gobierna no es con su ideología, su plataforma o su marco de pertenencia partidaria. Es un compromiso con la demanda y con su evolución permanente en función de las exigencias del entorno. Gobernar es administrar y satisfacer expectativas crecientes.

Esta circunstancia obliga a los Presidentes a convertirse en portavoces de los outsiders. Si los legisladores representan a sus votantes, a sus regiones y a sus pueblos, los presidentes conservan la representación de la soberanía popular. Hablan y hacen por los que no tienen voz, sea porque pertenecen a las mayorías silenciosas propias de las sociedades de masas o porque pertenecen a sectores excluidos de la representación política formal.

Los nuevos liderazgos presidenciales serán liderazgos de ruptura, dotados necesariamente de rasgos transgresores. De allí su estilo de confrontación permanente y su inclinación hacia el uso de la crispación política como instrumento de polarización política.

Los nuevos liderazgos presidenciales revelan así una ambigüedad esencial. Por un lado, representan un “modelo”, sintetizan el contenido y el rumbo de un proceso de transformación. Por otro representan también y sin contradicción alguna, las resistencias al modelo, habilitan y alimentan las esperanzas de los excluidos del modelo.

La consecuencia inevitable de esta ambigüedad es la personalización de la política presidencial y el desarrollo de los rasgos propios de una presidencia no-intelectual, carente en lo esencial de definiciones y posturas netas, cuya retórica vacía permanece siempre abierta a la

esencial ambigüedad de las demandas colectivas y de su expresión siempre coyuntural a través de la opinión pública (7).

Los presidentes serán, cada vez más expresiones de un liderazgo transaccional. El poder presidencial es un poder situacional y pactado, cuya legitimidad no surgirá tanto del voto popular, cuanto de la capacidad del titular para arbitrar, moderar, componer, transar y administrar procesos complejos.

Cabe asumir el hecho de que, en el futuro, los presidentes serán cada vez más débiles desde el punto de vista institucional. Difícilmente vuelvan a contar con mayorías absolutas en las cámaras o a controlar la justicia. Para gobernar, deberán tener la fortaleza de los débiles, basada en la razón, la disposición abierta a escuchar, la tolerancia hacia las opiniones ajenas y la capacidad para rodearse de la gente mejor para ejecutar las mejores ideas. De no ser así, las sociedades reaccionaran en sentido contrario, sobre la base de que la discrecionalidad y el abuso de posiciones dominantes, tienden a generar niveles de desconfianza hasta ahora desconocidas, en el contexto de sociedades cada vez más escépticas, informadas y experimentadas. Las capacidades personales que un tiempo revelaban carácter y capacidad de liderazgos de crisis, sugieren hoy más bien lo contrario: pérdidas del rumbo, descontrol y dificultades para comprender los problemas del medio y largo plazo.

Bajo estas nuevas condiciones, seguir pregonando la necesidad de grandes liderazgos "fundacionales", capaces de ubicarse mas allá de las instituciones, equivale a seguir cultivando liderazgos perversos y desequilibrados, esencialmente disfuncionales para el futuro del gobierno en sociedades cada vez más libres, autónomas y dueñas de su propio destino

#### 4. Política visible e invisible

Las elecciones del 28-J ratifican una vez más la esencial inadecuación al caso argentina de la imagen del bipartidismo. Una amplia mayoría de los estudiosos y analistas de la política y parte sustancial de los dirigentes de partidos tradicionales, periodistas e interesados en la política sostienen la idea de que todo orden político supone un equilibrio carente de conflictos y contradicciones y estas no son otra cosa que manifestaciones coyunturales de un desorden que la política habrá de superar en algún momento. En ese régimen de equilibrio, la política habrá de organizarse en torno a dos ejes dominantes, representativos del gobierno y la oposición. Para una gran mayoría, dichos

---

(7) Cfr. LIM, E. T., *The anti-intellectual presidency: the decline of presidential rhetoric from George Washington to George W. Bush*. Oxford, Oxford University Press, 2008.

ejes serán representados por las dos grandes fuerzas históricas de la Argentina moderna.

La evidencia empírica esta lejos de sustentar esta hipótesis. Para quien observa la dinámica concreta de los grandes partidos a lo largo del último medio siglo de historia política del país se impone la evidencia de que en el mapa de los partidos no refleja adecuadamente el cuadro real de alineamientos político-culturales de la sociedad.

Frente a la pretensión de calificar este formato como un ejemplo de "bipartidismo" o "bipartidismo imperfecto", la realidad impone ciertas matizaciones.

El sistema de partidos argentinos muestra una estructura aparente y otra estructura latente. La primera es la que da vida a la política visible. La primera es la que enfrenta a dos grandes partidos y termina por polarizar las decisiones de voto en cada una de las elecciones presidenciales. La segunda es la que resulta de analizar las percepciones, actitudes y preferencias profundas de los ciudadanos. Es la que cristaliza en formas de política menos visibles –o directamente invisibles a los ojos del ciudadano medio. Es la definida por el dinamismo de una sociedad plural y heterogénea en sus opciones y preferencias, en un sentido más acorde con la tradición partidocrática europea. En este nivel, casi todas las tendencias político-culturales tienen expresión acabada, tanto en el ámbito nacional como local.

Ello explica acabadamente el fenómeno según el cual radicales y peronistas han venido abandonando de modo gradual sus tradiciones partidarias, adaptándose al modelo de partidos *catch-all* o *pigliatutti* paradigmáticamente representado por los partidos norteamericanos o europeos, buscando, hacia el centro del arco político la adhesión de las grandes mayorías de independientes.

A luz del 28-J, el modelo de competencia bipolar tiende a declinar y se abre la perspectiva de un pluripartidismo más neto y diferenciado. El sistema de doble vuelta para las elecciones presidenciales lo estimula. La competencia deja de ser bipolar y reconoce al menos cinco fuerzas políticas que se niegan a convergencias forzadas por el juego electoral.

Lo más importante es que dicha competencia ya no se entabla del modo centrífugo propio de la tradición electoral argentina sino más bien de un modo centrípeto. Los partidos compiten en un sentido básicamente convergente, disputando un mismo centro de demandas sociales, caracterizado por la moderación, el escepticismo y la suspicacia frente a las estridencias propias del discurso electoral. Las distancias ideológicas y programáticas son así prácticamente inexistentes. De allí la personalización creciente en las formas y los contenidos de la política

y, por el lado de la sociedad, la declinación del interés por todo aquello que implique propuestas, plataformas o debate de alternativas.

### CONCLUSIONES PARA CONSTITUCIONALISTAS

Una conclusión general, de posible utilidad para este diálogo entre las perspectivas del análisis empírico y el enfoque tradicional de los constitucionalistas, podría sintetizarse en una sola expresión: *avanzar con prudencia hacia una Constitución posible*. La Constitución posible, es la que resulta de un análisis empírico de los procesos políticos reales. Es la que surge de reformas inteligentes y meditadas, de prácticas auto limitadas y realistas, de interpretaciones dinámicas y prudentes. Sobre todo, atentas a las posibilidades y a las consecuencias. Concientes no sólo del balance de aciertos y errores pasados y abiertas también a las alternativas de superación y de progreso que sugiere una lectura normativa de la Constitución.

La cuestión central es cómo avanzar. Para una vertiente ampliamente dominante en el Derecho Constitucional argentino la respuesta a este interrogante podría sintetizarse en una propuesta central: *"Volver a la Constitución"*. Esto es, reconducir un proceso político desarrollado durante décadas, desde los más diversos gobiernos, dejar atrás el Estado de Emergencia y rescatar el espíritu y la letra de la Constitución. Esto es, volver a sus valores inspiradores, sus principios articuladores y el sentido originario de un sistema político fundado en el modelo de una republica, representativa, republicana y federal, basado en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, el equilibrio entre poderes independientes y la vigencia plena del federalismo.

Desde esta perspectiva, la Constitución es vista como un depósito originario de sabiduría y de orientaciones siempre válidas hacia el porvenir. Interpretarla es desentrañar su sentido originario, a la luz de las circunstancias del presente y las necesidades del porvenir. La verdad estaría entonces en la Constitución histórica y volver a ella sería la clave esencial de una política constitucional entendida como restauración y vuelta a los orígenes de un pasado que se estima como valioso en ejemplos, enseñanzas y lecciones para el futuro. Para esta posición - que con toda justicia puede reclamar para sí la denominación de "clásica" - la Constitución debería ser afirmada y defendida, contra cualquier tentación de cambio por el cambio mismo.

La experiencia indica, sin embargo, que esta defensa de la Constitución sólo podrá ser eficaz si es capaz de trascender el plano de las declaraciones abstractas y de asumir una perspectiva dinámica, comprometida con la necesidad de brindar a la sociedad respuestas razonables, eficientes y posibles. Interesan no sólo el *qué* -los princi-

pios y reglas de la Constitución- sino también el *cómo*- los métodos y procedimientos, sus resultados y consecuencias sociales-.

Se está ante uno de los temas centrales de la cultura constitucional. En países como la Argentina, la cultura constitucional no ha penetrado en la cultura política. Ha operado como un programa abierto pero inconcluso. Un programa legítimo y válido en sí mismo, aunque no necesariamente vigente en el terreno de las prácticas sociales efectivas. La brecha entre los ideales y los hábitos y prácticas efectivas sigue siendo un desafío pendiente de todavía muy difícil y problemática concreción.

Toda Constitución es, en realidad, un programa de transformación, formulado desde la perspectiva que el orden político precedente permite a sus autores. En los hechos, la promesa de la Constitución se encuentra en una situación de fuerza con respecto a la cultura política. Las vigencias y hábitos sociales suelen ejercer un contrapeso casi siempre determinando. Toda sociedad reescribe su constitución formal a la luz de las realidades de su constitución material. Frente a la proclama y el proyecto de los constituyentes, el discurso abierto de los juristas, los jueces, los historiadores, los científicos sociales y los ciudadanos en general.

El fenómeno apuntado reconoce explicaciones muy diversas y variadas. Ante todo, conviene recordar que en la historia constitucional de América Latina, la cultura constitucional se ha articulado más bien como un imperativo categórico. El Derecho Constitucional ha enfatizado este aspecto más bien pedagógico, hasta terminar siendo un verdadero "Derecho de Profesores", no del todo arraigado en la cultura política general de la sociedad. Esta brecha entre cultura constitucional y cultura política es particularmente importante en sectores importantes como los partidos políticos, el parlamento y los medios de comunicación.

El divorcio tiene consecuencias importantes. Desde ciertos enfoques académicos suele hablarse, por ejemplo, de una supuesta "actitud anómica" de la sociedad, que la llevaría a una actitud generalizada de transgresión y desobediencia a las leyes. Esta aseveración pasa por alto el desprestigio social que rodea a la función legislativa en gran parte de los países de Occidente. ¿Por qué habría de exigirse una actitud espontánea de respeto y obediencia acrítica de los ciudadanos a las leyes, si estas, en la realidad, se presumen tramposas, sectarias o irracionales? (8).

---

(8) Otro buen ejemplo actual, referido al control parlamentario de los actos del poder: ¿Cómo podría conformar a la sociedad el control de los actos del poder por parte del Senado, una institución casi universalmente cuestionada por

La respuesta más frecuente de algunos apologetas del constitucionalismo clásico suele ser la negación. *“Comencemos –objeta el constitucionalista clásico– por obedecer las leyes y después discutamos, quiénes, cuándo, cómo, por qué y para qué se hacen las leyes”*. Se tiende así hacia un derecho constitucional de los derechos, interesado por la parte dogmática de las constituciones y los problemas del procedimiento constitucional, poco o nada interesado por lo que hasta hace un tiempo se denominaba todavía “derecho constitucional del poder” (9). El análisis adquiere en este punto un matiz fundamentalmente dogmático –el derecho que *debe ser* más que el derecho que efectivamente *es*–, con ausencia casi absoluta de una referencia a los desarrollos de las disciplinas empíricas como la ciencia política, la economía, la sociología política, la ciencia de la administración, las finanzas públicas o la teoría y técnica del gobierno (10).

Las consecuencias de esta situación son graves. Al tiempo que se predica acerca de los derechos, se dice poco muy poco acerca de las estrategias sociales para su implementación, defensa y consolidación. La cultura constitucional es una cultura más centrada en los valores que en los procedimientos. Se venera el documento pero se desprecian los mecanismos. Se trata, en cierto sentido, de una “teoría pura” de la Constitución, que recusa toda pretensión de tratamiento científico de los problemas de la política constitucional. Esta queda abandonada a la política, a las decisiones de quienes pueden –les corresponda o no– decidir. Toda la historia de las llamadas “cuestiones políticas” es la historia de esta brecha insalvable entre el programa y las condiciones concretas para su realización.

Las fórmulas propias del derecho constitucional cobran así el aspecto de proclamas o manifiestos. Pierden su carácter de conclusión o determinación técnica. Las propias leyes constitucionales –o de contenido constitucional– tienden a cobrar el aspecto de propuestas programáticas, carentes de mecanismos o instrumentos esenciales para su implementación. Consagran, por ejemplo, nuevos derechos sin hacerse cargo de los recursos necesarios para su efectivización. Se

---

su representatividad y transparencia funcional?. ¿Cómo ignorar la sensación de zozobra que invade a muchos ciudadanos cada vez que se postula confiar a los acuerdos y pactos entre partidos la gestión de algún aspecto esencial de la vida colectiva, en un contexto de radical desprestigio de los partidos?

(9) Si se revisa la mayor parte de la literatura constitucional reciente, se advierte con claridad el carácter cada vez más marginal que ocupa el estudio de las estructuras del poder.

(10) El programa de apertura a la revolución empírica, planteado por José NICOLÁS MATIENZO en el Centenario y renovado por Segundo V. Linares Quintana desde mediados de los años 50 hasta la actualidad es un programa ni siquiera iniciado y apenas avizorado en el Derecho Constitucional Argentino.

crean, por ejemplo, comisiones bicamerales cuya implementación queda delegada a leyes o reglamentaciones que jamás se harán efectivas. De hecho, la única legislación que prospera parecería ser la que cuenta con el Poder Ejecutivo como sujeto legisferante y motor impulsor que asume la tarea de coordinación de la negociación social, la propuesta y la determinación política final.

En la medida en que el derecho constitucional niega esta realidad y trata en cambio de fortalecer al poder legislativo por la vía de enfatizar su función de control e interdicción, termina negando lo que para cualquier posible juicio público es la función del poder: decidir y hacer. Un parlamento que no decide y hace y que, al mismo tiempo proclama su derecho a controlar y vetar a quienes deciden y hacen, termina bloqueando el sistema y generando una cultura política divorciada de una cultura constitucional.

En este punto, cabe recordar algunas advertencias de la experiencia comparada. En su propuesta de reforma constitucional, la comisión instituida en su momento por François Mitterrand advirtió: *“La experiencia, incluida la de nuestros textos constitucionales, antiguos y recientes, induce a los juristas y los políticos a la prudencia, toda vez que se trate de buscar resultados políticos considerados como deseables, a través de la promulgación de textos normativos. En tal caso, un texto considerado fundamental muere por falta de aplicación; aquel otro, considerado accesorio asume en cambio una importancia capital; otro, produce resultados opuestos a los buscados. Sucede incluso que, por una perversión de los efectos perversos, un texto normativo unánimemente despreciado deviene benéfico”* (11).

Esta sana advertencia es particularmente útil en un país como la Argentina, donde una de las máximas perversiones del sistema es la que lleva tanto a los gobiernos como a sus opositores a pensar que gobernar es legislar. Se olvida así que las leyes nacen para orientar las creencias y los hábitos de los ciudadanos. Se ignora que, sobre todo en el ámbito de la legislación constitucional, las creencias y los hábitos prevalecerán sobre las leyes, desplazando a la Constitución hacia fuera del ámbito de las creencias y los hábitos. ¿No será este acaso el propósito oculto de los poderes fácticos, los intereses establecidos de cualquier índole, incluidos los políticos. Instituir el culto de una Constitución imaginaria y, por lo tanto, imposible, utópica, ajena a las posibilidades, al respeto y al afecto concreto y real de los ciudadanos?

De lo que se trata es de desacralizar la Constitución. De convertirla nuevamente en un instrumento eficiente de transformación de la cultura política, de sus creencias y hábitos operativos. Una Constitución

---

(11) Cit. por REBUFFA, G., *La Costituzione impossibile...*, cit. pág. 18.

capaz de proveer soluciones efectivas a las relaciones entre el derecho, los derechos y el poder. Capaz por tanto, de establecer una relación de interdependencia eficiente entre los poderes y, por esta vía, de interdependencia también efectiva entre el Estado y la sociedad civil.

## FEDERALISMO FISCAL Y SISTEMA FISCAL FEDERAL EN LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL ARGENTINA

POR PABLO MARÍA GARAT

### I. FEDERALISMO FISCAL Y SISTEMA FISCAL FEDERAL. EN TORNO AL TEMA DE LA SUPUESTA SINONIMIA ENTRE "FEDERALISMO Y DESCENTRALIZACIÓN"

El concepto de "federalismo fiscal" puede atribuirse a una elaboración en continuo -en base a "principios" e "hipótesis" (Asensio)- que podríamos ubicar en el tiempo desde el momento en que Charles Tiebout (1956) enuncia su "modelo" hasta la edición del clásico texto "Federalismo Fiscal" de Wallace Oates (1972), todos tributarios de las teorías de Richard Musgrave (1965), y pasando por Stigler, Buchanan y Olson.

En la presentación al libro de Oates (edición 1977) el Profesor Soláns enseña que *"Hacienda local y federalismo fiscal no son expresiones sinónimas....El binomio HACIENDA PUBLICA mas ESPACIO (territorio) conduce a la organización, dentro de un Estado, de distintas unidades de decisión sobre ingreso y gasto público: son las haciendas locales, expresión que, como sugiere el profesor Solé Villalonga, conviene escribir en plural, para recalcar que los hay a varios niveles. El federalismo fiscal- que el lector tampoco deberá confundir con la teoría política del federalismo- se plantea el análisis de las interrelaciones que surgen en el proceso de ingreso y gasto público entre cada una de las haciendas locales.... tanto en sentido horizontal como vertical"*.

Con este razonamiento ya se nos introduce en una cuestión sobre la que volveremos: se trata antes de relaciones entre gobiernos locales y luego de la relación entre estos y el gobierno central, (nacional o federal).

Continúa Soláns proponiendo distinguir *"Dos perspectivas del federalismo fiscal: constitucional y funcional...la fijación de las reglas del juego (fase constitucional) y la del análisis de los efectos de dicho juego (fase funcional)"*.

E hilvanando lo que va de Tiebout a Oates expresa: ***“En un enfoque normativo de la Hacienda pública, las dos preguntas centrales son: ¿qué bienes y servicios públicos deben proveerse y ¿quién debe financiarlos?”***

Tiebout en 1956 creyó que al menos al nivel municipal el principio de la “movilidad” del ciudadano entre distintas localidades según la calidad y costo de tales bienes y servicios, resolvía la cuestión. Con la fórmula de Tiebout se “vota con los pies”, se ha dicho. Es casi una solución de mercado aplicada a los problemas del gobierno y la hacienda pública.

Más allá de su practicabilidad, Tiebout habría abierto el camino para el “teorema de la descentralización” de Oates.

Y Soláns sintetiza: ***“Determinados, bajo el criterio de Pareto, los niveles óptimos de provisión de un solo bien público, siempre será mas eficiente (o por lo menos igual de eficiente) la provisión de dicha cantidad de bien público por cada uno de los niveles descentralizados de hacienda pública que la que pudiera hacer una única hacienda central de cualquier cantidad de dicho bien público repartida uniformemente en todas las jurisdicciones”.***

Ya en el Prólogo de “Federalismo Fiscal”, Oates señala que las crecientes dificultades (habla en 1972) de los gobiernos locales y estatales han generado un renovado interés en las relaciones intergubernamentales. Y afirma que al respecto, la teoría económica del federalismo tiene algo para aportar.

Y aclara: (es necesario un estudio) ***“...que explore lo que la economía enseña sobre la división de las funciones fiscales entre los niveles de gobierno, y que examine el grado en que tales estructuras teóricas pueden explicar la organización y el funcionamiento del sector público de diferentes países”.***

En el primer Capítulo de esta obra, para entrar de lleno al punto nos trae a Musgrave con su clásico resumen: ***“El sector público tiene tres problemas económicos primarios que resolver para que el sistema logre un óptimo de bienestar: conseguir la distribución mas equitativa de la renta (el problema de la distribución); el mantenimiento de un alto nivel de empleo con precios estables (el problema de la estabilización) y el establecimiento de un patrón eficiente en el uso de los recursos (el problema de la asignación). Este último problema incluye incidentalmente el asegurar que la economía lleva a cabo una eficiente asignación de recursos a lo largo del tiempo, o, en otras palabras, una tasa eficiente de crecimiento”.***

Y concluye, en torno a la interdependencia entre estas funciones, que ***“...comparando la fortaleza y debilidad, en términos del cum-***

***plimiento de las tareas de Musgrave, de un sistema fiscal completamente centralizado en relación con un sector público altamente descentralizado... surge un poderoso argumento económico a favor del federalismo, puesto que una estructura federal del sector público permite un mayor éxito en la resolución de los problemas de asignación, distribución y estabilización"***

Se habla pues de federalismo fiscal, de federalismo, de descentralización... y, sin embargo, ¿es ello aplicable a cualquier régimen político constitucional?

Oates aclara liminarmente algo que ha sido olvidado en el debate actual: ***"para un economista las estructuras políticas y constitucionales son menos importantes: lo que es crucial para él es simplemente que existen diferentes niveles de toma de decisiones, cada uno de los cuales determina niveles concretos de provisión de servicios públicos, en gran medida en respuesta a los intereses de los residentes en su área geográfica. A partir de esta definición prácticamente cualquier sistema fiscal es federal o al menos posee elementos federales... Por esta razón un estudio del federalismo fiscal tiene relevancia para casi todos los sistemas fiscales"***.

Y esto creo, justamente, es el problema a debatir en la perspectiva ya no del "federalismo fiscal" sino del federalismo a secas, y en todo caso del sistema fiscal que cada organización política constituida bajo la forma federal de estado decida adoptar.

Otro autor español y catalán como quien prologara la obra de Oates, Albert de Rovira i Mola, (1) enseña que conviene distinguir la coordinación **financiera**; la **fiscal**; la **tributaria** y la **impositiva**.

Así, enseña que ***"... la coordinación financiera -concepto el más amplio y omnicompreensivo- ha de referirse a todas las relaciones recíprocas entre las haciendas estatal, autonómica y local en materia de presupuesto, de ingresos y de gastos. La coordinación tributaria ha de referirse solamente a la estructura, contenido y aplicación de todos los tributos. La coordinación impositiva ha de referirse únicamente a la estructura, contenido y aplicación de los impuestos. La coordinación fiscal, pues, como ámbito intermedio entre la coordinación financiera y la tributaria, ha de referirse a todos los ingresos, esto es tributarios y no tributarios."***

El autor, define a la coordinación como ***"... el conjunto de técnicas que tienden a armonizar las estructuras, las actuaciones y los intereses de los sistemas fiscales del Estado, de las Comunidades***

(1) ALBERT DE ROVIRA I MOLA en "La coordinación financiera estatal, autonómica y local" Barcelona - 1984. Escola d'Administración Pública de Catalunya.

*Autónomas y de las Entidades Locales” y explica que “Aludo a estructuras porque la coordinación ha de ser, en primer lugar, normativa...Menciono las actuaciones porque la coordinación ha de existir también en la aplicación del sistema fiscal por la respectiva Administración, en colaboración o cooperación con los demás. Y me refiero a los intereses porque ... estos intereses deben ser comunes y no contrapuestos”.*

Por último en el pensamiento de este autor, los sistemas de coordinación fiscal *“basculan entre la autonomía y el centralismo”*, o entre los sistemas de *“separación de fuentes”* y los de *“transferencias”*.

Recordemos que el especialista que citamos desarrolla su análisis respecto de España, un *“Estado de Autonomías”* –pero estado unitario al fin– con alto grado de descentralización administrativa y la particularidad constitucional del reconocimiento de los derechos históricos forales de las provincias vascongadas y navarras.

Este claro y preciso encuadre de De Rovira i Mola nos permite plantear varios interrogantes, hoy plenamente vigentes :

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

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

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

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

Así, creemos que en un régimen de estado federal el nombre de la coordinación posible es el de “concertación” o “cooperación”. ¿Y cuál es la diferencia entre estos y aquella?

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

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

Todo esto es aplicable a nuestra realidad y organización constitucional.

En nuestro país nunca se asumió, por todos los niveles de gobierno, el sentido propio de un régimen federal: la **libertad con responsabilidad**.

En un régimen federal este es el verdadero concepto de *correspondencia fiscal*.

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

Por ello, entendemos que el **federalismo** sólo se identifica con la **descentralización** en tanto esta suponga **reconocer derecho a la decisión antes que delegar poder de decisión**.

Y también por ello el **federalismo** es aplicación constante del principio de **subsidiariedad** en sus dos sentidos: como respeto de la libertad del nivel más pequeño (lo que constituye verdaderamente acercar la decisión al destinatario de ella) y como acción subsidiaria (solidaria) cuando ese nivel, por causas objetivas no puede ejercer plena y eficazmente sus libertades y facultades (para atender las necesidades a su cargo).

Esto no es hacer filosofía con ocasión de la materia fiscal (lo que de todos modos no viene mal) sino tratar de proponer un razonamiento básico: si el régimen de coparticipación es sólo una "muleta" de un estado federal "centralizado", en vías de "descentralización", terminará siendo, en el mejor de los casos, un eficiente sistema de **asignación por transferencias** pero nunca un régimen de concertación que respete la libertad con responsabilidad de provincias y municipios, propia de tal estado.

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

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

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

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

## II. EL SISTEMA FISCAL FEDERAL ARGENTINO ORIGINARIO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la primera época de la organización constitucional, y hasta fines del siglo XIX, el Gobierno Federal respetó la cláusula del artículo 4° de la Constitución Nacional, sin recurrir a las "contribuciones" (impuestos) para atender sus necesidades fiscales.

Veamos este cuadro:

### Recursos del gobierno nacional en porcentaje

	1865	1870-80	1895	1920	1930
1. Comercio Exterior	94,6	89,3	74,3	60,2	59,3
2. Resto	5,4	10,7	25,7	39,8	40,7

Así, entre 1853 y 1891, hay un primer período de clara **separación de fuentes** que se modifica cuando, por la crisis económica de 1890/91, el Gobierno Federal establece *impuestos internos* en todo el territorio nacional.

Se manifiesta a partir de allí un predominio del sistema de **conurrencia de fuentes** "de hecho" hasta la crisis mundial del 29/30 que lleva al Gobierno Federal a apropiarse de fuentes invocando el 67 inc. 2 de la Constitución Nacional, asumiendo no sólo la facultad de las Provincias en materia de impuestos *directos*, sino también competencias, funciones y la prestación de servicios que correspondían a aquellas, consolidándose un proceso creciente de centralización.

En este punto corresponde detenernos en una referencia a la interpretación de los artículos 4° y 67, inciso 2 de la Constitución Nacional hasta la reforma de 1994 en cuanto a si las "**contribuciones...**" a que se refiere el artículo 4° son las "**contribuciones directas**" del ex artículo 67, inciso 2 o las "**contribuciones indirectas**" que dicha norma no contemplaba como fuente del Tesoro Nacional pero que el Gobierno Federal hizo suya.

Como bien explica Catalina García Vizcaíno en su obra clásica "Los tributos frente al federalismo" : *"...sostenemos que desde un punto de vista estrictamente jurídico es correcta la posición de Jarach. Advierte el mencionado autor cierto paralelismo entre los artículos 4 y 67 de la Constitución Nacional, entendiendo que el primero se refiere a las fuentes de ingresos del Tesoro Nacional, mientras que el segundo se relaciona con iguales recursos para atribuirlos a la competencia del Congreso. Fundamenta su postura en las palabras pronunciadas por Gorostiaga en la Convención, y en la tesis que dice expuesta con posterioridad por Alberdi; de ello se infiere que la Nación no tiene facultades en materia de impuestos indirectos."* (2)

Más allá de las discusiones doctrinarias en torno a la clasificación entre impuestos o "**contribuciones**" *directas* e *indirectas* así como respecto a si debe interpretarse (como lo hacemos siguiendo a los autores citados) que los artículos 4 y 67, inciso 2 de la Constitución Nacional solamente contemplaban las llamadas contribuciones *directas* reservando las *indirectas* como exclusivas de las Provincias, lo cierto es que el Gobierno Federal se apropió de ellas desde 1891; que la Corte Suprema convalidó ello, en su oportunidad (3) y, finalmente,

---

(2) GARCÍA VIZCAÍNO, CATALINA; *Los tributos frente al federalismo*; Ediciones Depalma; Buenos Aires, 1975.

(3) "*Sociedad Anónima Mataldi, Simón Limitada c/ Provincia de Buenos Aires*"; 28 de septiembre de 1927; Fallos: 149:260. *"...Que los antecedentes de doctrina y jurisprudencia sobre la cuestión propuesta deciden que, en general, los atributos indirectos al consumo interno, o sean los impuestos aludidos, pueden ser constitucionalmente establecidos por la Nación y por las provincias, en ejercicio de facultades concurrentes y sin óbice alguno determinado por incompatibilidades de orden institucional. El poder impositivo del gobierno central a este respecto, así como la potestad concurrente de los estados para*

que la reforma de 1994 amplió el ex artículo 67, inciso 2 (ahora 75, inciso 2) para incorporar formalmente a ambos tipos de contribuciones como fuentes concurrentes entre el Gobierno Federal y las Provincias (y también la Ciudad Autónoma de Buenos Aires agregamos nosotros, por interpretación integral del mismo 75, inciso 2).

Concretado y admitido como en consonancia con la interpretación constitucional el ejercicio de facultades concurrentes sobre las contribuciones indirectas, aparecía el problema previsto en el mismo fallo citado por el Alto Tribunal en cuanto al alcance y posible agravio de la doble imposición respecto de los contribuyentes.

Es entonces que, a partir de 1935 se sancionó unilateralmente por el Congreso de la Nación el primer régimen de coparticipación impositiva a través de la ley 12.139, con vigencia desde el 1/01/1935 que concreta la unificación de los Impuestos Internos y se proponía como una "ley convenio" ya que preveía la adhesión de las Provincias.

Es decir que la coparticipación no se adoptó por primera vez como mecanismo de coordinación impositiva, ni como instrumento para la distribución o redistribución de tributos propios de las Provincias y del Gobierno Federal, sino como un mecanismo de asignación y compensación por la detracción de recursos tributarios que el Gobierno Federal efectuaba en detrimento de las Provincias, aún cuando ello

---

*establecer los mismos gravámenes sobre la misma materia imponible se ha derivado de la inteligencia atribuida a la cláusula del art. 4 CN. ..., interpretándose por consideraciones de orden jurídico y fundamentos de carácter económico, que si bien dicha cláusula no encierra una delegación de poder expreso a favor de la Nación contiene la facultad implícita de crear y percibir los referidos impuestos federales al consumo (Fallos: 121:264), los que tiene ya, sobre la sanción legal, la consagración de los hechos en el largo período de su funcionamiento, en el que se han seguido como renta fiscal, el constante progreso del país en los diversos órdenes de su actividad económica y constituyen en la actualidad una fuente de recursos de que a la Nación acaso no le fuera dado prescindir sin afectar fundamentalmente su situación financiera.*

*Que la facultad constitucional de la Nación relativa a estos impuestos, sea cual fuere la amplitud que se le asigne, no tiene sin embargo, los caracteres de exclusividad con que se le han acordado otros, tales como los referentes a la organización tributaria aduanera, derechos de importación y de exportación, renta de Correos, etc., con relación a los cuales existe la delegación expresa de poderes que no comprende el gravamen de los consumos internos, debiendo deducirse, en consecuencia, que las provincias conservan al respecto virtuales facultades impositivas y pueden ejercitarlas en concurrencia con las de la Nación, dentro del alcance y con las limitaciones determinadas por la ley fundamental.... Antonio Bermejo.- José Figueroa Alcorta.- Roberto Repetto.- Ricardo Guido Lavalle" (la negrita nos corresponde).*

hubiese sido convalidado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Este tipo de normas mereció desde un primer momento la tacha de inconstitucionalidad por parte de importantes tratadistas, así como la aceptación de otros no menos prestigiosos. (4)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, solamente abordó la cuestión "*obiter dictum*" en el fallo "*Madariaga Anchorena, Carlos Juan s/ demanda de inconstitucionalidad*" (Fallos: 280-297) admitiendo la constitucionalidad de dicho tipo de acuerdos.

Entre 1935 y 1973, tanto los gobiernos constitucionales como los de "facto" mantuvieron el sesgo centralista y agudizaron el proceso de desfederalización, más allá de la materia fiscal.

En 1973, la ley **20.221**, trató de transformar a la coparticipación en un mecanismo de coordinación impositiva con efectos redistributivos, para lo cual adoptó el sistema de distribución secundaria en base a parámetros que tenían en cuenta la situación de las Provincias menos desarrolladas (5).

Sin embargo, esta ley consolidó el avance del Gobierno Federal sobre las contribuciones directas, con lo cual pareció agudizarse la mutación desde el sistema de separación y concurrencia de fuentes hacia el de coparticipación con tendencia al de asignaciones incondicionadas y condicionadas (éstas últimas bajo la forma de *impuestos con afectación específica*, o transferencias de la misma naturaleza).

---

(4) DINO JARACH; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA; GERMÁN BIDART CAMPOS. A favor de su constitucionalidad: CARLOS MARÍA GIULIANI FONROUGE; HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE. Ver: CASÁS, JOSÉ O.; *El Federalismo Fiscal, evolución histórica.*; en "*El federalismo Fiscal a partir de la reforma constitucional*". Criterios Tributarios; Buenos Aires, 1995.

(5) Así, la ley convenio **20.221** establece: "**Art. 3º.**- La distribución entre las provincias adheridas del monto que resulte por aplicación del artículo 2º, inciso b) se efectuará de acuerdo con el siguiente criterio: a) Directamente proporcional a la población, sesenta y cinco por ciento (65%); b) En proporción per cápita a la brecha de desarrollo entre cada provincia y el área más desarrollada del país, siempre que la provincia no pertenezca a dicha área, veinticinco por ciento (25%); y c) A las provincias que no tengan densidad de población superior al promedio del conjunto de provincias, y en proporción a la diferencia entre la densidad de población de cada provincia y dicho promedio, diez por ciento (10%). **Art. 4º.**- A los efectos de la aplicación del inciso b) del artículo 3º, se entiende como brecha de desarrollo de cada provincia a la diferencia porcentual entre su nivel de desarrollo y el correspondiente al área que comprende a la Capital Federal y a la provincia de Buenos Aires. Para la determinación del nivel de desarrollo de cada provincia, se aplicará el promedio aritmético simple de los siguientes índices: a) Calidad de la vivienda, según surja del último Censo Nacional de Viviendas; b) Grado de educación de los recursos humanos, según surja del último Censo Nacional de Población; y c) Automóviles por habitante, correspondientes al año del último Censo Nacional de Población".

En 1984, al vencer el régimen de la ley 20.221, bajo la forma de convenios financieros transitorios, se admite un sistema de asignaciones durante 1985, 86 y 87.

A partir del 1° de Enero de 1988 rige un "**régimen transitorio de distribución de recursos fiscales entre la Nación y las Provincias**" (artículo 1° de la ley 23.548) que, bajo la forma de *ley convenio*, organiza el sistema de coparticipación federal pero admitiendo - ahora más claramente - el avance del Gobierno Federal sobre facultades tributarias de las Provincias y un criterio de "porcentajes fijos" en lugar de los parámetros de la ley 20.221, tornando el régimen menos racional.

Antes de continuar dos reflexiones sobre el título de esta ley:

a) se trata formalmente de un régimen transitorio que lleva 20 años de vigencia efectiva y que, además, toda vez que fue modificado por acuerdo, también transitorio, del Gobierno Federal y las Provincias lo fue en detrimento de éstas últimas, tanto respecto de los recursos percibidos como del ejercicio de sus atribuciones constitucionales en materia de fuentes tributarias.

b) se consolida el término "Nación" para referirse al "Gobierno Federal" desnaturalizando el lenguaje jurídico en general -y constitucional en particular- que expresamente reserva dicha denominación solamente para la "*formación y sanción de las leyes*" (art. 35, CN). A partir de 1994 dicha equivocidad se consagra en la redacción del artículo 75, inciso 2 "*...acuerdos entre la Nación y las Provincias...*"; todo como si la "Nación" fuere algo distinto de la reunión de todas las Provincias por voluntad de ellas mismas para "*constituir la unión nacional*" (Preámbulo de la Constitución Nacional).

A partir de 1989, ocurre un fenómeno singular: el Gobierno Federal inicia un proceso de devolución de competencias a las Provincias en materias concurrentes como la atención de la salud y la educación, pero no renuncia al ejercicio de facultades tributarias en materia de contribuciones *directas* ni propicia la vuelta a un sistema de separación y concurrencia de fuentes. Ni tampoco se modifica la ley convenio para ampliar las atribuciones de las Provincias en materia de ejercicio del poder de imposición sino que -en sentido opuesto- los "pactos fiscales" restringen aún más dicho poder ahora en relación con los tributos que las reglas de armonización tributaria de la ley convenio 23.548 habían mantenido como locales y compatibles con el régimen general de distribución.

Las Provincias admiten esto y sólo reclaman que la "transferencia" de servicios sea acompañada de la "transferencia" de recursos para atenderla. Esto era razonar como si el nuestro fuera un régimen uni-

tario con descentralización administrativa y sistema de asignaciones (transferencias) condicionadas.

Las urgencias monetarias del déficit fiscal del Gobierno Federal, atribuido al déficit previsional y al crecimiento de la deuda externa, pretendieron justificar la violación reiterada de la ley 23.548 que en 1992 llevó la relación de la distribución primaria original del 48,5% para el Gobierno Federal y el 48,5% para las Provincias a un 58% y un 42,6% respectivamente en forma aproximada. (Las diferencias corresponden al Fondo de Aportes del Tesoro Nacional).

Esta crisis fiscal y política se resolvió, provisoriamente, con el **Acuerdo Fiscal Federal del 12 de Agosto de 1992 (ley 24.130) y el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de Agosto de 1993.**

Sin embargo, las Provincias temían nuevas violaciones al sistema, a partir del crecimiento de las que se proyectaban como las dos funciones principales del Presupuesto Nacional : el sistema previsional (con su déficit consecuente) y el servicio de la deuda externa por lo cual, en lugar de reclamar la reasunción de las competencias que les correspondían conforme a la Constitución de 1853/60, tanto en materia de servicios como tributarias, admitieron definitivamente el sistema de coparticipación con garantía constitucional.

Complementariamente, la evolución del derecho público provincial fue receptando crecientemente la doctrina de la autonomía municipal, extendida al campo tributario. Ello incluso hasta el exceso de multiplicar los impuestos locales bajo el ropaje de tasas por retribución de servicios, en lugar de mejorar la "performance" en materia de, por ejemplo, la recaudación del impuesto inmobiliario o el establecido sobre la radicación de automotores.

Así, mientras las Provincias pretendían poner un freno al avance de los requerimientos del Tesoro Nacional mediante la "constitucionalización" de la coparticipación, los municipios pugnaban por el reconocimiento de sus potestades tributarias como derecho originario y no derivado.

La convención de 1994, receptó estas cuestiones y el consenso en torno a ellas y reconoció la autonomía municipal –aún en su aspecto "*financiero*"– en el nuevo artículo 123° y el sistema de coparticipación federal en el nuevo artículo 75 inc. 2. Sin embargo, como veremos, dejó la puerta abierta a la detracción del mismo a través de la facultad reconocida al Gobierno Federal por el inciso 3. del mismo artículo para "*establecer asignaciones específicas de recursos coparticipables*".

Con ello, la posibilidad de nuevos conflictos y desequilibrios quedaron abiertas.

Pero, aún más, la falta de acuerdos políticos para la reforma del régimen transitorio de la ley 23.548, el incremento de los dos factores de riesgo de todo equilibrio a alcanzar : el gasto previsional y el servicio de la deuda, más la indefinición respecto de cómo atender los derechos del nuevo sujeto de la relación federal: la **Ciudad de Buenos Aires**, llevaron el debate al plano de las prórrogas reiteradas del "status" alcanzado: por una parte, el mantenimiento del régimen del impuesto a las ganancias en favor del Gobierno Federal que obtiene así la permanencia de un tributo excepcional y, a cambio de ello, la "garantía" a las Provincias del "piso" de coparticipación alcanzado en el Acuerdo Federal Fiscal de 1992.

Esto acreditó varios supuestos:

a) A pesar de que la reforma constitucional de 1994 ratificó el carácter excepcional de la recurrencia a las contribuciones directas por parte del Gobierno Federal, el sistema parece dirigirse en dirección contraria.

b) Para las Provincias parecía más seguro garantizarse una asignación bajo forma de "piso coparticipable" que apostar a un nuevo esquema de administración tributaria.

c) El déficit previsional y el crecimiento de la deuda impedían (y siguen impidiendo ya que el actual superávit del sistema previsional se sostiene en las asignaciones específicas de recursos coparticipables fundamentalmente) al Gobierno Federal todo acuerdo con las Provincias, que no asegure la atención de estas funciones presupuestarias a su cargo.

Hoy, jurídicamente, el régimen se apoya precariamente en:

a) el artículo 15° de la ley 23.548 que establece la prórroga automática de su vigencia "*ante la inexistencia de un régimen sustitutivo del presente*".

b) El **Acuerdo Fiscal Federal del 12 de Agosto de 1992** ratificado por la ley 24.130, y las sucesivas leyes y nuevos "acuerdos"; "pactos" y "compromisos" -con sus consiguientes leyes ratificadoras por el Congreso de la Nación y las de adhesión de las Provincias- que lo fueron prorrogando y ampliando, constituyendo lo que se denomina hoy como marco jurídico del sistema: **la ley convenio 23.548, sus complementarias y modificatorias**, para evitar dejar fuera del análisis alguna norma de este "laberinto" en que se ha transformado nuestro régimen jurídico de coparticipación federal. Dichos acuerdos y leyes son:

b.1) **El Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento**, firmado entre las máximas autoridades provinciales y el Gobierno Federal el 12 de Agosto de 1993.

b.2) **Decreto 1807/1993**, del PEN, dictado el 27 de Agosto de 1993, publicado en el Boletín Oficial el 2 de Septiembre del mismo año, instruyendo al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y al Banco de la Nación Argentina para que en sus respectivos ámbitos apliquen el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento.

b.3) **Ley 24.307** (sancionada el 23 de Diciembre de 1993; promulgada parcialmente por Decreto 2660 del 27 de Diciembre de 1993 y publicada en el Boletín Oficial el 30 de Diciembre de 1993) de Presupuesto General de Gastos y Cálculo de Recursos de la Administración Pública Nacional para el ejercicio 1994, que autorizó al Poder Ejecutivo Nacional "*...a modificar de la presente las partidas presupuestarias necesarias a efecto de dar cumplimiento y ratificar el Acuerdo suscripto el 12 de agosto de 1993 entre el Gobierno nacional y las provincias de: Buenos Aires, Chaco, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Rioja, La Pampa, Mendoza, Misiones, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Tucumán, Corrientes y Santiago del Estero, como así también los que se lograren suscribir con posterioridad a la sanción de la presente, con las restantes provincias argentinas, autorizase también la ratificación de los acuerdos firmados en el marco del presente artículo*".

b.4) **Decreto 14/1994** del PEN dictado el 6 de Enero de 1994 publicado en el Boletín Oficial el 25 de Enero de 1994, ratificando el citado compromiso celebrado entre el Gobierno Federal y las Provincias.

b.5) **Ley 24.699** del 25 de Septiembre de 1996, publicada en el Boletín Oficial el 27 de Septiembre de 1996, cuyo artículo primero estableció: "*Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 1998 el plazo para el cumplimiento de las cláusulas del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993*".

b.6) **Ley 25.063** sancionada el 7 de Diciembre de 1998 y publicada en el Boletín Oficial el 30 de Diciembre de 1998, cuyo artículo 11 dispuso modificar la fecha de vencimiento del Pacto, llevándola al 31 de diciembre de 1999.

b.7) "**Compromiso Federal del 6 de Diciembre de 1999**" ratificado por **ley 25.239** del Congreso de la Nación, sancio-

nada el 15 de Diciembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial el 30 de Diciembre de 1999.

b.8) **Ley 25.239**, sancionada el 29 de Diciembre de 1999 y publicada en el Boletín Oficial el 31 de Diciembre de 1999, que dispone una amplia reforma tributaria. En su artículo 1º dispuso *“Ratifícase, en lo que es materia de competencia del Congreso Nacional, el acuerdo suscripto por Gobernadores en ejercicio y Gobernadores electos de las provincias, con fecha 06 de diciembre de 1999, con el nombre de COMPROMISO FEDERAL y que como anexo I, forma parte integrante de la presente”*. Y con relación a los pactos anteriores estableció: **Título XIV: Prórroga del Pacto Fiscal Federal** *“Art. 17: Prorróganse los plazos establecidos en la Ley 24.699, que se cumplían al 31 de diciembre de 1999, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 25.063, hasta el 31 de diciembre del año 2001 o hasta que entre en vigencia el Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos, que reemplace al instituido por la Ley 23.548 y sus disposiciones complementarias y modificatorias, lo que ocurra primero”*.

b.9) **“Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”** ratificado por el Congreso de la Nación mediante **ley 25.400** sancionada el 7 de Diciembre de 2000 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de Enero de 2001, cuya Cláusula CUARTA establece: *“Proponer al Honorable Congreso de la Nación prorrogar por el plazo de CINCO (5) años la vigencia de las siguientes leyes, siempre que, con anterioridad no se sancione la ley de Coparticipación Federal que establece el art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional:... Ley 24.919 (prórroga de Ganancias Ley 25.239 y de la Ley 24.699)...”*.

b.10) **Ley 25.400** que ratificó dicho acuerdo dispuso: *“Art. 3º: Prorrógase hasta el 31 de diciembre de 2005 o hasta la sanción de la Ley de Coparticipación Federal que establece el artículo 75 inciso 2º de la CONSTITUCION NACIONAL, la distribución del producido de los impuestos prevista en las Leyes 24.977, 25.067, 24.464, 20.628 (t.o. 1997 y sus modificatorias), 23.966 (t.o. 1997 y sus modificatorias), 24.130, 24.699, 24.919, 25.063, 25.082 con suspensión de su artículo 3º, 25.226 y 25.239 conforme al artículo 75 inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL”*.

b.11) **“Acuerdo Nación – Provincias sobre relación financiera y bases de un régimen de coparticipación fede-**

**ral de impuestos**" del 27 de Febrero de 2002, ratificado por **ley 25.570**, sancionada el 10 de Abril de 2002 y publicada en el Boletín Oficial el 10 de Mayo de 2002.

b.12) **Ley 25.570** dispuso: *"Artículo 1º.- Ratifícase el "ACUERDO NACION-PROVINCIAS SOBRE RELACION FINANCIERA Y BASES DE UN REGIMEN DE COPARTICIPACION FEDERAL DE IMPUESTOS" celebrado entre el ESTADO NACIONAL, los ESTADOS PROVINCIALES y la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, en la Ciudad de Buenos Aires el 27 de febrero de 2002, que consta de TRECE (13) artículos, cuya fotocopia autenticada como Anexo I forma parte de la presente ley.*

b.13) **Ley 26.078**, sancionada el 22 de Diciembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial el 12 de Enero de 2006 de Presupuesto General de la Nación correspondiente al Ejercicio **2006**. Atento el vencimiento de los plazos arriba prorrogados, mediante la inclusión de un artículo en esta norma se estableció: *"ARTICULO 76.- Prorrógase durante la vigencia de los impuestos respectivos, o hasta la sanción de la Ley de Coparticipación Federal que establece el artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional, lo que ocurra primero, la distribución del producido de los tributos prevista en las Leyes Nos. 24.977, 25.067 y sus modificatorias, Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y sus modificatorias), 24.130, 23.966 (t.o. 1997 y sus modificatorias), 24.464 - artículo 5º -, 24.699 y modificatorias, 25.226 y modificatorias y 25.239 - artículo 11-, modificatoria de la Ley Nº 24.625, y prorróganse por cinco años los plazos establecidos en el artículo 17 de la Ley Nº 25.239".*

a) Además del régimen general de la ley convenio 23.548, sus complementarias y modificatorias, el sistema se completa con los denominados **"regímenes especiales"** de las leyes convenio **23.966** sancionada el 1 de Agosto de 1991 y publicada en el Boletín Oficial el 20 de Agosto de 1991 con sus respectivas complementarias y modificatorias, destinada sustancialmente al financiamiento previsional, cuyo **"Título Tercero"** establece el **"IMPUESTO SOBRE COMBUSTIBLES LIQUIDOS Y EL GAS NATURAL"**, distribuyéndose entre el Tesoro Nacional, las Provincias y el Fondo Nacional de la Vivienda a partir del 01/01/1996 un 29%, 29% y 42% respectivamente. A su vez, el porcentaje destinado a las Provincias se distribuye, conforme al artículo 20 de la siguiente manera: *"a) El SESENTA POR CIENTO (60%) por acreditación a las cuentas de cada uno de los organismos de vialidad de las provincias en función de los porcentuales*

*de distribución vigentes para la coparticipación vial que fije el CONSEJO VIAL FEDERAL, de acuerdo a la distribución prevista en el artículo 23 del Decreto Ley N° 505/58. b) El TREINTA POR CIENTO (30%) se destinará a cada una de las provincias en función de los porcentuales de distribución vigentes al artículo 3º, inciso c) y artículo 4º de la Ley N° 23.548 con afectación a obras de infraestructura de energía eléctrica y/u obras públicas. c) El DIEZ POR CIENTO (10%) restante será destinado al FONDO ESPECIAL DE DESARROLLO ELECTRICO DEL INTERIOR (FEDEI), que será administrado por el CONSEJO FEDERAL DE LA ENERGIA ELECTRICA, dependiente de la SECRETARIA DE ENERGIA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, y se aplicará para lo establecido en el artículo 33 de la Ley N° 15.336. El Consejo Federal distribuirá los fondos en función a los índices repartidores vigentes o a los que ese Consejo Federal determine en el futuro”.*

Se trata de una ley convenio porque así lo dispone su artículo 22.

Finalmente la ley **24.464** sancionada el 8 de Marzo de 1995 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de Marzo de 1995, que establece el **Sistema Federal de la Vivienda** es también una ley convenio conforme a lo dispuesto por su artículo 8, como asimismo las leyes **15.336** y su complementaria **24.065** en materia de Régimen Federal de Energía Eléctrica, estas últimas con matices doctrinarios en relación con su interpretación que no es el caso considerar aquí.

Debe tenerse en cuenta que, en todos los casos, además de la ley nacional ratificatoria de los respectivos “acuerdos”, “pactos” y “compromisos” –tanto respecto del régimen general como de los regímenes especiales– debe contarse con las respectivas normas de adhesión provinciales –mediante el procedimiento que cada ordenamiento jurídico local contemple– en tanto la ley convenio solo puede ser modificada por acuerdo de partes, con todas las consecuencias jurídicas que la ausencia de ello puede acarrear.

Esta fría descripción del llamado “laberinto de la coparticipación” por el profesor Richard Bird durante una visita a nuestro país, pensamos que exhibe el verdadero orden de la realidad y de las conductas en relación con esta cuestión.

En esta perspectiva histórica, y después de haber considerado el tema del “federalismo fiscal” y efectuado las distinciones terminológicas que nos parecen imprescindibles, hemos de abordar la cuestión de la “Coparticipación” con un enfoque más integral: **¿Qué es pues la coparticipación?, o, al menos, ¿Qué ha sido entre nosotros?**

Requiriéndose el análisis interdisciplinario también cabe advertir que la preeminencia del enfoque parcial de alguna de las ciencias involucradas –particularmente el derecho, la economía y las finanzas públicas– puede conspirar contra el arribo a buen puerto de un aporte integral.

Sin perjuicio de ello, los especialistas del derecho tenemos la obligación de difundir el resultado de nuestra propia reflexión académica y, en tanto sea posible, hacerlo teniendo en cuenta los aportes difundidos desde las otras disciplinas y aún la experiencia de las circunstancias políticas y económicas que han constituido el marco circunstancial de la evolución del debate sobre la cuestión entre nosotros.

Y para comenzar, entonces: la llamada “coparticipación federal” o “coparticipación” a secas es, por lo menos y al mismo tiempo:

a) **uno de los cinco sistemas clásicos para coordinar el ejercicio del poder de imposición en estados unitarios o federales.**

Los otros son: separación de fuentes; concurrencia de fuentes; cuotas adicionales y transferencias condicionadas o incondicionadas. Para entender este primer punto baste señalar que, conforme al texto originario de la Constitución Nacional nuestra organización federal adoptó los sistema de separación y concurrencia de fuentes, en tanto sus artículos 4 y 67, inciso 2 preveían que las contribuciones o derechos del comercio exterior eran exclusivos del Gobierno Federal, mientras que las contribuciones internas, directas o indirectas correspondían a las Provincias (separación de fuentes). Excepcionalmente, cuando *“la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”* se admitía que el Gobierno Federal estableciera también contribuciones directas (según la más extendida interpretación de la Constitución Nacional) y también indirectas (sin la exigencia formal antedicha, según interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (–Fallos: 149:260–), (concurrencia de fuentes). El abuso por parte del Gobierno Federal en el ejercicio del sistema de **concurrencia** derivó en la adopción constitucional en 1994 del sistema de **coparticipación** y el posterior avance reiterado desde dicho nivel gubernamental sobre éste pareciera conducir a la adopción del sistema de transferencias condicionadas (vgr. ley 26.075 llamada de “financiamiento educativo”) conviviendo con los otros tres sistemas.

b) La coparticipación es –particularmente y junto con el Presupuesto General de la Nación– el más importante mecanismo de **asignación de recursos públicos para la ejecución de las políticas de estado (supuesto que ellas se encuentren definidas) o la satisfacción de necesidades públicas explícitas**

**o implícitas.** Esto no solamente es consecuencia de cómo se redistribuye la renta tributaria federal sino también por la recurrencia del Gobierno Federal al procedimiento previsto en el artículo 75, inciso 3 de la Constitución Nacional (antes de la reforma de 1994 utilizado igualmente en el límite de la constitucionalidad) para asignar específicamente todo o parte de los recursos coparticipables. Asimismo, y para demostrar este aserto cabe recordar el nuevo texto del artículo 75, inciso 8 de la Constitución Nacional que remite explícitamente al inciso 2 del mismo artículo a fin de exigir la correlación efectiva entre el sistema de coparticipación federal y las leyes de presupuesto nacional, que deben expresar el “...*programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas*” “*conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo*”. Dichas “*pautas*” hacen referencia a la equidad y solidaridad regional y a dar “*prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*”.

- c) Por lo anterior, la coparticipación es un indudable mecanismo de **redistribución vertical y horizontal de la renta tributaria federal** entre el Gobierno Federal y las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de éstas entre sí. En efecto, a través de los procedimientos de las llamadas “distribución primaria” y “distribución secundaria” la “masa coparticipable” se ha redistribuido antes que en proporción a las “competencias servicios y funciones” a que hace referencia el nuevo artículo 75, inciso 2 de la Constitución Nacional, o a lo que cada jurisdicción aporta, conforme a criterios que varían según los acuerdos alcanzados en las denominadas “leyes convenio” o en los “pactos fiscales” que las han modificado provisoriamente. Tal redistribución ha operado verticalmente a favor del Gobierno Federal para atender el déficit previsional –a partir de su reforma en los años 90– y el servicio de la deuda pública consecuente, y horizontalmente entre las Provincias y la CABA a favor de las menos desarrolladas, a partir de los principios de solidaridad y equidad federal.
- d) En esta perspectiva, además, la “coparticipación” ha sido también el **marco jurídico para ajustar** –con pretendido fundamento en la “emergencia económica” que ha desplazado al orden jurídico constitucional desde la crisis de 1890– **la distribución de la renta tributaria federal a las necesidades del Tesoro Nacional.**
- e) La llamada “coparticipación” constituye, por otra parte, el sistema por el cual el Gobierno Federal y las Provincias acuerdan

también (especialmente éstas últimas) normas de **armonización tributaria**, eufemismo en la práctica que ha implicado la autolimitación en el ejercicio de potestades tributarias originarias propias de los sistemas de separación y concurrencia de fuentes. En otro sentido constituye también la oportunidad para coordinar la administración tributaria federal de los recursos coparticipables, lo que aún no se ha logrado sino parcialmente.

- f) Finalmente la coparticipación ha sido considerada (particularmente por ciertos organismos multilaterales de crédito) como el sistema por el cual se limitaría –mediante la adopción de diversas pautas de armonización tributaria y otras restricciones a la autonomía local– el denominado “gasto público improductivo” de las Provincias, a pesar de no disminuir correlativamente su responsabilidad en el ejercicio de las competencias relacionadas con las necesidades públicas prioritarias como la salud, la educación y la promoción del empleo, entre las más relevantes.

### III. EL SISTEMA DE COPARTICIPACIÓN FEDERAL EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE 1994. ¿TIENE COHERENCIA INTERNA?

Antes de intentar responder a esta delicada cuestión, que nos lleva inevitablemente a preguntarnos además –y otra vez– acerca de si el sistema de coordinación impositiva de coparticipación resulta sin más compatible con un régimen federal, nos parece necesario referirnos a la cuestión del poder de imposición en relación con todo ello.

El **poder de imposición** es parte del poder de “imperium” del gobierno a todos los niveles y conforme a la distribución de competencias que el respectivo ordenamiento constitucional haya establecido. En un estado federal este poder de imposición se encuentra distribuido entre los miembros de la federación, reconocidos como tales, con la finalidad –teórica– de que el ejercicio del mismo se corresponda con el de las demás competencias que deben atender con los recursos que a su nivel obtengan.

Este poder de imposición comprende las atribuciones para **crear, modificar, sustituir, eliminar, eximir, asignar y administrar** los recursos tributarios obtenidos por su ejercicio respetando el principio de legalidad –universalmente aceptado– por el cual “no hay tributo sin ley”.

Cuando para coordinar el ejercicio de este poder en un estado federal se recurre a alguno de los sistemas que ya hemos enunciado (separación de fuentes; concurrencia de fuentes; cuotas adicionales; coparticipación y transferencias condicionadas o incondicionadas) muchas veces solamente se tiene en cuenta el resultado económico - financiero de tal

coordinación; o dicho de otro modo: lo que se obtiene efectivamente a cada nivel de gobierno a través de la *distribución coordinada*.

Sin embargo, desde un enfoque estrictamente jurídico debe señalarse que todas y cada una de aquellas atribuciones, cuando no son debidamente coordinadas pueden conducir a un resultado económico-financiero muchas veces contradictorio con el que se habría "acordado" mirando solo el reparto de la renta tributaria federal.

Entre nosotros veremos que la falta de coordinación adecuada al respecto contribuye, junto con la falta de acuerdo sobre el ejercicio de las competencias concurrentes no tributarias, a la rémora en el dictado de una nueva ley convenio de coparticipación y al proceso de desfederalización evidente en que se encuentra la Argentina

Baste señalar por ahora que del nuevo texto constitucional no se deduce con la precisión necesaria en materia tan delicada, a quien le corresponderá la atribución para crear, modificar, sustituir, eliminar, o eximir impuestos ("contribuciones") directos o indirectos una vez que fuere sancionada y aprobada la nueva ley convenio (6).

---

(6) En la causa "El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires"; Fallos 324:4226 del 7 de Diciembre de 2001, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: "9... *asume tal calidad la eventual violación, por parte de una provincia, del compromiso de abstenerse de ejercer la función legislativa en facultades impositivas propias, aunque esa transgresión pueda también exteriorizarse como un conflicto entre dos leyes locales. En efecto, la Constitución Nacional establece la imperativa vigencia del esquema de distribución de impuestos previsto en la ley-convenio, sancionada por el Estado Nacional y aprobada por las provincias, la que "no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada", de modo que una hipotética transgresión a la ley local de adhesión -y, por ende, a dicha norma federal-, se proyecta como una afectación de las nuevas cláusulas constitucionales, sin que en ello incida el carácter local de la norma mediante la cual pudiera efectivizarse la alteración del sistema vigente en el orden nacional*". Comentando este fallo señala Rodolfo Spisso que: "La extensa regulación que el art. 75 incs. 2 y 3 CN. hace del sistema de coparticipación tributaria que se refiere a la formación de la voluntad contractual, a la distribución de los fondos coparticipados..., *ha omitido consignar el compromiso por parte de las provincias de abstenerse en forma parcial de ejercer su potestad tributaria, lo que hace a la esencia del sistema conforme las distintas leyes que se han venido dictando desde la sanción de la ley 12.139 de Unificación de Impuestos Internos al Consumo. Al mencionar la eventual violación a esa abstención que no viene impuesta por la Constitución en forma expresa, sino por la ley federal que instituye el sistema y por las leyes locales de adhesión como un supuesto que se proyecta como una afectación al sistema, el tribunal cintero está reconociendo que la inhibición por parte de los gobiernos locales de ejercer la potestad tributaria respecto de tributos análogos a los nacionales coparticipados hace a la esencia del régimen, y suscita cuestión constitucional, aunque el compromiso venga instituido en la ley y no en el texto de la ley fundamental.*" (SPISSO, RODOLFO, Lexis Nexis n° 20023633 del 07/ 08/ 2004).

Con el marco actual de las leyes convenio **23.548, 23.966, 24.065 y 24.464** resulta evidente que tales atribuciones han quedado en cabeza del Gobierno Federal exclusivamente, salvo para la Provincia que “denuncie” el convenio formalmente y reasuma tales atribuciones (supuesto que tal denuncia fuere admitida, sobre lo cual tampoco hay coincidencia en la doctrina).

Pero, ¿puede hacer esto una Provincia y aún la Ciudad de Buenos Aires desde el estricto enfoque jurídico constitucional. Si la respuesta es negativa entonces el sistema de distribución de fuentes originario de la propia Constitución -que la reforma de 1994 no ha querido eliminar- habría fenecido y solamente se admitiría el de la coparticipación. Y entonces cabría preguntarse además que ocurriría con la Provincia que no apruebe la nueva ley convenio: ¿carecería de poder de imposición sobre las contribuciones distribuidas por los nuevos regímenes?

Y si la respuesta, por el contrario, es afirmativa, ¿cómo quedaría la situación del contribuyente frente al fisco si desde dos niveles de gobierno se le exige el mismo tributo?. ¿Se trataría solamente de un problema de superposición tributaria que sería admisible en el límite del respeto al principio de no confiscatoriedad, receptado por la propia Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte?

Pero, aún mas, como también veremos más abajo, si como consecuencia de la nueva ley convenio la situación de las Provincias y la CABA se mantiene como actualmente, cabe preguntarse desde un enfoque político-jurídico: ¿sólo el Gobierno Federal dispone constitucionalmente -y en plenitud- del poder de imposición como herramienta de la política económica?

Y derivado de ello, podríamos concluir preguntándonos: ¿debería la nueva ley convenio “coordinar” formalmente **todas** las atribuciones propias del poder de imposición establecido en la Constitución Nacional o solamente la distribución de recursos tributarios a las Provincias que, entonces y en 1994 - habrían efectuado una nueva delegación de poder en los términos del artículo 121 (ex 104) de la Constitución Nacional.

### ***Los problemas a resolver en relación con el nuevo artículo 75, incisos 2 y 3 de la Constitución Nacional***

La Constitución establece que el instrumento por el cual se instituirá el sistema de coparticipación federal será la **ley convenio**.

Creemos que se recepciona así formalmente en el texto constitucional la vigencia de este tipo de norma, admitida por la costumbre, que se estructura mediante una convergencia de voluntades legislativas con origen en dos niveles (ley nacional e instrumento legislativo provincial). Se trata, pues, de un **acto legislativo complejo** de rango

constitucional y que se ubica por encima de las leyes federales en el orden de prelación federal y, al mismo tiempo, se incorpora –una vez ratificado– como tratado interjurisdiccional al ordenamiento jurídico provincial inmediatamente por debajo de la Constitución local. No hay a nuestro entender ubicación solamente en el derecho federal o en el derecho local sino en ambos órdenes jurídicos por tratarse de derecho federal interjurisdiccional interno. Y todavía más: creemos que no deben confundirse los respectivos instrumentos de ratificación federal y local con la propia ley convenio aunque el artículo 75, inciso 2 claramente los integra en un solo plexo normativo (ley del Congreso más aprobación por las Provincias, cuyo resultado es la ley convenio vigente). Tales instrumentos son propios de los respectivos ordenamientos desde un punto de vista formal, pero la misma ley convenio –su consecuencia– adquiere una jerarquía propia ahora reconocida constitucionalmente. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, desde “*Transportes Automotores Chevallier S.A. v/ Provincia de Buenos Aires*”, Fallos: 314: 862 del 20/08/1991 hasta el citado “*El Cóndor Empresa de Transporte v/ Provincia de Buenos Aires*” Fallos: 324:4226 del 7 de Diciembre de 2001 debe ser analizada detenidamente ya que pareciera encontrarse en franca evolución.

De lo expuesto se sigue que este tipo de ley solamente puede ser modificada por otra de idéntica naturaleza lo cual, como veremos más adelante, podría acarrear alguna posibilidad de conflicto de normas a futuro.

Por otra parte, observamos que el texto se refiere en **singular** a dicha ley y en **plural** a los regímenes de coparticipación que instituye.

Atendiendo a la práctica y costumbre legislativa hasta 1994, con la existencia de diversos regímenes y más de una ley convenio en materia tributaria, pareciera que el constituyente ha querido admitir la posibilidad de la pluralidad de regímenes pero en el marco de una sola ley convenio la que, a su vez, sin ser reglamentada, pueda complementarse con otras normas de carácter tributario específico.

Veamos ahora, los elementos sustantivos que deberá contener esta ley.

En primer término, surge del texto que hay tres sujetos beneficiarios y obligados del o los regímenes de coparticipación que se instituyan.

En efecto se distingue ahora el **Gobierno Federal** (“La Nación” en términos de la Constitución) por una parte, y los **Gobiernos de Provincias** (“las Provincias”) y la **Ciudad de Buenos Aires** por la otra.

Se ratifica así la inclusión de la Ciudad de Buenos Aires como nuevo sujeto de la relación federal, que participa junto con las Provincias en la distribución de los recursos coparticipables (primaria y secundaria); constituye miembro obligado del organismo fiscal federal al que luego nos referiremos ; es beneficiario de la regla por la que no se pueden transferir obligaciones de gastos sin reasignación de recursos y correspondiente conformidad y, por último, participa a través de sus legisladores nacionales en el tratamiento parlamentario de la ley convenio.

Sin embargo, a pesar de estas coincidencias con la situación de las Provincias, la Constitución no incluye a la Ciudad de Buenos Aires, como participe obligado, en **dos** momentos del trámite previsto para la sanción de la ley convenio, a saber: la celebración de los acuerdos políticos previos entre “la Nación” y las Provincias y la aprobación posterior que estas deben realizar para completar la estructura formal que permite el perfeccionamiento de dicha norma.

Finalmente con respecto a los sujetos beneficiarios y obligados del o los regímenes instituidos por la ley convenio, debemos mencionar a los **municipios**, incluidos en el actual régimen transitorio.

Al respecto debemos señalar que, atento a que todas las Constituciones Provinciales (a excepción de las ya señaladas correspondientes a Buenos Aires y Mendoza), contemplan la obligación de participar a los municipios en una porción de los recursos coparticipables de origen federal, es probable que se los mantenga formalmente dentro de la futura ley convenio.

### ***La masa coparticipable***

En segundo lugar, en cuanto a los **recursos** que se distribuyen, ello nos remite a lo que se ha denominado hasta ahora la **masa coparticipable** que constituye la primera de las grandes definiciones que un acuerdo sobre la materia entre los niveles de gobierno debe abordar.

Sobre el punto la directiva constitucional es la siguiente: **Artículo 75, inciso 2., párrafos primero y segundo:** *“Corresponde al Congreso... Imponer **contribuciones indirectas** como facultad concurrente con las Provincias. Imponer **contribuciones directas**, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. **Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.**”*

*Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas con-*

*tribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos”*

Para entender claramente estas disposiciones expresas de la Constitución hay que transcribir además el inciso 3. del mismo artículo, ya que es a través del cual (con deficiente técnica a nuestro entender ya que debió incluirse en el mismo inciso 2.) se establece cómo se **asigna específicamente “...la parte o el total”** de las contribuciones indirectas y directas coparticipables. Dice el inciso 3. : *“Corresponde al Congreso... 3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”* (La negrita y el subrayado nos pertenecen).

Sobre este primer gran tema referido a la **masa coparticipable** y desde un punto de vista estrictamente jurídico y constitucional, ha habido desde 1994 distintas posiciones que han tratado de responder a los siguientes interrogantes:

- a) Las contribuciones que la Constitución Nacional establece como **“coparticipables”** ;deben ser **coparticipadas?** O dicho de otro modo: ¿la prescripción constitucional al respecto es **imperativa** salvo la excepción de las **“asignaciones específicas”**?
- b) Las **“contribuciones directas”**, en caso de responderse a lo anterior afirmativamente, ¿son siempre coparticipables y deben por tanto ser también coparticipadas?
- c) Pero además, dado su carácter excepcional y supuestamente **“específico”** -derivado ello de las causales para su procedencia en cabeza del Gobierno Federal- ¿pueden ser objeto de una nueva **“asignación específica”** en los términos del primer párrafo del inciso 2. y del inciso 3. transcriptos?
- d) Finalmente -aunque sin agotar los posibles interrogantes- ¿puede integrarse la **masa coparticipable** con otros recursos tributarios o no tributarios distintos de los contemplados en el párrafo primero del inciso 2?

Decíamos que no hay claro consenso entre los especialistas sobre estas cuestiones.

Daremos nuestra opinión.

- a) No tenemos dudas en cuanto al carácter imperativo del precepto constitucional. Los párrafos primero y segundo se integran expresamente en el texto constitucional y este establece que la

ley convenio *“instituirá”* (y no: *“podrá instituir”*) regímenes de coparticipación de estas contribuciones. La hermenéutica primaria es la de la literalidad. Por otra parte los antecedentes de la Convención del 94 en este punto son elocuentes.

- b) Con relación a este punto debemos admitir que carece de lógica tornar permanente lo que es transitorio y más aún hacerlo desde el propio texto constitucional que afirma ambas cosas. Por otra parte, si la excepcionalidad y transitoriedad se respetan por fundarse en motivos realmente extraordinarios, no se entiende que estas contribuciones establecidas por el Gobierno Federal se calculen para atender la emergencia que las motiva y además el porcentaje que les corresponda a las Provincias. Salvo que no exista tal causal constitucionalmente requerida. En verdad debió establecerse que no existe incompatibilidad entre el ejercicio de esta atribución por ambos niveles de Gobierno de manera concurrente y con tributos análogos, restringiendo claramente la causales que admiten el ejercicio de la atribución por el Gobierno Federal que se han dejado excesivamente abiertas. Que lo excepcional sea excepcional y acotado en el tiempo.
- c) También carece de razonabilidad que un impuesto establecido con una finalidad específica y extraordinaria sea, a su vez, sometido a una detracción en su producido para atender otra excepcionalidad extraordinaria. Poco se ha reparado en que no hay gruesas diferencias de naturaleza entre una contribución (impuesto) **directo** establecido excepcionalmente por el Gobierno Federal y una **asignación específica** de una contribución indirecta o directa. En efecto: ambos son impuestos; ambos se establecen fundados en razones excepcionales y ambos tienen un tiempo determinado por ley del Congreso en su vigencia. Las únicas diferencias consisten en que mientras el impuesto directo establecido por el Congreso es coparticipable y debe ser coparticipado, la asignación específica no es coparticipable y no debe ser coparticipada, según el propio texto constitucional y, en segundo lugar, que el primero tiene un régimen de creación menos severo y restrictivo que las segundas, según surge del cotejo del primer párrafo del inciso 2. y el inciso 3.

Por todo ello, tenemos una nueva contradicción justificada constitucionalmente: el impuesto directo **siempre debe** coparticiparse **salvo el total o la parte del mismo que tenga asignación específica**.

Y cabe la repregunta: ¿pero no estaría todo *“asignado específicamente”* dada la identidad arriba descripta?. Esto sería posible si la ley del Congreso, en los términos del inciso 3 del

artículo 75, estableciera una contribución directa y la asignara totalmente. Obviamente, ello exige cumplir con todos los recaudos del mismo inciso 3. claramente más estrictos que los del inciso 2., **primer párrafo**.

Por ello, seguramente, se mantendrá el criterio de distinguir uno de otro por estas razones y -en determinados casos- ***asignar todo o parte -transitoriamente- de una contribución directa que también es transitoria "per se"***.

d) Por último, pensamos que nada obsta para que en los acuerdos previos y luego en el propio texto de la nueva ley convenio, se incorporen a la masa coparticipable otros recursos tributarios y no tributarios. Se trata de un pacto o tratado interjurisdiccional que habilita a sus partes a acordar ello en tanto no se violente al mismo tiempo un precepto constitucional. En el límite, podríamos preguntarnos si los derechos de exportación, fuente exclusiva del Gobierno Federal, pueden integrar la masa coparticipable. No vemos objeción en tanto ello sea producto de una decisión del Congreso de la Nación en nombre del Gobierno Federal.

Volvemos a insistir con nuestra opinión en cuanto a que todo esto se debe a que se ha razonado desde la evolución de las leyes convenio entre nosotros, las que contemplan siempre reglas de armonización tributaria que limitan casi totalmente el poder de imposición de las Provincias sobre las contribuciones indirectas y directas. Entonces solo queda reforzar la **distribución** con esta solución constitucional que, cuanto más pasa el tiempo más dudas genera.

No se nos escapa, sin embargo, que si con este marco altamente favorable al Gobierno Federal no ha existido acuerdo con las Provincias para la sanción de un nuevo régimen, con interpretaciones como las que sostenemos sería aún más difícil.

Sin embargo, el homenaje a las razones de estado y el consenso posible que exhibe la solución constitucional no es óbice para que los hombres de derecho no efectuemos nuestro aporte crítico si al mismo tiempo somos propositivos, como trataremos de concretarlo hacia el final.

### ***La distribución primaria y secundaria***

En tercer lugar del texto constitucional surge claramente que los recursos coparticipables por la ley convenio, se distribuirán en las dos etapas ya conocidas: **primaria** y **secundaria**.

La secuencia del segundo y tercer párrafo del inciso 2. del artículo 75 citado, señala claramente que la "distribución" de los recursos coparticipables que menciona el inciso se determinará en la única

“ley convenio” que se prevé al efecto y comprende tanto la “primaria” (“entre la Nación, las provincias, y la ciudad de Buenos Aires”) como la “secundaria” (“...y entre éstas”). No es admisible, por ende, plantear la posibilidad de establecer en diversas “leyes convenio” la distribución primaria y secundaria en forma separada.

Al fines de la distribución primaria y secundaria se establecen **dos pautas generales:**

**i)** Deberán adoptarse criterios **objetivos** de reparto que expresen una relación directa entre las competencias, servicios y funciones a cargo del Gobierno Federal, los Gobiernos de Provincias y la Ciudad de Buenos Aires y los recursos coparticipables a recibir.

El texto no lo dice expresamente, pero entendemos que al referirse a competencias, la Constitución se refiere a las que corresponden formalmente a cada nivel de gobierno, conforme a sus mismas disposiciones, lo que exigirá, en este caso un acuerdo político federal que reconozca, formalmente, y en materia de competencias concurrentes, lo que corresponde a cada jurisdicción.

Al respecto, pareciera conveniente, en materia de provisión de los servicios públicos, recurrir a la regla de la divisibilidad o indivisibilidad para reconocerlos como competencia propia de los niveles provinciales o nacionales respectivamente. En la conclusión efectuaremos una propuesta al respecto.

**ii)** La distribución deberá además contemplar **parámetros** que aseguren un reparto **equitativo, solidario** que otorgue **prioridad** al logro de tres objetivos programáticos: grado equivalente de desarrollo; calidad de vida e igualdad de oportunidad en todo el territorio nacional.

Al adoptar el sistema de parámetros, en lugar de porcentajes fijos, pareciera que el texto incorpora los mecanismos anteriores a la ley 23.548.

De lo expuesto podría poder concluirse en que la Constitución **promueve un federalismo fiscal cooperativo y solidario con garantía de equidad.**

Para lograr una distribución de los recursos que establece como coparticipables, en orden a aquella finalidad, manda a adoptar tanto los llamados criterios “**devolutivos**” como los “**redistributivos**”, combinados en la forma determinada por los acuerdos entre “la Nación” y las Provincias, previos al tratamiento legislativo de la ley convenio.

Asimismo, al establecer que no habrá transferencia de competencias, servicios y funciones sin la respectiva reasignación de recursos y la correspondiente aprobación de los gobiernos comprometidos en

ella, fija una norma general operativa antes y después de sancionada la ley convenio.

Además, para el período anterior a la sanción de la ley convenio, la reforma establece en la **Disposición Transitoria Sexta**, que no podrá modificarse la distribución de competencias, servicios y funciones **vigentes** a la sanción de la misma, sin la aprobación de la Provincia interesada (y en caso afirmativo con la consiguiente reasignación de recursos, acotamos).

Complementariamente, y en materia de recursos, la misma disposición transitoria establece que no podrá modificarse **-en desmedro de las provincias-** la distribución vigente al momento de la sanción de la reforma, hasta tanto se dicte el nuevo régimen de coparticipación.

De esto último resulta que antes de la sanción de la ley convenio sólo podría admitirse una merma para el Gobierno Federal en la distribución de los recursos que se efectúe bajo cualquier régimen vigente al momento de sancionarse la reforma.

Finalmente debemos señalar que el contenido de la ley convenio deberá garantizar la **automaticidad** como mecanismo de remisión de los fondos a distribuir.

Aunque no se lo menciona se supone admitido que dicha remisión deberá consignarse expresamente en el texto como **"diaria y gratuita"**, conforme a la costumbre establecida entre nosotros.

#### IV. ¿HACIA DÓNDE SE DIRIGE NUESTRA RELACIÓN FISCAL FEDERAL?. ALGUNA PROPUESTA A MODO DE APORTE CONCLUSIVO

##### **El sistema previsional argentino. Su relación con el "Laberinto de la Coparticipación"**

Hemos señalado que el "laberinto de la coparticipación" se explica fundamentalmente por la necesidad del Tesoro Nacional de atender el déficit previsional y las consecuencias de la reforma del sistema en la década de los 90.

Esto exigió de las Provincias y la CABA un aporte derivado de los impuestos nacionales coparticipables que, a la fecha, resultan equivalentes a su propio endeudamiento.

El siguiente cuadro (Fuente ANSES) explicita ello desde 1994, a lo que debe adicionarse el total de recursos transferido desde el Pacto Fiscal I del 12 de Agosto de 1992 hasta el 31 de Diciembre de 1993. Respecto de las Provincias ello se ha calculado provisoriamente en unos 4.500 Millones de pesos convertibles.

**ANSES: ESQUEMA AHORRO-INVERSION-FINANCIAMIENTO**

En millones de pesos

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009e
<b>Recursos</b>	16.529	15.159	14.026	16.361	16.372	15.119	15.599	13.653	13.311	15.162	20.159	25.305	33.561	54.042	68.755	97.398
Apoyos y contribuciones	13.090	11.682	9.902	10.238	9.916	9.027	8.816	7.885	7.975	7.696	9.634	12.481	18.082	34.538	43.567	69.508
EAFAP	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	936	14.285
Resto	13.090	11.682	9.902	10.238	9.916	9.027	8.816	7.885	7.975	7.696	9.634	12.481	18.082	34.538	42.631	55.223
Tributarios	3.106	3.121	3.987	5.879	6.351	6.060	6.690	5.721	5.327	7.435	10.483	12.752	15.177	18.775	23.410	26.038
Módulo	1.281	1.287	1.644	2.425	2.619	2.499	2.759	2.359	2.197	3.066	4.323	5.259	6.259	7.743	9.654	10.739
Provincias y CABA	1.825	1.834	2.343	3.455	3.732	3.561	3.931	3.362	3.130	4.369	6.160	7.493	8.918	11.032	13.756	15.300
Resto	433	356	137	244	105	32	93	46	10	31	43	72	301	729	1.778	1.852
<b>Gastos</b>	18.039	18.014	19.028	18.778	18.838	18.979	19.124	18.344	18.305	18.897	21.763	25.552	32.624	51.452	70.399	81.734
Previsiones	14.398	13.842	14.468	14.662	14.705	14.672	14.736	14.112	13.860	15.569	17.821	20.127	26.375	43.935	56.246	64.663
Transferencias	3.340	3.861	4.087	3.774	3.813	4.058	4.165	4.042	4.232	3.066	3.631	4.967	5.635	6.637	12.793	15.352
Gastos de operación	300	300	338	255	245	245	221	189	212	262	310	459	614	880	1.359	1.859
Intereses	1	11	135	86	75	4	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Superavit antes de contribuciones</b>	-1.411	-2.855	-5.002	-2.417	-2.466	-3.861	-3.525	-4.691	-4.993	-3.735	-1.603	-248	936	2.590	-1.644	15.664
<b>Contribuciones figurativas (1)</b>	3.173	3.300	6.028	4.171	5.469	6.959	6.365	6.476	7.317	7.421	6.464	8.133	10.117	13.371	17.109	18.776
Nación	1.309	1.361	2.466	1.720	2.256	2.870	2.625	2.671	3.017	3.060	2.666	3.354	4.172	5.514	7.056	7.743
Provincias y CABA	1.865	1.939	3.562	2.451	3.214	4.089	3.740	3.805	4.299	4.361	3.798	4.779	5.945	7.857	10.053	11.033
Gastos figurativos	1.744	1.801	2.301	2.269	2.446	2.461	2.394	2.287	2.125	2.591	3.030	3.478	4.484	6.229	8.661	10.393
<b>TOTAL RECURSOS</b>	19.802	18.459	20.054	20.532	21.842	22.078	21.964	20.128	20.628	22.583	26.623	33.438	43.677	67.413	85.865	116.174
<b>TOTAL GASTOS</b>	19.784	19.815	21.330	21.047	21.284	21.441	21.518	20.631	20.430	21.487	24.792	29.031	37.109	57.681	79.060	92.128
<b>RESULTADO FINANCIERO</b>	18	-356	-1.276	-515	-558	-637	-446	-503	-199	-1.095	1.831	4.407	6.569	9.732	6.805	23.048
<b>FUENTES FINANCIERAS</b>	4.073	1.706	2.918	1.822	391	472	207	235	35	317	380	293	4.517	8.619	19.043	25.847
<b>APLICACIONES FINANCIERAS</b>	4.091	350	1.642	1.307	949	1.109	654	73	234	1.413	2.211	4.700	11.086	18.352	25.847	49.894
<b>SIMULACION SIN RECURSOS TRIBUTARIOS</b>																
<b>TOTAL RECURSOS</b>	13.523	12.038	10.039	10.481	10.021	9.059	8.909	7.932	7.985	7.727	9.677	12.552	18.383	35.267	45.345	71.360
<b>TOTAL GASTOS</b>	19.784	19.815	21.330	21.047	21.284	21.441	21.518	20.631	20.430	21.487	24.792	29.031	37.109	57.681	79.060	92.128
<b>RESULTADO FINANCIERO</b>	-6.261	-7.777	-11.291	-10.566	-11.263	-12.382	-12.609	-12.699	-12.445	-13.760	-15.116	-16.478	-18.725	-22.416	-33.715	-20.767

(1) Comprende la preparticipación de 15%

Dentro de las recientes decisiones del Gobierno Federal en relación con el sistema previsional, merecen especial atención las reformas establecidas estructuralmente en dos etapas. La primera consistió en captar aportantes para Régimen Previsional Público permitiendo el traspaso voluntario de los afiliados a las AFJP, mediante la ley N° 26.222. Dicha norma también estableció un límite del 1% al monto de las comisiones que cobran las AFJP y obligó a estas a destinar entre el 5% y el 20% de los fondos administrados a proyectos productivos o de infraestructura.

La segunda etapa se cristalizó en la eliminación total del sistema de capitalización, que implicó absorber el stock de activos capitalizados como así también el flujo financiero de los aportantes al régimen privado (Ley N° 26.425). La reforma también estableció que los recursos que integraban las cuentas de capitalización individual de los afiliados pasen a conformar el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto creado por el decreto 897/07.

En el corto plazo la reforma ha contribuido crecientemente a sostener el resultado fiscal observado, sin embargo no debe perderse de vista que en el mediano y largo plazo deberá hacerse frente a mayores prestaciones, tanto por jubilaciones como por pensiones, luego del aumento de los aportantes al régimen de reparto.

Ahora bien luego de las reformas comentadas, **la Anses a contribuido crecientemente en el superávit primario del sector público.**

En el último período analizado, **casi el 90% del superávit primario es explicado por la ejecución de la Anses.** Esto muestra que se ha más que triplicado la dependencia del resultado de la Anses si se lo compara con el promedio del primer cuatrimestre de los últimos tres años.

Cabe señalar que, dichos superávits, que generan fondos excedentes, son absorbidos por el Tesoro Nacional mediante la colocación a la Anses de Letras de Tesorería.

Tal como fue mencionado anteriormente, la eliminación del sistema mixto implicó no solo absorber el flujo de contribuciones sino también el stock de activos en posesión de las AFJP. Dichos fondos constituyen el Fondo de Garantía de Sustentabilidad que al 30 de abril de 2009 posee una cartera valuada en aproximadamente 102.000 millones de pesos (7).

---

(7) Anses: Presentación ante la Comisión Bicameral.

Casi la mitad del Fondo está constituido por Títulos Públicos, de los cuales casi la totalidad pertenecen a emitidos por el Gobierno Federal.

Para lo que aquí especialmente interesa, debe destacarse que el sistema previsional argentino posee la particularidad de financiar parte de sus gastos con recursos adicionales a los aportes personales y contribuciones patronales. Es decir utiliza recursos obtenidos del sistema de transferencias a las provincias como son la detracción del 15% de la masa coparticipable y la asignación específica de impuestos tales como Ganancias e Impuesto al Valor Agregado, entre otros.

Por lo tanto parte del sistema previsional argentino, aún luego de la reforma ya citada que implicó el aumento de recursos, es financiada por las jurisdicciones provinciales.

En los últimos años estos recursos representaron casi el 50% de la recaudación total del Sistema de Previsión Social. A partir de la última reforma, los mismos perdieron algo de peso relativo (aproximadamente representan el 40%), pero sin embargo siguen siendo claves a la hora de sustentar al sistema.

En línea con lo anterior debe destacarse la importancia de los recursos que se extraen del régimen de coparticipación (el "laberinto de la coparticipación"), lo que resulta extremadamente relevante para las finanzas del sistema de Seguridad Social y, como se ha visto de manera indirecta para el mantenimiento del superávit del Tesoro Nacional.

**Sin la aplicación del "laberinto" el resultado financiero del sistema de Seguridad Social en el año 2008 hubiera pasado de un superávit de 6.805 millones a un déficit de 33.715 millones (en base a últimos datos oficiales).**

En el año 2009 se registra un cambio estructural a raíz de la estacionación de las AFJP. Este cambio, según las estimaciones, implica pasar a un resultado financiero altamente superavitario de 24.046 millones de pesos (8). Sin embargo, la totalidad del superávit que se registraría en 2009 (incluso un poco más) sería soportado por el aporte que hacen las provincias de sus recursos tributarios (es decir el efecto del "laberinto" por la parte equivalente de las Provincias al mismo excluido el aporte del Gobierno Federal).

La fracción provincial en 2009 comprendería 15.300 millones por las asignaciones específicas de impuestos a Seguridad Social, y 11.033 millones derivados de la precoparticipación de 15%. Esto totaliza un

---

(8) Para entender la importancia del laberinto en el año 2009, en este caso su eliminación llevaría a un déficit de 20.767 millones de pesos.

aporte provincial de 26.333 millones, incluso superior al superávit previsto de 24.046 millones. En el gráfico siguiente podemos observar, desde una perspectiva histórica, que el superávit de la seguridad social ha estado soportado en los últimos 6 años básicamente por el aporte tributario provincial.

Por su parte, el aporte del Gobierno Federal en 2009 (su parte del “laberinto”) a través de las deducciones de impuestos sería de 10.738 millones más 7.743 millones derivados de la preparticipación de 15%, lo que totaliza un aporte de 18.481 millones de pesos.

Es importante señalar que el Gobierno Federal recupera una parte relevante del aporte tributario propio con la apropiación financiera del superávit del sistema de Seguridad Social (las aplicaciones financieras son Letras que utiliza el Gobierno Federal).

Por ejemplo, en el año 2009 el Gobierno Federal podrá financiarse con los 24.046 millones de superávit financiero previsto, lo que equivale incluso a unos 5.565 millones sobre el aporte tributario que realiza.

Más allá de esta cuestión determinante referida al sistema previsional, pensamos que este “laberinto” jurídico se seguirá prorrogando –incluso con la posibilidad de un mayor deslizamiento francamente inconstitucional hacia el sistema de transferencias condicionadas de recursos coparticipables– en tanto no se resuelvan al menos las siguientes cuestiones:

- a) quién, cómo y con qué recursos atiende cada una de las competencias concurrentes no tributarias que distribuye la Constitución Nacional entre el Gobierno Federal, las Provincias (incluyendo a sus municipios) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- b) quién, cómo y con qué recursos atiende el gasto previsional nacional.
- b) quién, cómo y con qué recursos atiende el servicio de la deuda externa e interna.
- c) qué competencias asume la Ciudad de Buenos Aires y cómo coparticipa del régimen del artículo 75 inc. 2).
- d) como se evita la detracción unilateral de la futura masa coparticipable (una vez acordada), vía el establecimiento de asignaciones específicas por parte del Congreso de la Nación.

Resuelto esto, se podrá abordar otra cuestión decisiva, *previa* o al menos *concomitante* con la discusión del régimen del régimen de coparticipación federal: **la reforma del sistema tributario nacional, provincial y municipal.**

Recién convenida esta reforma podrá discutirse, con posibilidades de consenso, un nuevo régimen de coparticipación federal, puesto que mal podrá debatirse la distribución sin tener claro qué se distribuye, lo que supone, a la vez, resolver como mínimo las cuestiones apuntadas.

Entonces sí podrán considerarse aspectos sustantivos como la composición de la masa coparticipable; la distribución primaria y secundaria; las garantías del régimen; la cuestión del equilibrio regional; la participación de los municipios en el régimen y, aún, como sería deseable, un sistema federal de administración tributaria que asegure la eficacia y eficiencia en la gestión de los recursos.

Sobre cada uno de estos elementos caracterizantes de los regímenes de las leyes 20.221 y 23.548 no me extenderé –existiendo suficiente literatura explicativa al respecto– en razón de los necesarios límites de este trabajo (9). Pero dando por conocidos ellos, me permitiré algunas reflexiones en particular:

La definición de la “masa coparticipable” implica la decisión de reglamentar o no el inciso 3) del artículo 75 de la Constitución Nacional. Este dice: *“Corresponde al Congreso:...Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”*. Si no se pone límites cualitativos y cuantitativos a esta atribución ello entra en franca contradicción con toda la arquitectura que “infra” analizaremos establecida por el inciso 2 del mismo artículo 75 (10).

- a) La definición de la distribución primaria resulta clave para el avance los “acuerdos previos” a que se refiere el artículo 75, inciso 2 de la CN; pero ello está en directa relación con las cuestiones previas arriba enumeradas.
- b) Por último que, como expresáramos más arriba, aún satisfechos estos supuestos previos queda por verse si el sistema de coparticipación –como sistema de coordinación financiera– es realmente compatible con el federalismo de la Constitución. Si la respuesta por la afirmativa no surge clara y expresa solo

---

(9) Particularmente un artículo sumamente didáctico de MARIANO D. PANDELO en “Periódico Económico Tributario”, Año XIV, N° 388, del 12 de Febrero de 2008. También se puede consultar el sitio web de la Comisión Federal de Impuestos [www.cfi.gov.ar](http://www.cfi.gov.ar).

(10) Ver SPISSO, RODOLFO, *“La desnaturalización del sistema de coparticipación tributaria federal, instrumento de destrucción de la República Federal”*; El Derecho, Suplemento de Derecho Tributario, N° 11849, Año XLV, Buenos Aires, 26/09/07.

quedará una nueva reforma constitucional o la sanción de una ley convenio que coordine integralmente el ejercicio del poder de imposición entre todos los niveles de gobierno de nuestra federación.

Para concluir, en sentido propositivo, y retomando la perspectiva del federalismo fiscal y especialmente el aporte original de Musgrave, transcribimos la que hemos denominado "Cláusula Federal" para el ejercicio de las competencias distribuidas a través de la Constitución Nacional, cuestión que nos parece de imprescindible precedencia en este debate, como ya Oates nos recordaba en el pórtico de su libro citado, recordando a Aristóteles: ***"Deberíamos saber sobre que materias tiene jurisdicción los diversos tribunales locales y en cuales debe concentrarse la autoridad (La Política 4. 15)"***.

Proponemos en este marco, a modo de ***cláusula para el ejercicio federal coordinado de las competencias servicios y funciones gubernamentales***, la siguiente:

*"A los fines de lo establecido por el artículo 75, inciso 2, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, se entiende que el Gobierno Federal tiene a su cargo la política exterior; la defensa; la paz interior; la política monetaria; el crédito externo; el comercio interjurisdiccional y la seguridad social. Tiene además la competencia subsidiaria respecto de las Provincias, a fin de "garantizar la protección integral de la familia" y concurrente en todo "lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, ... al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores... a la investigación y desarrollo científico y tecnológico...al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio..." . Tiene también la competencia de sancionar las "leyes de organización y de base de la educación que aseguren su carácter común".*

*Para todo ello, ejerce con exclusividad la facultad de dictar la legislación de fondo y dispone de los ingresos fiscales provenientes del comercio exterior, de las rentas de su patrimonio y de las contribuciones que establezca conforme a lo determinado en la misma Constitución Nacional. Además dispone de los porcentajes en la distribución del régimen general de coparticipación federal que se acuerda por el presente y las asignaciones específicas de recursos coparticipables que se establezcan o modifiquen de conformidad a lo que manda el artículo 75, inciso 3 de la Constitución Nacional.*

*Las Provincias se reservan todas las demás competencias para proveer los bienes y servicios públicos esenciales que demandan las respectivas comunidades en su jurisdicción territorial, y para concurrir con*

*el Gobierno Federal a fin de colaborar en el ejercicio de las funciones propias de éste. Particularmente tienen la competencia de asegurar el régimen municipal; la educación primaria y la administración de justicia, y promover el desarrollo integral de sus respectivas comunidades. Se acuerda además que, en materia de educación primaria, secundaria y terciaria no universitaria; atención de la salud en todos los niveles de complejidad; asistencia social integral y promoción del empleo y acceso a una vivienda digna, las competencias servicios y funciones corresponden a las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de modo ordinario y permanente, correspondiendo a la Nación atender las demandas derivadas de emergencias nacionales o regionales en circunstancias extraordinarias que así lo exijan.*

*Para todo lo anterior, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires disponen de los recursos provenientes de las contribuciones directas e indirectas sobre las personas, cosas y actividades sujetas a su jurisdicción, y de la renta de su patrimonio, así como de los porcentajes en la distribución del régimen general de coparticipación federal que se acuerda por el presente y los que se le determinen en los regímenes especiales de recursos afectados específicamente en forma permanente o que resulten de asignaciones específicas de recursos coparticipables y/o subsidios del Tesoro de la Nación, establecidos y/o acordados por el Congreso de la Nación en los términos de los incisos 3 y 9, respectivamente, del artículo 75 de la Constitución Nacional.*

*Todo lo acordado en este punto debe entenderse también como acuerdo interjurisdiccional para el ejercicio de competencias o poderes concurrentes. Para ello se considera como pauta fundamental lo establecido por el artículo 121 de la Constitución Nacional y la aceptación del principio de subsidiariedad como criterio para el ejercicio efectivo de las competencias dentro de nuestro Estado Federal, en todo aquello que no contradiga expresas disposiciones constitucionales."*

A pesar de la rémora en el cumplimiento de la manda constitucional, pensamos que alcanzar la concreción de un auténtico sistema fiscal federal será solo cuestión de tiempo. Quizá para cuando comprendamos colectivamente que la mayor de nuestras urgencias es atender lo importante. Y que gobernar el país federal para todos sus habitantes supone irremisiblemente establecer nuestro propio régimen de fiscal federal.



# ALGO MÁS SOBRE LA REFORMA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

POR ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA

## FINES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En la exposición realizada ante el plenario de la Convención Constituyente del año 1994 como miembro informante de la Comisión de Coincidencias Básicas junto a Enrique Paixao, al referirme a las finalidades estructurales de la reforma constitucional, en consonancia con sus fuentes, señalé que se pretendió el logro de cinco fines: a) la consolidación y perfeccionamiento del sistema democrático; b) la obtención de un nuevo equilibrio entre los tres órganos clásicos del poder del Estado y una mayor eficacia en su accionar; c) un mayor reconocimiento de ciertos derechos de las personas y de sus garantías específicas; d) la promoción de la integración latinoamericana; e) el fortalecimiento del régimen federal (1).

La creación del Consejo de la Magistratura hay que vincularla principalmente a dos de esos fines, más allá que responda también a otros objetivos específicos de esa institución.

Así, por una parte es una institución adoptada para contribuir a la "atenuación del sistema presidencialista", porque le restó al Poder Ejecutivo la facultad de decidir libremente la selección de los jueces, que era una de sus atribuciones en el sistema clásico, inspirado en el modelo de la Constitución de los EE.UU, facultad que era completada por el acuerdo senatorial; por otra parte, sustrajo al Congreso Nacional la atribución de remover a los jueces (con excepción de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) mediante el procedimiento del juicio político.

---

(1) Obra de la Convención Nacional Constituyente. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, t. V, págs. 4882|83.

Es decir, se consideró conveniente para perfeccionar el sistema democrático y alcanzar un mejor equilibrio un mejor equilibrio entre los tres poderes clásicos, transferir parcialmente a un nuevo órgano colocado en la órbita del Poder Judicial -por procedimientos establecidos en el artículo 114 de la Constitución reformada- funciones que habían sido otorgadas a los poderes ejecutivo y legislativo en la Constitución de 1853/60, al seguir ésta el modelo de la Constitución de los EE.UU. A ello cabe agregar, que otras facultades que fueron conferidas a la nueva institución tuvieron el propósito de contribuir a lograr una profunda reforma del Poder Judicial, con los fines declarados en el inciso 6) del artículo 114, es decir, asegurar la independencia de los jueces y lograr la eficaz prestación de los servicios de justicia.

En los apartados siguientes examinaré ciertas razones que motivaron transferencia de funciones, de los poderes ejecutivo y legislativo al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento, como las restantes facultades otorgadas a dicho Consejo para cumplir con sus fines propios. Ello, para aportar fundamentos al debate sobre la modificación de la actual ley que regula al Consejo de la Magistratura, individualizando aquellos contenidos que requerirían una arquitectura más acorde con las finalidades tenidas en vistas al crearlo.

### LA REFORMA DEL SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS JUECES

Recordando a las fuentes del sistema clásico, en el artículo LXXVI de "El Federalista" (2), Hamilton dedica amplio espacio a las ventajas que trae aparejado el sistema de designación por un solo hombre -el presidente- con la colaboración de una Asamblea "escogida", de "embajadores, otros ministros públicos y cónsules, jueces de la Suprema Corte y a todos los funcionarios de los Estado Unidos a cuyo nombramiento no se provea de otro modo en la Constitución". La exposición de Hamilton va enlazada, por un lado, a vincular virtudes del modo de nombramiento del Presidente, que genera "gran probabilidad de conseguir de conseguir que ocupe ese puesto un hombre de mérito o cuando menos digno de respeto. Partiendo de esta premisa, establezco la regla de que un hombre de buen juicio está mejor capacitado para analizar y justipreciar las cualidades peculiares que convienen a los distintos empleos, que

(2) HAMILTON, MADISON y JAY, "El Federalista", Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1957, págs.322 y ss.

*un cuerpo integrado por hombres de igual o, si se quiere, hasta de mejor criterio que él*" (3). Por otro lado, la exposición está dirigida contra la posibilidad de dejar el ejercicio de este poder "*por la masa del pueblo*" y además cuestiona su ejercicio por una asamblea, pues en tal caso el resultado de la elección será "*resultado de una victoria ganada por un partido sobre otro o de una transacción entre ambos*". Aunque ese poder, en la teoría, era mitigado por la aprobación del Senado, y la propuesta presidencial podía ser rechazada por ese cuerpo, ello tenía peso relativo, pues sólo daría lugar a que el Presidente hiciese otra proposición; no obstante, defiende tal intervención senatorial, porque constituye un freno al posible favoritismo presidencial, a la designación de personas poco adecuadas, y es factor de estabilidad para la administración.

Estalínea argumental se aplica directamente al "*modo de nombrar a los jueces*", ya que Hamilton, en el artículo LXXVIII de la obra citada, se remite directamente a lo expuesto en los dos anteriores. Presta allí especial atención a la circunstancia que: "*La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada*", por ser el departamento judicial el más débil de los tres departamentos del poder. Más aún, comienza a fundar en dicho artículo el control de constitucionalidad de las leyes, afirmando que "*los tribunales de justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada...*". Además, se refiere a las garantías de la permanencia de los jueces en sus cargos mientras no ocurra un "*mal desempeño*", y el posterior artículo LXXIX lo dedica a la estabilidad de sus remuneraciones, como a examinar el procedimiento del juicio político para su remoción (4).

La Constitución argentina de 1853/60 siguió, en cuanto al modo de nombramiento de los jueces, el modelo de la Constitución de los EE.UU., inspirada en el pensamiento citado de Hamilton.

Uno de los primeros comentaristas de la Constitución fue Sarmiento (5), quien en su obra del mismo año 1853, le dedicó amplio

(3) En otro pasaje del mismo artículo HAMILTON agrega: "*La responsabilidad única e indivisa en un solo hombre dará naturalmente por resultado un sentido más vivo del deber y un cuidado más estricto de su reputación. Por esta causa, se sentirá más fuertemente obligado y tendrá más interés para investigar con detenimiento las cualidades necesarias para los cargos que se deban cubrir, y preferirá imparcialmente a aquellas personas que en justicia tengan más derecho a ellos*".

(4) Ver "*El Federalista*", op. cit. págs. 330, 336 y ss.

(5) "*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*", en "*El pensamiento político hispanoamericano*", Depalma, Buenos Aires, 1964, págs. 401 y ss.; especialmente citas de págs. 410|411.

espacio al análisis del concepto de su Preámbulo: *"afianzar la justicia"*. Sarmiento dice que *"El poder judicial es independiente de los otros poderes, y coexistente con ellos. Su oficio es aplicar las leyes en todos los casos contenciosos: la Constitución es la ley suprema, luego la aplicación práctica que de sus disposiciones hagan los otros poderes recae bajo la jurisdicción y el fallo del supremo poder judicial, en los casos que se reputen agredidos derechos que motiven acción y pidan amparo"*. En esos comentarios Sarmiento resalta la coincidencia de términos de la Constitución norteamericana y de la nuestra, indicando que resultan las mismas doctrinas y autoridades rigiendo la materia de ambas federaciones (6). Hacia fines del siglo XIX Joaquín V. González, anotaba que el sistema de elección de jueces era indirecto de tercer y cuarto grados, y asumía como ventaja evitar la intervención de las Asambleas populares, para apartar a los jueces de las luchas entre los partidos (7).

No obstante, existe una diferencia sociológica de importancia que ha recordado Dardo Pérez Guilhou (8) al decir que: *"Así como, en los Estados Unidos de Norteamérica, el sistema [judicial] nace por desconfianza al poder de las asambleas locales revolucionarias que comprometían la revolución con sus exagerados reclamos, en la Argentina se impone por desconfianza a las asambleas locales obsecuentes de los gobernadores, nuevos caudillos de levita"*.

Por otra parte, en los EE.UU., Hamilton proponía un modo de designación de los jueces que reunía a los dos poderes que estimaba más débiles, el Ejecutivo y el Senado, contra el más fuerte, la Cámara de Representantes. Si, con el decurso del tiempo, aún en EE.UU. el Ejecutivo y el Senado se convirtieron en los dos órganos más fuertes del poder el Estado, el traslado de tales principios al modelo de la Constitución de nuestro país, inspirado en el presidencialismo excesivamente fuerte de Alberdi (9), ocasionaría consecuencias diferentes en el desarrollo constitucional de

(6) De allí extrae SARMIENTO, en nota 1 de la pág. 413, la importancia de tomar en cuenta la doctrina sentada por las decisiones adoptadas por el tribunal supremo de los EE.UU.

(7) *"Manual de la Constitución Argentina"*, Angel Estrada y Cía, primera edición 1897, n° 578.

(8) Ver, *"El poder judicial: órgano político y estamental"*, en obra colectiva del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *"El poder judicial"*, Depalma, Buenos Aires. 1989, pág. 87.

(9) ALBERDI, en sus *"Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina"* (en *"El pensamiento político hispanoamericano"*, Depalma, Buenos Aires, 1964), Capítulo XXV, al sentar el modelo de un presidencialismo excesivamente fuerte, propone que en este rasgo central *"nuestra*

ambos países; y habrían de contribuir al llamado por Carlos Nino, *"hiperpresidencialismo"* (10).

Asimismo, existe otra diferencia significativa en la evolución histórica del modelo judicial de los EE.UU. y el de nuestro país, que agravó las disonancias; ello debido a la histórica falta de implementación del "juicio por jurados". Su adopción normativa fue temprana en nuestro medio, pues ya lo preveían en sus textos las Constituciones de 1819 y 1826 (11), pero nunca fue llevado a la práctica.

Joaquín V. González citando a Proffat, en la obra de éste sobre el juicio por jurados, señalaba como caracteres positivos: *"la publicidad, la unanimidad en el fallo, la libertad de defensa y el ser celebrado en el lugar donde se ha cometido el delito, y por convecinos del acusado"*. El juicio por jurados agrega un aporte "popular" al sistema judicial de EE.UU. -ausente en el nuestro- pues, como agrega González citando a su fuente, se trata de *"una institución del pueblo y para el pueblo, por cuyo medio este participa en la aplicación de la ley y en la defensa de los derechos personales y de propiedad"* (12).

La conveniencia de revisar el sistema de elección de los jueces, basado en el modelo de los EE.UU., por considerarlo serio obstáculo a la independencia del Poder Judicial, había sido anticipado en nuestra doctrina desde las primeras décadas del siglo XX.

---

*Constitución hispano-argentina debe separarse de la Constitución federal de los Estados Unidos".*

(10) "El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia", publicación del Centro de Estudios Institucionales", Buenos Aires, 1991. Nino, imputaba a Alberdi haber diseñado un modelo presidencialista más exagerado que el norteamericano. Sostenía que los poderes del presidente se fueron ampliando históricamente por una serie de circunstancias prácticas, por interpretaciones concesivas de los tribunales, por la pérdida de peso del Congreso a medida que sus procedimientos se volvieron más lentos, y por la situación similar del Poder Judicial debida a sus mecanismos vetustos. A todo ello debía agregarse el efecto de los golpes de Estado, que suprimían automáticamente al Congreso, afectaban la estabilidad de los jueces, violentaban la autonomía de los gobiernos provinciales y creaban la imagen de un presidente omnímodo, que luego se transportaba a los presidentes constitucionales. Empero, la figura del presidente fuerte respecto de los otros poderes constitucionales, resultaba débil ante los grupos de interés, las organizaciones corporativas y los factores de poder.

(11) Artículos 114 y 164, respectivamente.

(12) *"Manual de la Constitución Argentina"*, op. cit. págs. 625/26.

Así, Juan A. González Calderón (13), analizando la cuestión desde la práctica, afirmó que acrecentaba el predominio del poder ejecutivo al reducir el papel del Senado a la mera aceptación o rechazo del candidato propuesto, y señalaba que este cuerpo tomaba un compromiso moral o material con los candidatos del Presidente; y además imponía un comportamiento obsecuente de los jueces con el Ejecutivo si ellos querían aspirar a un ascenso.

#### **ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA CREACIÓN DEL CONSEJO**

En la creación del Consejo de la Magistratura, en nuestro medio, también influyó la necesidad de encarar una profunda reforma del Poder Judicial para lograr una mayor eficiencia en su accionar.

En EE.UU. diversas prácticas condujeron no sólo a la mejora de las propuestas del Ejecutivo al Senado, mediante investigaciones sobre la calidad moral e idoneidad intelectual de los candidatos a jueces, que lleva adelante la American Bar Association; sino también se desarrollaron otras prácticas que atendieron a combatir las causas del retardo en la administración de justicia, con el apoyo de numerosos organismos, de índole pública -nacionales, regionales o estatales- o social, que trabajan muchas veces en colaboración (14).

Como lo hice notar en uno de mis obras (15), ni el Consejo para la Consolidación de la Democracia como tampoco la comisión de juristas del justicialismo que prepararon la reforma de la Constitución se ocuparon de la creación de un Consejo de la Magistratura, institución que mereció el disfavor de aquel Consejo por entender que llevaba a un enquistamiento del Poder Judicial, a una suerte de "establishment" de jueces. Así, el único cambio

---

(13) *"Derecho Constitucional Argentino"*, Lajuane y Cía, Buenos Aires, 1923, t. III, págs. 404 y ss.

(14) A títulos de ejemplos, pueden citarse las actividades de la Judicial Conference of the United States, que agrupa a los jueces de distrito y que reporta al Congreso por medio de su Presidente; de órganos regionales como el National Center's Western Regional Office, que supervisa proyectos para mejorar la administración de justicia en trece Estados de la zona Oeste; o estatales, como el Judicial Council of California; y asociaciones privadas, por ejemplo, el Council for Court Excellence.

(15) "La reforma por dentro. La difícil construcción del acuerdo constitucional", Planeta, Buenos Aires, 1994, págs. 214 y ss.

postulado fue que las sesiones en que el Senado apruebe o deniegue los acuerdos de jueces fuesen públicas (16).

En nuestra doctrina nacional, el profesor Néstor Sagüés tuvo el mérito de conectar las cuestiones de la autonomía del poder judicial con su operatividad, en el marco de la reforma constitucional que preconizaba el Consejo para la Consolidación de la Democracia. Sostenía que el derecho público mostraba que la imparcialidad y la autonomía institucional del poder judicial sólo se logra cuando no es seleccionado por los órganos a los cuales controla, es decir, al Ejecutivo y al Congreso. Por ello la importancia de que la nominación de los jueces provenga de un "Consejo de la Magistratura", que en el derecho comparado se integra con jueces -a menudo, elegidos por sus pares-, representantes del Poder Ejecutivo y del Parlamento, y a veces, con delegados de los colegios profesionales y de las facultades de derecho. Pone el acento en el sistema de reclutamiento de jueces, con la intervención de la Escuela Judicial y los "concursos". Critica la falencia en la posición del Consejo para la Consolidación de la Democracia, que no quiso adoptar esta institución, en su proyecto de reforma constitucional (17).

En cuanto al problema de la eficacia y eficiencia en la administración de justicia, también Rafael A. Bielsa, antes de la reforma constitucional, le dedicó una amplia obra para examinarlo (18). También se agregaron trabajos del Banco Interamericano de Desarrollo (19), y de otras instituciones (20).

Si los señalados fueron antecedentes cercanos a la reforma de 1994, no puede desconocerse que el problema vinculado a la cuestión de la "eficacia" del sistema judicial había sido señalado desde antiguo en nuestra doctrina.

---

(16) "Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia", EUDEBA, Buenos Aires, 1986, págs. 62/63.

(17) Ver sobre todo ello, "Reforma constitucional (II). El Poder Judicial", en Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia", EUDEBA; Buenos Aires, 1987, págs. 165/178. Con posterioridad a la reforma constitucional, Rafael Bielsa con Eduardo Graña ampliaron la temática del Consejo para la Magistratura en "Justicia y Estado", Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

(18) "Transformación del Derecho en Justicia", La Ley, COMPLETAR

(19) William E. Davis, "Informe sobre los problemas del sector judicial de la Argentina, diciembre de 1992.

(20) CARLOS C. GREGORIO, "Investigación sobre la duración del proceso judicial" (Convenio entre la Agencia para el Desarrollo Regional -AID- y la Fundación La Ley), Buenos Aires, febrero de 1993.

Así, Montes de Oca (21) afirmaba que: *“La organización judicial argentina está calcada en los textos norteamericanos; pero aunque el engranaje constitucional es análogo en ambos países, nuestros tribunales se hallan impregnados de los hábitos de las viejas audiencias coloniales”*. Agregaba que: *“Ninguna institución colonial ha trascendido tal vez, tanto como las audiencias en nuestra legislación. Su reglamentación prolija y minuciosa ha servido de punto de partida para las sucesivas de nuestros tribunales patrios: el procedimiento, solemne y lento, los debates judiciales, largos y amanerados, aparecen infiltrados de las tradiciones y usos rutinarios, ligados por aquellas y transmitidas hasta hoy de generación en generación. Sería pues un error pretender informar del espíritu que da vida a la judicatura nacional, inquiriendo sólo las prácticas de los Estados Unidos. A las ideas de los convencionales de Filadelfia debemos en gran parte la estructura del cuerpo político, la determinación de las funciones del poder judicial, pero sus modalidades específicas, su peculiar fisonomía es producto legítimo de nuestras costumbres”*. Esta opinión se ve avalada por la influencia del derecho indiano en nuestros antecedentes patrios, examinada en el trabajo titulado *“Génesis histórica del Poder Judicial”*, de M. Cristina Seghezo de López Aragón (22).

En las negociaciones previas a la reforma de 1994, mediaron dos posiciones principales: a) el radicalismo propuso suprimir todas las intervenciones políticas en el procedimiento de nombramiento de los jueces (excluida la CSJN), teniendo el Consejo de la Magistratura tal responsabilidad; b) el justicialismo sostuvo la participación de los poderes políticos en ese procedimiento, por entender que dicho nombramiento interesa a toda la comunidad. Como conciliación surgió la fórmula del actual artículo 99, inciso 4, de la Constitución, y en lo relativo a la designación de los jueces de la Corte Suprema se ampliaron las mayorías requeridas para el acuerdo senatorial y la necesidad de otorgarlo en sesiones públicas. Esta excepción se explica porque la Corte Suprema tiene la última palabra en la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes, tratados y normas inferiores, función que es jurídica y política; razón por la que también se mantuvo el juicio político para sus integrantes.

---

(21) *“Lecciones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Doctor M. A. Montes de Oca por ALCIDES CALANDRELLI”*; Litografía “La Buenos Aires”, 1917, Tomo II, págs. 405 y ss.

(22) Ver, ese trabajo en *“Poder Judicial”*, op. cit., págs. 1/70, esp. págs. 30 y ss.

La primera parte y los dos primeros incisos del artículo 114 de la Constitución reformada corresponden a los cambios introducidos en el sistema de elección de los jueces; mientras que los incisos 3º y 6º se vinculan con la incorporación del valor “eficiencia” en la administración de justicia, al eximir a los jueces de la realización de tareas administrativas, permitiéndoles contar con más tiempo para concentrarse en sus tareas específicas de impulsar y resolver las causas judiciales, a la vez que se pretendió que los jueces –al administrar recursos– no se hallasen personalmente afectados por decisiones equivocadas o por posibles sospechas en el manejo de las contrataciones, lográndose así una mayor transparencia en su actividad. En cuanto al ejercicio de facultades disciplinarias y poder decidir la apertura del procedimiento de remoción de los jueces (incisos 4º y 5º del artículo 114), conecta no sólo con evitar la comisión de posibles delitos sino también con la amplia causal, prevista en el artículo 115 CN –con su remisión al artículo 53– referida al “mal desempeño”, como modo de encarar una mayor calidad en la prestación del servicio de justicia (23).

Se suprimió también el “juicio político” a cargo de ambas cámaras del Congreso y se desdobló la acusación –otorgándosela al Consejo de la Magistratura, al que se le concedió asimismo “ordenar la suspensión” de los jueces acusados– respecto del juicio mediante el Jurado de Enjuiciamiento, por las causales del artículo 53 CN, previéndose un fallo irrecurrible con el sólo efecto de destituir al acusado (art. 114 inc. 5 y 115 CN). Es decir, se le restaron otras facultades al Congreso, confiriéndolas al Poder Judicial.

### **EL NUEVO DEBATE ACERCA DE LA REFORMA DEL CONSEJO**

A más de una década transcurrida desde la creación del Consejo de la Magistratura, prosiguen existiendo en el Poder Judicial muchos de los problemas que le dieron origen.

Algunos de ellos han sido producto de la propia reforma de 1994, dado que la gran extensión otorgada a los derechos humanos y a sus garantías (la tercera de las ideas fuerzas mencionadas al inicio), por la incorporación de los derechos contenidos en el nuevo Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución y por los previstos en pactos internacionales a los que se confiriera jerarquía constitucional, ha dado origen a un gran crecimiento del número de litigios, situación que pone

---

(23) Ver, “La reforma por dentro”, op. cit. págs. 219/220.

a prueba –quizás mas dramáticamente aún- la cuestión de la eficacia en la administración de justicia, cuestión que continuó originando obras e investigaciones sobre el tema, incluso en su vinculación con la temática económica, con posterioridad a la reforma de 1994 (24).

Por otra parte, diversos aspectos involucrados en la ley reglamentaria del Consejo, con sus reformas, han dado origen a nuevos debates en nuestra doctrina (25), que también involucran cuestiones atinentes a la independencia del Poder Judicial.

En este sentido, existe una propuesta de reforma legislativa preparada por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, y otro trabajo organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Expresaré, a partir de aquí, algunas reflexiones sobre este debate y las eventuales reformas bajo análisis.

### LA INTEGRACIÓN DEL CONSEJO Y EL CONCEPTO DE “REPRESENTACIÓN”

La cuestión de la integración del Consejo de la Magistratura es central y se reabrió a partir de la reestructuración que ocasionó la ley 26.080 –modificatoria de las leyes 24.937 y 24.939- al funcionamiento de ese cuerpo.

Algunos trabajos, en nuestra doctrina, han puesto énfasis en determinar el concepto de “equilibrio” entre las representaciones mencionadas en la segunda parte del artículo 114 CN, para avanzar en criterios acerca del modo de composición del Consejo. Así, por ejemplo, Daniel y Kevin Sabsay (26), o Javier

---

(24) Ver, por ejemplo, el trabajo de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas –FIEL- sobre *“La reforma del Poder Judicial en la Argentina”*, 1996; la “Investigación UBACYT – CONICET, con la dirección de ANA I. PIAGGI DE VANOSI, titulada *“Poder Judicial, Desarrollo Económico y Competitividad en la Argentina”*, en tomos editados por Depalma y por Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, años 2000 y 2002.

(25) A las obras ya citadas, o que se mencionan específicamente en este trabajo, cabe agregar: MARIO A. MIDÓN, *“Proyecto desequilibrado”* en LA LEY 19/12/2005; EDUARDO CRAVIOTTO *“El Consejo de la Magistratura (¿Consecuencia de la crisis de la Administración de Justicia?)* LA LEY 1995-A, 839; ELENA A. LIBERATORI, *“Aspectos positivos de la ley 26.080 de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación”*.

(26) Ver, *“Sobre el Consejo de la Magistratura de la Nación y su reforma”*, LA LEY del 14/10/2009.

Barraza (27), acuden a diversos significados etimológicos de ese vocablo para fundar sus críticas a la ley 26.080. María A. Gelly, en una interpretación finalista del texto del artículo 114, plantea que preservar el “equilibrio” es esencial, *“porque existía acuerdo acerca de acotar el peso del poder político en las designaciones y destituciones de los jueces, como un medio, también, de limitar los rasgos poderosos del presidencialismo argentino”* (28). Jorge Gentile, advierte *“que en un sistema de división y equilibrio de poderes es necesario que el mismo no sea alterado en su equilibrio por mayorías circunstanciales que puedan tener las cámaras del Congreso”* (29). Adrián Ventura, en su obra sobre el Consejo, opone –al mentar la idea de “equilibrio”– la concepción de un Consejo eminentemente político a un Consejo político-profesional, señalando con razón: *“En cualquier caso, la Argentina se habrá alejado de la posibilidad de haber creado un órgano profesional, exclusivamente judicial”* (30).

En rigor, la reforma de 1994 adoptó un criterio flexible en la conformación del Consejo, pues la idea completa volcada al texto es que se *“...procure el equilibrio...”*, que no ajusta a criterios matemáticos; por ende, puede dar lugar a diversas y correctas interpretaciones; situación que dejó abierto al ámbito de la ley el modo más adecuado, en las diferentes épocas, de conformar el Consejo. Además, la incorporación de una institución novedosa, de tanta importancia, al Poder Judicial requería un cierto grado de posible adaptación a los hechos, para poder visualizar su mejor modo de funcionar.

De cualquier modo, es válido que se tuvo presente la crítica del Consejo para la Consolidación de la Democracia, a la que ya se hizo referencia, en el sentido de evitar un Consejo exclusivamente formado por jueces. El *“afianzar la justicia”* –según expresa el Preámbulo de la CN– debe interesar a toda la ciudadanía, razón por la cual se incluyó ya en el texto de la Constitución de 1853/60 el juicio por jurados, y no se lo suprimió en el inciso 12 del artículo 99 de la Constitución reformada. Así, se indicó que en la integración del Consejo debe existir *“la representación de los órganos políticos*

(27) *“Los desequilibrios de la ley. En torno al Consejo de la Magistratura y su conformación”*, LA LEY, 2006-D.594.

(28) *“El Consejo de la Magistratura en contexto político institucional”*, LA LEY, 2009-D, 1349.

(29) *“La Integración del Consejo de la Magistratura”*, LA LEY, 2006-E, 768.

(30) *“Consejo de la Magistratura”*, Depalma, Bs. As., 1998, págs. 200 y ss.

*resultantes de la elección popular*"; y el uso del plural debe entenderse referido a ambos poderes, es decir, el Ejecutivo y el Legislativo, en este último caso a las dos Cámaras del Congreso.

El acento debe estar puesto en la idea de "*representación*" (31), que cabe interpretarla de acuerdo con el art. 22 de la Constitución, que excluye el mandato imperativo por parte del pueblo (el que "*no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades*"); y ello es lo que mejor resguarda a la división de poderes que surge de las tres Secciones del Título Primero de la Segunda Parte de la CN. En consecuencia, no deberían integrar el Consejo los legisladores ni el Poder Ejecutivo (que es unipersonal).

Para corroborar esta afirmación, baste comparar las diferentes redacciones que poseen el art. 114 con el del art. 115 de la Constitución, en donde para el Jurado de Enjuiciamiento se permite su integración con "*legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal*"; esa diferente redacción se explica porque el Jurado cumple una función que no se superpone con otras atribuciones del Poder Judicial de la Nación, pues sólo puede absolver o destituir a jueces.

En esta posición, estimo inconstitucional la integración del Consejo con legisladores, como se hace en el art. 2 de la ley 24.937 y en sus modificatorias, y como aún se contempla –en contra de sus mismos fundamentos– en el art. 2 del proyecto de ley del Colegio de la Ciudad de Buenos Aires.

Se ha entendido, desde la primera ley reglamentaria, que la representación del poder legislativo requiere la elección de miembros por mayoría y minorías, adoptando como pauta exegética un principio establecido para la composición del Senado de la Nación (artículo 54 de la Constitución). Este fue el criterio seguido por la ley 24.937 cuando estableció la representación del Congreso en cuatro legisladores por cada Cámara, con dos legisladores por mayoría y dos por minorías; la ley 26.080 los redujo a seis, dos por mayoría y uno por minoría, para cada Cámara.

---

(31) DANIEL y KEVIN SABSAY, en la obra citada, también se oponen a que los legisladores e integrantes del Ejecutivo integren el Consejo; pero entienden –como inoportuno– que lo hagan también representantes del Senado. No comparto esta última aclaración, porque si bien el Senado interviene en el trámite de nombramiento de los jueces, por lo cual sus representantes pueden ser excluidos de la Comisión de Selección, no lo hacen en las demás funciones del Consejo.

Sin embargo, ello conduce a un Consejo en donde no es fácil igualar representaciones de los distintos sectores, ya que requiere numerosos miembros políticos para dar más representación a las minorías. Empero, si se instala la idea de “representación” del poder legislativo podría reducirse el número de miembros, al excluirse a los legisladores; en cuyo caso podría dejarse a criterio de cada Cámara, y a los reglamentos que éstas puedan dictar al efecto, cómo decide realizar la designación de sus representantes.

Las representaciones de jueces, abogados y académicos, fueron bien tratadas -igualitariamente- en la originaria ley 24.937: el Presidente de la CSJN y cuatro jueces; cuatro abogados y un académico que también debía ser abogado; aunque ello llevaba a un Consejo de 19 miembros (agregado un representante del PE y ocho legisladores). La crítica que generó esa ley fue la de un Consejo muy numeroso. No obstante, la idea de “representación” aplicada al Poder Legislativo, podría subsanar esa crítica, permitiendo reducir su número de miembros, tratando de equipararlos además a los jueces, abogados y académicos.

El art. 114 establece la representación *“de los jueces de todas las instancias”*, texto que obliga sin dudas a la participación de los jueces de la CSJN. De no estar representados, como surge en la actual ley, podría cuestionarse su constitucionalidad.

### LA AUTONOMÍA Y LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO

La representación de los jueces de la Corte Suprema conduce naturalmente a otorgar la presidencia del Consejo a uno de sus jueces, preferentemente a su Presidente. Esa solución facilita la coordinación en el funcionamiento del Consejo y de la CSJN, manteniendo a su vez separadas sus respectivas atribuciones.

En efecto, el Consejo es autónomo respecto de la Corte Suprema para el cumplimiento de sus funciones. En este sentido, el Consejo no puede ejercer facultades jurisdiccionales que están exclusivamente atribuidas a los jueces por los artículos 116 y 117 de la Constitución. A su vez, el artículo 114 confiere al Consejo de la Magistratura un conjunto de facultades, que ya han sido reseñadas y que responden a los fines específicos de esta institución. De tal modo, no comparto el proyecto del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto pretende que sea órgano *“subordinado jerárquicamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*.

En efecto, el propósito de los constituyentes ha sido dar participación al Consejo de la Magistratura en funciones que tenían -con anterioridad a la reforma de 1994- naturaleza eminentemente política, y en las que no intervenía la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tales fueron el procedimiento de selección de los jueces, resultante de los incisos 1 y 2 del art. 114 CN, y el de remoción de magistrados, previsto en el inciso 5 del mismo artículo.

Se sustrajo, por la reforma de 1994, esas facultades al Poder Ejecutivo y al Congreso, que no las poseía la Corte Suprema ni los jueces, para otorgárselas a un órgano incorporado al Poder Judicial.

Así, se limitó el ejercicio político de la facultad de designar los jueces de las instancias inferiores a la de miembros de la Corte Suprema, ya que el Poder Ejecutivo sólo puede actuar en la selección de esos jueces dentro del marco de las ternas vinculantes que expida el Consejo de la Magistratura (previo concurso público); y el Senado podrá aceptar o rechazar la nominación o la terna, pero no puede sustituirla.

Pese a incorporar el Consejo de la Magistratura al Poder Judicial de la Nación (Sección Tercera, del Título Primero de la Segunda Parte de la Constitución), y no tratarlo como un órgano extra-poder (similar al Ministerio Público, previsto en el art. 120, y ubicado en una Sección Cuarta), se han diferenciado sus facultades de las referidas a la Corte Suprema y los tribunales inferiores, los cuales no poseen las atribuciones concedidas por los arts. 114 y 115 de la Constitución al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento, por lo que no caben recursos administrativos contra sus decisiones (aunque pueden, en ciertos supuestos, existir recursos jurisdiccionales).

No obstante lo dicho, las facultades emergentes de los incisos 3, 4 y 6 del artículo 114 CN han generado situaciones de tensión, que deben ser resueltas acrecentando las funciones de colaboración entre la CSJN y el Consejo, otorgando la presidencia a un juez de la CSJN, con preferencia a su presidente.

#### **REFORMAS TENDIENTES A UNA MAYOR EFICIENCIA DEL CONSEJO**

Otro aspecto de la reforma de la actual ley del Consejo de la Magistratura es incorporar modificaciones que tiendan a agilizar

su funcionamiento y hacerlo más eficiente, evitando bloqueos por parte de algunas de sus representaciones, particularmente las de índole política, según se apreciara lo que ha sucedido en los últimos años.

Si hay mayor equilibrio en las representaciones de los órganos políticos, jueces, abogados y académico, es posible disponer que su plenario pueda actuar –como principio general– bajo el régimen de simple mayoría, sin necesidad de acudir en muchos casos a una mayoría agravada de dos tercios de sus miembros.

El modo de integración del Consejo se traslada a la formación de sus comisiones, y a su funcionamiento. Cabe también aquí hacer las siguientes observaciones a la ley actual y a propuestas para encarar su reforma.

#### **COMISIÓN DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS Y ESCUELA JUDICIAL**

No media unarazón atendible para que en la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, no existan representantes de los abogados, y haya –en cambio– cuatro miembros de los poderes políticos, aunque tampoco parece lógica la solución del Colegio de la Ciudad de Buenos Aires de excluir totalmente a estos últimos, porque ya se ha dicho que la administración de justicia interesa al conjunto de la ciudadanía y no sólo a jueces y abogados. En cambio, comparto la exclusión del representante Poder Ejecutivo, ya que éste interviene en el proceso de selección, eligiendo dentro de una terna. También en esa Comisión podría excluirse la representación del Senado, pues luego esa Cámara interviene al prestar –o no– el Acuerdo del candidato propuesto por el Ejecutivo, elegido dentro de la terna elevada por el Consejo.

En atención a que coincido con otorgar un papel relevante a la Escuela Judicial, siendo de particular interés la experiencia en los EE.UU. en esta materia, me parece conveniente separar la Escuela Judicial de la Comisión de Selección de Magistrados, para concederle mayor autonomía interna dentro del Consejo de la Magistratura.

#### **COMISIÓN DE DISCIPLINA Y ACUSACIÓN**

En la Comisión de Disciplina y Acusación tiene lógica que exista participación de los representantes del Poder Legislativo,

porque el Consejo ha reemplazado una labor que ejercía antes la Cámara de Diputados en el antiguo juicio político, pero allí también están poco representados los abogados (uno) y, en cambio, se vuelve a otorgar un lugar al representante del ámbito académico –ya integrado a la Comisión anterior– y al del Ejecutivo, cuando este poder nunca cumplió actividad alguna en el antiguo juicio político.

La modificación de esta Comisión es central, con el fin que se guarde un mayor “equilibrio” en las representaciones, porque ella es la que debe ejercer el control sobre la actividad de los jueces.

Estoy de acuerdo, en general, con las facultades de la Comisión de Disciplina y Acusación; cuando en ejercicio de la facultad disciplinaria se establece que: *“Queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de las sentencias”*.

La ley actual contiene un inciso D) relativo a la acusación, cuando sean los tribunales superiores los que adviertan la presunta comisión de ilícitos o la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho aplicable por los jueces inferiores, en cuyo caso remitirán en forma inmediata la denuncia o una información sumaria al Consejo de la Magistratura. Empero, no es entendible que disponga que deberá comunicarse en forma inmediata al Poder Ejecutivo la decisión de abrir un procedimiento de remoción contra un magistrado, porque el Poder Ejecutivo no tiene competencias en la materia.

Me parece mejor la redacción originaria del segundo apartado del artículo 15 de la ley 24.937 que establecía: *“Cuando sean los tribunales superiores los que advirtieran la presunta comisión de ilícitos o la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho aplicable por parte de jueces inferiores, dispondrán solo para estos casos, la instrucción de un sumario que se remitirá con sus resultados, al Consejo de la Magistratura, a los fines contemplados en el artículo 114, inciso 5 de la Constitución Nacional”*; por tanto, propongo volver a esa redacción con el agregado: *“Este procedimiento podrá aplicarse en materia del contenido de las sentencias”*.

#### COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y FINANCIERA

Respecto de la Comisión de Administración y Financiera, tienen mayoría los representantes del poder político, cuando deberían

estar absolutamente excluidos, pues su función es *“administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia”* -inciso 3 del art. 114- y porque actualmente intervienen representantes de otros poderes en la ejecución del presupuesto judicial, razón por la cual tampoco comparto la solución del Colegio de la Ciudad. La representación de los abogados en esta Comisión, resulta de ser auxiliares (y principales usuarios) de la administración judicial.

La cuestión de la administración de los recursos del Poder Judicial es la que más controversias ha suscitado en su aplicación, a la vez que ha dado origen a dificultades entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura, principalmente en lo relativo a la elaboración del presupuesto de recursos y gastos del Poder Judicial de la Nación, que entraña además el problema de las remuneraciones de los funcionarios y empleados judiciales.

Precisamente, entiendo que otorgar la presidencia del Consejo de la Magistratura a uno de los jueces de la Corte Suprema, o a su presidente de ser quien los representa, debería facilitar la colaboración entre ambos órganos.

### COMISIÓN DE REGLAMENTACIÓN Y SÍNTESIS FINAL

En lo relativo a la integración de la Comisión de Reglamentación, sí tiene sentido que existan -como establece la ley actual- representantes de los poderes políticos, porque podría aducirse que la reforma de 1994 sustrajo al Poder Ejecutivo la atribución reglamentaria del art. 99 inc. 2 de la Constitución (aunque es cuestión opinable), en materia de leyes que organizan al poder judicial, o que resultan necesarias para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia.

Esta Comisión es también estratégica, pues es la que debería encarar, en estrecha colaboración con la Corte Suprema, ciertos aspectos centrales de la reforma del Poder Judicial, afrontando las dificultades notorias que se presentan para su mejor funcionamiento, por las consecuencias que se derivan, en la morosidad del servicio de justicia, de los caracteres vetustos de sistemas procesales todavía en vigencia -tema al que ya dediqué varias reflexiones en este trabajo- acrecentadas por la creciente litigiosidad, y por la saturación de algunos fueros, particularmente cuando el requerimiento de justicia se cuenta en decenas de miles de expedientes.

Su integración por representantes de los órganos políticos es necesaria en cuanto se advierta que el poder reglamentario del Consejo resulte insuficiente, y deba recurrirse a la sanción de leyes, en particular las de índole procesal.

Como síntesis de lo dicho hasta aquí, y en especial en lo relativo a la materia reglamentaria, cabe reiterar que los fines perseguidos por la reforma de 1994 respecto del Poder Judicial y la creación del Consejo de la Magistratura pueden resumirse en el texto del inciso 6 del artículo 114, cuando le acuerda al Consejo dicha potestad reglamentaria para asegurar la independencia de los jueces, y simultáneamente lograr la eficaz prestación de los servicios de justicia.

## SOBRE EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

POR EL ACADÉMICO DR. RODOLFO DÍAZ (1)

En la sesión del martes 20 de octubre de 2009 del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se trató el tema de la inclusión del Consejo de la Magistratura en la Reforma Constitucional de 1994, sobre la base de una excelente Comunicación presentada por el miembro del Instituto Dr. Alberto García Lema, Convencional Constituyente (MC) por la Provincia de Buenos Aires.

Mis opiniones no son totalmente coincidentes con las del distinguido colega; algunas fueron expresadas en la sesión, y en otras me remití al Dictamen que al respecto tuve oportunidad de emitir como Procurador del Tesoro de la Nación en 1995.

En efecto. A pocos días de la entrada en vigencia de la Constitución reformada en 1994, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1541/94 creando la "Comisión para la elaboración de los proyectos legislativos y reglamentarios complementarios de la Reforma Constitucional", cuya competencia era "el estudio y elaboración de proyectos de normas legales y reglamentarias, que resulten necesarios como derivación de las reformas introducidas en la Constitución Nacional", entre las que menciona el nuevo Artículo 114 que crea el Consejo de la Magistratura. La Comisión estaba compuesta por nueve miembros, entre ellos el Procurador del Tesoro de la Nación.

---

(1) Abogado. Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina y Académico Secretario de su Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales; Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; WCFIA Fellow, Harvard University; Eisenhower Fellow; Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Convencional Nacional Constituyente (MC) por Mendoza; Ex Ministro de Trabajo de la Nación y Ex Procurador del Tesoro de la Nación; Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Congreso; Director de la Maestría en Administración Pública de la Universidad del Salvador; Vicepresidente de Asuntos Legales de Pan American Energy.

En ejercicio de esa competencia, emití el Dictamen N° 168 del 21 de septiembre de 1995 –que tiene dos partes: un Proyecto de Ley de Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento, y los Fundamentos de ese proyecto de ley– el que aquí se adjunta para su publicación por la Academia.

## CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO

### ANTEPROYECTO DE LEY

#### I. Consejo de la Magistratura

##### Artículo 1: *Atribuciones. Ambito.*

El Consejo de la Magistratura ejercerá las atribuciones de selección de los magistrados y de administración del Poder Judicial que le otorga el Art. 114 de la Constitución, de acuerdo a lo establecido en esta ley, con autonomía funcional y en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.

##### Artículo 2: *Integración.*

El Consejo de la Magistratura estará integrado por:

- a) El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- b) Tres senadores nacionales; dos de ellos pertenecientes al bloque de mayor representación parlamentaria y uno al que le siga en número de miembros. Serán designados por el Senado de la Nación según el procedimiento que su reglamento determine.
- c) Tres diputados nacionales; dos de ellos pertenecientes al bloque de mayor representación parlamentaria y uno al que le siga en número de miembros. Serán designados por la Cámara de Diputados de la Nación según el procedimiento que su reglamento determine.
- d) Tres jueces de Cámara. Serán designados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a propuesta de los presidentes de las Cámaras nacionales y federales, según el procedimiento que la Corte determine.
- e) Dos jueces de primera instancia. Serán designados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a propuesta de los jueces nacionales y federales de primera instancia, según el procedimiento que la Corte determine.
- f) El ministro de Justicia de la Nación.

- g) Dos abogados de la matrícula federal. Serán designados uno de ellos por el Colegio de Abogados de la Capital Federal y el otro por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, según el procedimiento que esos mismos organismos determinen.
- h) Dos personas del ámbito académico y científico. Serán designados uno de ellos por el Consejo de Rectores de Universidades Nacionales y el otro por el Consejo de Rectores de Universidades Privadas, según el procedimiento que esos mismos organismos determinen.

La función de miembro del Consejo de la Magistratura es indelegable. Por cada miembro titular, salvo el presidente de la Corte y el ministro de Justicia, se designará un suplente, con los mismos requisitos y según el mismo procedimiento previsto para el titular.

*Artículo 3: Carácter honorario.*

La función de miembro del Consejo de la Magistratura es honoraria. Ningún integrante percibirá remuneración por su desempeño.

*Artículo 4: Miembros: condiciones.*

Para ser miembro del Consejo de la Magistratura se requieren las condiciones exigidas para ser senador nacional.

*Artículo 5: Miembros: duración.*

Los miembros del Consejo de la Magistratura durarán cuatro años en sus funciones. Pueden ser designados por períodos sucesivos. Dejan de integrar el Consejo en el acto de perder la investidura o condición por la que fueron designados.

*Artículo 6: Miembros: remoción.*

El Consejo de la Magistratura puede remover a cualquiera de sus integrantes por las causales del artículo 53 de la Constitución, con el voto de los dos tercios del total de sus miembros.

*Artículo 7: Presidente.*

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el presidente del Consejo de la Magistratura.

*Artículo 8: Reglamento interno. Reglamento de Concursos.*

El Consejo de la Magistratura dictará su propio reglamento de organización y funcionamiento y el reglamento de concursos para la selección de magistrados, de acuerdo a las disposiciones de esta ley.

*Artículo 9: Sesiones. Quorum. Mayorías.*

El Consejo de la Magistratura se reunirá periódicamente en sesiones ordinarias o extraordinarias conforme lo establezca el reglamento. Se sessionará con la presencia de al menos diez de sus miembros. Adoptará sus decisiones por simple mayoría de votos, salvo los casos especiales que establezca la ley y los que determine el reglamento. El presidente tendrá doble voto en caso de empate.

*Artículo 10: Órganos Ejecutivos.*

El Consejo de la Magistratura no ejerce funciones ejecutivas sino a través de sus órganos ejecutivos permanentes: la Secretaría del Consejo de la Magistratura y la Oficina de Administración Financiera del Consejo de la Magistratura.

*Artículo 11: Secretaría.*

La Secretaría del Consejo de la Magistratura estará a cargo de un Secretario Ejecutivo designado por éste de fuera de su seno. Deberá tener título de abogado y los demás requisitos que establezca el reglamento. Percibirá una remuneración igual a la que perciben por todo concepto los jueces de segunda instancia y estará sujeto a las mismas incompatibilidades. Tendrá a su cargo la convocatoria, orden del día y actas de las sesiones; el registro de los postulantes a las magistraturas; el trámite de los concursos y las demás tareas que el reglamento o el presidente le encomienden.

*Artículo 12: Oficina de Administración Financiera.*

La Oficina de Administración Financiera del Consejo de la Magistratura estará a cargo de un Secretario Administrativo designado por éste de fuera de su seno. Deberá tener título profesional en ciencias económicas y los demás requisitos que establezca el reglamento. Percibirá una remuneración igual a la que perciben por todo concepto los jueces de segunda instancia y estará sujeto a las mismas incompatibilidades. Tendrá a su cargo la administración de los recursos, la ejecución del presupuesto que la ley asigne al Poder Judicial y las demás tareas que el reglamento o el presidente le encomienden.

*Artículo 13: Régimen disciplinario.*

Una ley regulará el régimen disciplinario para los jueces de los tribunales inferiores de la Nación y su aplicación por el Consejo de la Magistratura.

*Artículo 14: Reglamentos.*

Una ley establecerá las bases sobre las que el Consejo de la Magistratura dictará los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

## II. Jurado de Enjuiciamiento

### Artículo 15: *Atribución.*

El Jurado de Enjuiciamiento ejercerá la atribución de remover a los jueces de los tribunales inferiores de la Nación que le otorga el Art. 115 de la Constitución, de acuerdo a lo establecido en la presente ley.

### Artículo 16: *Integración.*

El Jurado de Enjuiciamiento estará integrado por:

- a) Tres senadores nacionales; dos de ellos pertenecientes al bloque de mayor representación parlamentaria y uno al que le siga en número de miembros. Serán designados por el Senado de la Nación según el procedimiento que su reglamento determine.
- b) Tres diputados nacionales; dos de ellos pertenecientes al bloque de mayor representación parlamentaria y uno al que le siga en número de miembros. Serán designados por la Cámara de Diputados de la Nación según el procedimiento que su reglamento determine.
- c) Tres jueces de Cámara. Serán designados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a propuesta de los presidentes de las Cámaras nacionales y federales, según el procedimiento que la Corte determine.
- d) Tres abogados de la matrícula federal. Serán designados uno de ellos por el Colegio de Abogados de la Capital Federal y los otros dos por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, según el procedimiento que esos mismos organismos determinen.

La función de miembro del Jurado de Enjuiciamiento es indelegable. Por cada miembro titular se designará un suplente, con los mismos requisitos y según el mismo procedimiento previsto para el titular.

### Artículo 17: *Carácter honorario.*

La función de miembro del Jurado de Enjuiciamiento es honoraria. Ningún integrante percibirá remuneración por su desempeño.

### Artículo 18: *Miembros: condiciones.*

Para ser miembro del Jurado de Enjuiciamiento se requieren las condiciones exigidas para ser senador nacional.

### Artículo 19: *Miembros: duración.*

Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento durarán cuatro años en sus funciones. Pueden ser designados por períodos sucesivos. Dejan de integrar el Jurado de Enjuiciamiento en el acto de perder la investidura o condición por la que fueron designados.

Artículo 20: *Miembros: remoción.*

El Jurado de Enjuiciamiento puede remover a cualquiera de sus integrantes por las causales del artículo 53 de la Constitución, con el voto de los dos tercios del total de sus miembros.

Artículo 21: *Presidencia.*

El juez más antiguo integrante del Jurado de Enjuiciamiento, es su presidente.

Artículo 22: *Reglamento interno.*

El Jurado de Enjuiciamiento dictará su propio reglamento de organización y funcionamiento, de acuerdo a las disposiciones de esta ley.

Artículo 23: *Sesiones. Quorum. Mayorías.*

El Jurado de Enjuiciamiento sesionará con la presencia de al menos siete de sus miembros. Adoptará sus decisiones por mayoría absoluta de votos del total de sus miembros, salvo los casos especiales que establezca la ley y los que determine el reglamento. El presidente tendrá doble voto en caso de empate.

Artículo 24: *Recusación. Excusación.*

Los miembros del Jurado de Enjuiciamiento podrán ser recusados y deberán excusarse según corresponda, por las mismas causales que para los magistrados del Poder Judicial establece el Código Procesal Penal de la Nación. En caso que el Jurado acepte la recusación o excusación, serán reemplazados por su suplente.

Artículo 25: *Secretaría Letrada.*

El Jurado de Enjuiciamiento tendrá una Secretaría Letrada que estará a cargo de un Secretario designado por el Jurado de fuera de su seno. Deberá tener título de abogado y ocho años de antigüedad en el ejercicio profesional. Percibirá una remuneración igual a la que perciben por todo concepto los jueces de segunda instancia y estará sujeto a las mismas incompatibilidades. Tendrá a su cargo asistir al Jurado en el trámite del proceso de enjuiciamiento y las demás tareas que el reglamento o el presidente le encomienden.

### **III. Proceso de Enjuiciamiento de Magistrados**

Artículo 26: *Denuncia.*

Cualquier persona que tenga conocimiento de que un juez ha incurrido en la comisión de un hecho u omisión que configure alguna de las causales previstas en el artículo 53 de la Constitución, puede formular la denuncia ante el presidente del Consejo de la Magistratura. En ningún caso se dará trámite a una denuncia anónima.

Artículo 27: *Descargo*.

El Consejo de la Magistratura notificará al juez la denuncia recibida y le dará vista para que presente descargo.

Artículo 28: *Dictamen*.

Recibido el descargo, el Consejo dictaminará si en el caso concurren o no las condiciones subjetivas y objetivas para decidir la apertura del proceso de remoción. A los efectos de mejor dictaminar podrá solicitar la remisión de expedientes administrativos y judiciales del lugar en que se encuentren.

Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros, se expedirá sobre si existen indicios ciertos o razones suficientes para que proceda la acusación o el rechazo de la denuncia.

Artículo 29: *Acusación*.

Cuando el dictamen sea acusatorio, el Consejo de la Magistratura resolverá declarar abierto el procedimiento de remoción de magistrados previsto en el artículo 115 de la Constitución, la suspensión preventiva del juez en cuestión y la designación de uno de sus miembros para que sostenga la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Artículo 30: *Elevación*.

Formulada la acusación, el Consejo de la Magistratura remitirá las actuaciones al Jurado de Enjuiciamiento.

Artículo 31: *Avocamiento. Traslado*.

El Jurado de Enjuiciamiento se avocará a su conocimiento y dará traslado al juez acusado para que presente defensa y ofrezca prueba.

Artículo 32: *Prueba*.

Contestado el traslado, el Jurado ordenará la apertura a prueba, rechazará la manifiestamente improcedente, dispondrá la producción de la que corresponda y fijará fecha de la audiencia pública de vista de causa a la que comparecerán las partes, los peritos y los testigos para informar oralmente sobre la prueba ofrecida. El Jurado de Enjuiciamiento tendrá amplias facultades de investigación para disponer cualquier medida de prueba.

Artículo 33: *Audiencia pública*.

Agotada la instancia probatoria, el Jurado de Enjuiciamiento fijará fecha de la audiencia pública para que las partes aleguen sobre el mérito de la prueba producida.

**Artículo 34: *Sentencia.***

El Jurado de Enjuiciamiento dictará sentencia fundada en derecho absolviendo o destituyendo al juez acusado, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros, contra la que sólo procederá aclaratoria.

**Artículo 35: *Reglamentación.***

El Jurado de Enjuiciamiento reglamentará el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados establecido por esta ley.

**Artículo 36: *De forma.***

Comuníquese al Poder Ejecutivo.

## **CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO**

### **FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE LEY**

#### **- I -**

El artículo 114 de la Constitución no es inmediatamente operativo. Si bien dispone que "El Consejo de la Magistratura (...), tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial", lo hace remitiendo expresamente su regulación a "...una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara..."

El contenido normativo del texto le agrega una nueva atribución al Congreso: así como en el artículo 75 inc. 20 le reconoce la atribución de establecer los tribunales inferiores, el 114 le otorga la de regular el Consejo de la Magistratura.

De allí que el diseño y creación del Consejo, la organización de su estructura, la metodología de su integración y la reglamentación del ejercicio de sus atribuciones, son facultades propias del Poder Legislativo por expreso mandato constitucional.

La misma Constitución establece el modo como el Congreso debe ejercer esta nueva atribución: dictando una ley especial con mayorías reforzadas. Esta ley especial es del mismo tipo que la prevista en el artículo 99 inciso 3, relativa al tratamiento parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia; no son una clase especial de leyes sino que son leyes especiales únicas a través de las cuales el Congreso debe ejercer determinadas atribuciones específicas: regular el tramite parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia en un caso y regular el Consejo de la Magistratura en el otro.

En consecuencia, todo lo propiamente relativo a la nueva atribución que recibe el Congreso por imperio del art. 114 debe ser regulado por esa ley especial: funcionamiento del Consejo, selección de magistrados, concursos, ternas, administración de los recursos, ejecución del presupuesto, apertura del procedimiento de remoción.

- II -

El art. 108 de la Constitución atribuye el ejercicio del Poder Judicial de la Nación a la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales inferiores establecidos por el Congreso. Pero la Carta Magna no podría encomendar tal atribución a otro órgano sin modificar esa norma constitucional; y el artículo 114 no ha modificado el 108. Por lo tanto, el Consejo de la Magistratura no ejerce el Poder Judicial.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que, a diferencia del caso del Ministerio Público que está regulado en una Sección aparte, la ubicación normativa del Consejo en la Sección Tercera de la Constitución señala su ubicación institucional: "está" en el Poder Judicial. Consecuentemente, el Consejo de la Magistratura no es un órgano extrapoder.

Afirmar que el Consejo de la Magistratura "está" en el Poder Judicial pero que no lo ejerce -porque tal ejercicio ha sido específicamente imputado por la Constitución a la Corte y los Tribunales- obliga a preguntarse por su "modo de estar" en el Poder Judicial, por el tipo de situación institucional que tiene el Consejo.

Es un "modo de estar" distinto al de un tribunal, que está integrado por jueces, tiene funciones jurisdiccionales, es centro de imputación de las competencias que el art.116 de la Constitución atribuye a la Corte y los tribunales inferiores de la Nación -conocimiento y decisión de causas- y tiene relaciones de "inordinación" con la Corte.

Es un "modo de estar" también distinto al de los empleados, que no tienen funciones jurisdiccionales ni son jueces, pero que a diferencia del 'Consejo -por imperio del art. 113 de la Constitución- son nombrados por la Corte y tienen con ella relaciones de "Subordinación".

Debe advertirse que los artículos 85, 86 y 120 de la Constitución referidos respectivamente a la Auditoría General de la Nación, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público, expresamente otorgan autonomía a esos órganos y que el art. 114 no otorga al Consejo de la Magistratura tal calidad. Sin embargo, el ejercicio de las atribuciones que el art. 114 le encomienda requiere un grado de autonomía funcional orientada al dictado de sus reglamentos internos de funcionamiento y a la independencia de criterio en aquellas cuestiones que le son específicas.

El Consejo, entonces, no tiene funciones jurisdiccionales, no está integrado por jueces en ejercicio de tal función, no tiene con la Corte

relaciones de inordinación ni de subordinación sino que es centro de imputación –por una ley especial que debe dictar el Congreso– de las competencias del art. 114 de la Constitución. Desde el punto de vista institucional, el Consejo de la Magistratura es un órgano no jurisdiccional que ejerce sus atribuciones en el ámbito del Poder Judicial con autonomía funcional.

- III -

Cuando el art. 114 segundo párrafo de la Constitución dispone cómo será la integración del Consejo de la Magistratura, se refiere a componentes específicos: órganos políticos resultantes de la elección popular, jueces de todas las instancias, abogados de la matrícula federal y académicos; está estableciendo principios determinados de legitimidad para ser miembro.

Asimismo, cuando el texto dice “El Consejo será integrado...”, no está haciendo referencia sólo al acto instantáneo de su constitución sino al decurso de toda su existencia como órgano. Lo que la Constitución manda, es que el Consejo la Magistratura esté conformado por legisladores, jueces, funcionarios y abogados que sigan siendo tales.

Por otra parte, el art. 114 segundo párrafo dispone que el Consejo será integrado “...de modo que se procure el equilibrio...” entre los distintos componentes. El equilibrio requerido debe ser funcional y no cuantitativo; si la Constitución hubiese querido que la integración del Consejo fuese cuantitativamente equilibrada hubiera señalado que debía integrarse igualitariamente por los distintos componentes. Lo que pretende la norma es que ningún estamento posea por sí solo capacidad decisoria y predomine respecto de los otros; por eso tal equilibrio no está referido sólo a la integración del Consejo sino a su funcionamiento, por lo que debe reflejarse en el régimen de quórum y de mayorías necesarias para adoptar decisiones.

Esta regla de integración prevista por la Constitución –conformación del Consejo por miembros designados en razón de determinada condición que deben detentar durante todo su desempeño– no posibilita la sustitución de representaciones ni la designación de dependientes de quienes están legitimados para ser miembros. Tampoco permite establecer incompatibilidades –sería contradictorio– entre la condición exigida para la función y su ejercicio. Por la misma razón no sería jurídicamente consistente imponer necesariamente la pérdida de la condición de legislador, juez o abogado de la matrícula a quienes precisamente por serlo han sido designados.

De la misma regla de integración se sigue que el mantenimiento de la investidura legitimante junto con la condición de miembro del Consejo no permite que esta última función sea remunerada. Así también

se sigue que la pérdida de aquella investidura –renuncia o remoción del juez, finalización del mandato del legislador, etc.– determina la pérdida de la calidad de miembro del Consejo.

- IV -

Las facultades que el art. 114 de la Constitución otorga al Congreso para la creación, integración y organización del Consejo de la Magistratura, comprenden también la de determinar las causales y el procedimiento para la remoción de sus miembros.

La remoción sólo podrá afectar a los miembros del Consejo en tanto tales, es decir su pertenencia al mismo pero no la investidura por la cual fueron designados. Tiende a producir un efecto de la misma clase que el efecto previsto por el art. 60 de la Constitución para el juicio político, por el art. 66 para la remoción de legisladores y por art. 115 para el jurado de enjuiciamiento: solamente la pérdida de la condición de miembro del Consejo de la Magistratura.

En la Constitución esta clase especial de efectos está vinculada a una clase especial de causas; las previstas en los artículos 53, 66 y 115: mal desempeño, delito e inhabilidad física o moral. En consecuencia, esas deben ser las causales de remoción de los miembros del Consejo de la Magistratura.

En cuanto al procedimiento, el previsto para el Juicio Político no puede aplicarse a los miembros del Consejo de la Magistratura; el art. 53 de la Constitución lo reserva para la remoción del Presidente, Vicepresidente, Jefe de Gabinete, Ministros y Miembros de la Corte Suprema. Tampoco puede aplicarse el procedimiento del Jurado de Enjuiciamiento, que el art. 115 de la Constitución reserva para los jueces de los tribunales inferiores. Por ello al único efecto de la remoción de los miembros por causales de apreciación política, la ley puede establecer un procedimiento propio del Consejo de la Magistratura.

- V -

Efectivamente, la Constitución reformada manda transferir al Consejo de la Magistratura –por medio de una ley especial del Congreso– algunas funciones que en la Constitución anterior estaban atribuidas al Poder Ejecutivo, al Congreso y a la Corte Suprema de Justicia.

Dado que esa transferencia implica modificar el ámbito de atribuciones de los tres poderes de la Constitución, es necesario interpretarla con un cuidadoso respeto por el texto, que dice expresamente lo que quiere quitar al Poder Ejecutivo, al Congreso y a la Corte para asignarlo al Consejo. Por lo tanto, debe entenderse que la Constitución sólo ha

transferido al Consejo de la Magistratura las funciones expresamente contenidas en el texto de su art. 114.

- VI -

El art.114 -del modo no inmediatamente operativo ya analizado- atribuye al Consejo dos funciones: la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

La Constitución no inviste al Consejo de la Magistratura del gobierno del Poder Judicial ni le atribuye la función de la superintendencia de los tribunales, que se mantienen en cabeza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por imperio de los artículos 108 y 113.

- VII -

Los incisos 1 y 2 del art. 114 de la Constitución en realidad no otorgan atribuciones al Consejo sino que definen el modo como este órgano ejercerá la facultad -que ya tiene atribuida por el párrafo primero de ese artículo- de selección de los magistrados: deberá hacerlo mediante concursos públicos y emitiendo propuestas en ternas vinculantes.

Por su parte, el inciso 3 del mismo artículo tampoco le otorga al Consejo una atribución, sino que delimita el contenido de la facultad de administración ya otorgada por el párrafo primero: consiste en administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

- VIII -

El inciso 4 del art. 114 le otorga al Consejo -siempre por medio de la necesaria intervención legislativa- la atribución de "ejercer" facultades disciplinarias, que consiste en aplicar a casos individuales de magistrados un determinado Régimen disciplinario. La Constitución, por tanto, no le otorga al Consejo de la Magistratura la atribución de regular el Régimen Disciplinario de los Jueces, sino solamente su ejercicio.

Nuestra tradición normativa ha reconocido al Poder Legislativo la atribución de establecer regímenes disciplinarios, como en el Estatuto del Empleado Público, del Docente, etc.; más aún en este caso, por la trascendencia institucional que supone la determinación de sanciones a aplicar a los jueces de los tribunales inferiores de la Nación.

En consecuencia, la regulación del Régimen Disciplinario de los jueces no sólo es conveniente sino necesaria para "poner en ejercicio" la facultad atribuida al Consejo de la Magistratura por el art. 114 inc. 4.;

de allí que es una atribución propia del Poder Legislativo por imperio del Art. 75 inc. 32 de la Constitución y no una facultad deviniente de la nueva atribución que le otorga el art. 114. Por lo tanto, el Congreso la ejerce de acuerdo al procedimiento de sanción de las leyes establecido por los artículos 77 a 84 de la Constitución.

- IX -

El inciso 5 del art. 114 de la Constitución otorga al Consejo de la Magistratura -no operativamente- la facultad de "Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente". Esta atribución consiste en la tramitación de la etapa previa al procedimiento del art. 115 que establece la remoción de los jueces inferiores por el Jurado de Enjuiciamiento. La Constitución no le otorga al Consejo la atribución de regular ese trámite, sino sólo su ejecución.

Por su parte, el último párrafo del art. 115 de la Constitución remite a la ley especial mencionada en el art. 114 la determinación del procedimiento del Jurado de Enjuiciamiento; por lo tanto establecer tal procedimiento es una atribución propia del Congreso.

Ese último párrafo del art. 115 no dice nada del procedimiento que debe aplicar el Consejo de la Magistratura -no el Jurado de Enjuiciamiento- para tramitar la etapa previa que le encomienda el inciso 5 del art. 114. Sin embargo su regulación resulta necesaria para que el procedimiento del Jurado pueda comenzar; por ello es también una atribución propia del Congreso y debe ser establecido en la misma ley mencionada en el art. 114.

- X -

El inciso 6 del art. 114 de la Constitución establece -no operativamente- como atribución del Consejo de la Magistratura "Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia".

Los términos usados por la Constitución tienen un significado jurídico específico; como no se debe pretender hacer decir al texto una cosa distinta a la que dice, es útil puntualizar lo siguiente: primero, que la atribución consiste en dictar reglamentos, es decir normas jurídicas generales, obligatorias, objetivas e impersonales; segundo, que el texto del inciso no se refiere a la selección de magistrados, a la administración del Poder Judicial o a cuestiones de mera gestión, sino a la organización judicial, la independencia de los jueces y los servicios de justicia.

---

- XI -

Cuando el art. 114 inc. 6 dice “la organización judicial” se está refiriendo a la materia de las leyes 27 y 48 que establecen los tribunales federales y nacionales.

Debe tenerse presente que el art. 75 inc. 20 de la Constitución confiere al Congreso la atribución de “establecer los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia”, y que el Poder Legislativo ejerce esta atribución dictando las leyes referentes al gobierno de la jurisdicción y la competencia de los tribunales que establece.

Dado que la organización judicial es el modo como están establecidos los tribunales de la Nación, consiste precisamente en el establecimiento de los tribunales según una estructura de jurisdicción y competencia determinada por la ley. De allí que la regulación de la organización judicial es una facultad propia del Poder Legislativo que deviene del art. 75 inc. 20 de la Constitución y no de la nueva atribución otorgada por el art. 114. Por lo tanto, la ejerce dictando las leyes pertinentes según lo establecido por sus artículos 77 a 84.

- XII -

Los artículos 1, 33 y 109 de la Constitución –en función de la forma republicana de gobierno– consagran la independencia del Poder Judicial como uno de los pilares básicos de nuestra organización institucional. Esta independencia orgánica de la justicia como poder de la Constitución requiere la independencia funcional del juez asegurada por el art. 110 de la Ley Fundamental.

El art. 114 inc. 6 al decir “la independencia de los jueces” se está refiriendo a esa condición funcional de los jueces que consiste en la plena libertad de deliberación y de decisión en los casos sometidos a su consideración.

El dictado de las leyes y reglamentos convenientes para asegurar la independencia funcional de los jueces en el ejercicio del Poder Judicial por parte de los tribunales, es competencia del Congreso, por mandato del art. 75 incisos 20 y 32 de la Constitución y la ejerce según las previsiones de sus artículos 77 a 84.

- XIII -

El art. 18 de la Constitución establece que “Ningún habitante de la Nación puede ser (...) sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Los “jueces designados por la ley” son los “tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia” establecidos por el Congreso a

través de las leyes que gobiernan la jurisdicción y la competencia; de allí que la organización judicial es parte de la garantía del juez natural.

Asimismo, la independencia funcional de los jueces es también una condición inexcusable del derecho a la imparcialidad del juzgador y al juez natural.

En consecuencia, la organización judicial y la independencia de los jueces hacen a la garantía del debido proceso asegurada por el art. 18 de la Constitución y como tal es materia reservada a la exclusiva competencia del Congreso.

- XIV -

Llegado a este punto, se advierte que parece existir una contradicción entre distintas normas del texto constitucional: por un lado los artículos 18 y 75 incisos 20 y 32 que reservan la materia de la organización judicial y la independencia de los jueces al Congreso; y por otro el art. 114 inc. 6 que atribuye al Consejo de la Magistratura la facultad de "dictar los reglamentos relacionados" con esa misma materia.

Pero es criterio establecido que la Constitución es un todo orgánico que obliga a la aplicación concertada de sus disposiciones y que los derechos fundados en cualquiera de sus cláusulas tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación debe armonizarlos, ya se trate de derechos individuales o de atribuciones estatales.

Para ordenar una armonización de los textos que resuelva la aparente contradicción, deben tenerse en cuenta varios criterios: Primero, que las normas constitucionales en cuestión tienen igual jerarquía, pero no los órganos a los cuales se refieren: no hay equivalencia institucional entre el Congreso y el Consejo de la Magistratura. Segundo, que los textos aparentemente contradictorios, aunque se refieren a la misma materia, no tienen contenidos normativos idénticos: los artículos 18 y 75 incisos 20 y 32 atribuyen la facultad de dictar las leyes referidas al gobierno de la competencia y la jurisdicción que estructuran la organización judicial; el artículo 114 inc. 6, en cambio atribuye la de dictar reglamentos relacionados con ella. Tercero, que la organización judicial y la independencia de los jueces, no sólo son materia de atribuciones propias del Congreso por imperio del art. 75 incisos 20 y 32 de la Constitución, sino que además integran la zona de reserva de la ley por interesar la garantía del debido proceso asegurada por el Art. 18.

- XV -

La interpretación que hizo la Corte Suprema del viejo art. 99 de la Constitución que le atribuía la facultad de dictar su "reglamento inte-

rior” es un valioso antecedente para la correcta inteligencia del inciso 6 del nuevo art. 114.

El Alto Tribunal lo entendió como una atribución limitada al funcionamiento interno de la Corte como tal y no referida a la organización judicial. Sobre esta última materia no ejerció potestades reglamentarias hasta la sanción de la ley 27, que le atribuyó expresamente facultad reglamentaria sobre la organización judicial, cuando en su artículo 11 decía: “Además de su reglamento interno, dictará otro uniforme para todos los juzgados de sección”. En su segunda Acordada, dictada el 12 de octubre de 1863, la Corte Suprema aprueba el “Reglamento para los Juzgados Seccionales”; en su escueto fundamento consigna que lo hace “...en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo once de la ley del diez y seis de Octubre del año próximo pasado...”; es decir, de la ley 27.

La prístina posición original del máximo y último intérprete de la Constitución no deja dudas: la organización judicial es materia propia del Poder Legislativo y la facultad de dictar reglamentos relacionados con ella, aunque esté constitucionalmente atribuida –a la Corte en el viejo art. 99 o al Consejo en el 114 nuevo– está supeditada a una autorización expresa por ley del Congreso.

#### - XVI -

La facultad reglamentaria atribuida al Consejo de la Magistratura por el inc. 6 del art. 114 de la Constitución está referida –como ha quedado expuesto– a una materia propia de la competencia exclusiva del Poder Legislativo y que en consecuencia está contenida en la zona de reserva de la ley. Por lo tanto no constituye una delegación legislativa directa; es una norma programática que requiere para su ejercicio el dictado de una ley expresa del Congreso que la haga operativa.

Como se ha señalado ya, la competencia del Congreso para legislar en la materia de la organización judicial, la independencia de los jueces y el servicio de justicia le está atribuida por los artículos 18 y 75 incisos 20 y 32, y no devienen de la nueva atribución del art. 114; por lo tanto el Poder Legislativo la debe ejercer según lo dispuesto por los artículos 77 a 84 de la Constitución.

#### - XVII -

El artículo 115 de la Constitución tampoco es inmediatamente operativo. Dispone que “Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación serán removidos (...) por un jurado de enjuiciamiento...”, y establece las causales, los criterios de integración, la irrecurribilidad de sus fallos y un estricto plazo de caducidad del proceso. Pero el párrafo final remite la determinación de la integración y el procedimiento a la ley especial

mencionada en el párrafo primero del art. 114, lo que en consecuencia es también una nueva atribución del Congreso.

- XVIII -

El Jurado de Enjuiciamiento también “está” en el Poder Judicial aunque tampoco lo ejerce. Su “modo de estar” es diferente al del Consejo de la Magistratura, al de un tribunal y al de los empleados. No ejerce funciones jurisdiccionales -en el sentido de la atribución constitucional del artículo 116- sino que es centro de imputación de la competencia establecida en el art. 115: remover a los jueces inferiores de la Nación por las causales del art. 53. Es un organismo independiente de juzgamiento político, que desempeña su competencia en el ámbito del Poder Judicial.

- XIX -

En lo relativo a la integración del jurado, condiciones para ser miembro, indelegabilidad y carácter honorario de la función, duración y procedimiento de remoción, etc., tiene fuertes semejanzas con el Consejo de la Magistratura; valen para el Jurado de Enjuiciamiento los comentarios expresados al respecto.



# LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EL DERECHO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

POR PABLO LUIS MANILI (1)

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo estudiaremos el panorama constitucional Iberoamericano, que es rico en ejemplos de normas constitucionales que se refieren al derecho internacional de los derechos humanos. Creemos poder detectar en él una firme corriente que comenzó con la sanción de la carta magna portuguesa de 1976 y de la española de 1978 y que luego emigró al continente americano. Intentaremos sistematizar los ejemplos de derecho constitucional comparado para, luego, extraer enseñanzas de esa sistematización.

Para ello, partimos de la siguiente base: es el derecho constitucional de cada estado el que decide acerca de qué norma prevalece en caso de conflicto entre una internacional y una interna (2), es preciso pues mostrar una visión panorámica acerca de las distintas constituciones y de la jerarquía que cada una de ellas asigna al derecho internacional de los derechos humanos.

Según afirmaba Fix Zamudio (3) en un artículo publicado por primera vez en 1992 (antes de varias de las reformas constitucionales que estudiaremos en este trabajo), es en la rama de los derechos hu-

---

(1) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

(2) Conf. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, "La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho Interno" en *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, nos. 69/71, 1987/1989, pág. 35.

(3) FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, "La Evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas" en *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pág. 51 y ss esp. pág. 59. Dicho artículo había aparecido a fines de 1992 en *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, n° 84/86, pág. 37 y ss.

manos "en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional" confrontándola con la evolución experimentada por el derecho internacional general, y basando su juicio en el derecho constitucional latinoamericano.

## II. EL ORIGEN DE LA CORRIENTE EN LA PENÍNSULA IBÉRICA

a) *Constitución de Portugal de 1976 (reformada en 1982, 1989 y 1992)*: Art. 16 "1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre".

Según Gomes Canotilho (4), la primera cláusula prevé aquellos derechos que son 'materialmente pero no formalmente fundamentales', es decir que funciona como una cláusula de derechos implícitos; a lo cual Miranda (5) agrega que la misma es una manifestación del principio de dignidad de la persona, el cual no está explicitado en la constitución portuguesa.

La segunda parte de la norma es la que nos interesa, por ser el puntapié inicial de una corriente que luego se plasmó en las constituciones de latinoamérica. El primer punto a resaltar es la referencia conjunta a normas constitucionales y a normas legales, las cuales serán "interpretadas e integradas" en armonía con la Declaración Universal (en adelante DUDH) es decir que no sólo es un método auxiliar para desentrañar el significado de dichas normas, sino que también en caso que resulten insuficientes o incompletas, las normas de la DUDH acudirán a llenar ese hueco. Cuando dos años más tarde se propuso en España la inclusión del término "integrar", en el art. 10.2 de la Constitución (que a continuación analizaremos), esta fue rechazada en los debates constituyentes. Según el profesor argentino Germán Bidart Campos (6), la norma bajo análisis impone dos tareas: "buscar siempre la articulación entre las dos fuentes, pero además, colmar los vacíos normativos".

La norma en cuestión ha sido objeto de una interpretación extensiva por el tribunal Constitucional de ese país, que ha utilizado no sólo la

(4) GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional*, Coimbra 1995, 6º ed. pág. 499.

(5) MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional* Tomo IV, Coimbra 1993, pág. 128.

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "La Democracia Social en la Constitución Portuguesa (1976/1996) en *Perspectivas Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 241.

DUDH, sino también los Pactos Internacionales de 1966 y la Convención Europea de Derechos Humanos 1950. No obstante, ese tribunal no ha reconocido –hasta el momento– jerarquía constitucional a la referida Declaración ni la ha utilizado como pauta autónoma para juzgar la constitucionalidad de las normas (7). La invocación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por lo tanto, no juega un papel central en la *ratio decidendi* sino que actúan sólo como un elemento auxiliar de interpretación y de integración de normas constitucionales y legales, como expresamente lo reconoce el Tribunal Constitucional (8).

La doctrina, en cambio, se reparte entre quienes asignan a la DUDH el valor de fuente supraconstitucional, los que le asignan valor constitucional y quienes le adjudican un valor infraconstitucional pero supralegal (9).

b) *Constitución de España de 1978*: Art. 10.2 “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Art. 39.4 “*Los niños gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

La primera de las dos normas ha generado abundante doctrina (10), mientras que la segunda sólo ha motivado referencias tangenciales. Por ello, y porque la primera realiza la recepción general del derecho internacional de los derechos humanos, nos ocuparemos sólo de ella.

(7) Conf. “Rapport de la Délégation Portugaise” a la IXe. Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes (Paris, 10-13 Mai 1993) editado por Consejo Constitucional Francés en 1994, bajo el título *Protection Constitutionnelle et Protection Internationale des Droits de L’Homme: Concurrence ou Complémentarité*, pág. 469 y ss esp. pág. 493.

(8) *Idem*, pág. 506.

(9) Conf. GOMES CANOTILHO, J., *ob cit.* pág. 497.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “El Valor en Derecho Español de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº 1, 1987; LIÑÁN NOGUERAS, DIEGO, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española (Comentario al art. 10.2)” en *Boletín Informativo de la International Law Association, Sección Española*, nº 9, Marzo de 1982; ESPADA RAMOS, M. “El Efecto Directo y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos Suscritos por España” en la obra colectiva *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Vol. 3, Madrid 1988; APARICIO PÉREZ, M “La Cláusula Interpretativa del art. 10.2 de la Constitución Española como Cláusula de Integración y Apertura Constitucional de los Derechos Fundamentales” en *Jueces para la Democracia*, nº 6, 1989, pág. 7 y ss.; FERNÁNDEZ, J.R. “El Control del Derecho Interno que Infrinja el Derecho Comunitario Europeo y el Alcance del art. 10.2 CE en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 72, 1991.

La norma del art. 10.2 concreta lo que la doctrina española sagazmente denominó la “*apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*” (11) y que ha generado que la jurisprudencia de los tribunales y especialmente la del tribunal constitucional recurran permanentemente al derecho internacional de los derechos humanos para fundar sus fallos. En algunas oportunidades, se utilizan las normas internacionales para reforzar la interpretación de normas constitucionales (12) y en otros casos, como fundamento principal del fallo (13). Asimismo, cabe destacar que tanto el texto de los tratados como la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos han sido reiteradamente citados en apoyo de las decisiones judiciales. A través de ese uso frecuente del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los jueces españoles, se ha construido el concepto de “*estado internacionalmente limitado*” y el de “*interpretación de los derechos fundamentales conforme al derecho internacional*”.

Respecto del primero se ha dicho: “*No se trata ya sólo de la incorporación al derecho interno de los acuerdos, declaraciones... etc. que tengan por objeto los derechos de la persona, que esto no es ninguna novedad (...); se trata, además, y sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades*” (14). La Constitución, desde su superioridad jerárquica, asume esos contenidos y lo hace a modo de “reenvío móvil” a las regulaciones presentes y futuras y también a las que resulten de la interpretación que de tales tratados puedan llevar a cabo los órganos de garantía en ellos establecidos (15).

El principio de interpretación conforme, o de “*interpretación internacionalmente adecuada*” se refiere a la sustancia de los derechos fundamentales contemplados en la constitución (no a su forma) para

---

(11) Ese es, exactamente, el título de la obra de SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO, de casi trescientas páginas, dedicada íntegramente a esta norma: *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

(12) Lo que SAIZ ARNAIZ denomina uso del derecho internacional “como ejemplo” (ob. cit., pág. 241). Ello ha ocurrido, entre muchas otras, en las siguientes sentencias del tribunal constitucional (STC) 16/1981, 67/1985, 99/1985, 199/1987, 176/1988, 195/1989, 59/1990, 170/1993, 85/1994, etc.

(13) Lo que el referido autor denomina uso “como modelo” (loc. cit.), y ha sido desarrollado en las siguientes STC: 22/1981, 42/1982, 36/1984, 254/1993, 33/1997, etc.

(14) MANGAS MARTÍN, ARACELI, “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución Española de 1978” en RFDUC nº 61, 1980, citada por SAIZ ARNAIZ, A., ob. cit., pág. 52.

(15) SAIZ ARNAIZ, Ob. cit., pág. 53.

que la misma sea compatible con lo establecido en el instrumento internacional; pero además, pese a haberse rehusado el constituyente a incluir el término "integrar" que contiene el modelo portugués, el tribunal constitucional también ha utilizado el derecho internacional de los derechos humanos para "rellenar" lagunas normativas de la constitución, lo cual le ha motivado críticas de gran parte de la doctrina que considera que la norma no permite crear nuevos derechos más allá de los expresamente recogidos en el texto constitucional, en estos términos: "*los convenios y tratados internacionales no pueden servir ni para pasar por alto límites de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, ni para añadir (...) otros distintos de los que la constitución expresamente formula*" (16). En otras palabras, la norma posibilitaría una interpretación integradora de normas constitucionales con base en normas internacionales, pero no la solución del pleito con invocación sólo de normas internacionales, si ese derecho no está contemplado en la carta magna.

El uso del art. 10.2 de la Constitución Española es independiente de la posición que los tratados internacionales ocupan en el sistema interno de fuentes del derecho. Lo que ocurre es que, en general, la doctrina constitucionalista española no ha desarrollado el concepto de *jerarquía* en la valoración de las fuentes de derecho. El principio que rige la ordenación de sus fuentes es el de *competencia*, tal como desarrollaremos más abajo, al ocuparnos del bloque de constitucionalidad en ese país. Por ahora digamos que la ordenación de fuentes es más horizontal (cada materia es regida por una fuente de derecho distinta) que vertical (por jerarquía normativa de las fuentes). Con ello, se presenta un caso curioso: toda la riqueza interpretativa que la jurisprudencia y la doctrina española han extraído de una norma que sólo se refiere a la *interpretación* de normas constitucionales, ha sido posible sin necesidad de asimilar los instrumentos de derechos humanos a la misma jerarquía que la carta magna.

### III. LA CORRIENTE INGRESA AL CONTINENTE AMERICANO: AVANCES Y RETROCESOS EN PERÚ

La primera constitución de Latinoamérica en referirse al derecho internacional de los derechos humanos fue la peruana, apenas un año después de la sanción de la española, en 1979. Ello puso al país a la vanguardia en la materia, pero lamentablemente los acontecimientos posteriores y el acceso al poder de un gobierno alejado de los principios básicos del sistema republicano y democrático trajeron un retroceso con la sanción de una nueva constitución en 1993. El tiempo

---

(16) De OTTO y PARDO, IGNACIO y MARTÍN RETORTILLO, LORENZO, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 115.

demonstraría luego cómo la reforma de 1993 abrió el camino para que el gobierno de Perú formulara, en julio de 1999, una manifestación ante el sistema interamericano de derechos humanos, por la cual retiraba –con pretendido efecto inmediato– su reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte de ese sistema, burlando así el compromiso contraído con anterioridad. (17)

a) *Constitución de 1979*: Art. 101: “Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros estados son parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”.

Art. 105: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

Art. 305: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que forma parte el Perú”.

La sanción de esta norma en la constitución de 1979 produjo una cantidad de artículos y comentarios en la doctrina peruana (18), la mayor parte de los cuales mostraban satisfacción por la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos y su jerarquización.

b) *Constitución de 1993*: Art. 56: “Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias... Derechos Humanos”.

---

(17) Puede verse el texto de la comunicación del gobierno peruano en *Pensamiento Constitucional*, Año VI n° 6, Lima 1999, PUCP, pág. 691. Asimismo nuestro artículo “La Postura del Gobierno Peruano Frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Revista Derecho y Sociedad*, Lima, 2000, n° 15, Año XI, publicación de la Pontificia Universidad Católica de Perú, pág. 29 y la bibliografía en él citada.

(18) ARAMBURU MENCHACA, ANDRÉS, “La Constitución de la República y el Derecho Internacional” en *Revista de la Academia Diplomática del Perú* n° 18, Lima 1977; BELAÚNDE MOREYRA, ANTONIO, “La Constitución Peruana de 1979 y el Derecho Internacional” en *Revista Peruana de Derecho Internacional* n° 84, Lima 1982; VALLE Riestra, JAVIER, “Jurisdicción Supranacional” en la obra colectiva *Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y Derecho Interno*, CAJ, Lima 1984, pág. 209; DE LA LAMA EGGERSTEDT, MIGUEL, “La Constitución Política de 1979 y los Tratados” en la obra colectiva *La Constitución Peruana de 1979 y sus Problemas de Aplicación* Lima 1987, pág. 463, FERNÁNDEZ MALDONADO, GUILLERMO, “Los tratados Internacionales y el sistema de Fuentes del Derecho en el Perú” en *Derecho* n° 43-44, Lima 1989-90, PUC pág. 337; entre otros.

Art. 57, segundo párrafo: *“Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.*

Art. 58: *“La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste”.*

Art. 205: similar al 305 de la constitución anterior, ya transcrito.

Disposición Transitoria 4º: *“Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

Contrariamente a la constitución anterior, esta nueva norma generó acerbas críticas en la doctrina peruana (19), llegándose a sostener que *“la eliminación del art. 105 en nuestro nuevo texto constitucional no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no solo un retroceso a nivel jurídico sino también una verdadera torpeza política...”* (20).

La constitución vigente, en primer lugar, limita la aplicabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos al papel de pauta interpretativa, sin expedirse expresamente sobre su jerarquía. No obstante, según señala Sáenz Dávalos (21) al mencionar a los tratados internacionales dentro de las normas con rango de ley (art. 200), termina colocando al derecho interno por encima del internacional ya

---

(19) CIURLIZZA, JAVIER, “La Inserción y la Jerarquía de los Tratados en la Constitución de 1993: Retrocesos y Conflictos” en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n° 11, Lima 1995, CAJ, pág. 68; LOAYZA, CAROLINA, “Recepción de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución de 1993 y su Aplicación por el Poder Judicial” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año II, n° 3, Lima 1996, Gaceta Jurídica, pág. 46, RODRÍGUEZ BIGNARDELLO, HUGO “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en la Constitución Peruana de 1993” en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, n° 4, Oct-Dic 1996, pág. 91 y ss., CARPIO MARCOS, EDGAR, “Constitución y Tratados sobre Derechos Humanos” en *Revista Vox Iure*, Año I n° 1, Lima 1994, CED pág. 6 y ss.

(20) NOVAK TALAVERA, FABIÁN, “Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993” en *Agenda Internacional*, Año I n° 2, Lima Julio Diciembre de 1994, PUCP, pág. 71 y ss. esp. pág. 91.

(21) SÁENZ DÁVALOS, LUIS, “El Dilema de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la Nueva Constitución” en *Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad*, n° 134, Trujillo, Enero de 1996-Julio 1999, pág. 737 y ss., esp. 740.

que una ley posterior puede generar el incumplimiento de un tratado anterior (22).

En segundo lugar, dicha pauta interpretativa se aplica sólo a los derechos que la constitución reconoce (al igual que la española) pero no pueden ser usados para introducir nuevos derechos en el sistema constitucional. Al menos esa fue la intención de la convención constituyente de 1993, según el autor citado, quien se esfuerza por demostrar lo contrario, acudiendo al principio de la dignidad humana (23) (mencionado en la cláusula constitucional referida a los derechos implícitos) y afirmando que *"bastará... que una particular especie de derecho tenga su fundamento en aquélla para que por consiguiente pase a formar parte del bloque constitucional que la Norma Fundamental auspicia"* (24) (el destacado nos pertenece); concluye que ante la violación de un derecho contenido en un tratado pero no en la constitución, la idea de dignidad impondría, por vía indirecta, su reconocimiento con rango constitucional.

Una postura alentada por un humanismo encomiable, pero minoritaria y –a nuestro entender– algo forzada, es sostenida por César Landa (25), quien se apoya en la mayoría especial requerida para aprobar tratados de derechos humanos (art. 57.2) para denominarlos "tratados constitucionales" y otorgarles *"por su contenido material, un nivel supralegal, es decir de carácter constitucional"* con lo cual les asigna entidad suficiente para fundar en ellos la inconstitucionalidad de otros tratados internacionales ya que *"forma(n) parte del llamado bloque de constitucionalidad, por tener fuerza normativa constitucional"*. Con referencia a la disposición transitoria, el autor citado infiere de la misma un *"mandato vinculante para que todos los jueces y cortes interpreten la Constitución en concordancia con los tratados internacionales de derechos humanos"* (26). En otro trabajo (27), el mismo autor da un paso más y agrega que en virtud de esa misma disposición, el Tribunal Constitucional debe interpretar los derechos fundamentales en función

---

(22) Sobre este punto, Pinto expresa que cuando el art. 140 relativo a la pena de muerte amplía en número de delitos a los cuales se aplicaba a tenor del anterior texto, ello indica que las leyes se encuentran por encima de los tratados o, en el mejor de los casos, en igualdad de rango. Conf. PINTO, MÓNICA, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pág. 70.

(23) Sobre el mismo puede verse MENDOZA ESCALANTE, MIJAIL, *Los Principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano*, Lima, s/e, 2000, pág. 187.

(24) Loc. cit. págs. 743-744.

(25) LANDA, CÉSAR, "Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993" en *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVIII n° 16, Trujillo 1998, pág. 3 y ss, esp. 7-8.

(26) Idem.

(27) LANDA, CÉSAR, "Protección de los Derechos Fundamentales a través del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana", en *Revista IIDH*, n° 27, San José, IIDH, Enero-Junio 1998, pág. 81 y ss., esp. 95.

*“no sólo del texto normativo constitucional, sino también en las resoluciones, recomendaciones y opiniones que, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan establecido para la tutela de los derechos humanos”.*

Como vemos, es preciso un enorme esfuerzo interpretativo por parte de la doctrina para extraer de la árida carta de 1993 una interpretación progresista que permita colocar al derecho internacional de los derechos humanos por encima de las leyes.

Es llamativo, también, cómo la expresión *“bloque de constitucionalidad”* tuvo acogida en la doctrina peruana aún después de abolida la carta de 1979, que habría posibilitado el uso de esa frase sin mayor esfuerzo.

#### IV. FÓRMULAS NORMATIVAS QUE NO CONTEMPLAN JERARQUÍAS

Agruparemos en este título aquellas constituciones que, si bien contienen referencias al derecho internacional de los derechos humanos, no se refieren a su jerarquía en derecho interno. Debemos aclarar que ello no las desmerece, sino todo lo contrario: nos estamos dedicando a las constituciones que sí se ocupan de los derechos humanos y descartando aquellas que no lo hacen, como era el caso de la constitución argentina hasta 1994.

##### a) *Constitución de Brasil de 1988:*

Art. 4: *“La República Federativa de Brasil se regirá en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ...prioridad a los derechos humanos”.*

Art. 5, apartado 2º: *“Los derechos y las garantías indicados en esta Constitución no excluyen otros que deriven del régimen y los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales en que sea parte la República Federativa de Brasil”.*

La “prioridad” asignada a los derechos humanos en el manejo de las relaciones internacionales (art. 4) es una fórmula más retórica que con efectos jurídicos, máxime si tenemos en cuenta que los tribunales brasileños siguen manteniendo una postura dualista en lo atinente a la aplicación del derecho internacional en el derecho interno. Mientras que la norma del art. 5 menciona a los tratados de derechos humanos como fuente colateral de derechos no enumerados en el texto constitucional. De ese modo, el derecho internacional de los derechos humanos (en general, ya que no hace distinciones ni enumera instrumentos) se transforma en fuente de derechos con jerarquía constitucional a los efectos de completar el sistema de derechos y libertades fundamentales.

Dicha norma fue propuesta a la asamblea reformadora por el jurista Antonio Cancado Trindade (28).

**b) Constitución de Chile de 1980, reformada en 1989 (29):**

Art. 5: *"Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*.

Art. 50: *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes"*.

Según el jurista mexicano Fix Zamudio (30), esta última norma implica asignar primacía expresa al derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Según el uruguayo Gros Espiell (31) y el brasileño Cancado Trindade (32), la primera de ellas significa atribuir a los derechos humanos garantizados en los tratados ratificados por Chile la misma jerarquía que los derechos contemplados en la Constitución. Mientras tanto, la doctrina chilena es menos optimista, ya que según Díaz Albónico (33), la norma referida simplemente sigue a la constitución española, utilizándolo como parámetro de interpretación, sin asignarle jerarquía. Lo que sí surge a las claras es su valor como fuente complementaria de derechos, al igual que la brasileña.

**c) Constitución de Paraguay de 1992:**

Art. 137: *"La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratifica-*

(28) Su aporte a dicha asamblea se tituló "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional" en *Assambléa Nacional Constituinte. Atas das Comissoes*, vol I, Brasilia, n° 66 (supl.) 27/5/87, pág. 111 (conf. Cancado Trindade, Antonio, *A Protecao Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Sao Paulo, Saraiva, 1991, pág. 630.

(29) Reforma introducida por Ley 18.825 de 16-8-89, plebiscitada el 30-7-89.

(30) FIX ZAMUDIO, op. cit. pág. 64.

(31) GROS ESPIELL, HÉCTOR, "El Derecho Internacional en la Jurisdicción Constitucional", en A.A.V.V., *La Jurisdicción Constitucional*, San José, Juricentro, 1993, pág. 61.

(32) CANCADO TRINDADE, ANTONIO, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos" en El Juez y la Defensa de la Democracia. Un enfoque a partir de los Derechos Humanos, San José, IIDH, 1993, pág. 238.

(33) DÍAZ ALBÓNICO, RODRIGO, "La Reforma al Art. 5 de la Constitución Política" en *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo*, Santiago de Chile 1991, Instituto de Estudios Internacionales Universidad de Chile, pág. 199 y ss.

*dos, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.*

Art. 142: *“Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.*

Art. 143: *“La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios (...) la protección internacional de los derechos humanos”.*

Art. 145: *“La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo”.*

Como vemos, la carta magna paraguaya otorga a los tratados de derechos humanos una rigidez similar a la del propio texto constitucional, al exigir para su denuncia el mismo procedimiento que para reformar la constitución. Pero nada dice acerca de la jerarquía de esos instrumentos. No obstante, algunos juristas (34) se han pronunciado en el sentido que la normas transcritas establecen implícitamente que los tratados poseen rango similar a la constitución. Por su parte, en el debate llevado a cabo en el Senado al momento de aprobar la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR), se dijo que *“sus dispositivos han de prevalecer sobre cualquier norma legal no constitucional (...) integrarán desde ese momento nuestro derecho positivo interno con un rango superior a las mismas leyes que sancione este Parlamento”* (35). Y en cuanto al problema de la operatividad de las normas se dijo que *“la vigencia interna de las normas que (lo) integran (...) se operará de pleno derecho (...) y dada su jerarquía mayor frente a las leyes, éstas quedarán modificadas o derogadas en tanto contradigan sus preceptos. Solamente no tendrán operatividad inmediata aquellos preceptos (...) que tengan carácter predominantemente programático y que remitan su ejercicio a la modificación de la legislación interna vigente, pero ese*

---

(34) FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en A.A.V.V. *The Modern world of Human Rights/ El Mundo Moderno de los Derechos Humanos. Essays in Honour of/ Ensayos en Honor de Thomas Buergenthal*, San José, IIDH, 1996, pág. 159 y ss., esp. 170.

(35) Discurso del senador Evelio Fernández Arevalos, citado por CENTURIÓN MORÍNIGO, UBALDO, *El Orden Jurídico Supranacional*, Asunción, 3º ed. 1996, pág. 41-42.

*carácter programático debe surgir claramente de los pocos casos en que el mismo Pacto así lo determine” (36).*

La cláusula del art. 143 se asemeja a la del art. 4 de la carta brasileña, que se refiere a los derechos humanos como “*prioridad*” en las relaciones internacionales.

Lo novedoso de la ley fundamental paraguaya es la referencia a los derechos humanos como enmarcados en un “*orden jurídico supranacional*” y no simplemente a los tratados en la materia. Si bien el tema no ha sido aún desarrollado por la jurisprudencia del vecino país, nos animamos a sostener que ello alude a cualquier sistema en el cual existan órganos supranacionales, sean estos de derechos humanos o de derecho comunitario (cuando esa rama del derecho exista en nuestro subcontinente (37) cuya competencia podrá reconocer Paraguay, siempre y cuando esos órganos respeten los derechos humanos.

La filosofía que animó la reforma de 1992 se desprende de estas palabras del convencional constituyente Francisco Callizo: “*El orden jurídico supranacional es un progreso dentro del concepto de la solidaridad del hombre y de la humanidad, es una forma de establecer parámetros en que el hombre deja de lado su nacionalismo para insertarse en un orden internacional en que los derechos humanos son reconocidos como de carácter internacional*” (38).

En el caso que dichos sistemas sean –de por sí– sistemas internacionales de derechos humanos, como por ejemplo el sistema interamericano instituido por el PSJCR, cabe preguntarse cual será la pauta para controlar –previo a adherir al mismo– si dicho sistema “*garantiza (o no) la vigencia*” los derechos humanos. No obstante, la pregunta es de laboratorio por cuanto al momento de la sanción de la constitución, Paraguay ya había ratificado el PSJCR (en 1989) y el Tratado de Asunción que instituye el Mercosur (en 1991), por lo cual no es dable esperar que se creen otros sistemas a los cuales aplicar la norma (a lo sumo, podrá tratarse de evoluciones de éstos).

#### **d) Constitución de Nicaragua de 1987, reformada en 1995:**

Preámbulo: “*Por la institucionalización de las conquistas de la Revolución y la construcción de una nueva sociedad que elimine toda*

(36) *Idem.*

(37) Lo cual hasta esta fecha no podemos afirmar seriamente que ocurra, en virtud de las escasas facultades ordenatorias de los órganos del MERCOSUR respecto de los estados miembros. Puede verse, al efecto, nuestro trabajo “El Derecho Comunitario ante la Corte Suprema” en *Doctrina Judicial*, Año XIV nº 38, Buenos Aires, 23-9-1998, La Ley, pág. 230.

(38) Citado por CENTURIÓN MORÍNIGO, UBALDO, op. cit., pág. 31.

*clase de explotación y logre la igualdad económica, política y social de los nicaragüenses y el respeto absoluto de los derechos humanos”.*

Art. 160: *“La administración de la justicia garantiza el principio de la legalidad; protege y tutela los derechos humanos mediante la aplicación de la ley en los asuntos o procesos de su competencia”.*

Art. 46: *“En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.*

Art. 182: *“La Constitución Política es la carta fundamental de la República; las demás leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones”.*

Los derechos humanos aparecen como una aspiración genérica en el preámbulo, la que luego se concreta y adquiere fuerza normativa en el art. 160, al mencionarlos como materia de protección por la administración de justicia. En una interpretación conjunta de estas dos normas podríamos afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos es fuente jurídica en el orden interno nicaragüense. La única aclaración que deberíamos formular al respecto es que el término ‘ley’ empleado en el art. 160 debe ser interpretado en el sentido de ‘ley material’, esto es, toda norma jurídica (ley formal, constitución, tratado, decreto, ordenanza, etc).

Pero debemos analizar, además, qué quiso significar el constituyente con la inclusión del art. 46 en la carta magna. Como interpretación más restrictiva podemos decir que significa la aplicabilidad directa y la operatividad inmediata de las normas contenidas en los tratados de derechos humanos, lo cual ya implica decir mucho. Y como hipótesis de máxima, podríamos decir que la norma implica una excepción al art. 182, que consagra la inferior jerarquía de los tratados frente a la constitución, y de ese modo sostener que los tratados enumerados gozan de jerarquía constitucional.

Lamentablemente, la jurisprudencia de los tribunales nicaragüenses se inclina por la interpretación más estrecha de las dos ensayadas, manteniendo a la constitución como norma suprema y a todos los tra-

tados internacionales subordinados a ella, incluidos los de derechos humanos expresamente enumerados.

**e) Constitución de Ecuador de 1998:**

Art. 17: *“El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta constitución y en las declaraciones, pactos convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.”*

Art. 18: *“Los derechos y garantías determinados en esta constitución y en los instrumentos internacionales vigentes serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la constitución o en la ley para el ejercicio de estos derechos”.*

Si bien la carta magna ecuatoriana no establece una jerarquía específica para las normas internacionales de derechos humanos, sigue el modelo chileno y brasileño en cuanto a que los utiliza como mecanismos para completar el catálogo constitucional de derechos. Pero introduce la novedad de establecer expresamente su directa operatividad tanto en sede judicial como ante cualquier otra autoridad.

**V. NORMAS QUE ESTABLECEN JERARQUÍA Y JURISPRUDENCIA QUE LA DESCONOCE**

Nos referiremos en este título a dos constituciones que establecen expresamente la jerarquía que ocupa el derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes de derecho interno, lo cual las aventaja respecto de las anteriores, al menos en lo atinente a su literalidad.

**a) Constitución de Guatemala de 1985 (reformada en 1994):**

Art. 46 *“Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.*

Según apunta Pinto (39), pese a la ambigüedad de los términos de la norma, la práctica de este país señala que en caso de conflicto entre

---

(39) PINTO, MÓNICA, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pág. 68, donde además se citan los informes que la autora redactara como experta independiente de la ONU sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala (informes E/CN.4, 1994/10 \* 113, 1995/15 \*133 y 1996/15 \*63).

la Constitución y una norma internacional de derechos humanos, se resuelve a favor de la primera. Así, la Corte de Constitucionalidad en 1990 sostuvo que *“el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46 sino por la del primer párrafo del 44 constitucional que dice “Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuran expresamente en ella, son inherentes a la persona humana” (40) (el destacado nos pertenece).*

El mismo tribunal, en 1996, resolvió que, en dicha norma *“únicamente se establece el principio general de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones (...) tienen preeminencia sobre el derecho interno. Es decir que, en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios sobre derechos humanos prevalecerían estos últimos, pero como ya se dijo, éstos no son parámetros de constitucionalidad. Lo expuesto permite establecer que no existe violación a ninguna de las normas de la Constitución” (41) (el destacado nos pertenece).*

Con esa interpretación de la norma bajo análisis, queda desdibujada toda diferencia entre los tratados de derechos humanos y los demás tratados internacionales; por lo cual surge la pregunta de para qué incluyó el constituyente el artículo 46, si luego la jurisprudencia los iguala a los demás tratados, colocándolos implícitamente por debajo de la constitución.

No obstante esa reticencia de los tribunales, es de destacar que una ley de desarrollo constitucional (42) ha establecido que *“La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, prevalecen sobre el derecho interno”, y “Los tribunales de Justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que*

(40) Expediente 280-90, sentencia del 19-10-90, Gaceta Jurisprudencial 18.

(41) Expediente n° 334/95, sentencia del 26 de Marzo de 1996. En el caso se discutía la inconstitucionalidad de una norma que extendía la aplicación de la pena de muerte a delitos que no la tenían prevista al momento de entrada en vigor del PSJCR.

(42) Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, artículos 3 y 114.

*en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala”.*

**b) Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (de 1999):**

Art. 19: *“El estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciables, indivisibles e independientes de los derechos humanos”.*

Art. 23: *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público.”*

Luego del giro copernicano ocurrido en la vida política de Venezuela a fines de la década de 1990, con la llegada al poder de Hugo Chávez y la casi desaparición de los partidos políticos tradicionales, se sancionó la constitución de 1999 en la cual, pese a lo revolucionario del movimiento político que la impulsó, el cambio fundamental no se dio en cuanto a la forma de gobierno o de la organización del poder, sino en las normas sobre derechos humanos (43) por haber consagrado la jerarquía constitucional de los tratados y el principio de progresividad. Lamentablemente, esa recepción vanguardista del derecho internacional de los derechos humanos no tuvo su reflejo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En efecto, en noviembre de 2000 una de sus salas dictó una sentencia (44) en la cual sostuvo:

*“Ha habido una notoria insistencia de la Sala sobre tratados internacionales sobre derechos humanos, lo cual en principio está muy bien; pero pareciera que a veces en Venezuela se le quisiera dar ahora más importancia a esos tratados que a la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En efecto, en Venezuela ya muchos están creyendo, incluso muy distinguidos abogados penalistas, que hay una supraconstitucionalidad de tales tratados sobre la Constitución. No hay tal: la Sala Constitucional ha decidido que esos tratados son aplicables por mandato de la Constitución (...) No puede ser supraconstitucional sino constitucional porque la misma constitución lo ordena cuando*

---

(43) Conf. BASTERRA, MARCELA, “La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” en *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n° 165, enero de 2000, pág. 15; y de la misma autora: “Nuevas reflexiones en torno a la Constitución venezolana de 1999” en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, Vol. IV n°2, Buenos Aires, Primavera de 2000, pág. 44 y ss., esp. 53.

(44) Sentencia n° 1505 de la Sala de Casación Penal, de fecha 21 de Noviembre de 2000.

*haya principios más favorables (...) Pero esos tratados son aplicables en cuanto a lo que a la substancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales tratados (...) forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución, pero en caso que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, primar la Constitución”* (el destacado nos pertenece).

Es decir, pese a que la letra expresa de la constitución establece la igualdad jerárquica de los tratados de derechos humanos con la carta magna, e incluso su prevalencia cuando protegen de modo más amplio los derechos de la persona, existe aún, en la mayoría de los jueces, un recelo o temor a reconocer a las fuentes normativas externas un valor constitucional y –menos aún– supraconstitucional. Lamentablemente, como hemos podido apreciar, ese temor se repite en varios países latinoamericanos.

## VI. NORMAS ESCUETAS Y JURISPRUDENCIA DE AVANZADA: EL CASO DE COSTA RICA

En este título nos referiremos a la carta magna de Costa Rica, que data de 1949, no obstante lo cual, una enmienda realizada en 1989 (45) ha posibilitado una interpretación de vanguardia por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, al punto que el presidente de esa Corte (46) sostuvo que dicha reforma, por su nueva perspectiva del derecho internacional, ha cambiado la administración de justicia en ese país. A la inversa de los casos anteriores, con normas que no asignan jerarquía a los instrumentos internacionales se gestó una jurisprudencia que sí la reconoce.

El artículo 7 de la Constitución, vigente desde 1949, establece: “*Los tratados públicos, los convenios internacionales, y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes*”.

La Ley de la Jurisdicción Constitucional y de Creación de la Sala Constitucional de 1989 introdujo algunas reformas en el texto constitucional y cambió la redacción del art. 48 de la carta magna por el siguiente:

*“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo*

---

(45) Aclaramos que en Costa Rica existe un mecanismo flexible de reforma de la constitución mediante leyes sancionadas con una mayoría agravada de la Asamblea Legislativa.

(46) MORA MORA, LUIS PAULINO, et al., “*El Derecho Internacional y su Influencia en la Jurisdicción Constitucional Costarricense*”, en A.A.VV., *La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pág. 67 y ss.

*para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”.*

Como vemos, si analizamos la letra expresa de ambas normas, encontramos que los tratados internacionales en general tienen jerarquía supralegal (aunque infraconstitucional) y que, además, los que versan sobre derechos humanos sirven de parámetro de constitucionalidad de las leyes y demás normas inferiores. Así lo interpretó la doctrina más calificada cuando la norma recién había sido sancionada (47). No obstante, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha sido verdaderamente revolucionaria en la materia, ya que ha colocado a los tratados de derechos humanos –en ciertos casos– en un rango superior al de la constitución misma.

El camino se abrió a través de una sentencia de 1992 (48), donde se estableció que el art. 14 de la Constitución, en cuanto establecía que *“Son costarricenses por naturalización (...) (inc. 5) La mujer extranjera (...) casada durante dos años con costarricense”* carecía *“de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y la no discriminación (...) son valores superiores”* (49). Y en la sentencia aclaratoria del mismo caso, la Sala expuso que más allá de lo que establece el artículo 7 de la constitución, *“los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la república, conforme el art. 48 constitucional, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona. En el caso concreto, no obstante que la norma constitucional textualmente esté concebida de una manera, debe entenderse y aplicarse de tal forma que elimine la discriminación”* (50). Hasta aquí la norma internacional solamente influye en la interpretación de la norma constitucional, lo cual ya es importante. Pero la Sala dio un paso más en 1995 al sostener (51): *“los instrumentos de derechos humanos vigentes (...) tienen no solamente un valor similar a la constitución política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas priman por sobre la Constitución (...) Por ello algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989 sobre la jurisdicción constitucional es, tal vez, la mayor*

(47) Conf. HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, *La Tutela de los Derechos Fundamentales*, San José, Juricentro, 1990, pág. 145.

(48) Sentencia n° 3435 del 11 de Noviembre de 1992 a las 16 horas 20 minutos.

(49) Considerando I, in fine.

(50) Considerando II.

(51) Sentencia 2313 del 9 de Mayo de 1995 a las 16 horas 18 minutos.

*conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica en los últimos cincuenta años*" (52) (el destacado nos pertenece). Y agregó otra conclusión más avanzada aún, al sostener que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "*al interpretar la convención y enjuiciar las leyes nacionales (...) tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido*" (53). A nuestro entender esta jurisprudencia consagra la jerarquía constitucional de las normas y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional. Nótese que la jerarquía superior a la constitución se la reconoce a éste solamente "*en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas*" pero no en general.

Resulta destacable la opinión de quien fuera presidente de la referida Sala Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo Piza Escalante (54), según quien, por obra de la referida ley el criterio fundante del control de constitucionalidad en Costa Rica no es la Constitución sino el "Derecho de la Constitución" el cual comprende "*más que los preceptos, las normas que generan... los principios... valores consagrados, supuestos y presupuestos por la constitución formal o por la constitución material o por el derecho internacional o comunitario aplicable... e inclusive incorpora... el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*". Su postura fue recogida casi literalmente por la referida Sala Constitucional; entre ellas la reciente sentencia referida a la reelección presidencial (55). Pero, al mismo tiempo, aclara que la denominación "Derecho de la Constitución", con el alcance referido es más precisa que la de "Bloque de Constitucionalidad", a la que califica de "*equivoca o controvertida*" (56). Evidentemente se refiere al término a la luz de cómo lo aplica la doctrina española, ya que a continuación agrega "*que buena parte de la doctrina reduce a las que consagran y garantizan la autonomía política regional en los Estados Federales o similares*" (57). Otros autores costarricenses como Hernández Valle (58) sí utilizan el término "bloque de constitucionali-

(52) Considerando VI.

(53) Considerando VII.

(54) PIZA ESCALANTE, RODOLFO E., *La Justicia Constitucional en Costa Rica*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1995, pág. 75.

(55) Sentencia n° 7818, del 5 de Setiembre de 2000 a las 16.45 horas.

(56) PIZA ESCALANTE, R., ob cit. pág. 15, nota al pie número 1.

(57) Debemos aclarar que España no es un estado federal sino unitario con un sistema de autonomías regionales totalmente atípico. Volveremos sobre el punto más abajo.

(58) Conf. HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, *El Derecho de la Constitución*, Tomo I, San José, Juricentro, 1993, pág. 610; y en "La Problemática de las Sentencias Normativas" en A.A.V.V., *La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado*

dad” como análogo al “derecho de la constitución” mientras que otros se refieren al “bloque de libertades públicas” (59) que contiene las contenidas en la constitución y en los instrumentos internacionales.

Como veremos más abajo, la utilización del término “bloque de constitucionalidad” para describir el fenómeno producido por la reforma constitucional de 1994 en Argentina, tiene implicancias similares a las que se derivan del “derecho de la constitución” usado en la jurisprudencia de Costa Rica, que a la vez, son mucho más amplias que las que se derivan del modo en que es usado en España.

### VIII. NORMAS QUE ESTABLECEN JERARQUÍAS Y JURISPRUDENCIA QUE LA RECONOCE

#### a) *Constitución de Colombia de 1991*

Art. 4: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”.

Art. 93: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen en el orden interno**. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” (el destacado nos pertenece).

Art. 94: “*La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”.

Art. 164: “*El Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el gobierno*”

Art. 214, apartado 2: “*No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario*”.

---

*de Derecho*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pág. 89 y ss., esp. Pág. 94. Asimismo, MURILLO RUIN, ADRIANA, “Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en Nuestro Ordenamiento Interno y sus Consecuencias”, Documento de Trabajo Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, Dirección General de Política Exterior, Área de Derechos Humanos, pág. 3.

(59) Conf. SABORÍO VALVERDE, RODOLFO, “El Bloque de Libertades Públicas” en A.A.V.V., *La Jurisdicción Constitucional y su Influencia en el Estado de Derecho*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 1996, pág. 149 y ss.

Según Monroy Cabra (60), las normas citadas implican: a) La adopción de *“la concepción monista en materia de derechos humanos y por ende quedan incluidos como derechos protegidos todos los derechos reconocidos en los tratados vigentes para Colombia en materia de derechos humanos”*. b) La obligación de interpretar los derechos humanos consagrados en la constitución conforme a los tratados internacionales. c) La no taxatividad del catálogo de derechos consagrados en la constitución. d) La obligación del estado de sancionar las disposiciones de orden interno que prevé el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR) a los efectos de hacer operativos y efectivos los derechos previstos en los tratados. e) La necesidad de interpretar los derechos humanos teniendo en cuenta las doctrinas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (61).

En el seno de la convención constituyente que sancionó estas normas, según refiere detalladamente Nieto Navia (62), varios convencionales coincidieron en que el derecho internacional de los derechos humanos debía tener primacía sobre todo el derecho interno (63), incluida la Constitución nacional; algunos de ellos, inclusive propusieron la primacía de todo el derecho internacional sobre el interno, con una fórmula muy interesante *“debemos hacer (...) el examen previo de constitucionalidad de los tratados, pero que una vez adoptados, ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos”* (64). Queda en claro cuál es el sentido que el constituyente quiso darle a la norma en cuestión y queda en claro también que ello fue una transacción de mínima ya que hubo planteos superadores del que finalmente se volcó al texto de la ley fundamental.

Sin embargo, contrariamente a la brillante doctrina colacionada y lo expresado en la Asamblea Constituyente, la jurisprudencia de ese país ha tenido altibajos en la interpretación de la normativa constitucional. En efecto: la Corte Constitucional colombiana ha decretado, en más de un fallo (65), la inconstitucionalidad de tra-

---

(60) MONROY CABRA, MARCO, “Los Derechos Humanos en la Constitución Colombiana de 1991” en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruselas, Bruylant, 1997, pág. 863 y ss., esp. 869 y 870.

(61) Una postura muy similar había sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina el 7 de abril de 1995 en autos *“Giroldi”* (Fallos: 318:514).

(62) NIETO NAVIA, RAFAEL, “Los Derechos a la Igualdad y a la Propiedad y la Expropiación sin Indemnización” en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, cit., pág. 893 y ss., esp. 924.

(63) Constituyentes Diego Uribe Vargas y Alfredo Vázquez Carrizosa, citados por NIETO NAVIA en op. cit.

(64) Constituyente Augusto Ramírez Ocampo, citado por NIETO NAVIA en op. cit.

(65) Sentencias 106/95, 178/95,

tados que contemplan la obligación de indemnizar en caso de expropiación por considerarlos contrarios a la norma constitucional que establece la posibilidad, en ciertos casos, de expropiar bienes sin abonar suma alguna (art. 58, in fine, de la constitución). Surge a las claras la contradicción entre esa postura y el art. 21.2 del PS-JCR, que sólo permite la expropiación mediante el pago de indemnización justa, el cual ha sido ignorado por el tribunal. El ya citado Nieto Navia –entre otros– ha criticado severamente dichos fallos por cuanto *“La constitución no puede interpretarse aisladamente sino en su conjunto (...) y la terminología del art. 93 (...) no deja lugar a dudas”*. *“Cualquier interpretación que se haga de disposiciones internas, incluida la propia Constitución, no puede apartarse de lo que digan los tratados respectivos y que, si se trata de normas inferiores a la Carta que contradigan tales tratados, deberán ser consideradas inconstitucionales”* (66).

Como fórmula armonizante de ambos ordenamientos, internacional y constitucional, Rey Cantor (67) sostiene que la prevalencia de los tratados de derechos humanos a que se refiere el art. 93 queda supeditada a la supremacía de la constitución debido a que la ley aprobatoria del tratado es pasible de control de constitucionalidad por parte de la Corte, como lo prevé el art. 241 apartado 10 de la Constitución. No obstante, reconoce que dichos tratados forman parte de la constitución material.

Pese a lo criticables que resultan los fallos apuntados más arriba, la Corte Constitucional ha dictado, en 1995, un fallo trascendental y que debería ser tomado como ejemplo por todos los tribunales supremos latinoamericanos. Nos referimos a la sentencia n° 225/95 del 18 de mayo de 1995 (68), en la que debió evaluar la jerarquía normativa y la aplicabilidad en el ámbito interno del Protocolo II de 1977, de derecho internacional humanitario, referido a las víctimas de conflictos armados no internacionales.

En primer lugar, el tribunal consideró al Protocolo no como un instrumento aislado sino formando parte de los principios generales del derecho internacional humanitario, al que consideró como integran-

(66) NIETO NAVIA, loc. cit.

(67) REY CANTOR, ERNESTO y RODRÍGUEZ, MARÍA, *Acción de Cumplimiento y Derechos Humanos*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, pág. 12.

(68) Titulada: *“Revisión constitucional del Protocolo Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977, y de la ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo”* (Expte. N° L.A.T. 040). El fallo ha sido publicado íntegramente en Argentina en *El Derecho* 164:439, con nota al pie de GERMÁN J. BIDART CAMPOS (*“El Derecho Internacional Humanitario en Colombia”*).

te del *ius cogens* internacional y con expresa mención de la Cláusula Martens como uno de esos principios (69). Analizó también la relación existente entre esa rama del derecho internacional y el concepto de soberanía, tema al que dedicó especial atención (70).

Bajo el título "*La Integración de las normas de derecho internacional humanitario en un bloque de constitucionalidad*" la Corte se expidió, en primer lugar, a favor de la integración del derecho internacional humanitario en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (71) "*puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana*" (72). A continuación pasó a analizar el juego de los artículos 4 y 93 de la constitución, ya que por el primero la constitución es suprema y por el segundo los tratados de derechos humanos prevalecen sobre el orden interno siempre que reconozcan derechos humanos no suspendibles en estados de excepción. A tal efecto sostuvo que la referida prevalencia, que es también avalada por el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, puede ser válida desde la perspectiva del derecho internacional pero entiende que desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, por lo cual descarta la supraconstitucionalidad pregonada por cierta parte de la doctrina, y se inclina por la adopción del concepto de bloque de constitucionalidad en los siguientes términos: "*La Corte considera que la noción de 'bloque de constitucionalidad' proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4 y 93 de nuestra Carta*" (73).

Luego analiza la práctica del Consejo Constitucional francés y el modo en que la doctrina de ese país interpreta el bloque, como parámetro del control de constitucionalidad, concluyendo que "*el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución.*"

(69) Fundamentos Jurídicos nos. 5 al 10 y 22.

(70) Fundamentos Jurídicos nos. 13 al 18.

(71) En nuestro artículo "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: Su Interrelación" defendimos la postura de que el segundo es una especialización del primero, aplicable a los casos de conflicto armado (ver La Ley, ejemplar del 20 de Agosto de 1998).

(72) Fundamento Jurídico n° 11.

(73) Fundamento Jurídico n° 12.

*Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado stricto sensu (...) de esa manera se armonizan plenamente el principio de supremacía de la constitución (...) con la praevalencia de los tratados (...) que reconocen los derechos humanos” (74).*

En conclusión, el máximo órgano de interpretación de la constitución nacional en Colombia se inclinó decidida y expresamente por la utilización del concepto de bloque de constitucionalidad como expresión de la comunidad normativa que se forma por la carta magna y ciertos tratados de derechos humanos, en el caso, los de derecho internacional humanitario. Ello sirvió como fórmula de armonización de dos principios en tensión: la supremacía constitucional y la prevalencia de esos tratados sobre el derecho interno. Frente a esa tensión, al decir de Bidart Campos (75), la Corte no se amilanó frente a las concepciones clásicas, y hoy vetustas, de la supremacía constitucional, del poder constituyente y de la soberanía del estado.

#### **b) Constitución de la República Argentina (76):**

La reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones trascendentes en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional público en general, y especialmente en materia de derechos humanos. Ello ha aparejado cambios en la jerarquía de las normas internacionales respecto de la constitución y de las demás normas de derecho interno. El artículo 75 inciso 22 reza:

*“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.*

*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Con-*

(74) *Idem.*

(75) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El Derecho Internacional Humanitario en Colombia”, en *El Derecho*, 164:437.

(76) Para un mayor desarrollo del caso argentino puede verse nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, *passim*.

*vención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen 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.*

*Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

*Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.*

El antecedente inmediato de la reforma de 1994 en la materia es el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) dictado en julio de 1992 en autos *“Ekmekdjian c/ Sofovich”*. Allí se discutía la operatividad de una norma contenida en el Pacto de San José de Costa Rica que consagraba el derecho de réplica. Para analizar si era operativa o no, la CSJN consideró necesario expedirse acerca de su jerarquía normativa con respecto a las leyes, cuando en realidad el conflicto no se planteaba entre ese tratado y una ley, sino que el problema era la falta de reglamentación del tratado en derecho interno. Al hacerlo, consagró el principio por el cual, en derecho interno argentino, los tratados son jerárquicamente superiores a las leyes. Ese principio venía siendo aplicado en derecho internacional público desde hacía ciento veinte años (77) y fue finalmente volcado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (78), de donde lo toma la CSJN. Este fallo implicó el final de una etapa –que duró décadas– plagada de contradicciones, idas y venidas en nuestra jurisprudencia (79),

---

(77) En efecto: ya en 1872 en un laudo arbitral emitido en Ginebra en el asunto del buque *‘Alabama’* el tribunal sostuvo: *“el gobierno de Su Majestad Británica no puede justificarse a sí mismo por no haber observado la diligencia requerida invocando la insuficiencia de medios legales de acción a su alcance”*. La Corte Permanente de Justicia Internacional, por su parte, en el caso de las *“Zonas Francas de la Alta Saboya”* (CPJI 1930, Serie A, n° 24) de 1930, dijo que el estado *“no puede prevalerse de su legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales”*.

(78) Art. 27 de la Convención: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*.

(79) En la década de 1940 la CSJN dictó el fallo *“Merck Química Argentina”* en el cual incurrió en una serie de confusiones tales como sostener que en épocas de paz la Argentina es dualista y por lo tanto la constitución prima sobre los tratados mientras que en tiempos de guerra el país es monista y por lo tanto los

por lo cual el fallo de referencia fue unánimemente bienvenido por la doctrina con respecto a este punto. Y sus conclusiones en relación con la jerarquía normativa han sido volcadas, como vimos, en el primer párrafo del art. 75 inciso 22. Lamentablemente no se volcó al texto de la constitución una cláusula que declarara la operatividad directa de la normas de los instrumentos internacionales referidos en ese inciso, lo cual hubiera sido deseable. No obstante, creemos que el hecho de que la Corte haya resuelto el problema de la jerarquía normativa del tratado justamente en un caso donde el problema era su falta de operatividad, demuestra que la jerarquización del tratado respecto de las leyes es una solución al problema de la falta de operatividad de ciertas normas internacionales, por lo cual en cualquier caso en que la norma del tratado ofrezca dudas sobre el punto, éstas deberán ser despejadas por el juzgador, aplicando el tratado aún cuando no haya sido reglamentado. Así lo entendió el ministro Petracchi en autos "*Boico*" (80) de diciembre de 2000, en estos términos: "*la ausencia de una disposición legislativa no constituye un fundamento suficiente para convalidar por omisión*" contravenciones al PSJCR. Para ello, citó en su apoyo la doctrina de "*Ekmekdjian c/ Sofovich*".

Una vez analizado este precedente, veremos a continuación cómo ha sido la interpretación jurisprudencial de los cambios introducidos en la carta magna por la reforma de 1994: El 27 de diciembre de 1996 la CSJN emitió dos fallos, "*Chocobar, Sixto*" (81) y "*Monges, Analía*" (82), transcritos parcialmente más arriba, en los cuales incluyó un párrafo idéntico, donde sostuvo que la frase "*no derogan artículo alguno de la primera parte*" contenida en el art. 75 inciso 22 indica "*que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han*

---

tratados deben primar. En la década de 1960 en los fallos "*Martín y Cía.*" (Fallos: 257:99) y "*Esso Petrolera Argentina*" (Fallos: 271:7) sostuvo que no existiendo motivos para inferir del art. 31 de la Constitución Nacional una diferencia de jerarquía entre tratados y leyes, cualquier colisión entre éstos debía resolverse por aplicación de los principios de "*ley especial deroga ley general*" y "*ley posterior deroga anterior*". Y en la década de 1980, en autos "*Eusebio F. s/ Sucesión*" (La Ley 1987-D, 333) defendió "*el carácter predominantemente programático*" de una norma del PSJCR y que los derechos y libertades reconocidos en él deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los estados mediante disposiciones legislativas o de otra índole. Sostuvo asimismo, que el art. 27 de la referida Convención de Viena no obstaba a esa conclusión, ya que sólo se aplicaba "*a la situación jurídica de un estado respecto de otro*" y que hasta tanto la Argentina no adecuara su legislación interna al contenido del Pacto, los derechos reconocidos por el mismo no eran operativos.

(80) Fallos: 323:4008.

(81) La Ley 1997-B, 247, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor y López, considerando 12.

(82) El Derecho del 17-7-97, voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López y Boggiano, considerandos 20 y 21.

*verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.*

Ambas decisiones echan luz en el sentido que la intervención del poder constituyente reformador, eligiendo ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos para asignarles la misma jerarquía que a la constitución (a lo cual llama “*juicio de comprobación*”), no puede ser desconocida por el intérprete, ni puede pretenderse aplicar a dichos instrumentos las mismas reglas que a los demás, postura ésta que, no obstante, es sostenida por cierta parte minoritaria de la doctrina (83) y por dos ministros de la CSJN (84). Repárese en que los referidos fallos expresamente han establecido que los poderes constituidos “*no pueden desconocer ni contradecir*” esa manifestación de voluntad del constituyente, lo cual revela más que un disenso, una suerte de “enojo” con quienes pretenden asignar a los instrumentos expresamente mencionados en el art. 75 inciso 22, una jerarquía inferior a la que el constituyente pretendió darles.

En lo atinente al “*cotejo*” que, según la Corte, hizo el constituyente entre “*los tratados y los artículos constitucionales*” (85) creemos que el término ha sido usado en sentido figurado toda vez que no surge del diario de sesiones de la Asamblea Constituyente que se haya realizado ese confornte, norma por norma, de esos cuerpos normativos.

Debemos reconocer que esta postura del máximo tribunal, si bien no es jurídicamente exhaustiva, resulta muy práctica y útil en el sentido de inducir a los intérpretes a que realicen todos los esfuerzos posibles por conciliar las normas de jerarquía constitucional independientemente de su fuente. Así, en “*Chocobar*” hemos visto cómo sostuvo que las normas de la DUDH y del PSJCR “*resultan idóneas para interpretar el alcance (del) art. 14 bis de la Constitución Nacional, toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás*” (86). Lamentablemente este párrafo de la sentencia, que es acertado en cuanto al fondo de la cuestión, introduce un error, ya que de él se deduciría que los instrumentos internacionales se habrían incorporado a la Constitución, lo cual a nuestro entender no es correcto, ya que simplemente fueron *equiparados* a ella.

---

(83) BADENI, GREGORIO, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, pág. 196.

(84) Votos de los Dres. Belluscio en autos “*Petric, Domagoj*” (Fallos: 321:885, considerando 7º) y Vázquez en “*Mendes Valles*” (El Derecho 167:13)

(85) La CSJN debería haber dicho “*instrumentos*” en lugar de “*tratados*”, ya que hay nueve tratados y dos declaraciones.

(86) Voto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y López, considerando 11º.

A los pocos meses de entrada en vigencia la reforma, en el fallo "Giroldi", la CSJN afirmó que la frase del art. 75 inciso 22 referida a "las condiciones de vigencia" de los instrumentos internacionales de derechos humanos significa "tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación". Esta interpretación nos permite invocar ante nuestros tribunales y hacer ingresar a nuestro sistema la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que, a pesar de los términos generales usados por la CSJN, el único tribunal internacional en la materia con competencia respecto de nuestro país es éste.

De todos modos, si bien esta afirmación tan explícita es novedosa, el fondo del asunto no lo es ya que en el fallo "Ekmekdjian c/ Sofovich" previamente analizado, la CSJN había utilizado la Opinión Consultiva n° 7 de la Corte Interamericana como pauta interpretativa para la aplicación del PSJCR, afirmando que esa interpretación debe "guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (87). Asimismo, en "Servini de Cubría" (88) de 1993 varios jueces reiteraron esa postura (89). La novedad radica en que al momento de dictarse "Giroldi", el referido Pacto ya gozaba de jerarquía constitucional y la importancia del mismo está en el hecho de que el fallo en cuestión hizo suyos los criterios de la Corte Interamericana en materia de doble instancia e invalidó, con base en ella, una ley del Congreso que la restringía (90).

La aplicación de esa jurisprudencia como pauta interpretativa debe hacerse, creemos, en forma dinámica, es decir que se debe tomar en cuenta no sólo la jurisprudencia dictada hasta el momento de la reforma constitucional o hasta la fecha del referido fallo, sino también toda la que en el futuro emane de la Corte Interamericana (91). De esa manera logramos modernizar en forma permanente el sistema constitucional argentino con las interpretaciones de esa corte, en una sana aplicación del principio de progresividad de los derechos humanos.

---

(87) Considerando 21 del voto mayoritario.

(88) El Derecho 149:265.

(89) Considerando 12 del voto del Dr. Barra, y considerando 15 del voto del Dr. Boggiano.

(90) Art. 459 inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación.

(91) Sobre una interpretación dinámica y otra estática de esta cláusula, puede verse BARROSO, FERNANDO "De las Relaciones Jerárquicas Verticales y de las Condiciones de Preferencia Horizontales para la Resolución de Conflictos Normativos Absolutos", en la obra colectiva *Avances de Investigación en y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, Mc. Graw Hill, 1996, pág. 163.

Un año más tarde, en el fallo "*Bramajo*", nuestra Corte ensancho aún más los horizontes de esta norma, al sostener que los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debía "*servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales*" de los tratados de derechos humanos, con lo cual podía colegirse que los informes emanados de la Comisión en casos de denuncias individuales también integraban las condiciones de vigencia de la Convención (y también de la Declaración) Americana de Derechos Humanos. Pero a fines de 1998, en el fallo "*Acosta*" la CSJN limitó esa posible interpretación ya que sostuvo que, si bien el estado argentino debe esforzarse por dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, "*ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial (...) La jurisprudencia internacional por más novedosa y pertinente que se repunte no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión- pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional*". El voto de los Dres. Boggiano y Bossert, en cambio, sostiene: "*Frente a informes o recomendaciones emanadas de la Comisión (...) todos los jueces de jerarquía y fuero están obligados a atender a su contenido con el fin de procurar la protección de los derechos humanos*".

Lo decidido en los fallos "*Acosta*" y "*Bramajo*" ha sido objeto de una interpretación armonizante por parte del profesor Sagüés (92), con la cual coincidimos, en el sentido que las recomendaciones de la Comisión deben servir de guía para interpretar los instrumentos americanos de derechos humanos, pero que los jueces pueden apartarse de aquéllas, puesto que dichas recomendaciones no son vinculantes.

En el fallo "*Felicetti*" de diciembre de 2000, la CSJN reiteró lo sostenido en "*Acosta*" e hizo hincapié en una frase contenida en la recomendación que Comisión Interamericana había formulado a la Argentina, para decidir que dicha recomendación sólo tenía efecto "*en lo sucesivo*" pero que no podía generar la revisión de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada, agregando que las recomendaciones no pueden aplicarse retroactivamente (considerando 7º, sino que las mismas son dirigidas al estado para que adopte medidas progresivas adecuando sus leyes y constituciones (considerando 14º).

---

(92) SAGÜÉS, NÉSTOR, nota a fallo en Jurisprudencia Argentina, ejemplar del 30 de junio de 1999.

En el mismo fallo "*Felicetti*", una ajustada mayoría (93) sostuvo: "*Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto (se refiere al art. 8 inciso 2 apartado "h" del PSJCR) con el art. 117 de la Constitución (...) pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido por el art. 75 inciso 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución, semejante conflicto carecería de clara solución*". Esta afirmación se dirige directamente al problema de la jerarquía de los instrumentos internacionales de derechos humanos referidos en el art. 75 inciso 22 en relación con la constitución nacional. Y resulta peligrosa por cuanto si la interpretamos *a contrario sensu*, parecería que si la pugna se planteara entre el PSJCR y una norma de la primera parte de la constitución, la solución sería distinta. Por nuestra parte, rechazamos esa interpretación porque complica más de lo que aclara, a la vez que carece de apoyatura en el texto de la norma, que es muy claro respecto a la jerarquía uniforme de la constitución y los instrumentos internacionales mencionados en ella. Incluso creemos que el fallo recién citado, en caso de ser interpretado de ese modo, significaría un paso hacia atrás ya que la CSJN, con la misma composición, había dirimido la discusión sosteniendo una interpretación que coincide -en general- con la que proponemos, en los fallos "*Chocobar*" y "*Monges*" ya referidos.

Para concluir, debemos destacar la utilidad que reviste la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos como pauta para la interpretación de los instrumentos internacionales, el valor docente que tienen y el papel primordial que han cumplido en el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. Por todo ello, su incorporación a nuestro sistema constitucional resulta sumamente provechosa para ampliar el catálogo de los derechos humanos.

### IX. PAÍSES DEL CARIBE PERTENECIENTES AL "COMMONWEALTH"

Aun cuando estos países no pueden ser considerados "iberoamericanos", resulta interesante referirse a ellos puesto que podemos detectar en su práctica jurisprudencial una tendencia en el mismo sentido de la que venimos describiendo para el resto del continente. Nos referimos principalmente a Bahamas, Jamaica, Barbados, Trinidad y Tobago, Bermuda, San Vicente y Guyana. Ello, pese a tener sistemas jurídicos en su mayor parte no escritos, y a los lazos que mantienen con la ex metrópoli como pertenecientes al *Commonwealth* o Comunidad Británica de Naciones, en virtud de lo cual la última instancia judicial de estos países se encuentra en el *Privy Council* (94), con sede en Inglaterra.

(93) Integrada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, López, Belluscio y Vázquez..

(94) El *Privy Council* es un cuerpo ceremonial que presta servicios consultivos a la corona británica. Está compuesto de miembros y ex miembros del gabinete,

El primer paso en ese sentido se dio en 1979, en un caso relativo a la constitución de Bermuda, Lord Wilberforces, integrante del referido órgano jurisdiccional, sostuvo que el capítulo referido a derechos y libertades fundamentales del individuo estaba fuertemente influenciado por la Convención Europea para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (la cual había sido ratificada por el Reino Unido y aplicada a sus territorios, incluido el de Bermuda) y por la DUDH, y que “esos antecedentes imponen una interpretación generosa y amplia del referido capítulo” (95). Es decir que los instrumentos internacionales de derechos humanos influían en la interpretación de las normas constitucionales, provocando una mayor amplitud en el reconocimiento de derechos y libertades. No obstante, los tribunales siempre han requerido la incorporación de los instrumentos internacionales al derecho interno como requisito previo para su aplicación en sede nacional (96), lo cual refleja que no se han despojado totalmente de la costumbre de su ex metrópoli, el Reino Unido, a la que nos hemos referido más arriba (97).

En el *Coloquio Judicial de la Comunidad Británica de Naciones*, celebrado en Bangalore (India) en 1988, se sostuvo, con referencia a las normas internacionales de derechos humanos, lo siguiente (98): “*existe una tendencia creciente en las cortes nacionales a considerar estas normas internacionales con el propósito de decidir casos donde la ley doméstica –constitucional, legal o de derecho común– es incompleta o ambigua. Esta tendencia es enteramente bienvenida porque respeta la universalidad de los derechos humanos y libertades fundamentales (...) Es propio de la naturaleza misma del proceso judicial considerar las obligaciones internacionales que un país asume –hayan sido o no incorporadas al derecho interno– con el propósito de remover ambigüe-*

---

y de figuras importantes en el Reino Unido y en el Commonwealth. Se divide en distintos comités, cada uno de ellos con una función específica (asuntos universitarios, profesionales, religiosos, coloniales, etc.) dentro de los cuales el más importante es el judicial (Judicial Committee) que ejerce la función de última instancia de apelación para la mayoría de los países del Commonwealth.

(95) Asunto “*Minister of Home Affairs vs. Fischer*” (1980) A.C. 319, esp. 328; citado por BARNETT, LLOYD G. “International Human Rights Norms and Their Domestic Application: Judicial Methods and Mechanisms” en *Revista IIDH*, n° 29, San José, Enero-Junio 1999, pág. 12 y ss. esp. 14.

(96) Por ejemplo en el caso “*Dunkley and Robinson vs. R.*” (1994) 45 W.I.R. 318, fallado por el Privy Council y referido a Jamaica, se rechazó la aplicación del PIDCP por ese motivo; y en el caso “*Peters vs. Marksman*” fallado por la Corte Suprema de San Vicente y las Granadinas, se aplicó la Declaración de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, porque había sido incorporada al derecho interno (Sentencia n° 246 del 31 de Julio de 1997, inédita, citada en Barnett, L.G., en ídem, pág. 17.

(97) Ver nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 89 y ss.

(98) Citado por BARNETT, LLOYD G., op. cit., pág. 18.

*dades y vaguedades del derecho interno*" (el destacado nos pertenece). Nótese que la frase destacada no está referida a la aplicación directa de la norma internacional, sino a su utilización con fines interpretativos de la legislación interna.

A partir de 1994, la jurisprudencia del *Privy Council* dio un paso adelante al comenzar a prestar atención a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al Comité de Derechos Humanos, en cuanto éstos imponen a los estados un deber de observar estrictamente todas las garantías de un juicio justo —tal como lo regulan los instrumentos internacionales— en los casos en que se aplique la pena capital. Incluso ha sostenido que *"las autoridades estatales deben tomar como guía y respetar las opiniones de los órganos internacionales aún cuando ellos no fueran legalmente vinculantes"* (99). Esta postura ha sido calificada por la doctrina como una *"técnica judicial bien establecida"*. (100).

En el *Séptimo Coloquio sobre la Aplicación de las Normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Ambito Doméstico*, celebrado en Georgetown en Setiembre de 1996, se avanzó más aún al declarar, entre otras, la siguiente conclusión: *"Los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia que los desarrolla encierran valores y principios de igualdad, libertad, racionalidad y justicia reconocidos por el common law en la actualidad. Ellos deben ser contemplados como complementarios del derecho interno en los tribunales nacionales. Estos instrumentos han inspirado muchas de las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales en y más allá del Commonwealth; hay que reconocerles, por lo tanto, rango constitucional en todos nuestros territorios"* (el destacado nos pertenece). Es decir, no se habla ya del valor interpretativo de las normas internacionales sino que se les asigna la máxima jerarquía en el derecho interno.

## X. RACONTO Y CONCLUSIONES

1. En derecho constitucional, las fórmulas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos son muchas y variadas, pero es posible identificar la existencia de una fuerte corriente durante el último cuarto del siglo XX, por la cual las constituciones de iberoamérica han incluido referencias a esta rama del derecho.
2. En la Constitución de Portugal de 1976 es a los efectos de interpretar e integrar los derechos contenidos en la constitución y en las leyes, como así también para completar el sistema. En ella no se habla de

(99) Caso *"Pratt and Morgan"* (1994) 2 A.C.1.

(100) BARNETT, LLOYD G., op. cit. pág. 20.

- jerarquías. La referencia a la DUDH ha sido ampliada por la jurisprudencia a otros instrumentos de derechos humanos.
3. En la de España de 1978 se le negó el carácter de fuente complementaria de derechos y se utiliza sólo para interpretar los reconocidos en la carta magna. Tampoco se habla de jerarquías, y el uso que la jurisprudencia ha hecho del derecho internacional de los derechos humanos ha generado los conceptos de "interpretación conforme" y 'estado internacionalmente limitado'.
  4. La constitución de Perú de 1979 fue la primera en hablar de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, pero lamentablemente las mayorías políticas de ese país reemplazaron, en 1993, esa constitución por otra que es idéntica a la española. La doctrina de ese país ha hecho enormes esfuerzos por extraer de esa norma una interpretación similar a la que emanaba de la ley fundamental de 1979. Incluso algunos se animan a hablar de 'bloque de constitucionalidad'.
  5. Las constituciones Brasil de 1988 y de Chile de 1980-89 si bien se refieren a los derechos humanos, contienen fórmulas débiles ya que sólo lo hacen como fuente complementaria de derechos, sin hablar de jerarquías y sin colocarlos como pautas interpretativas de la normativa interna.
  6. Las constituciones de Nicaragua de 1987-95 y de Paraguay de 1992 no se refieren a la jerarquía que debe ocupar la normativa internacional sobre derechos humanos pero, en el caso paraguayo le da la misma rigidez que a la constitución; y en el caso nicaragüense formula una interesante enumeración de instrumentos internacionales como fuente directa de derechos que permitiría a sus tribunales reconocerles jerarquía constitucional, lo cual lamentablemente no hicieron. La constitución de Ecuador tampoco asigna jerarquía a los tratados, pero establece su inmediata operatividad.
  7. Las constituciones de Guatemala de 1985/94 y de Venezuela de 1999 contienen fórmulas vehementes de recepción del derecho internacional de los derechos humanos, que se encaminan a darle prioridad sobre toda la normativa interna (creemos que incluida la constitución). No obstante, la jurisprudencia de esos países ha sido restrictiva y ha mitigado dicha jerarquía, reconociéndoles solamente el carácter supralegal pero infraconstitucional, tolerando incluso (en el caso colombiano) violaciones abiertas y explícitas del PSJCR.
  8. La Constitución de Costa Rica, pese a su parquedad, ha dado pie a una interpretación generosa y avanzada de sus términos, habiéndose consagrado jurisprudencialmente la jerarquía constitucional

de las normas y de la jurisprudencia internacionales de derechos humanos, con el principio *pro homine* como pauta interpretativa armonizadora entre los órdenes constitucional e internacional. Asimismo hemos mostrado cómo la doctrina utiliza la expresión "derecho de la constitución" para denominar el conjunto de normas de valor constitucional estén o no contenidas en el texto de la carta magna, e incluyendo en él a las normas internacionales de derechos humanos.

9. Las constituciones de Colombia de 1991 y de Argentina de 1994 establecen expresamente la jerarquía suprema de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Afortunadamente, la jurisprudencia de esos países ha estado a la altura del constituyente y no ha recortado con interpretaciones estrechas la sabiduría del texto constitucional, sino que lo ha enriquecido con interpretaciones extensivas, especialmente en lo atinente al valor de la jurisprudencia internacional de derechos humanos en derecho interno. La constitución argentina, además, combina varios de los sistemas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos que regían en otros países latinoamericanos, y al mismo tiempo innova al otorgar expresa jerarquía constitucional a once instrumentos expresamente mencionados en el texto de la carta magna. Asimismo, deja la posibilidad al legislador ordinario de agregar nuevos tratados a la lista de instrumentos internacionales que gozan de la máxima jerarquía o de eliminar alguno de ellos del sistema jurídico argentino.
10. En el caso de los países pertenecientes a la Comunidad Británica de Naciones, la jurisprudencia del máximo órgano judicial que los rige ha comenzado a fines de la década de 1970, a reconocer a los instrumentos internacionales de derechos humanos el valor de pauta interpretativa de las constituciones, estén o no incorporados al derecho interno. Asimismo, las conclusiones de los coloquios en que participan los magistrados pertenecientes a estos países, han llegado a sostener el valor constitucional de esos instrumentos.

Luego de este somero repaso de las distintas constituciones, advertimos que, en aquellos casos en que el constituyente se tomó el trabajo de consagrar expresamente la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Perú de 1979, Colombia y Guatemala), la jurisprudencia ha sido reacia a reconocerla en la práctica, aún a pesar de la claridad de los textos, los cuales permanecieron como mera declamación. Las únicas excepciones a ello son los casos argentino y colombiano. Pareciera que los jueces nacionales tuvieran una especie de temor o de chauvinismo que los lleva a mitigar esas formulas constitucionales en su interpretación frente al caso concreto. Contrariamente a ello, las fórmulas constitucionales menos

pretenciosas (Costa Rica) sea que sólo se remiten a los instrumentos internacionales como pauta interpretativa (Portugal, España, Perú 1993) o como fuente complementaria (Portugal, Brasil, Chile), han tenido buena acogida en la jurisprudencia que les ha dado, generalmente, una interpretación extensiva.

Pero más allá del modo en que cada constitución se refiere a los instrumentos internacionales de derechos humanos, el sólo hecho que la carta magna se refiera a ellos tiene honda importancia en cuanto a que el *contenido* de todos esos instrumentos internacionales pasa a tener valor constitucional, independientemente de la jerarquía que explícita o implícitamente se confiera al *continente*, esto es, el tratado o la declaración de que se trate.

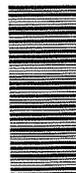


## INDICE GENERAL

	Pág.
Prólogo	
Por <i>Juan R. Aguirre Lanari</i> .....	XVII
La acefalía presidencial	
Por <i>Antonio Castagno</i> .....	3
La Convención Americana de Derechos Humanos a veinticinco años de su ratificación por la República Argentina	
Por <i>Alfredo M. Vitolo</i> .....	29
La "Delegación legislativa" en nuestros días	
Por <i>Alfonso Santiago (h.)</i> .....	41
Constitución y proceso político	
Por <i>Enrique Zuleta Puceiro</i> .....	111
Federalismo fiscal y sistema fiscal federal en la organización cons- titucional argentina	
Por <i>Pablo María Garat</i> .....	133
Algo más sobre la reforma del Consejo de la Magistratura	
Por <i>Alberto Manuel García Lema</i> .....	169
Sobre el Consejo de la Magistratura	
Por <i>Rodolfo Díaz</i> .....	185
La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Constitucional Iberoamericano	
Por <i>Pablo Luis Manili</i> .....	203







1 1857 2

ISBN 978-987-03-1897-2



9 789870 318972

**LA LEY**