

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Director: Juan R. Aguirre Lanari

Estudios de Derecho Constitucional

María G. Abalos ♦ Alberto R. Dalla Vía ♦ Rodolfo Díaz
Jorge A. Diegues ♦ Alberto Egües ♦ Alfredo S. Gusmán
Alfredo M. Vítolo ♦ Enrique Zuleta Puceiro



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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ESTUDIOS DE DERECHO
CONSTITUCIONAL

AÑO 2011



BUENOS AIRES

Estudios de Derecho Constitucional: Instituto de Derecho Constitucional - Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales / dirigido por Juan R. Aguirre Lanari. - 1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2011. 208 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-1897-2

1. Derecho Constitucional. I. Aguirre Lanari, Juan R., dir.
CDD 342

Copyright © 2013 by Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, 1° (C1014AAE) Buenos Aires

Copyright © 2013 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 la Argentina

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

Printed in Argentina

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

Tirada: 350 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-1897-2
SAP 41494044

ARGENTINA

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

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *Centenario - 1908 - 7 de Octubre - 2008*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 49.

SERIE II - OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA.
2. *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CÓRDOBA.
3. *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
4. *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
5. *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA RIESTRA.
6. *La libertad. Elección, amor, creación*, por MANUEL RÍO.
7. *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
8. *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RÍO.
9. *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
10. *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
11. *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.
13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).

20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.
21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.
24. *Vida y testimonio de Félix Frías*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.
25. *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por JORGE M. MAYER.
26. *Los posibles antidotos de la crisis*, por JORGE M. MAYER.
27. *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por ALBERTO LUIS ZUPPI.
29. *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
30. *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
31. *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.
33. *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
34. *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

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

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

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

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

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

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

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCION DERECHO DE LA NAVEGACION

- *Las reglas de Rotterdam.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*

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. Gregorio Badeni

Vicepresidente

Académico Dr. Félix A. Trigo Represas

Secretarios

Académico Dr. Jorge H. Alterini
Académico Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia

Tesorero

Académico Dr. Roberto E. Luqui

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. 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 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 Alegria	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
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012

ACADÉMICO EMÉRITO

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

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Felipe Osterling Parodi	Perú	26 junio 2008
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 setiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 setiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogué
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Antonio Bermejo
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. 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 Iburguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. 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. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Rfo
Dr. Marco Aurelio Risolfá
Dr. Horacio C. Rívarola
Dr. Rodolfo Rívarola
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guíñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)
Dr. Alejandro Ruza
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas

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

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 Via
Ricardo Haro
Dardo Pérez Guilhou
Horacio J. Sanguinetti
Mario Serrafero
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 Farrell
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
Susana Graciela Cayuso
Alberto José Egües
Raúl Gustavo Ferreira
Orlando Juan Gallo
Emilio Armando Ibarlucía
Guillermo Carlos Schinelli
Guillermo F. Treacy
María Gabriela Abalos
Juio César Rivera (h)



PRÓLOGO

Cada año el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires que tengo el honor de dirigir renueva su compromiso de adhesión a los fines que estuvieron presentes a la fecha de su creación. La ciencia del Derecho Constitucional no es estática y en su evolución muestra distintas facetas, surgen nuevas temáticas, evolucionan los criterios interpretativos y se suman novedosos enfoques. Todo este rico material fue objeto de estudio y profundización. Año tras año el Instituto ha sumado temas de estudio y también integrantes que con sus presencias y aportes han contribuido a que cada reunión exhiba logros significativos.

Reiterando el criterio de años anteriores se ha decidido publicar las exposiciones que efectuaron los miembros del Instituto. No es un dato menor señalar que cada uno de ellos —desde diferentes perspectivas— ha abordado los temas dando sólidos fundamentos y en un marco de plena libertad académica. Paralelamente, los miembros que integran el Instituto también han ejercido su derecho a adherir y/o disentir a determinado enfoque o criterio. Lo manifestado en cada reunión por cada expositor en el marco de libertad ya señalado no implica la conformidad de los restantes miembros ni del Director quienes al finalizar cada exposición ejercieron su derecho para efectuar un aporte, plantear alguna duda o fundamentar un criterio opuesto. Todo ello enmarcado en un sano pluralismo y respeto por los derechos.

Esta obra refleja la labor permanente del Instituto, condensa una variedad de temas de actualidad y es de desear que cubra las expectativas de los lectores.

JUAN R. AGUIRRE LANARI

DIRECTOR

INDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> POR JUAN R. AGUIRRE LANARI	XV
<i>Interpretación jurisprudencial de la autonomía municipal,</i> POR MARÍA GABRIELA ABALOS.....	1
<i>Las reglas del proceso electoral argentino</i> POR ALBERTO RICARDO DALLA VÍA.....	37
<i>Sobre la construcción de una Coalición de Oposición: "El Dilema del Prisionero"</i> POR RODOLFO DÍAZ	75
<i>El negacionismo y la libertad de expresión</i> POR JORGE ALBERTO DIEGUES.....	87
<i>El "término de comparación" del "amparo federal"</i> POR ALBERTO EGÜES.....	105
<i>La autonomía universitaria en la Constitución Nacional</i> POR ALFREDO SILVERIO GUZMÁN.....	135
<i>El doble (y curioso) estándar de la jurisprudencia argentina frente a las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos</i> POR ALFREDO M. VÍTOLO.....	151
<i>El nuevo régimen de "democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral (Ley 26.571): una evaluación provisional</i> POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO	165



INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL

POR MARÍA GABRIELA ABALOS

I. INTRODUCCIÓN. LA CORTE SUPREMA Y SU JURISPRUDENCIA

La realidad de una Constitución está muy lejos de la imagen hasta cierto punto estereotipada de un texto fijo y rígido que gobierna “para los tiempos” la dinámica viva y cambiante de una sociedad. Esta imagen refleja de modo insuficiente y parcial la realidad efectiva de las relaciones entre la Constitución y la realidad social. Ha primado a veces una acentuación excesiva, poco equilibrada de los aspectos normativos y axiológicos por sobre los aspectos institucionales, históricos, sociológicos y políticos. Una necesidad de avanzar en lo que nuestro Presidente Decano Segundo V. Linares Quintana ha reclamado tantas veces como la “revolución empírica” aun pendiente en nuestro Derecho Constitucional.

En este sentido, el Derecho Público Provincial y Municipal o Derecho Constitucional Provincial es uno de los campos que exhiben una dinámica de innovación verdaderamente extraordinaria, en el cual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lleva a cabo una tarea de constante creación constitucional. La Corte Suprema, en efecto, implementa la Constitución. La concreta, la encarna en la realidad de las instituciones y la vida económica y política de todos los días

En nuestro país, se ha dado cierta primacía a la idea de la Constitución Federal como un texto breve, sucinto, rígido, que debe ser interpretado a la luz de circunstancias cambiantes, procurando en todo momento protegerlo de reformas parciales, fruto por lo general de los impulsos de la coyuntura. Sin embargo, muchas de estas cuestiones, intangibles en el plano federal, han sido objeto de debates y de cambios constitucionales que mucho han tenido de experimental.

El derecho constitucional provincial y municipal es así mucho más flexible, dinámico, abierto a la modificación, el cambio y la innovación. Todas nuestras constituciones provinciales son constituciones abiertas a un proceso de reformas.

El objeto principal de este trabajo es, precisamente, el de analizar y sistematizar uno de los procesos más representativos de este dinamismo constante del derecho constitucional provincial y municipal. Se procura demostrar que los principales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el municipio y su autonomía, a lo largo de prácticamente un siglo en la vida constitucional, ofrecen uno de los andariveles más innovativos y cambiantes en la evolución de nuestras ideas constitucionales.

En nuestro país, la jurisprudencia de la Corte Suprema se muestra en múltiples oportunidades como un fenómeno innovador de figuras jurídicas, integrador y complementario del ordenamiento nacional. Se observa una profundización del valor de la jurisprudencia de este Tribunal en la interpretación judicial de la Constitución Nacional y el control de constitucionalidad, produciéndose una evolución del derecho judicial hacia la obligatoriedad de sus fallos y su eficacia vinculante, el acercamiento al activismo judicial legítimo y creativo.

Estas características de la jurisprudencia de la Corte Suprema se observan con claridad en temas municipales, donde se destacan variados pronunciamientos con influencia en los ordenamientos provinciales y nacionales.

II. ETAPAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA REFERIDAS AL RÉGIMEN MUNICIPAL

La rica galería de fallos del Máximo Tribunal es posible agruparla por un lado, teniendo en cuenta a la reforma de 1994 como una bisagra entre dos grandes momentos, y por otro, analizando los casos en estrecha vinculación con los movimientos constituyentes provinciales. Así se agrupan los fallos más destacados teniendo en cuenta las reformas acaecidas en el constitucionalismo nacional y provincial, efectuando comparaciones entre la doctrina fijada por la Corte en cada etapa y lo plasmado en las provincias que ejercieron su poder constituyente en las mismas épocas. Se fija el comienzo y fin de cada momento en función de los casos que sentaron una posición en alguna medida distinta del período anterior y posterior, y se analiza su vinculación con las constituciones provinciales de la misma época.

Por último, se tratan los casos relacionados con servicios públicos privatizados en la década del 90 que involucran tasas municipales junto con otros temas que muestran cierta conexidad, como los referidos a la competencia originaria y los asuntos municipales, y las competencias provinciales en relación con la fijación de los alcances y contenidos de la autonomía municipal (1).

(1) Puede consultarse de ABALOS, MARÍA GABRIELA; *"Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho tributario nacional, provincial y municipal"*; Ed. Ad Hoc; Bs.As.; dic. 2007.

A. Etapa previa a la reforma de 1994

1. 1853 - 1911

a. El fallo más conocido en esta etapa data de 1870 y se trata de "*D. Doroteo García con la Provincia de Santa Fé, sobre competencia*" (2), del 21 de junio, en el cual se cuestiona la venta dispuesta por la Provincia de Santa Fe, de una calle pública a que daban frente las propiedades del actor. La Corte no se expide en este caso utilizando los términos *autonomía* o *autarquía municipal*, tal vez porque, como bien señala Iturrez, en aquella época eran desconocidos en el léxico jurídico, por ello también los constituyentes de 1853/60 omitieron estas referencias (3). Lo que sí deja sentado este Tribunal es que todo lo concerniente a la apertura, delimitación y conservación de calles y caminos provinciales y vecinales corresponde esencialmente al régimen interno de las Provincias y es de su exclusiva competencia, ya que se trata de su derecho municipal. Así se resuelve que no es competencia del Alto Tribunal entender en este tema, porque el conflicto es de naturaleza municipal y lo debe resolver la Provincia.

Advertimos que la Corte, si bien no habla de autonomía municipal, delimita muy claramente la competencia provincial para cuestiones de índole municipal excluyendo a la Nación, lo cual constituye un importante antecedente.

Esta tesis la va a reiterar en la causa "*Doña María F. B. de Castro contra Provincia de Buenos Aires, por inconstitucionalidad de una ley de impuestos, sobre competencia*", fallada el 1 de mayo de 1902 (4).

b. En lo que respecta al constitucionalismo provincial, observamos que en esta etapa, las constituciones en general reinstauran los cabildos a través del régimen municipal, como expresamente aparece en la primera constitución de Mendoza que data de 1854 y que se basó en un proyecto de Alberdi, el cual fue tenido en cuenta por la mayoría de las cartas provinciales que se sancionaron en esa época.

En cumplimiento del Art. 5 de la C. Nac. se instaura un régimen municipal que viene a restablecer los cabildos, como lo señala expresamente el Art. 55 de dicha Carta, pero además con las mismas funciones que tenía el cabildo indiano, es decir, en materias como escuela primaria, establecimiento de beneficencia, justicia ordinaria

(2) Fallos 9:279. (Salvador del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos, Benito Carrasco, Marcelino Ugarte).

(3) ITURREZ, HORACIO; Tesis Doctoral, citada por BRÜGGE, Juan Fernando y MOONEY, ALFREDO; "*Derecho Municipal Argentino*"; Ed. Mateo José García; Córdoba; 1994; pág.96.

(4) Fallos 94: 421. (B. Paz, A. Bazán, N. González del Solar, M.P. Daract)

de primera instancia, policía de salubridad y ornato, la distribución de las aguas (Art 55 inc.3).

Dos ejemplos más de normas emblemáticas de este período son por un lado, el decreto del director provisorio de la Confederación Argentina, general Urquiza, de fecha 2 de setiembre de 1852, para organizar la Municipalidad de Buenos Aires, que para Korn Villafañe constituye “... *el acto inicial del cual se deriva el actual régimen municipal argentino*” (5). Norma de la cual se extrae la concepción del municipio como una realidad natural que surge de la sociabilidad del hombre entrelazada con su propia historia. Y por otro lado, la Ley Orgánica Municipal para la Ciudad de Buenos Aires, sancionada el 6 de mayo de 1853 por la misma Convención Constituyente que dictó la Constitución nacional, actuando esta vez como Congreso nacional. En su articulado la ley seguía casi literalmente el decreto de Urquiza antes consignado, por lo que con acierto afirma Greca que “... *los constituyentes querían que se implantara en la República un régimen municipal con relativa autonomía y de origen popular*” (6).

2. 1911- 1933

a. Es posible marcar el comienzo de esta segunda etapa con el caso “*Ferrocarril del Sud c/Municipalidad de La Plata sobre cobro de impuestos. Recurso extraordinario. Competencia*”, que data del 1 de junio de 1911 (7).

En este asunto la Municipalidad de La Plata ejecuta al Ferrocarril del Sud por impuestos adeudados por servicios municipales, con arreglo a las disposiciones respectivas que reglamentan la imposición y percepción de tales gravámenes, y se cuestiona la competencia de los jueces locales, en virtud de ser diversa la vecindad de las partes. La Corte interpreta que las acciones por cobro de impuestos municipales son de exclusiva competencia de los tribunales provinciales, por lo que, a la justicia nacional no le corresponde conocer respecto a estas cuestiones.

Sobre la institución municipal se pronuncia en términos generales diciendo que “... *no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos, que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (art. 5º de la Constitución Nacional), para lo cual ejercen también facultades impositivas y coextensivas en*

(5) KORN VILLAFANE, ADOLFO; “*La república representativa*”; tomo I “*La república representativa municipal*”; La Plata; pág. 79.

(6) GRECA, ALCIDES; “*Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*”; tomo II; 2da. Ed.; Santa Fe; Imprenta de la Universidad; 1948; pág. 73.

(7) Fallos 114-282. (A. Bermejo- N.González del Solar- M.P. Daract- D.E. Palacio- L. López Cabanillas).

la parte de poder que para este objeto le acuerden las constituciones y leyes provinciales”.

Cabe destacar que esta frase que ha sido repetida en varios fallos más, se plasmó antes de esta causa en otra, tal vez menos conocida, se trata de *“Municipalidad de Barrancas c/Sociedad Mercado Central de Frutos p/ cobro de impuestos”*, del 7 de agosto de 1894 (8).

b. Se pronuncia nuevamente en forma genérica respecto de los municipios en la causa *“P. Césari y cia. contra la Empresa del Ferrocarril Central Argentino, sobre cobro de pesos”*, del 25 de julio de 1916 (9), donde se discute una ordenanza municipal que impone una tasa por construcción de afirmados.

Sostiene la Corte que la ordenanza cuya inconstitucionalidad se impugna ha sido dictada en beneficio común para la ejecución de una obra naturalmente encuadrada dentro del régimen municipal, y por ello, debe aceptarse la interpretación que de ella hagan los tribunales locales.

Justifica lo expuesto a la luz de concebir a las municipalidades como meras delegaciones de los poderes provinciales, circuns-critas a fines y límites administrativos que la constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación (Constitución Nacional, art. 5º) para lo cual ejercen también facultades impositivas y coextensivas en la parte de poder que para este objeto le acuerdan las constituciones y leyes provinciales, en uso de un derecho primordial de autonomía.

c. El tercer fallo acorde con la postura en análisis podría ser *“Municipalidad de General Pueyrredón c/Sociedad Jockey Club Mar del Plata s/cobro ejecutivo de pesos”*, del 27 de febrero de 1929 (10).

La plataforma fáctica es similar al caso *“Ferrocarril del Sud c/ Municipalidad de La Plata”* visto anteriormente, es decir se trata de una ejecución por impuestos municipales donde la Sociedad demandada cuestiona la competencia de los jueces locales, en virtud de ser diversa la vecindad de las partes. Atento a esta similitud se reiteran los considerandos en cuanto a la incompetencia de la justicia nacional para conocer sobre cobro de impuestos locales, y también se reafirma el carácter de delegaciones de las municipalidades. Sin embargo, existe un avance importante, pues la Corte expresamente agrega que las municipalidades *“constituyen organismos de gobierno*

(8) Fallos 57:46. (B. Paz, Luis V. Varela, Abel Bazán, Octavio Bunge, Juan E. Torrent).

(9) Fallos 123:313. (Bermejo -N. González del Solar -D.E.Palacio, J. Figueroa Alcorta).

(10) Fallos 154:25. (J. Figueroa Alcorta.- Roberto Repetto.- R. Guido Lavalle.- Antonio Sagarna.).

que la Constitución ha tenido en cuenta como entidades esenciales para el régimen constitucional establecido en la República (Art. 5)" (11).

Se pone de manifiesto la existencia del municipio como entidad necesaria en la organización provincial y, además, dotada de cierta individualidad frente al resto de la administración provincial, de modo que, si bien refiere que "obran por delegación de los poderes provinciales" no se lo podría concebir como una oficina más de la provincia, requiriendo asimismo, una dotación de atribuciones tales que, en su esfera, le permitan ejercer alguna clase de "gobierno".

d. Otro fallo importante que avanza en favor de los municipios es "*Sebastián Cartagena, querella seguida en su contra por infracción al artículo 2088 del digesto municipal*", del 12 de febrero de 1930 (12).

Se discute la constitucionalidad del art. 20 de la ley 5098, que faculta al Concejo Deliberante de la Capital para "establecer penas de multas o arrestos, para los casos en que se contravengan las disposiciones de las ordenanzas que sancione". La Corte cita el precedente "M.A. Delfino y Cía., y sostiene que no hay delegación de funciones legislativas al conferir al poder Administrador o a ciertas reparticiones la facultad de fijar específicas normas de policía, crear infracciones y fijar las sanciones correspondientes, dentro de límites establecidos por la misma ley, sino ejercicio de la facultad reglamentaria que preceptúa el inc. 2º del art. 86 (hoy inc. 2 del Art. 99) de la C. Nac, conformada, es claro, con el espíritu y la letra de la ley reglamentada.

Luego sobre el tema municipal, cita a Joaquín V. González y afirma que la administración, el gobierno o el régimen municipal que los constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (Art. 5), consiste en la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte a la Nación en su conjunto, y por lo tanto debe de estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas, pues aquéllas sin éstas son propias de la moral y no del Derecho.

De esta manera, la Corte distingue entre las facultades nacionales y provinciales a partir del Art. 67 inc.27 C. Nac. (hoy Art. 75 inc.30), y deja a salvo la facultad reglamentaria municipal refiriéndose al "gobierno de propios", destacando la función de traducir en el detalle reglamentario las previsiones concretas cuya necesidad determina la experiencia de la vida comunal.

(11) Fallos 154:36.

(12) Fallos, 156: 323. (J. Figueroa Alcorta.- R. Guido Lavalle.- Antonio Sagarra.).

El Máximo Tribunal consagra que el municipio tiene un ámbito propio para administrar y que debe estar munido de atribuciones suficientes para regular la vida vecinal, que le permitan establecer los detalles reglamentarios que hacen al "gobierno de propios".

f. Por su parte, la única constitución provincial de este período que mantiene su vigencia en la actualidad es la de la provincia de Mendoza (1916) (13) que confiere al Poder Legislativo provincial la facultad de dictar la ley orgánica que regirá a los municipios, es decir no reconoce la autonomía en el ámbito institucional (art. 99 inc. 5). Sin perjuicio el texto contempla los demás grados de autonomía, o sea, política (elección popular de sus autoridades), administrativa (prestación de servicios y obras públicas) y relativamente en el ámbito económico - financiero (recursos propios).

A modo de antecedente, otras constituciones de este período como las de Córdoba del año 1923, la de San Juan de 1927 y la de Tucumán de 1907 definen el municipio. Pero es la Constitución Santafesina de 1921 la que produjo el advenimiento de los municipios de carta o de "convención" instaurando la autonomía plena de los gobiernos municipales al permitir el dictado de sus cartas orgánicas, lo cual se concretó con la sanción de las primeras cartas orgánicas municipales en 1933 en las ciudades de Santa Fe y Rosario.

3. 1933- 1960

a. En esta tercera etapa, se destacan dos fallos referidos fundamentalmente a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Comenzamos con el caso "*Banco de la Nación Argentina v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*" del 13 de febrero de 1942 (14), donde se discute si la exención de impuestos nacionales y provinciales que ostenta el Banco de la Nación Argentina alcanza a las tasas municipales en concepto de servicios de alumbrado, barrido y limpieza.

La Corte entiende que ello no es así, ya que distingue los impuestos nacionales y provinciales de los gravámenes municipales, aunque éstos hayan sido establecidos por leyes provinciales. De tal forma, señala que las ordenanzas en materia tributaria de la Municipalidad de la Capital, en ejercicio de poderes delegados son semejantes a

(13) Puede verse en relación con el municipio en Mendoza a ABALOS, MARÍA GABRIELA; "*Municipio y participación política. Análisis histórico, normativo y jurisprudencial*", 1era. Ed.; Editorial de la Universidad Nacional de Cuyo EDIUNC.; Mendoza; 2006; HERNÁNDEZ, ANTONIO M.; "*Temas de derecho municipal mendocino*"; Ed. Municipalidad de Mendoza; Mza.; 1990. También ROVILLARD, JORGE MANUEL; "*El municipio mendocino: un gobierno con tres poderes*"; en La Ley Gran Cuyo; año 4; nro. 4; agosto de 1999; págs. 494 y ss.

(14) Fallos, 192:20. (Antonio Sagarna.- B.A. Nazar Anchorena.- F. Ramos Mejía).

los que de ordinario ejercitan las municipalidades de provincia con arreglo a las leyes orgánicas dictadas por las respectivas legislaturas.

Sin perjuicio de lo expuesto, que supone asimilar a la Municipalidad de la Capital con los municipios provinciales, por lo menos, en lo que se refiere al ejercicio de poderes delegados en materia tributaria, afirma respecto a dicha Municipalidad que no es un poder; ni una de las entidades autónomas que integran el sistema republicano, representativo, federal adoptado por la Constitución Nacional.

En tal sentido, explica que cuando el decreto del 2 de Setiembre de 1852 emanado del Directorio de la Confederación Argentina menciona la palabra "poder" referida al régimen municipal que crea, lo hace en el sentido de potestad local dentro de los poderes constitucionales del Estado y equiparado al poder paterno de familia. Pero entiende que teniendo en cuenta los antecedentes históricos como los referentes a la sanción de la ley Orgánica de la Municipalidad de Ciudad de Buenos Aires, se demuestra que ésta no es ni ha sido una simple repartición administrativa nacional.

Luego en la causa "*Gilda Labella de Corso y otros v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*", que data de unos meses después que la anterior (23 de octubre de 1942) y con la misma composición de la Corte (15), se reiteran las consideraciones en cuanto a que las municipalidades no son las entidades autonómicas base del gobierno representativo republicano federal.

Estos dos fallos contienen aportes importantes, uno referido a las características particulares de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto a que no es un poder ni una entidad autónoma, y otra, atinente a las municipalidades en general y al ejercicio de poderes delegados por las provincias.

b. Por otro lado, en el caso "*Cías. de Seguros "Industria y Comercio" y "La Rosario" v. Municipalidad de Rosario*" del 18 de agosto de 1944 (16), la discusión gira en torno a un tributo municipal de barrido, alumbrado y limpieza.

La Corte reitera primeramente que el alcance y los límites de las facultades municipales surgen de la constitución y las leyes provinciales, materia que resulta ajena a la Nación, en cuanto no violen los principios, derechos y garantías establecidas en la Carta Fundamental de la República. Posteriormente completa lo expuesto diciendo que el sistema económico financiero al que deba ajustarse el régimen comunal de las provincias no ha sido prefijado por la

(15) Fallos 194-111.(A. Sagarna, B.A. Nazar Anchorena- F. Ramos Mejía).

(16) Fallos 199: 422 (Roberto Repetto.- Antonio Sagarna.- B. A. Nazar Anchorena.- F. Ramos Mejía).

Constitución Nacional sino que entra en la órbita de las facultades propias de aquélla. Finalmente refiere que la expresión "régimen municipal", contenida en el art. 5º, se traduce en el establecimiento del municipio como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias, pero en manera alguna importa la prefijación del sistema económico-financiero al cual debe ajustarse la organización comunal, atribución ésta última que entra en la órbita de las facultades propias locales, conforme a los arts. 104, 105 y 106 (hoy arts. 121, 122 y 123) de la Constitución.

Es muy importante este fallo porque el Superior Tribunal abandona las definiciones genéricas de los municipios, ya no los cataloga como delegaciones de los poderes provinciales, sino que reconoce que la organización local y en particular su sistema económico, depende de cada provincia, y no le compete a la Nación.

c. Las constituciones provinciales que datan de este período y que se hallan en vigencia actualmente son las de Misiones (1958/64) y Santa Fe (1962), que se reformaron con posterioridad a las reformas nacionales de 1949 y 1957. La primera contempla la autonomía municipal en sus distintos ámbitos (institucional, política, administrativa y económico - financiera) aunque con matices diferentes. Por su parte la de Santa Fe, regula el régimen municipal en tan solo tres artículos (106 al 108), correspondiéndole a la Legislatura dictar las normas de organización municipal (Art. 55 inc.5), es decir, no admite la autonomía institucional sin perjuicio de contemplar los demás grados.

En este período la aceptación de los principios de la autonomía que reconoce a los municipios la facultad de dictarse su propia carta orgánica se concreta, además de la Constitución de Misiones mencionada, en las de Chubut de 1957, Neuquén de 1957, Río Negro de 1957, Santiago del Estero con la reforma de 1960 y Catamarca de 1965, y en menor grado, pero expresando que los municipios son autónomos, en las de Chaco de 1957, Formosa de 1957, Santa Cruz de 1957 y La Pampa de 1960, marcando un decidido avance respecto a la Constitución Nacional y a la jurisprudencia de la Corte analizada.

4. 1960 - 1989

a. En este período se distinguen por un lado, fallos de la década del sesenta y luego otros de la del ochenta.

Entre los primeros, colocamos a "*Cía. Swift de La Plata S.A. c/ Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/cobro de pesos*"; del 17 de febrero de 1961 (17), donde nuevamente se debate respecto de los gravámenes municipales por servicios de inspección de seguridad,

(17) Fallos 249: 99. (Villegas Basavilbaso, Aráoz de Lamadrid, Oyhanarte, Aberasturi, Colombres, Imaz.).

higiene y contralor del comercio y la industria, y a *“Administración General de Obras Sanitarias de la Nación v. Provincia de Tucumán”*, del 20 de julio de 1964 (18), donde la cuestión gira en torno a servicios sanitarios prestado a la Municipalidad de Concepción.

En estas causas la Corte reitera que las disposiciones constitucionales relativas al régimen municipal que las provincias deben asegurar, se reducen a ordenar su establecimiento, sin prefijar el sistema económico financiero al que deberá sujetarse la organización comunal. En efecto, la determinación de ese sistema, según resulta de los Art. 104 (hoy Art. 121) y ss., pertenece al ámbito de las facultades propias de los gobiernos locales.

b. Por otro lado, se produce un claro retroceso del Alto Tribunal cuando en la década del ochenta reitera consideraciones vertidas a principio de siglo XX. Así en las causas *“Ambros-Palmegiani S.A. y Gennaro y Fernández S.A. Empresas Asociadas - recurso directo s/ resolución del Consejo de Ingenieros de la Pcia. de Santa Fe”*, del 1 de abril de 1986 (19) y en *“Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ingeniería y Medicina”*, del 29 de abril de 1986 (20), vuelve a decir que las municipalidades no son más que delegaciones de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial y sujetas a su propia legislación.

Estos pronunciamientos no avanzan en la temática municipal ya que a la luz de los fallos emitidos a partir de 1929, la Corte había abandonado la postura de definir genéricamente a los municipios como delegaciones de los poderes provinciales, y en su lugar, había reconocido que perfilar la estructura municipal era de competencia provincia, sin perjuicio de afirmar también que eran organismos de gobierno con un ámbito propio para administrar.

Volver a utilizar los términos referidos cercanos a una concepción autárquica supone desconocer y hasta negar el avance del constitucionalismo provincial, sobre todo del emanado a partir de 1957 que con las constituciones de Misiones y Neuquén, entre otras, se había reconocido expresamente la autonomía de los municipios.

c. Lo expuesto se acentúa al observar que las provincias que iniciaron el movimiento reformador con el regreso de la democracia en la década del ochenta se pronunciaron decididamente por la autonomía municipal.

(18) Fallos 259:166. (Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid.- Ricardo Colombres.- Esteban Imaz.- José F. Bidau).

(19) Fallos 308 vol. 1 -403. (José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt; Enrique Santiago Petracchi; Jorge Antonio Bacqué).

(20) ED. 120-354. (Belluscio, Fayt, Petracchi, Bacqué).

De esta manera, las constituciones de Salta (1986/98), Santiago del Estero (1986/97/05), San Juan (1986), Jujuy (1986), La Rioja (1986/98/02), San Luis (1987), Córdoba (1987/01) (21), Catamarca (1988), y Río Negro (1988), reconocen, en general a los municipios denominados de "primera categoría", la facultad de dictar su propia carta orgánica, sin perjuicio, de reglar también la autonomía en los demás órdenes (político, administrativo, económico financiero).

Por su parte, la Constitución de Salta se diferencia de las demás porque condiciona el ejercicio de poder constituyente por parte de los municipios, en tal sentido subordina la eficacia de las cartas municipales y sus reformas a la aprobación de la Legislatura, otorgándole un plazo máximo de ciento veinte días, transcurrido el cual quedarán automáticamente aprobadas (art.174).

5. 1989 - 1994

a. Esta etapa la inaugura el leading case en materia municipal; "*Rivademar, Ángela D.B. Martínez Galván de c/Municipalidad de Rosario*" fallado el 21 de marzo de 1989 (22).

Esta causa se origina con un reclamo de la Sra. Rivademar, pianista contratada por la Municipalidad de Rosario y luego efectivizada en virtud de una ley provincial de facto que, cuando vuelven las autoridades democráticas, la Municipalidad dicta una ordenanza escalafonaria y revisa los nombramientos como el de la actora, y lo deja sin efecto. El Superior Tribunal de Santa Fe anuló la decisión de la comuna y ordenó la reincorporación de la actora en el cargo que ocupaba al momento del cese, condenando a la demandada, a abonarle los salarios caídos, en moneda actualizada y con intereses; rechazando, en cambio, la indemnización pretendida por daño moral.

Esta decisión es revocada por la Corte Suprema. En su fallo se aparta de las conclusiones a las que arriba la Procuradora Fiscal, Dra. Graciela Reiriz aunque está de acuerdo con la mayor parte de sus consideraciones. El dictamen fiscal en primer término efectúa un análisis de la jurisprudencia del mismo Tribunal citando varios fallos importantes, luego tiene en cuenta las distintas constituciones provinciales vigentes a esa fecha, resaltando que habían configurado sus regímenes municipales con claras notas de autonomía. En base a estas consideraciones, señala que la exigencia contenida en el art. 5° de la Constitución Nacional, dirigida a las provincias consistentes

(21) Ver la obra colectiva dirigida por FRÍAS, PEDRO JOSÉ y otros; "*La Constitución de Córdoba. Comentada*"; Ed. La ley; Bs. As.; 2000.

(22) LL. 1989- C- 47. con nota de BIANCHI, ALBERTO; ED. 133-1989-536 con notas de BIDART CAMPOS, GERMÁN y HERRENDORF, DANIEL. (José S. Caballero - Augusto C. Belluscio - Carlos S. Fayt - Enrique S. Petracchi - Jorge A. Bacqué).

en asegurar su "régimen municipal", se traduce en la necesidad de implementar, en cada jurisdicción, la institución del municipio, con personalidad que lo diferencie del resto de la administración provincial, y dotado de atribuciones suficientes para llevar a cabo el gobierno y administración de los asuntos comunales, sin que ello importe una definición en cuanto al grado de independencia que debe acordársele, quedando reservado, a la discreción del constituyente o del legislador provinciales, la determinación del modo e intensidad que revestirá la descentralización. Por lo que sostiene el dictamen que el municipio provincial es una institución necesaria, pero su configuración resulta atribución privativa del orden local, pudiendo escoger la provincia entre un régimen autárquico o autonómico, con las múltiples facetas que cada uno de éstos puede adoptar. Concluye en el caso que la Constitución de Santa Fe ha previsto el régimen municipal como autárquico, concediéndole el menor grado de independencia por lo que, aconseja la confirmación de la decisión del Superior Tribunal provincial.

La Corte Suprema se aparta de esta conclusión para lo cual comienza afirmando que corresponde revisar la doctrina de la autarquía sentada por el mismo Tribunal al definir a los municipios como meras delegaciones de los poderes provinciales, y en este intento, señala ciertas características de los municipios que no se avienen con la noción de autarquía, tales como: su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas; la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, ausente en tales entidades; la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, lo que tampoco ocurre con los entes autárquicos; el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas; el carácter de personas jurídicas de derecho público y de carácter necesario de los municipios (art. 33, Cód. Civil, y especialmente la distinción hecha en el texto originario de Vélez Sarsfield), frente al carácter posible o contingente de los entes autárquicos; el alcance de su resoluciones, que comprende a todos los habitantes de su circunscripción territorial, y no sólo a las personas vinculadas, como en las entidades autárquicas; la posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios, ya que no parece posible que una entidad autárquica cree a otra entidad autárquica dependiente de ella; y la elección popular de sus autoridades, inconcebible en las entidades autárquicas (Considerando 8).

El Superior Tribunal no se expide expresamente en favor de la autonomía, si bien reconoce que no se puede afirmar con carácter uniforme para todo el territorio de la Nación la naturaleza del municipio, es contundente al precisar las marcadas diferencias de éstos con las entidades autárquicas.

En este sentido, la mención que hace este fallo de las notas que distinguen a los municipios de las meras autarquías no supone concebir a todos como autónomos, si no que implica una pauta interpretativa que de ningún modo contradice la atribución provincial de fijar el régimen municipal.

Se fortalece lo expuesto en el Considerando 9) donde se reitera que esta institución tiene existencia necesaria debiendo las leyes provinciales otorgarles las "atribuciones mínimas para el desempeño de su cometido", entre las cuales resulta esencial la de fijar la planta de su personal, designarlo y removerlo. Esto se ve reafirmado al reconocer que los municipios son "organismos de gobierno de carácter esencial con un ámbito propio a administrar" (Considerando 10).

En conclusión, la Corte haciendo aplicación de todo lo expuesto, señala que la norma impugnada, en tanto impone a la municipalidad rosarina admitir con carácter permanente a personal que sólo había sido contratado, y al que, por esa vía, se haría entrar irregularmente en categorías superiores en desmedro de la carrera administrativa, está en pugna con el art. 5º de la Constitución por implicar una desnaturalización del régimen municipal que pone en riesgo su subsistencia, atento a lo cual revoca la decisión del Superior Tribunal de la Provincia.

Estos conceptos del Tribunal Supremo implican un paso decisivo en materia municipal porque, si bien no constituyen un reconocimiento expreso de la autonomía ni una imposición a las provincias, permiten afirmar que esta institución de importancia histórica, política y social no puede ser considerada un mero ente autárquico, delegación de los poderes provinciales, sirviendo sin duda de antecedente al Art 123 de la Constitución Nacional fruto de la reforma de 1994.

b. Estos lineamientos se ven fortalecidos, en lo que respecta al carácter y alcances de las ordenanzas municipales en "*Promenade SRL c. Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa*"; fallada el 24 de agosto de 1989 (23).

Se discute en autos los daños y perjuicios que pudieran surgir con la revocación, mediante la ordenanza 5203/76, del permiso de construcción de un centro habitacional, comercial y cultural "Paseo de Fátima", obra que se encontraba parcialmente ejecutada. En esta causa, la Corte hace suyos los considerandos y las conclusiones del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, sin objeciones ni agregados.

En tal sentido, se delimita primeramente el marco constitucional, en virtud del cual el régimen municipal estatuido por la Constitución

(23) ED. 135- 643. (Augusto C.J. Belluscio.- Carlos S. Fayt.- Enrique S. Petracchi. -Jorge A. Bacqué).

de la Provincia de Buenos Aires (Sección Sexta, Capítulo Único) prevé que las Municipalidades estarán compuestas por un departamento Ejecutivo unipersonal y un departamento Deliberativo, y que constituye una de sus atribuciones inherentes la de dictar ordenanzas y reglamentos (arts. 181 y 183 inc. 6°). Además, a la Legislatura local le corresponde sancionar la Ley Orgánica de las Municipalidades (que en el caso es el decreto ley 6769/58 y sus modificaciones) en la que se deslindan las atribuciones y responsabilidades de cada uno de los departamentos de gobierno.

Conforme con el art. 24 de la L.O.M. "la sanción de las ordenanzas y disposiciones del municipio corresponde con exclusividad al Concejo Deliberante"; y las ordenanzas así dictadas por el órgano competente "regirán mientras no sean derogadas por otras que expresamente las mencionen" (art.281), por otra parte, compete al Departamento Ejecutivo "promulgar y publicar las disposiciones del Concejo o vetarlas dentro de los diez días hábiles de su notificación.

De tal manera, afirma que las ordenanzas municipales son actos normativos de sustancia legislativa, y al emanar de un órgano de gobierno elegido por el sufragio popular, son, como la ley, una expresión soberana de la voluntad popular, de la voluntad comunitaria organizada.

Es importante la reafirmación que se hace en este caso de lo resuelto en "Rivademar", que es citado expresamente, en lo que respecta al carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, pues es otro aspecto que completa las diferencias de los municipios con las meras entidades autárquicas locales, en ese momento, lo que luego quedará definido claramente con la reforma de 1994.

c. Otro importante fallo es "*Municipalidad de Rosario c. Provincia de Santa Fe*", del 4 de Junio de 1991 (24), donde se discute la constitucionalidad de normas provinciales que crean en el ámbito municipal el "Fondo de asistencia educativa" y que afecta fondos municipales.

La Corte falla dividida, el voto mayoritario lo suscriben Ricardo Levene (h.), Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo C. Barra, Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, quienes afirman la constitucionalidad de las normas provinciales atacadas.

Reiteran primeramente lo ya dicho en otros precedentes, en cuanto a que la Constitución Nacional se limita a ordenar el establecimiento

(24) LL.1992-A, 396. (Ricardo Levene (h.).- Mariano Cavagna Martínez.- Rodolfo C. Barra.- Julio S. Nazareno.- Eduardo Moliné O'Connor.- Carlos S. Fayt (en disidencia).- Augusto C. Belluscio (en disidencia).- Enrique S. Petracchi (en disidencia). Ver también la nota a este fallo de Abalos, María Gabriela; "*¿La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha variado el alcance de la autonomía municipal?*", en Revista del Foro de Cuyo nro. 4, Ed. Dike, Mendoza; 1992; págs. 55 y ss.

del régimen municipal, como requisito esencial para la efectividad de la autonomía de las provincias (art. 5°), pero en manera alguna les ha prefijado un sistema económico-financiero al cual deban ajustar la organización comunal, cuestión que se encuentra dentro de la órbita de las facultades propias locales conforme con los arts. 104, 105 y 106 (hoys arts. 121, 122 y 123) de la Constitución.

Luego afirman que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5° de la Constitución Nacional, determina que las leyes provinciales no sólo deben imperativamente establecer los municipios, sino que no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido, citando a "Rivademar" a pesar de no haber suscripto tal precedente en su oportunidad.

En el caso, entienden que la Municipalidad de Rosario no ha invocado ni demostrado que las normas provinciales cuya constitucionalidad se cuestiona, comprometan efectivamente la existencia misma del municipio, ya que no basta la simple manifestación de que el gobierno provincial, mediante los actos legislativos atacados, ponga en peligro la subsistencia de la comuna, pues el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen y, debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto.

Es interesante destacar que en el Considerando 6). la mayoría se refiere al municipio y a su "autonomía gubernamental", y también lo mencionan como "unidad política autónoma", es decir, que van más allá de lo que se dijo en "Rivademar" porque en este fallo se introduce expresamente la palabra autonomía, predicada en forma genérica para todos los municipios.

Por su parte, Fayt, Belluscio y Petracchi, en disidencia, entienden que las normas provinciales en cuanto detraen de la libre disposición del municipio las partidas asignadas al Fondo de Asistencia Educativa, importan la asunción por parte de la autoridad provincial de funciones que hacen a la administración directa de los intereses municipales, cuales son las atinentes a la elaboración del presupuesto y el destino de sus recursos.

Además señalan que en el fallo "Rivademar", se les atribuyó a los municipios la condición de autónomos por estimarla más adecuada a su naturaleza institucional y a los rasgos que la distinguen. Sin embargo, estos mismos jueces que integraban la Corte en el caso citado, hablan de autonomía en "Rivademar" cuando tal terminología no aparece expresamente en ese precedente.

Luego reiteran otras apreciaciones que se habían hecho en "Rivademar" y en los anteriores precedentes, como que los municipios deben contar con atribuciones necesarias para el desempeño de su

cometido atento a que son organismos de gobierno con un ámbito propio a administrar, etc.

En definitiva, este caso, en términos generales, no contradice lo resuelto en "Rivademar", pues se utilizan los términos "autonomía", "autonomía gubernamental" y "unidad política autónoma" con similares alcances, y por otra parte, el voto mayoritario se basa fundamentalmente en la falta de invocación y demostración por parte de la Municipalidad de la efectiva afectación de su subsistencia por parte de las normas atacada.

d. Las provisiones constitucionales en las Cartas provinciales de esta épocas y aún vigentes son acordes con los lineamientos jurisprudenciales vistos, así, las Cartas de Tucumán (1990), Formosa (1991), Tierra del Fuego (1991) (25), y Corrientes (1993) (26), contienen expresamente reconocida la autonomía municipal en todos sus ámbitos, con excepción de la primera que no la admite en lo institucional.

Igualmente la de Tucumán en su texto de 1990 dispone que es el Poder Legislativo provincial el que organiza el régimen municipal (Art. 63 in.14), ahora luego de la reforma de 2006 se reconoce la autonomía municipal (art. 132). Mientras que, las demás Constituciones tienen previstas categorías de municipios, estableciendo que los de primera pueden dictar sus propias cartas orgánicas (Formosa (Art. 177), Tierra del Fuego (Art. 170), Corrientes (Art. 158).

6. Conclusiones

Si se tiene en cuenta el bosquejo efectuado de los fallos de la Corte antes de la reforma de 1994 se extraen varias conclusiones que marcan grandes lineamientos jurisprudenciales frente a lo municipal.

a. Entre los años 1911 y 1929 a través de los fallos "*Ferrocarril del Sud*", y "*P. Césari*" se perfila una marcada tendencia a encasillar a los municipios en forma general definiéndolos como delegaciones de los poderes provinciales circunscriptos a fines y límites administrativos, meras autarquías. Es muy criticable esta postura de la Corte pues supone interferir en el ejercicio de una atribución que es netamente provincial, cual es, la de asegurar el régimen municipal.

Bianchi con acierto expresa que "*los órganos federales (la Corte en especial), pueden volcar su interpretación en el molde vacío de aquellas disposiciones constitucionales que son atinentes al gobierno federal*

(25) Sobre esta Constitución ver COHN, SILVIA N.; "*Constitución de la Provincia de Tierra de Fuego. Concordada. Anotada y comentada*"; Ed. Abeledo - Perrot; Bs. As.; 1994.

(26) Ver MIDÓN, MARIO A.R.; "*Crónica de la Reforma Constitucional de Corrientes*"; Ediciones del Centro; Corrientes; 1993.

o a los derechos de los habitant"es. Pero deben abstenerse de hacerlo cuando se trata de disposiciones relativas al ordenamiento jurídico provincial" (27).

Merece reproche también por haber omitido toda referencia al legado histórico de los cabildos como al de los publicistas destacados del siglo XIX como Alberdi, Sarmiento, López, etc. quienes con matices pusieron de relieve la importancia histórica, natural, sociológica de la institución municipal (28).

b. En pronunciamientos que datan de 1930, 1944, 1961 y 1964 como son *"Cartagenova"*, *"Cías. De seguros "Industria y Comercio y "La Rosario"*, *"Cía. Swift de La Plata S.A."* y *"Administración General de Obras Sanitarias"*, la Corte en cambio, reconoce que el alcance y los límites de las facultades municipales surgen de la constitución y las leyes provinciales, y en particular sobre el sistema económico financiero comunal afirma que no ha sido prefijado por la Constitución Nacional.

En este sentido, hace hincapié en que la determinación de la organización comunal, según resulta de los Arts. 104 (hoy Art. 121) y ss. pertenece al ámbito de las facultades propias de los gobiernos locales, siendo una materia que resulta ajena a la Nación, en cuanto no se violen los principios, derechos y garantías establecidas en la Carta Fundamental de la República.

Sin perjuicio de ello, la Corte también hace referencia a que el municipio debe ser concebido con un ámbito propio a administrar y munido de atribuciones suficientes para regular la vida vecinal, que le permitan establecer los detalles reglamentarios que hacen al "gobierno de propios".

Se visualiza en estos pronunciamiento una interpretación integradora de las normas constitucionales en juego (arts. 5, 121 y 122 -antes 104 y 105) que, llevan a una fortalecimiento de las autonomías provinciales a partir del respeto por parte del Superior Tribunal del ejercicio de atribuciones no delegadas.

c. En la década del ochenta se reiteran las consideraciones de principios del mismo siglo XX, en casos como *"Ambros-Palmegiani S.A."* y *"Municipalidad de Laprida"*, donde el Superior Tribunal vuelve a concebir a los municipios como dependencias de los poderes

(27) BIANCHI, ALBERTO B.; *"La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades"*; en LA LEY 1989-C- 64.

(28) Las ideas sobre el municipio vertidas por Echeverría, Alberdi, Sarmiento, Fidel López; Fray Mamerto Esquiú, Joaquín V. González, Lisandro de la Torre, ver ABALOS, MARÍA GABRIELA; *"Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho tributario nacional, provincial y municipal"*; ob.cit.

provinciales, lo que supone un avance indebido sobre el ejercicio de atribuciones provinciales propias y reservadas.

d. Tan solo tres años después, en 1989 a partir de "*Rivademar*", la Corte fortalece la interpretación en torno a que no puede predicarse la naturaleza del municipal en forma uniforme para todo el territorio de la Nación, pues son las provincias las encargadas de ello, lo cual en alguna medida, ya se había esbozado en pronunciamientos anteriores.

Pero se advierte un avance más, ya que sin perjuicio de este reconocimiento de las facultades provinciales, el Tribunal se encarga de mostrar que los municipios nada tienen en común con los entes autárquicos, sino que por el contrario su existencia es necesaria como también la dotación de atribuciones mínimas para el desempeño de su cometido.

Estas consideraciones como las vertidas en el caso "*Municipalidad de Rosario*", no implica otorgarles "carta de autonomía" a todos los municipios, son más bien una herramienta interpretativa para las provincias, que al ejercer sus facultades propias en torno al municipio no podrán desconocer, so pena de violar el Art. 5 de la Constitución Nacional.

B. Etapa posterior a la reforma de 1994

La reforma de 1994 marca un punto de inflexión para el régimen municipal al reconocer la autonomía y consagrarla en el art. 123 de la C. Nac. como una exigencia más impuesta al constituyente provincial. Cada constitución provincial deberá asegurar la autonomía provincial y reglar su alcance y contenido en los ámbitos institucional, político, administrativo y económico financiero.

En esta etapa es posible distinguir varios grupos de fallos a partir de diferentes enfoques temáticos.

1. En primer término se advierte que un importante número de casos resueltos después de 1994, están referidos a las atribuciones municipales vinculadas con la prestación de servicios públicos nacionales privatizados, sin que en general este Alto Tribunal haya vuelto a referirse expresamente a la autonomía local.

En estos casos, la controversia puede analizarse en torno a dos cuestiones centrales. Por un lado, la problemática estrictamente tributaria y por el otro, los aspectos de naturaleza constitucional. Desde el primer punto de vista se discute si el Congreso en ejercicio de las potestades federales que emergen principalmente de los arts. 75 inc. 13 (cláusula de comercio) e inc. 18 (cláusula del progreso) puede conceder privilegios y exenciones que limiten los poderes tributarios provinciales y municipales, es decir, si el

Poder Legislativo nacional que no ostenta facultades para crear un tributo, en este caso por ser provincial o municipal, puede conceder exenciones aún en forma temporal. Desde el segundo punto de vista en cambio, están en juego los fundamentos económicos del régimen de autonomía económica financiera de los municipios, que podría verse amenazado en su viabilidad y sustentabilidad, en la medida que el Congreso, de modo genérico y sin tener en cuenta la realidad económica de los miles de municipios existentes, siguiese introduciéndose en aspectos de la tributación local, restringiendo la capacidad impositiva municipal.

Son numerosísimos los fallos de la Corte Suprema en los que se ha planteado este tema, pero es posible distinguir dos líneas jurisprudenciales definidas. Una, la referida a las tasas municipales que han pretendido gravar directamente el uso del dominio público municipal, y la otra, cuando el tributo local no ha tenido ese objeto, sino que se ha tratado de una tasa por habilitación, higiene y seguridad que, en todo caso en forma indirecta, podría incidir en el costo del servicio de telecomunicaciones.

a. En la primera línea, uno de los casos emblemáticos lo constituye la causa *"Telefónica Argentina c/ Municipalidad de General Pico"* del 27 de febrero de 1997 (29), en el cual, la Corte Suprema sostuvo que *"las comunicaciones telefónicas interestatales están sujetas a la jurisdicción nacional, pues ellas constituyen el ejercicio del comercio, forman parte del sistema de correos y tienden a promover la prosperidad, el adelanto y el bienestar general del país"* (Fallos 188:247; 213:467; 257:159 y sus citas; 299:149 y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1186, sus citas y muchos otros). Por ello, concluyó que *"Resulta indudable que el gravamen municipal impugnado por la recurrente y que se origina por la ocupación o uso del espacio aéreo de jurisdicción municipal (...) se encuentra en franca oposición con lo dispuesto por el art. 39 de la ley 19.798, toda vez que esta norma establece que estará exento de todo gravamen el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo de dominio nacional, provincial o municipal, a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Al ser ello así, el tributo local constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho sobre una materia delegada por las provincias a la Nación, (incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 C.N.), importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga a dicho servicio público, y en definitiva lesiona palmariamente el principio de supremacía legal del art. 31 C.N. (doctrina de Fallos 137:212)".* En este sentido también se resolvió *"Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón s/acción declarativa"*, de 21 de agosto de 1997.

(29) Tomo 320:162. (Eduardo Moliné O'Connor, Augusto C. Belluscio, A. Boggiano, G. López, Adolfo Vázquez).

Estos precedentes son citados por el Tribunal para revocar la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en "*Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza*", del 29 de febrero de 2000 (30), donde se discutía también el gravamen municipal por el uso del espacio público local. El fallo de la Suprema Corte provincial dictado en 1998, rechazó la demanda fundándose principalmente en el texto del art. 75 inc. 30 referido a los establecimientos de utilidad nacional, que tras la reforma del año 1994 reconoce que las autoridades provinciales y municipales conservan sobre aquéllos el poder de policía e imposición, en la medida en que no se provoquen interferencias con sus fines específicos. Sobre tales bases, el Tribunal mendocino consideró que las exenciones invocadas por Telefónica con sustento en lo dispuesto por los arts. 39 y 40 de la ley 19.798 (Adla, XXXII-C, 3422) "*resultan inaplicables, pues surgen como normas inferiores de sanción anterior y carentes de compatibilidad respecto del referido art. 75, inc. 30*", máxime en razón de que la actora "*no ha aportado elementos de mérito fehacientes para demostrar el efectivo entorpecimiento, menoscabo o frustración de la política nacional en materia de telecomunicaciones mediante los gravámenes comunales cuyo cobro resiste*".

Asimismo, dejó constancia de su apartamiento de la doctrina establecida por la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa "*Telefónica de Argentina c/Municipalidad de General Pico*" (antes citada) indicando que, al momento de resolver, se trataba de un pronunciamiento "aislado" que efectuó un examen "incorrecto" de las leyes 19.798 y 22.016 (Adla, XXXIX-B, 1270), tanto a la luz "de su propia jurisprudencia consolidada" como de la reforma constitucional de 1994.

Resulta interesante destacar los considerandos de la resolución que revoca este pronunciamiento en febrero de 2000 puesto que, por un lado, aclara que las comunicaciones telefónicas interestatales se hallan sujetas a jurisdicción nacional no porque los cables y equipos necesarios para la prestación del servicio —o el espacio que ellos ocupen— constituyan "establecimientos de utilidad nacional" sino porque ese servicio implica ejercicio del comercio (art. 75 inc. 13), forma parte integrante del sistema de postas y correos (art. 75 inc. 14) y tiende a la promoción de la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforma un esencial "instrumento de progreso y de vida para toda la Nación" (art. 75 inc. 18). Por otro lado, destaca que no se ha aportado elemento alguno que permita revisar el precedente "*Telefónica de Argentina c/Municipalidad de General Pico*" del que

(30) Revista del Foro de Cuyo nro. 41- año 2000- pág. 62. (Eduardo Moliné O'Connor; Augusto César Belluscio; Antonio Boggiano; Guillermo A.F. López; Adolfo Roberto Vázquez). Se reiteran estas consideraciones en la causa "*Municipalidad de Avellaneda c/Entel*"; fallada el 2/03/99 en Fallos 322:227.

expresamente se ha apartado el Tribunal mendocino, el cual fijó el sustento constitucional de la exención prevista por el art. 39 de la ley 19.798 en las facultades atribuidas al Congreso de la Nación por los incs. 13, 14, 18 y 32 del art. 75 de la Carta Magna.

Por último, recordó que no les compete a los jueces resolver cuestiones de política económica que son privativas de los otros poderes del Estado, como suponía en este caso expedirse respecto a la pretendida derogación del art. 39 de la ley 19.798 por la ley 22.021 (Adla, XXXIX-C, 2382) que fue dirigida a un conjunto específico de sujetos: las empresas estatales, y "sus contratistas, subcontratistas y/o proveedores", entre los cuales, en opinión de la Corte Suprema, Telefónica de Argentina no se encontraba.

Concluyó el Superior Tribunal nacional revocando el pronunciamiento provincial pero dejó aclarado que la decisión tomada, en modo alguno, implicaba la negación genérica de la potestad de los municipios de imponer gravámenes a la empresa actora, estableciéndose la imposibilidad de hacerlo sobre un aspecto de la actividad de aquella -la ocupación o uso del espacio público de jurisdicción municipal a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones- en razón del ámbito de protección otorgado por una norma federal (art. 39 de la ley 19.798) a dicho servicio público, protección que no podía ser desconocida por las autoridades locales sin lesionar, palmariamente el principio de supremacía legal fijado por el art. 31 de la Constitución Nacional.

b. Por otra parte, la Corte Suprema convalidó la procedencia de las tasas municipales por los servicios de inspección, seguridad, salubridad e higiene, como asimismo lo relativo a la habilitación de locales comerciales, como en los aspectos atinentes a la publicidad y propaganda de la actividad en la vía pública, entendiendo que las tasas pretendidas "se inscriben dentro del ámbito de facultades que, por su naturaleza, son propias de los municipios", en la causa "*Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Chascomús*", del 18 de abril de 1997 (31).

En este caso, si bien confirma que el servicio de telefonía por tratarse de comunicaciones interjurisdiccionales queda sujeta a la competencia nacional, ya que, está abarcado por la denominada cláusula de comercio (art. 75 inc. 13 C.N.), es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte de las provincias

(31) Fallos 320:610. (Eduardo Moliné O'Connor.- Carlos S Fayt.- Augusto César Belluscio.- Antonio Boggiano.- Guillermo A. F. López.- Gustavo A. Bossert.- Adolfo Roberto Vázquez). En similar sentido se pronuncia este Tribunal en la causa "Edenor c/Municipalidad de General Rodríguez" del 5/10/99 en Fallos 322:2331; también en "Administración Nacional de Aduanas c/Municipalidad de Bahía Blanca s/acción meramente declarativa"; del 3/04/01.

y de sus municipalidades, en la medida que las tasas pretendidas no obstruyan o perturben directa o indirectamente la prestación del servicio y además en el caso, las mismas no se contradicen con las exenciones del art. 39 de la ley 19.798.

En esta causa se reconoció que "...en principio, la empresa actora puede ser gravada por tasas municipales", salvo que se refieran a la ocupación o uso del espacio público de jurisdicción municipal, o que, fuera de ese supuesto, obstruya o perturbe directa o indirectamente la prestación del servicio.

Estas consideraciones se vierten también en "*Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de Luján*", fallada el mismo día 18 de abril de 1997 (32).

En similar sentido se resuelve "*Operadora de Estaciones de Servicio S.A. v. Municipalidad de Avellaneda*", del 28 de abril de 1998 (33), donde se cuestionan las facultades municipales en relación con obras realizadas en una concesión de explotación de áreas de servicio de una autopista. También en esta causa se reiteran consideraciones sobre la distribución de competencias, y sobre el régimen municipal, su capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la comuna y de poder preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas.

c. En materia eléctrica también se emitieron precedentes interesantes, por ejemplo, en la causa "*Edenor c/Municipalidad de General Rodríguez*", 5 de octubre de 1999, la Corte Suprema volvió a reiterar su doctrina respecto de la prestación del servicio público interconectado de generación, transporte y distribución interjurisdiccional de electricidad, regulado por normas federales, al precisar que la jurisdicción nacional — a menos que contenga alguna exención acordada en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional— es compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal por parte las autoridades locales siempre y cuando no condicionen de tal modo la prestación del servicio que puedan obstruirlo o perturbarlo, directa o indirectamente. Por ello en la medida en que exista una exención establecida por la Nación sobre tales servicios las provincias y sus municipalidades deben acatar lo decidido por la autoridad nacional.

(32) L.L.1997-E, 114 - DJ 1997-3, 532. (Eduardo Moliné O'Connor.- Carlos S Fayt.- Augusto César Belluscio.- Antonio Boggiano.- Guillermo A. F. López.- Gustavo A. Bossert.- Adolfo Roberto Vázquez).

(33) Fallos 321:1052. (Julio S. Nazareno.- Eduardo Moliné O'Connor.- Carlos S. Fayt.- Augusto César Belluscio.- Antonio Boggiano.- Guillermo A. F. López.- Gustavo A. Bossert.- Adolfo Roberto Vázquez). En similar sentido "*Operadora de Estaciones de Servicio S.A. (OPESSA) y otro c/Municipalidad de Escobar*"; en Fallos 321: 658.

En la misma línea se destacan los casos "*Cía. de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. c. Provincia de Neuquén*", sentencia de 16/04/2002 (34), y en igual sentido se pronunció el Alto Tribunal en autos "*Cía. de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa*" y "*Cía. de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. c. Provincia de Entre Ríos s/acción declarativa*".

En la causa "*Cablevisión S.A. c. Municipalidad de Córdoba s/acción declarativa*", de 29 de agosto de 2006, la Corte reitera el reconocimiento del ejercicio del poder de policía y la potestad fiscal por parte de las provincias y municipios siempre y cuando no condicionen la prestación del servicio, en el caso, de televisión por cable al punto de perturbarlo, directa o indirectamente, desvirtuando así lo que pretende evitar la legislación nacional aplicable (35).

d. Cerrando esta línea de debate hasta el momento, unos de los fallos más contundentes es el de "*Telefónica de Argentina S.A. contra Municipalidad de General Pueyrredón*", de 23 de marzo de 2010. En este caso, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata había confirmado la sentencia de la instancia inferior que rechazó la acción de repetición por los derechos de ocupación o uso de espacios públicos, abonados por la compañía telefónica actora a la Municipalidad de General Pueyrredón, y el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.932, en cuanto impide el reintegro de los importes que los municipios recaudaron de las empresas prestadoras de servicios telefónicos por tal concepto. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia revocó esta decisión, adhiriendo a las consideraciones emitidas por el Ministerio Fiscal.

En este sentido sostuvo que la ley 24.932 (Adla, LVIII-A, 30), en cuanto pretende impedir el reintegro de los importes que los municipios hubieran recaudado de las empresas prestadoras de los servicios regidos por la ley 19.798 en concepto de tasas o derechos por ocupación de espacios públicos, es contraria a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por el art. 17 de la Constitución Nacional, pues, el contribuyente se hallaba exento por el art. 39 de la referida ley 19.798 durante los períodos fiscales en cuestión, generando de tal modo una situación tributaria y patrimonial consolidada no susceptible de ser menoscabada ulteriormente por la ley impugnada.

Pero agrega otro elemento más, puesto que hace lugar a la repetición intentada por la compañía telefónica actora, sin exigirle la demostración de la frustración, dificultad o impedimento en

(34) Fallos 325:723, IMP, 2002-B, 86.

(35) El Derecho Boletín Constitucional 06/11/2006. E. Petracchi, E. Highton de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, R. L. Lorenzetti, C. Argibay.

la prestación del servicio licenciado para acceder a la devolución solicitada, pues, la pretensión fiscal del municipio demandado por sí sola importa el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal otorga al servicio público telefónico.

Este pronunciamiento se apoya en el precedente homónimo, "*Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de General Pueyrredón*" de 1997 ya citado, que resolvió con autoridad de cosa juzgada, cuando aún no había entrado en vigencia la ley 24.932, que la actora se encontraba amparada por la franquicia establecida en el art. 39 de la ley 19.798 y, en consecuencia, no debía abonar a la demandada los derechos de ocupación o uso de espacios públicos.

e. Por su parte, en el caso fallado el 2 de marzo de 2011, "*IMPSAT S.A. c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Ley 19.798 s/Proceso de Reconocimiento*", la Corte Suprema adhiriendo al dictamen de la Dra. Laura Monti, vuelve a sentar su posición en relación con la pretensión tributaria local, en este caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consistente en gravar el uso del suelo, subsuelo o espacio aéreo de bienes de dominio público en relación a quienes presten servicios públicos de telecomunicaciones reafirmando que esta potestad es contraria a lo preceptuado en el art. 39 de la ley 19.798.

En este caso se desestima el recurso extraordinario incoado contra la decisión de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que a su vez confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto, tras rechazar la excepción de incompetencia opuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, había hecho lugar a la demanda declarativa promovida por IMPSAT S.A. y dejado sin efecto el gravamen del art. 30 de la ley 1101 de la Ciudad de Buenos Aires (Adla, LXIII-E, 5301) por oponerse al art. 39 de la ley 19.798, en cuanto este exime el uso del espacio público para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

En el dictamen fiscal se hace mención especialmente al valor de los precedentes, que en esta temática arrancan desde 1997 y que se han citado en este trabajo, los cuales sirven para dejar aclarado que las cuestiones federales se tornan insustanciales cuando una clara y reiterada jurisprudencia, indudablemente aplicable a ellas, impide cualquier controversia seria respecto de una solución, cuando además no se han alegado razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad de la jurisprudencia del Tribunal, ni se agregan nuevos y serios argumentos que puedan llevar a una modificación del criterio establecido en dichos precedentes.

f. Se advierte que estos pronunciamientos, en buena medida, procuran encuadrar realidades nuevas, propias de servicios que jamás podrían haber sido siquiera imaginadas por el constituyente,

para demostrar que su encuadre en uno u otro sentido vulnera o no cláusulas o garantías constitucionales expresas consagradas por la Carta Magna.

Un avance hacia interpretaciones más profundas y con mayores proyecciones hacia el futuro debería pasar por posiciones intermedias que fortalezcan tanto el legítimo derecho de los inversores a preservar el marco regulatorio originario de sus concesiones como el igualmente legítimo derecho de las municipalidades a coparticipar de un modo más directo de los frutos de un crecimiento extraordinario de los servicios en que se apoya la actual expansión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

En la interpretación de las normas constitucionales y legales que implementan la coordinación de facultades tributarias el municipio debe respetar y atenerse a un principio de respeto por la supremacía normativa nacional y provincial en aras a los arts. 31, 5 y concordantes de la Carta Nacional. De esta forma, las leyes nacionales, las constituciones y leyes provinciales y los acuerdos interjurisdiccionales resultan supremos a la normativa municipal tributaria y por ende, marcan exigencias de armonización a las pretensiones recaudatorias municipales.

Una vez más, los tribunales en general y la Corte en particular habrán de ejercer, como de hecho lo hacen en una gama cada vez más amplia de cuestiones, una labor cuidadosa de ponderación entre principios en conflicto. El fortalecimiento municipal desde la defensa de un poder tributario propio pero limitado debe compatibilizarse con el progreso, dado en buena medida, por el nivel de acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

2. Dejando de lado la vinculación con los servicios públicos privatizados, la Corte se pronuncia sobre la competencia originaria en relación con los asuntos municipales en varios fallos. Por ejemplo, en la causa "Estado nacional -Ejército Argentino- c. Provincia de Corrientes y otra" del 27 de septiembre de 1994, se dijo que los municipios provinciales, sea que se los caracterice como entes autárquicos o autónomos, no resultan identificables con las provincias respectivas. Por tanto, las pretensiones dirigidas contra ellos son ajenas a la competencia originaria de la Corte Suprema (36).

Un mes después, el 27 de octubre del mismo año en "*Sociedad Cooperativa Transporte Automotor Litoral Ltda. c. Provincia de Buenos Aires y otros*", se resolvió que al prosperar la excepción de prescripción opuesta por el Estado Nacional y la provincia a la demanda de daños y perjuicios iniciada en su contra, quedan éstos desvinculados del

(36) La Ley 1995-B, 81 - DJ1995-1, 484.

proceso, y la municipalidad codemandada no es persona aforada a la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, por lo que corresponde declarar la incompetencia del tribunal para seguir entendiendo en el juicio (37).

Más tarde, en la causa “Estado Nacional c/Provincia de Chaco”; del 17 de Julio de 2001 (38), el Estado Nacional demanda la declaración de inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que declara vacante un predio nacional destinado a la defensa nacional y pretende darle otros usos. Lo primero que marca el Alto Tribunal y a fin de habilitar su competencia originaria es que las comunas con asiento en las provincias no pueden identificarse con el Estado provincial (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo), por lo que entiende que carece de dicha competencia para conocer en las demandas de inconstitucionalidad promovidas por el Estado nacional contra actos de gobierno emanados de municipios. Y en tal sentido afirma que los municipios provinciales, ya sea que se los caracterice como entes autárquicos o autónomos, no resultan identificables con las provincias respectivas a los fines de la competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación (39). Además, en este caso, la provincia no es parte sustancial en el proceso.

Losa comentando este fallo entiende que se establece implícitamente la naturaleza jurídica autonómica del municipio, trazándose una línea divisoria con la provincia, reconociéndolos como sujetos políticos distintos y con potestades diferenciadas. Agrega que es esclarecedor el pronunciamiento en este tema por cuanto permitirá poner un freno a los avances nacionales cuando, por ejemplo se disponga la intervención federal a una provincia, la cual no podrá invadir o desconocer a los gobiernos municipales (40).

(37) En similar sentido se resolvió la causa “Estado Nacional c/ Municipalidad de San Martín de los Andes (Provincia del Neuquén) s/ interdicto de recobrar”, del 30 de diciembre de 1997, donde se dijo que es ajeno a la competencia originaria de la Corte Suprema el interdicto de recobrar dirigido contra la municipalidad de una provincia, por el despojo sufrido por el Estado Nacional, dado que los municipios provinciales, ya sea que se los caracterice como entes autárquicos o autónomos, no resultan identificables con las provincias respectivas a los fines de la mencionada competencia. (Mayoría: Moliné O’Connor, Boggiano, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Nazareno, Fayt, Belluscio, Petracchi.)

(38) LL. 2001-F-242. Ver nota de LOSA, NÉSTOR OSVALDO; “La Corte y un pronunciamiento esclarecedor”, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; “Debates de actualidad”, año XVIII, nro. 189; octubre 2002/marzo 2003; págs. 147 y ss.

(39) También se sostuvo en fallos 314:405, 541; 316:1805; 317: 1002; 319: 1407; etc.

(40) LOSA, NÉSTOR O.; “La Corte y un pronunciamiento esclarecedor”, ob.cit.; pág. 147.

El caso en análisis es luego confirmado al resolver "*Municipalidad de la Ciudad de Resistencia c/P.E.N.*" del 11 de noviembre de 2001 (41), donde la Municipalidad accionante pide la inconstitucionalidad de una ley nacional, y la Corte sostiene su incompetente para entender en forma originaria, toda vez que reitera que las comunas con asiento en las provincias no resultan identificables con el Estado provincial, ya sea que se los considere como entes autárquicos o autónomos.

3. En la causa "*Municipalidad de La Plata c/Provincia de Buenos Aires*", del 28 de mayo de 2002 (42), esa Municipalidad demanda a la provincia de Buenos Aires por la inconstitucionalidad de una norma que dispone respecto de los residuos en los partidos del área metropolitana, aduciendo que le impedía desarrollar un sistema de eliminación de los mismos a menor costo que el prestado por la provincia.

Respecto de la procedencia formal del recurso extraordinario, la mayoría se expide afirmativamente, con la disidencia de Petracchi, mientras que sobre el fondo, reiteran que si en la demanda entablada por un municipio contra actos emanados del Gobierno provincial no se acreditó que tales actos, por resultar contrarios a la Constitución Nacional o provenir de un ejercicio desproporcionado de las atribuciones provinciales, le ocasionan al actor un gravamen irreparable y concreto, comprometiendo la subsistencia de su patrimonio, corresponde su rechazo, lo que así deciden en el caso en análisis.

Además, la decisión mayoritaria de la Corte se expide expresamente sobre la autonomía municipal en el Considerando 7, mencionado al art. 123 de la Constitución Nacional e interpretando que no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno. "*La cláusula constitucional les reconoce autonomía en los órdenes "institucional, político, administrativo, económico y financiero" e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su "alcance y contenido". Se admite así un marco de autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias, con el fin de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125, Constitución Nacional) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados por el art. 123*".

4. Especial tratamiento merece el caso "*Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza*"; fallado el 24 de

(41) LL. 2002-B-30. (Nazareno, Moliné O Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, Bossert, Vazquez).

(42) LL. 2002-F, 483. (Nazareno, Moliné O Connor, Boggiano, López, Vazquez, Petracchi (en disidencia)).

febrero de 2005, pronunciamiento de gran trascendencia que reafirma la postura autonomista del Superior Tribunal (43).

a. Se trata de una acción declarativa de certeza deducida en los términos del art. 322 del C.P.C.Nac. por Carlos Alberto Ponce, en su carácter de Intendente de la Ciudad de San Luis -al momento de la interposición- y por derecho propio, contra la Provincia de San Luis, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad del art. 8º de la ley local 5324 y de los arts. 2º, 5º y 8º del decreto 117/2003, por considerar que son violatorios de los arts. 5º y 123 de la Constitución Nacional y de los arts. 261, 268 y 287, entre otros, de la Constitución Provincial, así como del sistema representativo y republicano de gobierno, del principio de soberanía popular, de sus derechos políticos y de la autonomía municipal.

Mediante aquella ley, la Provincia aprobó someter a consideración del pueblo puntano, en la elección del 27 de abril de 2003, la incorporación de una cláusula transitoria a la Constitución local, por la cual se disponía la caducidad anticipada de los mandatos de todos los cargos electivos provinciales y municipales y se habilitaba al Poder Ejecutivo provincial, por única vez, a convocar a elecciones para cubrir esos cargos. La caducidad se produciría, según el texto de la norma impugnada, el día que se fijase para la asunción de las autoridades electas.

Por medio del decreto 117/2003, el poder administrador convocó a elecciones para la fecha antes indicada a fin de elegir intendentes municipales -entre ellos el de la Municipalidad de San Luis- y para ratificar la enmienda constitucional citada en el párrafo anterior, fijando como fecha de asunción de los candidatos electos el 25 de mayo de 2003.

El Supremo Tribunal se expidió el 10 de abril de 2003 en la medida cautelar solicitada por Ponce, disponiendo -de acuerdo a lo previsto en el art.203 del CPCCN-, la prohibición de innovar con relación del art. 8º de la ley local 5324 y los arts. 1º, 2º,5º y 8º del decreto 117/2003.

(43) Con fecha 10 de abril de 2003 se resolvió una medida precautoria en la causa "Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/ la Acción declarativa de certeza", también en otra acción promovida por idénticos motivos, por concejales de distintos municipios, de la misma provincia, diputados y senadores provinciales, la Corte dispuso una medida cautelar -de acuerdo a lo previsto en el art.203 del CPCCN- ordenando: "...". La prohibición de innovar con relación del art. 8º de la ley local 5324 y los arts. 1º, 2º,5º y 8º del decreto 117 -MGJCT/2003- dictado por el Poder Ejecutivo provincial y su correspondiente reglamentación. En su mérito el Estado provincial deberá suspender toda acción gubernamental que importe alterar el periodo de vigencia de los mandatos de los legisladores provinciales ya electos y en ejercicio en sus cargos y de los concejales municipales ya electos y también en el ejercicio de sus cargos". ("Barbeito, Juan Cristóbal y otros c/San Luis, Provincia de s/acc. Declarativa del 10/4/2003").

dictado por el Poder Ejecutivo provincial y su correspondiente reglamentación, es decir, ordenando al Estado provincial la suspensión de toda acción gubernamental que importase alterar el período de vigencia del mandato del peticionante ya electo y en ejercicio de su cargo (44).

Con posterioridad se presenta en la causa Daniel Raúl Pérsico, en carácter de Intendente electo de la Ciudad de San Luis, expresando que el ex Intendente Ponce convocó a elecciones comunales para el 9 de noviembre de 2003 en las que resultó elegido, y que asumió su cargo el 13 del mismo mes y año, poniendo en conocimiento del Tribunal que la Provincia de San Luis, a pesar de la medida cautelar también había convocado a elecciones para elegir intendente, resultando electa para el mismo cargo la Sra. María Angélica Torrontegui, siendo tales disposiciones provinciales convalidados tanto por el Tribunal Electoral como por el Superior Tribunal de Justicia locales.

b. Los temas tratados en este caso son varios (45) pero solamente nos detendremos en los relativos a la autonomía municipal. Las consideraciones vertidas en el voto de la mayoría sobre este punto son medulares y ponen de manifiesto un decidido apoyo al fortalecimiento de lo local. Es posible distinguir la doctrina sentada en el voto mayoritario (Petracchi, Belluscio, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti -por su voto-), y luego las disidencias de Argibay y la parcial de Fayt.

b. 1. Los miembros que votan mayoritariamente encaran como pretensión sustancial de la causa la protección de la autonomía municipal con base en los arts. 5 y 123 de la C. Nacional. Comparten los argumentos del Procurador y sostienen la inconstitucionalidad de las normas provinciales atacadas como asimismo los actos que se fundaron en ellas, pues también han contribuido a desarticular las bases de la organización funcional del municipio.

Los principales argumentos esgrimidos son: en primer lugar, señalar que las disposiciones cuestionadas constituyen la asunción por parte de la autoridad provincial de atribuciones que han sido asignadas exclusivamente a los titulares de los departamentos

(44) Fallos 326:1289. (Julio S. Nazareno.- Eduardo Moliné O'Connor.- Carlos Fayt.- Guillermo A. F. López.- Adolfo R. Vázquez.- Juan C. Maqueda).

(45) Ver el comentario al caso en análisis de ABALOS, MARÍA GABRIELA; *"La Corte Suprema, su jurisdicción constitucional frente a la autonomía municipal y otros temas trascendentes"*; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Debates de Actualidad; año XX, nro. 195, Mayo - Noviembre 2005; Santa Fe; 2005; pág. 74. También de HERNÁNDEZ, ANTONIO M.; *"La Corte Suprema, garante de la autonomía municipal"*; en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Debates de Actualidad; año XX, nro. 195; ob.cit.; pag. 146 y de CARNOTA, WALTER F.; *"Dos intendentes y una Corte Suprema"*; en boletín La Ley; 1 de marzo de 2005; pág. 1.

ejecutivos municipales –como es convocar a elecciones dentro de ese ámbito–, afectando seriamente la autonomía municipal al introducir una modificación en ella de manera incompatible con el diseño constitucional.

En segundo lugar, se afirma que tal intromisión, de ser aceptada, lesionaría la personalidad y las atribuciones del municipio, pues las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno por el constituyente provincial, cuya preservación no admite limitaciones acotadas por el grado o medida en que las autoridades provinciales franqueen el ámbito reservado a la libre disposición comunal; de no procederse del modo indicado, aún por mínima que fuera la afectación de las instituciones, se autorizaría un paulatino y peligroso cercenamiento de las atribuciones municipales.

En tercer lugar, si bien se reconoce la irrevisibilidad de los requisitos impuestos por la legislación provincial para la elección de sus autoridades (46), no es aplicable este principio cuando tales normas locales constituyen una clara violación de la autonomía municipal prevista en la Constitución Nacional (art. 123). En este sentido, el mandato constitucional de asegurar la autonomía municipal no puede ser desnaturalizado mediante una reglamentación que produzca la caducidad de los mandatos.

b. 2. En relación con las consideraciones vertidas por Lorenzetti también en defensa de la primacía de la autonomía municipal, se destacan primeramente que la autonomía municipal debe ser interpretada como parte de un sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo cooperativo.

Entiende que el art. 123, plasmado por la reforma constitucional de 1994 debe ser interpretado como un compromiso que asumieron las provincias de asegurar su régimen municipal, lo que importa no sólo el reconocimiento del estatuto municipal autónomo sino el de las facultades mínimas y necesarias para no desarticular su funcionamiento.

Reafirma con acierto que estas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa. Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial.

Refiere que si las autonomías municipales fueran despojadas de hecho de sus atributos principales, se produciría una concentración de

(46) Fallos: 314:1163.

las decisiones y una supresión fáctica de su ejercicio. Tal práctica sería contraria al principio enunciado, el que manda perseguir, en la mayor medida posible en el caso, la diversidad, y el diálogo plural. En este sentido, la protección de la autonomía municipal tiene una máxima importancia ya que no sólo conlleva una razonable descentralización institucional, sino que permite una relación más inmediata entre gobernantes y gobernados.

Finalmente hace un llamado a la prudencia como un valor inherente a la práctica constitucional, que obliga a todos los que tienen responsabilidades conferidas por el pueblo a encaminar sus aspiraciones en la senda del bien común, ello a cuenta de la situación por demás anómala de dos intendentes, dos concejos, etc.

b. 3. Por su parte, la disidencia parcial de Fayt también se refiere a la autonomía municipal pero a diferencia de Argibay que entiende que también esta cuestión ha devenido en abstracta, este Ministro razona afirmando que, frente a la posibilidad de que se entendiera que el voto de la mayoría en este tema obligaría a la minoría del tribunal colegiado a pronunciarse sobre el fondo de la cuestión (47), ingresa en el análisis de si las disposiciones atacadas resultan violatorias de la autonomía municipal consagrada por los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional.

Se pronuncia por la negativa diciendo que la facultad provincial no delegada de regular las instituciones locales y regirse por ellas -en lo que al órgano encargado de convocar al acto eleccionario municipal se refiere- no se ha agotado en un único ejercicio que vede su ulterior modificación o reforma, más allá de que el posterior estatuto en cuanto a su contenido sea o no compatible con la citada previsión del art. 5 de la Constitución Nacional.

Luego cuestiona la interpretación dada por el Procurador a varios fallos de la Corte, y concluye afirmando que este Tribunal Supremo ha sostenido que el art. 123 de la Constitución Nacional no confiere a los municipios el poder de reglar las materias que le son propias sin sujeción a límite alguno, les reconoce autonomía en los órdenes "institucional, político, administrativo, económico y financiero" e impone a las provincias la obligación de asegurarla, pero deja librado a la reglamentación que éstas realicen la determinación de su "alcance y contenido" (48), siendo una facultad que no se agota en un único ejercicio (49).

b. 4. Distinta es la posición adoptada por Argibay que entiende que existe cuestión abstracta tanto respecto a los derechos electorales

(47) Doctrina de Fallos: 310:2845.

(48) Fallos 325:1249.

(49) Fallos 308: 2268, voto del juez Petracchi.

del actor Ponce, como también en cuanto a la intentada afectación de la autonomía municipal.

Por ello, no ingresa en el tratamiento de este último punto aunque si bien reconoce el interés genérico de reafirmar el principio de la autonomía municipal como constitucionalmente primordial para la vida democrática y republicana, afirma que no le parece que deba abundarse sobre ello cuando el objeto de la demanda ha fenecido.

b. 5. Las consideraciones del voto mayoritario incluido el de Lorenzetti, suponen una clara defensa de la autonomía municipal que resulta ejemplificadora, confirmando la línea jurisprudencial inaugurada con el *leading case* "Rivademar" (50).

Se reafirma en la opinión mayoritaria del fallo comentado, destacándose por un lado, el fortalecimiento del contenido de la autonomía política en cuanto los municipios tiene atribuciones para elegir a sus autoridades, fijando a tal efecto la convocatoria a las elecciones correspondientes, sin intromisión del gobierno provincial. Y por otro lado, es muy importante la interpretación que con acierto se hace en torno a que, si bien las provincias tienen en sus manos la facultad de reglar el alcance y contenido de la autonomía municipal, una vez ejercida dicha atribución y plasmada en la Constitución provincial, las autoridades constituidas deben respetar el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno local por el constituyente provincial, cuya preservación no admite limitaciones ni reglamentaciones, so pena de encubrir un paulatino y peligroso cercenamiento de las atribuciones municipales en abierta contradicción con la Carta Magna Nacional.

El pronunciamiento de la Corte Suprema comentado constituye un precedente importantísimo en la medida que concibe a la autonomía municipal como una pieza fundamental del sistema institucional orientado hacia la descentralización y fundado en un federalismo de concertación como bien enseña el maestro Frías (51), creando una herramienta de gran utilidad e ineludible consulta para doctrinarios, jueces y demás protagonistas del constitucionalismo provincial.

c. Mención especial merece en este fallo las consideraciones vertidas sobre la obligatoriedad de las sentencias de la Corte y el reproche que acarrea su incumplimiento por parte de los poderes provinciales.

(50) LL. 1989- C- 47. con nota de Alberto Bianchi; ED. 133-1989-536 con notas de BIDART CAMPOS, GERMÁN y HERRENDORF, DANIEL. (José S. Caballero - Augusto C. Belluscio - Carlos S. Fayt - Enrique S. Petracchi - Jorge A. Bacqué).

(51) FRÍAS, PEDRO J.; "Introducción al derecho público provincial"; Ed. Depalma; Bs. As.; 1980.

El voto de la mayoría hace expreso hincapié en que la jurisdicción constitucional no puede quedar librada a lo que le quiera acordar el gobierno provincial involucrado, ya que, tal jurisdicción responde también al propósito de garantizar a los litigantes una justicia imparcial que acaso no siempre pueda ofrecer un tribunal de provincia cuando ésta sea parte. Se reafirma con firmeza que la supremacía de la Corte, cuando ejerce la jurisdicción que la Constitución y las leyes le confieren, impone a todos los tribunales, nacionales y provinciales, la obligación de respetar y acatar sus decisiones (52).

En este mismo sentido se subrayó que las autoridades de una provincia, (entre las que se encuentran los jueces locales), no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman parte del Poder Judicial de la Nación y el deber de acatamiento que sobre ellas pesa adquiere mayor significación cuando se trata de pronunciamientos de la Corte, que es Suprema en el ejercicio de su competencia y cuyas decisiones son de cumplimiento inexcusable, sin que a ninguna autoridad provincial le esté permitido desconocerlas (53).

Por su parte, el voto de Lorenzetti agrega como argumento que la división de poderes fundamenta la autoridad de esta Corte y la obligatoriedad de sus decisiones cuando ejercita la jurisdicción originaria. Su respuesta es contundente en el sentido que nadie está por encima de la ley y de su correcta interpretación judicial, puesto que afirmar lo contrario transformaría a la Constitución en un vano intento de limitar lo ilimitable.

También en la disidencia parcial de Fayt se reitera que las sentencias de esta Corte deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (54), principio que se basa en la supremacía de la Corte que ha sido reconocida por la ley, desde los albores de la organización nacional, garantizando la intangibilidad de sus decisiones por medio de la facultad acordada al Tribunal de imponer directamente su cumplimiento a los jueces locales -art. 16, apartado final, ley 48-. Concluye recordando que las autoridades provinciales no pueden trabar o turbar en forma alguna la acción de los jueces que forman

(52) Fallos 270:335.

(53) Fallos 249:17.

(54) Fallos: 312:2187. En tal sentido agrega en su voto que "Tal principio no es, pues, sino la concreta aplicación para estos supuestos de la doctrina sentada en el fallo dictado el 8 de agosto de 1872 (Fallos: 12:134), con arreglo a la cual "...la Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún Tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio, como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones...". (Considerando 15).

parte del Poder Judicial de la Nación (55), poniendo de resalto además que la Corte Suprema tiene facultades para disponer las medidas pertinentes, incluso conminatorias, a los fines del adecuado ejercicio de su competencia legal (56).

5. En esta etapa, en el constitucionalismo provincial se produce la consolidación del reconocimiento de la autonomía municipal ya que, los textos que se reforman a partir de 1994 dan cabida a dicha autonomía con excepción de la provincia de Buenos Aires que si bien se modifica luego de la reforma de 1994, mantiene en cuanto al régimen municipal lo expresado por la Constitución de 1934 como si nada se hubiera legislado en el orden nacional.

El balance de las veintitrés provincias argentinas se inclina a favor del reconocimiento de la autonomía municipal con sus matices en veinte textos provinciales, siendo tres, los de Mendoza, Santa Fe y el mencionado de Buenos Aires, los que no contienen la referencia a la autonomía institucional, violando el mandato constitucional impuesto por el art. 5 y por el nuevo art. 123 de la Constitución Nacional.

7. Conclusiones

Luego de la reforma de 1994, el Superior Tribunal vuelve a referirse a la temática municipal, haciendo hincapié en algunos aspectos de la autonomía pero referenciados en el contexto provincial y nacional.

Reconoce que el municipio es base esencial de la organización política argentina, consagrado por la Constitución como requisito de la autonomía provincial con funciones propias en el ámbito local.

Marca también la diferencia entre estos entes y las provincias, reconociéndolos como sujetos políticos distintos y con potestades propias, lo cual acarrea importantes consecuencias como por ejemplo, la obligación por parte de la Nación y de las provincias de respetar, asegurar y preservar al municipio, de forma tal que las decisiones nacionales y provinciales no priven a los entes locales de las capacidades o potestades necesarias para el cumplimiento de sus fines propios.

Es destacable también la interpretación que hace la Corte del art. 123, señalando que constituye el marco de la autonomía municipal cuyos contornos deben ser delineados por las provincias pero con una finalidad específica, cual es la de coordinar el ejercicio de los poderes que éstas conservan (arts. 121, 122, 124 y 125, Constitución Nacional) con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en tal cláusula.

(55) Fallos: 235:703; 240:89; 242:480; 244:472; 245:28 y 61; 301:1042 y 306:1537.

(56) Fallos: 308:589; 310:348.

Es fundamental integrar los artículos citados (123, 121, 122, etc.) creando una herramienta de gran utilidad para doctrinarios, jueces y demás protagonistas del constitucionalismo provincial.

En tal sentido, al fijar el “alcance y contenido” de la autonomía municipal ninguna provincia podrá extremar las limitaciones que puedan llegar a privar al municipio de un contenido mínimo en cada grado de autonomía ni extralimitarse de forma tal que se dificulte el ejercicio de potestades nacionales o provinciales. De ahí la importancia de la coordinación de potestades que permita el crecimiento municipal en beneficio de la provincia para el fortalecimiento nacional.

Se impone el desafío de concretar el federalismo de concertación, siempre defendido por el querido maestro Frías, frente a la aplicación de las normas nacionales con incidencia en la autonomía municipal y en el poder tributario local, teniendo en cuenta que las autonomías municipales no pueden verse en los hechos desconocidas por las provincias y la Nación, pero sí acotadas a su justo cauce, donde las pretensiones recaudatorias municipales se encuentren limitadas por las exigencias de armonización sin perder de vista los requerimientos impuestos por los nuevos fenómenos de la gestión local.

III. EL VALOR DE LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA MUNICIPAL

De los numerosos casos analizados, desde “Rivademar” hasta “Ponce”, y desde “Municipalidad de General Pico” hasta el reciente caso “Impsat”, la Corte Suprema ha mostrado fuerza suficiente para producir avances en materia municipal que se han proyectado en algunos casos en disposiciones normativas.

En general ha emitido interpretaciones conciliadoras entre la defensa de la autonomía municipal y la necesaria armonización con el resto del ordenamiento provincial y nacional, que posibilitaron realizar la justicia en un caso concreto, y fueron luego observadas por los demás tribunales en reconocimiento de la autoridad de esta jurisprudencia.

En particular en el caso “Ponce”, la Corte incursiona en un supuesto de sentencia exhortativa con mandatos afirmativos hacia los poderes provinciales que, en la línea de la fuerte defensa de la autonomía municipal, les recuerda los límites que no deben traspasar una vez que han reconocido y plasmado en la Constitución dicha autonomía.

Por su parte, en los pronunciamientos recaídos en “Municipalidad de General Pico” de 1997 hasta las recientes causas falladas en “Municipalidad de General Pueyrredón” del 2010 y en “Impsat” de marzo de 2011, la Corte mantiene su posición a favor de recortar las pretensiones fiscales municipales haciendo hincapié en la supremacía

de las normas nacionales. En estos casos se advierte, en general, que las decisiones adoptadas no tuvieron en cuenta las consecuencias que acarrearían en el ámbito municipal sobre todo en el debilitamiento de la autonomía económico financiera local. Hubiese sido deseable una visión integradora que combinara la defensa contundente de la autonomía municipal plasmada en el caso "Ponce" con la protección de los intereses nacionales en su justa medida, de manera tal, que el municipio no corriera peligro de languidecer paulatinamente.

En estos últimos fallos además el Superior Tribunal se encarga de reafirmar el valor de sus precedentes y su fuerza vinculante, haciendo hincapié en la existencia de una clara y reiterada jurisprudencia que impide cualquier controversia cuando no se han agregado nuevos y serios argumentos que puedan llevar a una modificación del criterio establecido en dichos precedentes.

En definitiva la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia municipal constituye en general una importante fuente complementaria del derecho público provincial y municipal.



LAS REGLAS DEL PROCESO ELECTORAL ARGENTINO

POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA (*)

La reciente reforma electoral -Ley N° 26.571- que introdujo modificaciones sustanciales a la ley orgánica de partidos políticos, a la ley de financiamiento partidario y al Código Nacional Electoral, incorporó el sistema de elecciones primarias. Quizá esta fue la innovación de mayor envergadura, dado que extendió -a partir de los comicios del año 2011- la participación ciudadana a la selección de candidatos de las agrupaciones políticas, estableciendo un sistema de elección abierto, obligatorio y pleno tanto para los partidos políticos como para la ciudadanía, en el sentido de que todos los ciudadanos -sin distinción entre afiliados y no afiliados- podrán votar a cualquiera de los precandidatos de cualquiera de las agrupaciones políticas contendientes.

I. SISTEMA DE PARTIDOS

Uno de los objetivos de la ley 26.571 fue reducir el número de partidos políticos (1), en este punto la Cámara Nacional Electoral ya había advertido:

“Que [...] si bien reconocida doctrina ha explicado que la cantidad de partidos que componen un sistema no constituye -por sí solo- un indicador (cf. Sartori, Giovanni, “Partidos y sistemas de partidos”,

(*) Juez de la Cámara Nacional Electoral. Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA). Académico de Número de la Academia Nacional de Cs. Morales y Políticas.

(1) El mensaje del proyecto de ley del Poder Ejecutivo señalaba que *“...una regulación más específica contribuirá a la existencia de partidos con mayor y mejor representación y, en consecuencia, se tenderá a favorecer listas de candidatos con mayor grado de legitimidad. Esto, en definitiva, redundará en partidos que tiendan a agrupar a la mayor cantidad de ciudadanos atrás de una idea, de un modelo de sociedad, de un modelo de país y llevarlos a esa construcción.”* (Expte.: 0031-PE-2009 del 28-10-2009, iniciado en la Cámara de Diputados, trámite parlamentario n° 147).

Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1980, página 151 y sgtes.), la exacerbación de ese número es propia de sistemas poco consolidados con cierto riesgo de atomización (cf. Sartori, Giovanni, ob. cit., páginas 160 y 161), advirtiendo además que 'la existencia política concreta de voluntades aisladas no es plausible ni útil, toda vez que es ineficaz para ejercer influencia en la formación de la voluntad del Estado' (cf. Fallos 310:819, voto del juez Petracchi)" (cf. Fallos CNE 4020/08; 4072/08 y 4138/09).

"el fraccionamiento partidario que presenta [el sistema político argentino] como consecuencia de la desmedida flexibilización de las condiciones de participación de nuevas agrupaciones y la eliminación de las vallas al mantenimiento de su personalidad, resulta notablemente disvalioso" (cf. Fallos CNE 3451/05; 4020/08; 4072/08 y 4138/09).

"las consecuencias de contar con un sistema partidario atomizado se proyectaron precisamente en los últimos comicios nacionales, celebrados el 28 de octubre de 2007. En efecto, la multiplicidad de candidatos propuestos y la inmensurable cantidad de boletas oficializadas generaron una serie de contratiempos que, aun cuando no pusieron en duda la legitimidad de tales elecciones, deben inexorablemente conllevar un debate sobre los medios instrumentales que el régimen jurídico establece para canalizar la oferta electoral y ejercer el derecho de sufragio.

En este sentido, esta Cámara no puede dejar de manifestar su convencimiento acerca de la necesidad de que se estudien posibles adecuaciones normativas que fortalezcan la calidad y la transparencia de los procesos electorales y eviten la reiteración de situaciones como las antes referidas. Ello es así pues, como se ha explicado, "el grado de calidad de los procesos electorales es una de las dimensiones que definen la calidad de la democracia, y por ello en la medida en que estos se realizan en mejores condiciones de información, imparcialidad y libertad, mayor será la calidad de la democracia" (cf. José E. Molina V., "Elecciones en América Latina (2005-2006): desafíos y lecciones para la organización de procesos electorales" en Cuadernos de CAPEL N° 52, año 2008, págs. 13/14)" (cf. Fallos 4072/08 y 4138/09).

El sistema diseñado por la reforma electoral pone el acento en la representatividad -tanto en las afiliaciones partidarias como en la participación electoral- como condición para la existencia y mantenimiento de las agrupaciones políticas; ya que una de las condiciones definitorias de los partidos políticos es su organización permanente. Al respecto, se ha expresado que "es una asociación de personas con las mismas concepciones ideológicas que se propone participar en el poder político o conquistarlo y que para la realización

de este objetivo posee una organización permanente. Grupos unidos que perseguían objetivos políticos comunes [...] también se dieron frecuentemente en el pasado; sin embargo, la ausencia de una organización permanente los descalifica como partidos políticos en el sentido moderno” (2).

En este sentido, la Cámara Nacional Electoral ha sostenido que este vínculo *“es esencial para la existencia del partido político como persona de derecho público no estatal”* (cf. Fallos CNE 593/88) pues, al prever este recaudo, la ley *“está reconociendo al imprescindible elemento humano y social esencial que es la fuente suprema del partido, articulado como cuerpo electoral de afiliados para las decisiones fundamentales regladas por la Carta Orgánica”* (cf. Fallos CNE 423/87; 2933/01 y 3847/07).

Es así que se requiere para conservar la personería jurídico-política mantener el número mínimo de afiliados (4 %) de los electores en el distrito correspondiente en el caso de los partidos de distrito (cf. art. 7 ter y art. 50 inc. “e”) y en cuanto a los partidos de orden nacional, el número mínimo de distritos –cinco (5)– necesarios para el reconocimiento (art. 8 y art. 50 inc. “f”) (3).

Vale señalar, que a la entrada en vigencia de la ley los partidos de distrito que no superaban el umbral mínimo de afiliados eran cuatrocientos ochenta y dos (482) de los setecientos seis (706) partidos en ese momento vigentes.

Tal exigencia a los partidos de distrito tiene su correlato en los partidos nacionales, dado que si un partido de distrito que integra un partido nacional caduca esta situación se refleja en el nacional que ve disminuida su representatividad y de no mantener los cinco (5) distritos –como mínimo– requeridos puede perder su personalidad política (conf. art. 8 y art. 50 inc. “f”).

En este punto, no puedo dejar de reflexionar acerca de las cifras que arrojan los registros de afiliados que habitualmente no reflejan la

(2) LOEWENSTEIN, KARL, *“Teoría de la Constitución”*, Ariel, España, 1976, pág. 93.

(3) El decreto de promulgación 2004/2008 observó las disposiciones transitorias contenidas en los artículos 107 y 108 de la Ley 26.571 que establecían un plazo de gracia para los partidos con personería vigente, hasta el 31 de diciembre de 2011, para reunir el mínimo de afiliados (en el caso de partidos de distrito) y de distritos (en el caso de partidos nacionales) y así mantener la personería jurídico-política. Asimismo, extinguía las acciones de caducidad que se encuentren en curso de los incs. a), b), c), e) y f). El veto parcial motivó que se presentaran en la justicia nacional electoral sendos amparos con el objeto que se declare su inconstitucionalidad.

realidad socio-política de la agrupación (4), basta para ello observar la escasa participación en los comicios internos de los distintos partidos. Se ha sostenido, al respecto, que “la voluntad participativa de la ciudadanía se encuentra lejos de estar representada en [los] registros de afiliados” (5).

Recientemente, la Cámara Nacional Electoral en la causa “Mascheroni Santiago y otros c/Convención Provincial de la U.C.R. s/amparo” (6) destacó que “[l]a transparencia en los registros de afiliación se encuentra íntimamente relacionada al derecho de participación democrática, ya que afiliarse a un partido constituye la expresión plena del ejercicio de un derecho político al amparo del artículo 37 de la Constitución Nacional; así como también es la manifestación de la representatividad del partido necesaria -como se dijo- para su existencia”, por ello “los procesos de ratificación de la afiliación constituyen una valiosa herramienta endógena a los efectos de depurar los registros partidarios, despojándolos de asientos desactualizados y aportando una mayor genuinidad al sistema, todo ello en pos del efectivo fortalecimiento de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático”.

El nuevo régimen establece -además- para las agrupaciones que se quieran constituir como partidos políticos, un reconocimiento provisorio -partidos en formación (a los que se les exige los mismos requisitos- ya receptados en la ley 23.298: acta de fundación y constitución; que acrediten el 4 ‰ de adhesiones; nombre; declaración de principios y programa o bases de acción política; carta orgánica; acta de designación de autoridades promotoras; domicilio partidario y designación de apoderados). Mientras dure esta situación no podrán presentar candidaturas para elecciones primarias ni nacionales así como tampoco podrán recibir aportes (art. 7) (7).

A los efectos de obtener la personería definitiva tendrán que presentar a los 150 días (5 meses) el 4 ‰ de afiliados del registro electoral del distrito correspondiente -hasta el máximo de 1.000.000-

(4) Ver ANDREA SÁNCHEZ, FRANCISCO JOSÉ, “Los partidos políticos. Su marco teórico-jurídico y las finanzas de la política”, U.N.A.M., México, 2002, página 119 y sgtes. y LLANO, MERCEDES, “La afiliación partidaria y la real participación política en la Argentina” en “Documentos”, Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina -C.A.P.A.L.-, Año IV, N° 60, Bs. As., 2006, entre otros.

(5) VANOSSI, JORGE R., “Partidos políticos, democracia interna y financiamiento”, J.A, Fasc. N° 2, Bs. As., 14 de abril de 2010, pág. 10.

(6) Fallo CNE 4322/2010.

(7) Conforme la cláusula transitoria del art. 108, tal disposición empezaba a regir el 31 de diciembre de 2011, sin embargo dicha norma fue observada por el decreto de promulgación 2004/2009.

con copia de los documentos (8) y realizar dentro de los 180 días (6 meses) la elección de las autoridades definitivas (cf. art. 7 bis). Es decir, que no se admite el reconocimiento de partidos que no cuenten con una representatividad de afiliados y que no hayan celebrado -en consecuencia- las primeras elecciones internas.

En este sentido, respecto a las afiliaciones el nuevo régimen eliminó la renuncia automática, siendo condición para la afiliación a un partido la renuncia previa expresa a toda otra afiliación anterior (9) (art. 25 ter), por ello se incorpora la posibilidad de hacerlo de manera gratuita ya sea por telegrama (10) o personalmente ante la secretaría electoral del distrito que corresponda (cf. art. 25 quáter) o ante la Cámara Nacional Electoral (cf. art. 10, decreto 937/2010, B.O. N° 31.935, 01-07-2010). Señala, también, el derecho de los electores a conocer la situación respecto de su afiliación y deberá la Cámara Nacional Electoral arbitrar un mecanismo para que los electores puedan saber su situación individual respecto de la misma restringiendo el acceso de terceros a estos datos (cf. art. 26, 2° párr.).

En cuanto a la participación electoral, la normativa establece la caducidad de los partidos cuando no se presenten a dos (2) elecciones nacionales consecutivas (art. 50, inc. "b") -antes eran tres (3)- y mantiene la causal de caducidad del artículo 50 inc. "c", no alcanzar en dos elecciones nacionales sucesivas el dos por ciento (2%) del padrón electoral del distrito que corresponda.

Aquí hay que tener en cuenta que sólo podrán participar de las elecciones generales las agrupaciones políticas que en las elecciones primarias alcancen el piso del 1,5% de los votos válidamente emitidos, por tanto recién pasadas las elecciones del año 2013 aquellas agrupaciones políticas que no superaron dicho umbral podrían estar en condiciones de perder su personalidad política.

(8) Cf. Fallo CNE 3997/08 que estableció el requisito de la fotocopia del documento a fin de hacer efectiva la fiscalización por parte del juez contenida en el art. 23 inc. "b" de la ley que establece que la justicia electoral deberá "comprobar la identidad con la libreta de enrolamiento, libreta cívica o documento nacional de identidad" ya que "la pureza del padrón partidario constituye una de las más relevantes garantías de la indispensable adecuación de la organización interna de las agrupaciones políticas al sistema democrático pues asegura el efectivo ejercicio de los derechos de elegir y ser elegido que ostentan los afiliados".

(9) Al respecto, el decreto reglamentario 937/2010 (B.O. N° 31.935, 01-07-2010) en su art. 12 establece que "Cualquier persona que presuma que se encuentra afiliada a un partido político o que no quiera manifestar expresamente a cual se encuentra afiliada, puede renunciar a todo partido político en forma indeterminada".

(10) Cuyo modelo fue aprobado por el art. 11 del decreto mencionado.

La reforma electoral impactó en el sistema de partidos, tan es así, que a partir de su implementación, de setecientos trece (713) partidos de distrito que había, la cifra disminuyó a quinientos (500). Mientras que los partidos de orden nacional de treinta y seis (36) pasaron a ser treinta y siete (37).

Sin embargo, es importante tener presente que de las caducidades decretadas la mitad aproximadamente corresponden a causales ya establecidas en el régimen de partidos políticos, con especial referencia a la vuelta en vigencia del inc. "c" del artículo 50 que había sido derogado por la ley 25.611 y reestablecido por la ley 26.191.

Asimismo, hasta la fecha se encuentran con reconocimiento provisorio veintidós (22) partidos y durante el 2010 en todo el país sólo contaron con reconocimiento definitivo treinta y ocho (38) partidos.

Con el fin de no perder la personería los partidos han visto en la figura de la fusión (11) la forma de mantenerse y continuar su existencia. Al respecto, la Cámara ha sostenido:

"La fusión constituye actualmente la forma más idónea para contrarrestar la excesiva fragmentación partidaria, pues reduce el número de partidos integrando entre sí a aquellos que se reconocen como parte de una misma identidad histórica, ideológica, programática o de otra índole" (Fallo CNE 4362/2010)., agregando que *"permite [...] preservar -a través de la nueva agrupación política o de aquella en la cual se fusionan- la personalidad jurídico-política de entidades que, individualmente, no satisfarían las exigencias de representatividad previstas normativamente"* (Fallo cit.).

Si bien, la fusión de partidos era ya admitida en la ley 23.298, el nuevo artículo 10 ter regula *"con mayor precisión el procedimiento y los requisitos de la fusión partidaria, [pero] de allí no se sigue una interpretación más rigorista o restrictiva de su procedencia"* (Fallo cit.), es por ello que *"corresponde extremar los recaudos a efectos de no rechazar de plano trámites de fusión ante deficiencias subsanables y producir -como ocurriría en el caso- un dispendio jurisdiccional innecesario"* (Fallo cit.).

En este sentido, a partir del año 2010 fueron reconocidas una (1) fusión en el orden nacional y veinte (20) en el orden distrital, mientras que siete (7) se encuentran en trámite.

(11) La fusión es "la unificación de dos o más partidos de igual orden [...] conformando un nuevo partido político; así como también, en el caso de la 'fusión por absorción', la incorporación a un partido ya existente de otro u otros que dejan de existir como tales" (Fallo CNE 4362/2010).

Al igual que las fusiones de partidos, el nuevo artículo 10 bis regula por separado el supuesto de las confederaciones (12), establece que dos o más partidos pueden constituir confederaciones de distrito o nacionales, y para participar en las elecciones generales como confederación deberán haber solicitado su reconocimiento ante el juez federal con competencia electoral competente hasta 60 días antes del plazo previsto para las elecciones primarias respectivas (cf. art. 10 bis). El Fallo CNE 3858/07 estableció que *“para constituir una confederación de orden nacional, se deben reunir cinco partidos reconocidos en distintos distritos [...]. ... [Ello] fundado en la representatividad de los partidos políticos como condición de su existencia legal”*.

Finalmente, respecto de las alianzas transitorias se permite que los partidos de distrito que no formen parte de un partido nacional puedan integrar una alianza con al menos un partido nacional (cf. art. 10). En este punto, la jurisprudencia de la Cámara anterior a la reforma había establecido que únicamente pueden constituir alianzas nacionales los partidos de orden nacional y alianzas de distrito los partidos distritales, fundándose en que los partidos integrantes de una alianza tienen que tener la misma aptitud para postular los cargos que postula por medio de la alianza (cf. Fallo CNE 3110/03, entre otros).

II. SISTEMA DE ELECCIONES PRIMARIAS ADOPTADO POR LA LEY 26.571

Las elecciones primarias han sido vistas como un “mecanismo de operativización” (13) de la demanda de mayor transparencia y de participación en el sistema político (14).

Ya en 1971 el entrañable profesor Alberto Spota resaltaba -como miembro integrante de la comisión asesora para el estudio de la reforma institucional convocada por el Ministro del Interior Arturo

(12) El antiguo artículo 10 de la ley 23.298 contemplaba conjuntamente los casos de las alianzas, fusiones y confederaciones: “Queda garantizado a los partidos políticos el derecho a constituir confederaciones nacionales o de distrito, fusiones y alianzas transitorias en los términos y condiciones establecidos en las respectivas cartas orgánicas, debiendo respetarse en la materia la disposición contenida en el artículo 3, inciso b) y de un modo análogo lo dispuesto por los artículos 7 y 8.”

(13) ZOVATTO, DANIEL, *“La reforma político-electoral en América Latina: evolución, situación actual y tendencias. 1978-2000”*, Publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 21 (Oct. 2001), Caracas.

(14) En igual sentido ver MUSTAPIC, ANA MARÍA, *“Ventajas y desventajas de las internas abiertas”*, Seminario sobre Reforma Política, Vicepresidencia de la Nación - Ministerio del Interior, Rosario, 29 de abril de 2000.

Mor Roig (resoluciones 412/71 y 417/71) cuyo subsecretario del área era el Dr. Augusto M. Morello— la necesidad de adoptar en nuestra legislación el sistema de elecciones primarias, ya que “para [que] el estado de derecho tenga futuro real en el mundo de nuestro tiempo, resulta inexcusable superar el problema de los enquistamientos de las dirigencias partidarias, en las cúspides decisorias de los partidos políticos” (15). Entendiendo que “las elecciones primarias abiertas obligatorias, en nuestro medio, no sólo ampliarán irreprochablemente el sistema de selección transparente de candidaturas, sino que además, por vía indirecta pero efectiva, llevará a que la dirigencia partidaria, cumpla mejor sus deberes y se produzca en sus realizaciones en función de la conducción partidaria, con limpieza en sus proceder” (16).

Las principales razones que justifican la necesidad de mayores niveles de democracia interna dentro de los partidos políticos, conforme lo expuesto por Zovatto, son:

— “En primer lugar, se trataría de extender la coherencia del avance de la democracia a uno de los ‘núcleos duros’ del sistema partidista. Difícilmente los políticos podrían hablar con autoridad en nombre de la democracia si su origen se encontrase contaminado por prácticas no democráticas.

— En segundo término, abriría un cauce diáfano y con reglas explícitas para la competencia en el seno del propio partido teniendo un efecto inmediato sobre la movilidad, y en cierto sentido en la calidad, de las elites partidistas.

— En tercer lugar, dinamizaría a la sociedad, o al menos a los militantes, animándoles a hacer suyas las decisiones importantes de la vida partidista y a sentirse codueños del futuro de la misma.

— En cuarto y último lugar, suministraría una legitimidad añadida al proceso político de origen democrático, ayudando a contrarrestar las prácticas negativas en la línea de la endogamia, el clientelismo, el secretismo caciquil y la separación de la sociedad, teniendo un efecto positivo en el proceso de búsqueda de fórmulas de responsabilidad horizontal” (17).

Por elecciones primarias se entiende al proceso de selección de candidatos a cargos públicos electivos llevados a cabo de forma competitiva, libre, igual, secreta y directa. Estas pueden ser *cerradas*

(15) SPOTA, ALBERTO ANTONIO, “Elecciones primarias abiertas obligatorias y simultáneas”, La Ley, T. 1990-D, Sec. doctrina, pág. 762.

(16) SPOTA, ALBERTO ANTONIO, op. cit., pág. 763.

(17) Op. cit.

(en las que solo participan los miembros del partido, en nuestro caso los afiliados), *abiertas* (los electores, independientemente del partido que pertenezcan pueden participar en las primarias de un solo partido), *semiabiertas* (aquí los electores pueden participar en las primarias del partido que está afiliado y aquellos que no tienen afiliación política), y *transversales o sábana* (18) (en estas todos los electores –afiliados y no afiliados– pueden votar a cualquier partido e incluso cambiar de las primarias de un partido a otro para cada categoría de cargos).

La ley 26.571 al establecer el sistema de elecciones primarias extendió los alcances del derecho de sufragio activo en cuanto instaure la participación de todos los ciudadanos en los procesos de selección partidaria de las candidaturas que luego van a competir en la elección de las máximas autoridades públicas nacionales: presidente y vicepresidente, diputados nacionales y senadores nacionales, así como también de parlamentarios del MERCOSUR.

Vale recordar que tras la crisis de 2001, el legislador ya había establecido -con la ley 25.611- un régimen de elecciones internas abiertas, obligatorias y simultáneas de todos los partidos políticos que actúan en el orden federal. Sus magros resultados, por todos conocidos, obedecieron en parte a una cadena sucesiva de vetos y normas modificatorias, y otro tanto al escaso apego de la mayoría de los dirigentes partidarios, como de los afiliados y los ciudadanos independientes, a este sistema que se aplicó por primera vez en las elecciones legislativas de 2005, ya que en el año 2003, el Congreso la había suspendido por el término de un año. En su única aplicación, sólo 23 agrupaciones políticas –distribuidas en 15 distritos– de las 260 que intervinieron en los comicios generales llevaron a cabo efectivamente el proceso de elección interna abierta. En las restantes agrupaciones se proclamó una única lista presentada. Modalidad ésta

(18) Sobre este tipo de primarias se pronunció la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso "California Democratic Party, Et al., Petitioners v. Bill Jones, Secretary of State of California Et al" 530 U.S. (2000), 26 de junio de 2000. En el que destacó que "[l]a formación de los partidos políticos es concurrente con la formación misma de la República [...] Consistentemente con esta tradición, la Corte ha reconocido que la primera enmienda protege 'la libertad de asociación para fomentar ideas políticas'. Lo que necesariamente supone, identificar a las personas que constituyen la asociación política y limitar la asociación a esas personas únicamente [...] como corolario, se puede decir, que el derecho a asociarse es también el derecho a no asociarse". Afirmando que "[l]a libertad de asociación se convertiría en una garantía vacía, si las asociaciones no pudieran controlar las decisiones respecto a quienes la integran, se menoscabaría la asociación en sí mismas, underlie the association's being [en su esencia]". Agregando que "cualquier interés que pueda tener el Estado apoyar el sistema de primarias abiertas no puede convertirse en un avasallamiento de la libertad de asociación de los partidos políticos 450 La Follet U.S".

que expresamente admitía la reglamentación dispuesta por el Poder Ejecutivo. Así, más del 90 % del total de los partidos políticos eludió el mecanismo de las internas abiertas, que finalmente en diciembre de 2006 fue derogado (19).

El nivel de participación ciudadana, que fue de apenas un 5% del total del padrón, tampoco demostró grandes expectativas de los electores en el ejercicio del derecho de sufragio en el contexto partidario.

Hay que sincerar las cosas: la ley 25.611, de internas abiertas, obligatorias y simultáneas de los partidos políticos, como la Ley 25.600, de control de financiamiento partidario, fueron dictadas por el Congreso en plena crisis, cuando retumbaban en los pasillos del Palacio del Congreso, del Palacio de Justicia y los Palacios Ministeriales, los ruidos de las cacerolas. Pero una vez acallados tales ruidos, se notó menor entusiasmo en los grupos legislativos que sancionaron tales leyes en persistir en su cumplimiento.

La reciente ley 26.571 quizás tenga otros efectos; no por la diferencia de contexto en el que fue sancionada, sino por los distintos elementos que caracterizan al régimen que ella regula, y que la distinguen mucho del anterior.

Nuestro sistema de elecciones primarias –comúnmente denominadas PASO a raíz de la denominación utilizada en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo (20)– adoptado por la ley 26.571 es el tipo transversal o sábana. Dado que todos los ciudadanos, sin distinción entre afiliados e independientes, podrán votar a cualquiera de los precandidatos de cualquiera de los partidos contendientes el mismo día y en el mismo acto electoral. El mismo cuerpo electoral llamado a votar a sus representantes acude primero a las urnas para preseleccionar a los candidatos partidarios, eligiendo entre los distintos precandidatos con un voto por categoría de cargos.

En este sentido, en el debate parlamentario de la H. Cámara de Diputados el miembro informante del dictamen de mayoría –diputado por la provincia de Buenos Aires, Sr. Landau– señaló que “...no se estableció un régimen diferenciado sino un régimen semejante al de la elección general” (21).

(19) Ley 26.191 del 27/12/06.

(20) Cf. artículo 13, último párr.: “En adelante se denominará las PASO a las Elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias.”

(21) Reunión 18° - 12° Sesión ordinaria - 18 de noviembre de 2009.

A su vez, se prevé la obligatoriedad del voto, como rige en la elección general (cf. art. 19, 1° párr.). A este respecto, la ley dispone incluso que “[p]ara las elecciones primarias se utilizará el mismo padrón que para la elección general en el que constarán las personas que cumplan dieciocho (18) años de edad a partir del día de la elección general” (art. 23, 2° párr.), es decir, los jóvenes que tengan 17 años el día de la elección primaria podrán votar si cumplen la mayoría de edad antes o el mismo día de la elección general.

En el nuevo sistema, todas las agrupaciones políticas -partidos políticos, confederaciones o alianzas- que quieran competir en las elecciones generales deben obligatoriamente preseleccionar sus candidatos en la elección primaria, aunque tengan únicamente una precandidatura (cf. art. 19) deben no obstante conseguir que sea votada por una cantidad mínima de ciudadanos (1,5% del total de votos válidos emitidos en el distrito) para que pueda participar en los comicios generales, modificándose así el criterio del sistema anterior (22) (primarias abiertas) que autorizaba a las agrupaciones a proclamar una “lista única” -generalmente acordada en la cúpula partidaria- y evadir, así, su participación en el acto electoral.

III. REGLAS DEL PROCESO ELECTORAL.

CONSIDERACIONES GENERALES

a) Quiénes pueden participar

Como lo señalaba Duverger, los partidos políticos son “intermediarios” entre el pueblo y el gobierno, es decir, entre los electores y los elegidos (23). Esa intermediación se hace notoria en cuanto que son los partidos quienes proponen y designan los candidatos que votarán los ciudadanos en la elección. En ese caso es de hacer notar que las leyes sobre partidos políticos en nuestro país, a partir de la ley 16.652 (Ley Illia) hasta la Ley 23.298 actualmente vigente, han otorgado a los partidos políticos el monopolio para proponer candidaturas al electorado (cf. art. 2°, ley 23.298) y en la opción participativa entre candidaturas independientes y elecciones primarias el Congreso al sancionar la ley 26.571 optó por estas últimas, reforzando así la exclusividad en la postulación de candidaturas por parte de los partidos políticos.

En este punto, la posibilidad que un candidato presente una candidatura independiente ha sido descartada, con anterioridad a

(22) Ley 25.611, derogada por Ley 26.191.

(23) DUVERGER, MAURICE *“Instituciones Políticas y Derecho Constitucional”* Ariel, Barcelona.

la reforma constitucional de 1994, por la Cámara Nacional Electoral y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Antonio Ríos" (24), resolviéndose en el fallo que los partidos cumplen una función de "reducción" de las distintas ideologías y ofertas electorales y que la participación de los ciudadanos no queda desvirtuada por las posibilidades que todos tienen de afiliarse libremente y participar de la vida política partidaria y ser electos candidatos dentro de un partido. Con posterioridad, la Cámara Nacional Electoral en la causa "Padilla" (Fallo CNE N° 3054/2002) puso de relieve que "la doctrina coincidía en que los partidos políticos eran órganos vitales de la democracia representativa". Considerándose que el monopolio de los partidos respecto de la postulación de cargos públicos electivos no transgredía el artículo 28 de la Constitución Nacional y que ello no varió con la incorporación del artículo 38 después de la reforma constitucional de 1994, que dice que tienen "competencia" para postular candidatos. En tal oportunidad, la Cámara Nacional Electoral encontró que tenía razón el accionante en cuanto a la amplitud en la interpretación de la norma constitucional, pero entendió que la ley reglamentaba razonablemente una de las opciones técnicas posibles.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos", sentencia del 6 de Agosto de 2008, señaló que "*[n]inguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención*" y agregó que "*[..] ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales*" (25).

En el nuevo sistema todas las agrupaciones políticas obligatoriamente, aún aquellas que presenten una sola lista, deberán seleccionar sus candidatos para cargos públicos electivos nacionales y parlamentarios del MERCOSUR por medio de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (cf. art. 19, ley 26.571).

Por tanto, aquella agrupación política que no haya participado en la elección primaria no puede presentarse en la elección general (cf. art. 45, ley 26.571). Es así, como la elección primaria se constituye

(24) Fallos C.S. 310:819 y CNE N° 593/1983.

(25) Corte IDH, caso "Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos", párrafo 204.

en un requisito previo e ineludible para toda agrupación política que pretenda ofrecer a la ciudadanía candidatos a cargos públicos electivos.

Asimismo, es necesario tener presente que cuando la ley denomina agrupaciones políticas se refiere tanto a los partidos políticos con reconocimiento definitivo (excluyéndose los partidos con reconocimiento provisorio art. 7, ley 23.298), las confederaciones de partidos y las alianzas electorales. Téngase presente que sólo aquellas agrupaciones políticas con reconocimiento jurídico en el orden nacional pueden postular candidatos a presidente y vicepresidente de la Nación, mientras que las de distrito sólo lo hacen para candidaturas a senadores y diputados nacionales en su distrito de actuación.

Vale aclarar -como ya lo señalé al abordar el sistema de partidos- que tanto las confederaciones que tienen carácter permanente como las alianzas electorales que son transitorias -porque se disuelven luego de la elección general- deben ser reconocidas por la Justicia Nacional Electoral sesenta (60) días antes de la elección primaria (arts. 10 y 10 bis, ley 23.298 y modif.). Sólo podrán concurrir a las elecciones generales las alianzas y confederaciones que se hayan presentado así a las primarias, no admitiéndose alianzas y confederaciones posteriores.

En cuanto a las alianzas electorales se permite que los partidos de distrito que no formen parte de un partido nacional puedan integrar una alianza con al menos un partido político nacional (cf. art. 10, ley 23.298). En este punto, el nuevo régimen no recepcionó la jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral (Fallo 3110/03, entre muchos otros).

No obstante, para competir en la elección general, las agrupaciones políticas deberán contar con representatividad ciudadana. Por tanto se requiere obtener, considerando todas sus listas internas, más del 1,5% del total de votos válidamente emitidos en el distrito para las categorías de senadores, diputados y parlamentarios del MERCOSUR y en todo el territorio nacional para presidente y vicepresidente (cf. arts. 45, ley 26.571 y 60 CEN). Estableciéndose de esta manera un piso o umbral legal.

b) Quiénes pueden ser precandidatos y candidatos

Es necesario tener presente que cuando hablamos de *precandidaturas* nos estamos refiriendo aquellos que van a competir en las elecciones primarias. En este sentido, la ley establece -además de los requisitos contemplados en las respectivas cartas orgánicas (cf. art. 21, ley 26.571) ó en el caso de las alianzas de su reglamento

electoral (art. 27, ley 26.571)- un sistema de avales para presentar las precandidaturas (cf. art. 21, ley 26.571), señalando, a su vez, que ningún afiliado podrá avalar más de una lista.

Para las categorías presidente y vicepresidente deberán presentar las adhesiones de uno por mil (1‰) de afiliados del total de los inscriptos en el padrón general, domiciliados en al menos cinco (5) distritos, o el 1% del padrón de afiliados de la agrupación política o de la suma de los padrones de los partidos que la integran, en el caso de las alianzas, de cinco (5) distritos a su elección en los que tenga reconocimiento vigente, el que sea menor. Para senadores, diputados y parlamentarios del MERCOSUR, un número de afiliados no inferior al dos por mil (2‰) del total de los inscriptos en el padrón general de cada distrito electoral hasta el máximo de un millón o un número mínimo de afiliados a la agrupación política o partidos que la integran equivalente al 2% del padrón de afiliados de la agrupación, en el caso de alianzas la suma de los padrones de los partidos que la integran.

En lo referente al cómputo y control de los avales requeridos, el decreto reglamentario n° 443/2011 (26) señala que “las juntas electorales [...] deben utilizar los padrones de afiliados que les provea el juzgado federal con competencia electoral del respectivo distrito incluidas las novedades registradas hasta ciento ochenta (180) días antes de la elección general”(art. 3°), los que deberán presentarse “en los modelos de planillas y aplicativos informáticos específicos que establezca la Cámara Nacional Electoral” (art. 5°).

Asimismo, se establece la publicación en la página web de la Justicia Nacional Electoral de la “cantidad de avales necesarios para cada distrito, partido político y cada categoría de cargos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de la Ley N° 26.571, calculados sobre los electores registrados al 31 de diciembre del año anterior” (art. 4°).

Por otro lado, los precandidatos deben reunir los requisitos para ser candidatos en las elecciones generales tanto de capacidad electoral como de elegibilidad establecidos en la Constitución Nacional, la Ley Orgánica de Partidos Políticos, el Código Nacional Electoral y respetar -en la constitución de las listas- la cuota de género conforme la ley 24.012 y su decreto reglamentario 1246/2000 (cf. art. 26, ley 26.571).

Al respecto, la reforma incorporó al artículo 33 de la Ley de Partidos Políticos una nueva condición de inelegibilidad para las personas “con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de

(26) B.O. N° 32.131 del 15/04/2011.

personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983” (inc. f) “aún cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución” (inc. g).

Estableciendo también que los partidos no podrán registrar candidatos a cargos públicos electivos para las elecciones nacionales en violación a ello (cf. art. cit., inc. g), bajo pena de perder su personalidad política (art. 50, inc. g), dado que lo incorporó como una causal de caducidad.

c) Oficialización de precandidaturas y candidaturas

Respecto de las **elecciones primarias**, la oficialización de las precandidaturas le corresponde a las Juntas Electorales Partidarias, que se integrarán “con un (1) representante de cada una de las listas oficializadas” (art. 26, ley 26.571), en consecuencia -a su vez- con lo expresado en el artículo 30 último párrafo, “[e]n idéntico plazo [24 horas de que se encuentra firme la resolución de oficialización de listas] hará saber a las listas oficializadas que deberán nombrar un representante para integrar la junta electoral partidaria”, y al igual que lo señalado por el decreto reglamentario n° 443/2011, “[u]na vez oficializadas, la Junta Electoral se ampliará a razón de un representante por cada una de dichas listas” (art. 1°).

Asimismo, cada agrupación política desde la publicación de la convocatoria y hasta cincuenta y cinco (55) días antes de la elección primaria deben “acompañar al juzgado federal con competencia electoral del respectivo distrito, su reglamento electoral e informar la integración de su Junta Electoral, el domicilio, días y horarios en que funcionará y el sitio web en que se encuentran publicados tales datos” (art. 2°, decreto n° 443/2011).

A las juntas electorales partidarias les corresponde analizar la documentación presentada por las listas de precandidatos, verificar los avales correspondientes y oficializar las listas (cf. art. 1°, decreto n° 443/2011), en consonancia con los artículos 26 y 27 de la ley 26.571, como así también “podrá intimar la sustitución o corrimiento, según corresponda, de un candidato que incumpla los requisitos o del que no se presente la documentación indicada o la integración de avales faltantes en caso de nulidad de alguno de los presentados” (art. 10, decreto 443/2011).

Las listas deberán presentarse ante ella 50 días antes de la elección -en las planillas y en el soporte informático que establezca la

Cámara Nacional Electoral (cf. art. 6° y 14, decreto n° 443/2011)–, de la documentación pueden las listas, a su vez, presentar copia a la Justicia Electoral (cf. art. 26, ley 26.571) (27). Asimismo, las juntas electorales solicitarán los certificados de antecedentes penales correspondientes de los precandidatos al Registro Nacional de Reincidencia gratuitamente y con trámite preferente y de pronto despacho (art. 7°, decreto 443/2011) y los juzgados federales con competencia electoral de cada distrito deben proveerle un listado actualizado de los electores del distrito que incluya los datos que posibiliten verificar el cumplimiento de los extremos legales (cf. art. 9°, decreto 443/2011), ello en sintonía con lo establecido en el artículo 27 de la ley 26.571 en el sentido de que “podrá solicitar la información necesaria al juzgado federal con competencia electoral del distrito, que deberá evacuarla dentro de las veinticuatro (24) horas desde su presentación”.

Las juntas partidarias tendrán en un plazo de cuarenta y ocho (48) hs. para resolver sobre la presentación de las listas (art. 27, ley 26.571). La resolución de oficialización una vez firme será comunicada al juzgado federal electoral que corresponda y éste la informará al Ministerio del Interior (cf. art. 30, ley 26.571). Asimismo, deben publicarse en el sitio web de las agrupaciones políticas “las observaciones que se les efectúen y toda otra resolución que haga al proceso electoral, sin perjuicio de la publicación de las mismas en las dependencias de las juntas electorales partidarias” (art. 2, decreto 443/2011).

La decisión de las Juntas Partidarias sobre la oficialización podrá ser impugnada por cualquiera de las listas, en este sentido la ley determina –con dificultosa redacción en torno a quienes pueden presentarlos ya que en ambos supuestos se refiere a “cualquiera de las listas” (cf. arts. 27 y 28, ley 26.571)– dos recursos. Por un lado el recurso de revocatoria que deberá interponerse por escrito y fundado ante la junta a las 24 hs. de serle notificada la resolución, teniendo la junta el mismo plazo para expedirse. Además, se podrá acompañar a la revocatoria la apelación en subsidio, en cuyo caso si la junta rechaza la revocatoria

(27) Deberán contener: a) Número de precandidatos igual al número de cargos titulares y suplente a seleccionar respetando la cuota de género conforme la ley 24.012 y su decreto reglamentario 1246/2000; b) Nómina de precandidatos con las constancias de aceptación de la postulación suscriptas por el precandidato, indicación de domicilio, número de documento nacional de identidad, libreta de enrolamiento o libreta cívica, y declaración jurada de reunir los requisitos constitucionales y legales pertinentes; c) Designación de apoderado y responsable económico-financiero de lista y constitución de domicilio especial en la ciudad asiento de la junta electoral de la agrupación; d) Denominación de la lista, mediante color y/o nombre la que no podrá contener nombre de personas vivas, de la agrupación política, ni de los partidos que la integren; e) Avales; f) Declaración jurada de los precandidatos de cada lista comprometiéndose a respetar la plataforma electoral de la lista; g) Plataforma programática y declaración del medio por el cual la difundirá.

elevará sin más trámite, dentro de las 24hs., el expediente al juzgado electoral competente (art. 27, ley 26.571). Por otro lado, se prevé el recurso de apelación de la resolución de la junta ante los juzgados con competencia electoral del distrito que corresponda dentro de las 48 hs. de notificada la resolución, fundándose en el mismo acto. La justicia de primera instancia deberá expedirse dentro de las 72 hs. y esta decisión podrá ser apelada dentro de las 48 hs. ante la Cámara, fundándose en el mismo acto, que deberá expedirse dentro de las 72 hs. (art. 28, ley 26.571).

Ambos recursos interpuestos contra las resoluciones de la junta que rechacen la oficialización “serán concedidos con efecto suspensivo” (art. 29, ley 26.571), ello implica que hasta que no se resuelva jurisdiccionalmente la lista en cuestión podrá actuar como si estuviera oficializada.

Asimismo, “[e]n la primera oportunidad que una lista interna deba realizar una presentación ante el juzgado federal con competencia electoral, debe constituir domicilio en la ciudad asiento del respectivo Juzgado Electoral, bajo apercibimiento de tenerlo por constituido en los estrados del juzgado” (art. 13, decreto 443/2011).

Con relación al cómputo de los plazos, el decreto reglamentario 443/2011 establece que “...las agrupaciones políticas deben hacer constar en la publicación de las oficializaciones y observaciones a las listas, la fecha y horario en que se efectúa” (art. 12).

En cuanto a las notificaciones de la junta electoral la ley señala que pueden hacerse en forma personal ante ella, por acta notarial, por telegrama, por carta documento o por publicación en el sitio web oficial de la agrupación política (art. 27, último párr.), al respecto el artículo 11 del decreto reglamentario señala que cuando “las agrupaciones políticas opten por notificar sus resoluciones en su sitio web oficial [...] deben hacer saber tal circunstancia de modo fehaciente a cada lista interna, al momento que se presenten para la oficialización”.

Recuérdese que “en el mismo sitio web deben publicarse las oficializaciones de las listas, las observaciones que se les efectúen y toda otra resolución que haga al proceso electoral, sin perjuicio de la publicación de las mismas en las dependencias de las juntas electorales partidarias” (art. 2, decreto cit.).

En el caso de las **elecciones generales** es la justicia nacional electoral quien tiene a su cargo -como lo establecía antes el Código Electoral Nacional- la oficialización de las candidaturas (cf. art. 60). En efecto, hasta cincuenta (50) días antes de la elección general las agrupaciones políticas que hayan alcanzado en la elección primaria el

uno y medio por ciento (1,5%) de los votos válidamente emitidos en el distrito correspondiente presentarán para su oficialización (28) ante el juez electoral del mismo o, en el caso de la elección del Presidente y Vicepresidente, ante el juez federal con competencia electoral de la Capital Federal, *“una sola lista por categoría, no admitiéndose la coexistencia de listas aunque sean idénticas entre las alianzas y los partidos que las integran”* (art. cit.).

Los candidatos deberán reunir las condiciones propias del cargo para el cual se postulan y no estar comprendidos en alguna de las inhabilidades legales, a su vez la integración de las listas deberá respetar la ley 24.012 y sus decretos reglamentarios. En este caso, la ley incorpora una previsión aparte para la categoría de senadores, no receptada anteriormente, ya que ahora *“las listas deberán estar conformadas por dos personas de diferente sexo, tanto para candidatos titulares como suplentes”* (art. cit.).

No serán oficializadas las listas que no cumplan con los requisitos legales *“ni que incluya candidatos que no hayan resultado electos en las elecciones primarias por la misma agrupación y por la misma categoría por la que se presentan”* (art. cit.).

Una vez presentada la solicitud, el juez dentro de los cinco (5) días debe expedirse sobre la oficialización, tal resolución es apelable ante la Cámara del fuero dentro de las 48 hs., quien resolverá en el plazo de tres (3) días.

Adviértase al respecto que la Cámara por medio de la Acordada Nº 32/09 ordenó la publicación en el sitio web del fuero electoral de las listas de candidatos a los efectos de que *“los particulares o el representante del Ministerio Público Fiscal [...] pued[a]n [...] someter a los magistrados las cuestiones que entiendan relevantes a tal fin”*, y en la causa *“Barcesat”* (29) le reconoció legitimación para promover acción de amparo a un elector de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a evitar que participen en los comicios legislativos del 28 de junio de 2009 aquellos que estén ejerciendo cargos públicos electivos sin renunciar con anterioridad a los mismos. En tal sentido ha señalado que *“más allá de la legitimación que quepa conferir al recurrente a la luz de lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia*

(28) Juntamente con el pedido de oficialización de listas las agrupaciones políticas deberán presentar: datos de filiación completos de sus candidatos, el último domicilio electoral y una declaración jurada suscripta individualmente por cada uno de los candidatos, donde se manifieste no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades previstas en la Constitución Nacional, en este Código, en la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, y en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (cf. art. 60, CEN).

(29) Fallos CNE 4156/2009.

de la Nación en la causa H. 270. XLII. 'Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986', resulta pertinente recordar que esta Cámara ha expresado que la etapa de registro de candidatos y oficialización de listas (cf. artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional) reviste especial trascendencia [...], pues tiene por objeto comprobar que los ciudadanos propuestos por las agrupaciones políticas reúnen las calidades constitucionales y legales requeridas para el cargo que pretenden [...]"

d) Oficialización de boletas de sufragio

Es de destacar que en las **elecciones primarias** no se encuentran constituidas las Juntas Electorales Nacionales, éstas recién se constituyen para las elecciones generales, por tanto es la junta electoral partidaria quien oficializa la boletas, debiendo someter los modelos de boleta a la aprobación formal de los juzgados con competencia electoral del distrito que corresponda (art. 38, ley 26.571).

Una de las innovaciones es la identificación de las agrupaciones políticas mediante el uso de colores en las boletas, tanto en las elecciones primarias (donde cada lista interna tendrá el mismo color) como en las generales, ello con la finalidad de no confundir al elector en torno a su preferencia electoral.

La asignación de color deberá ser solicitada por las agrupaciones políticas al juez electoral a partir de la fecha de convocatoria (art. 16, decreto 443/2011) hasta cincuenta y cinco (55) días antes de las primarias (cf. art. 25, ley 26.571 y art. 16 decreto cit.), y en el caso de las agrupaciones nacionales -en el mismo plazo- será el juzgado federal con competencia electoral de la Capital Federal quien asigne los colores solicitados por tales agrupaciones y comunicará -para que esos colores no sean asignados a otras agrupaciones- sus resoluciones a los demás juzgados electorales, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de vencido el plazo de los 55 días (art. 25 cit. y art. 18, decreto cit.), éstos a las 24 hs. de notificados otorgarán a las agrupaciones de distrito que no pertenezcan a agrupaciones nacionales los colores requeridos que no hayan sido reservados en el orden nacional (cf. art. 19, decreto cit.).

Para la asignación del color, los juzgados federales con competencia electoral deben hacer la reserva del color observando preferentemente el orden temporal en el que fuera efectuada tal reserva. En caso de controversia sobre la pretensión de color, decidirá a favor de la agrupación que se identifique tradicionalmente con el color (cf. art. 17, decreto 443/2011).

Cuando los partidos que integren una alianza ya hayan reservado color podrán indicar al momento de inscripción de la alianza y hasta

el plazo máximo de 55 días fijado en el ya citado artículo 25, si utilizará el color reservado por un partido integrante u otro color que elija (art. 16, decreto cit.). A su vez, si luego de oficializada la boleta, por razones de fuerza mayor debidamente acreditadas ante la Junta Electoral de la agrupación política o ante el Juzgado Federal con Competencia Electoral, según el caso, por el representante de la lista interna o de la agrupación política, no pudieran presentarse con dicho color para la distribución, podrá utilizarse el blanco y no serán consideradas como boletas no oficializadas en los términos del artículo 101, apartado II, inciso a del Código Electoral Nacional (art. 2º, decreto 444/2011) (30).

Asimismo, se establece que “[p]ara la confección de las boletas sólo puede utilizarse la escala de colores, codificada de manera que permita su identificación precisa, y el color de la tipografía respectiva, utilizando la codificación “Pantone”. En todos los casos el reverso de las boletas debe imprimirse en fondo blanco” (art. 20, decreto cit.).

El modelo de boleta deberá presentarse por cada lista dentro de los tres (3) días posteriores a la oficialización de las precandidaturas. Sin perjuicio de ello, luego de dicha oficialización la junta electoral *“someterá [...] a la aprobación formal de los juzgados con competencia electoral del distrito que corresponda, los modelos de boletas de sufragios de todas las listas que se presentarán en las elecciones primarias, con una antelación no inferior a treinta (30) días [...] de las elecciones primarias”* (art. 38, ley 26.571). En este sentido el decreto reglamentario señala que cada agrupación política –aquí obsérvese que la ley le atribuye dicha obligación a la junta electoral mientras que el decreto alude a la “agrupación política”– debe presentar para su oficialización formal, ante el Juzgado Electoral del distrito respectivo, los modelos de boletas, correspondientes a cada lista, impresos en el color reservado (art. 21).

La justicia nacional electoral a los efectos de la “aprobación formal”, controlarán –además de los requisitos del artículo 62 del CEN– el respeto de las listas oficializadas, los colores asignados, como así también que exista una clara diferenciación entre los modelos presentados por todas las agrupaciones (cf. art. 22, decreto cit.) (31).

(30) B.O. N° 32.131 del 15/04/2011.

(31) Para la confección de las boletas de votación, el decreto 444/2011 establece que “el papel deberá ser tipo obra de SESENTA (60) gramos o un papel sustituto de similar calidad y apariencia con un gramaje que no difiera, en más o menos, del QUINCE POR CIENTO (15%); en el anverso podrá tener fondo del color asignado y en el reverso deberá ser blanco. En ese caso la tipografía será de color negro o blanco, a fin de garantizar la mejor legibilidad de la identificación partidaria y de la nómina de los candidatos. Asimismo puede utilizarse tipografía del color

Mientras que en la elección general es la Junta Electoral Nacional la que oficializa boletas de sufragio (art. 62, CEN).

Vale señalar, en este punto, que el reciente decreto reglamentario 443/2011, establece en su artículo 15 que “[e]n el acta de conformación de las alianzas pueden establecerse acuerdos de adhesiones de boletas de diferentes categorías para las elecciones generales, con otras agrupaciones políticas no integrantes de la alianza, siempre que las listas a adherir resulten ganadoras en sus respectivas elecciones primarias”.

e) Elección y escrutinio

En primer lugar, es dable señalar que las mesas receptoras de votos a partir de los comicios de este año son mixtas (cf. art. 41, CEN), es decir mujeres y varones votarán en la misma mesa, por ello, se hace imprescindible que la ciudadanía con anterioridad al día de la elección verifique el lugar donde ha de votar.

Las autoridades de mesa, instrumento clave para el correcto desarrollo de las elecciones –designadas por la Justicia Nacional Electoral (cf. art. 75, CEN y 39, ley 26.571)– serán las mismas tanto para las primarias como para las elecciones generales (cf. art. 39, ley 26.571). Al respecto, el artículo 75 bis del Código Electoral Nacional incorporó el Registro Público de Postulantes a Autoridades de Mesa, iniciativa desarrollada con anterioridad por la Cámara Nacional Electoral (cf. Acordadas CNE 129/08 y 49/09) producto del *“alto porcentaje de electores que rehusaron desempeñar la indeclinable e indelegable responsabilidad cívica de actor como autoridad de mesa en las elecciones llevada a cabo en el año 2007”* (Ac. CNE 129/08).

En cuanto a las actas de escrutinio, la ley le asigna a la Cámara Nacional Electoral la facultad de elaborar los modelos de tales actas a fin de respetar una uniformidad en todos los distritos electorales. En base a ellos los juzgados federales con competencia electoral confeccionarán las actas a utilizar en las elecciones primarias de sus respectivos distritos, debiendo distinguirse *“sectores con el color asignado a cada agrupación política, subdivididos a su vez de acuerdo a las listas internas que se hayan presentado, consignándose los resultados por lista y por agrupación para cada categoría”* (art. 39, ley 26.571). En igual sentido, el decreto reglamentario señala que los Juzgados Federales con competencia electoral elaborarán las actas de

asignado sobre fondo blanco. En cualquier caso, deberá asegurarse que los colores, fotografía y letras no sean visibles en el reverso de la boleta.

Sólo podrán insertarse fotografías de candidatos o candidatas, en colores o en blanco y negro, las que se ubicarán en el tercio central de la boleta. No podrán utilizarse imágenes como fondo ni sello de agua” (art. 1°).

escrutinio y los certificados y telegramas en base a los modelos que apruebe la Cámara Nacional Electoral (cf. art. 27).

Por su parte, se establece también que “La guarda de boletas y documentos para su remisión al Juzgado Federal con competencia electoral se efectuará en los términos del artículo 103 del Código Electoral Nacional” (art. 28).

En materia de escrutinio, vale señalar que dicho término “se refiere [...] a una labor calificadora. Es decir, a todo el conjunto de actos mediante los cuales se contabiliza, se valora y califica el voto y se derivan sus consecuencias jurídico-políticas” (32).

La normativa electoral en nuestro país alude al “escrutinio definitivo”, entendido este como aquel en el cual se valora y cuantifica el voto cuya finalidad primordial es determinar el sentido en que se ha manifestado la voluntad del cuerpo electoral. Esta fase final del proceso electoral corresponde, en el caso de las *primarias* a la Justicia Nacional Electoral, en efecto “[l]os juzgados federales con competencia electoral de cada distrito efectuarán el escrutinio definitivo de las elecciones primarias de las agrupaciones políticas de su distrito, y comunicarán los resultados: a) En el caso de la categoría presidente y vicepresidente de la Nación, a la Cámara Nacional Electoral, la que procederá a hacer la sumatoria de los votos obtenidos en todo el territorio nacional por los precandidatos de cada una de las agrupaciones políticas, notificándolos a las juntas electorales de las agrupaciones políticas nacionales; b) en el caso de las categorías senadores y diputados nacionales, a las juntas electorales de las respectivas agrupaciones políticas, para que conformen la lista ganadora” (cf. art. 44, Ley 26.571).

Mientras que en las elecciones generales es la Junta Electoral Nacional de cada distrito quien realiza el escrutinio definitivo (cf. arts. 52 y 112, CEN).

El denominado “escrutinio provisorio” o “preliminar” esta a cargo de las autoridades de mesa tanto en las primarias (cf. art. 42, ley 26.571) como en las generales (cf. art. 101, CEN).

Pero una de las cuestiones más relevantes a determinar radica en establecer a quien corresponde la difusión de los datos preliminares, ya que es sabido que “[m]ediante la publicación de resultados provisionales se busca asegurar que los resultados en determinadas etapas escrutadoras no puedan ser objeto de falseamiento en las

(32) Diccionario Electoral, Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), México, 2003, págs. 500/501.

subsecuentes" (33) y, que un elemento fundamental del proceso electoral, es "[l]a rapidez del escrutinio y su inmediata comunicación a la opinión pública" (34).

En la actualidad, la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior es quien difunde tales resultados pese a la falta de regulación legal para las elecciones generales -ya que la normativa solo alude a la comunicación del resultado del escrutinio de mesa a ese organismo (cf. art. 105 CEN)-, así se ha destacado en el marco del proyecto "Apoyo al Programa de Reforma Política" de Naciones Unidas para el Desarrollo -al abordar el componente de "Administración y justicia electoral"- (35) señalando que el camino institucional más adecuado es el de desvincular al poder político de cualquier tarea relativa a la organización de los procesos electorales. En este sentido, solo basta recordar lo sucedido en las elecciones para cubrir la banca del tercer Senador por la Capital Federal del 14 de octubre de 2001 en donde el conteo de los resultados provisorios le asignaba la banca a Alfredo Bravo sin tener en cuenta el artículo 54 de la Constitución Nacional.

En cambio, en lo referente a las elecciones primarias el artículo 43 de la ley 26.571 señala que *"Una vez suscriptas el acta de cierre, las actas de escrutinio y los certificados de escrutinio para los fiscales, el presidente de mesa comunicará el resultado del escrutinio de su mesa al juzgado federal con competencia electoral que corresponde y a la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, mediante un telegrama consignando los resultados de cada lista interna de cada respectiva agrupación política según el modelo que confeccione el correo oficial, y apruebe el juzgado federal con competencia electoral, a efectos de su difusión preliminar"*. (el destacado me pertenece)

IV. FINANCIAMIENTO Y CAMPAÑA ELECTORAL

En este tema la reforma modificó el Título III de la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (n° 26.215), el Capítulo IV bis del Código Electoral Nacional en torno a las campañas electorales, e incorporó normas en tal sentido en la ley de elecciones primarias.

a) Publicidad electoral

Entre las innovaciones de mayor envergadura se encuentra lo referente a que la publicidad electoral será contratada por el Estado.

(33) FRANCO-CUERVO, BEATRIZ; *"Los escrutinios: mecanismo y control"* en *"Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina"*, pág. 995.

(34) Instituto de Estudios para la transición Democrática, A.C., en Perfil de la Jornada, 24 de octubre de 1991, pág. 3.

(35) GELLI, MARÍA ANGÉLICA y LEIRAS, MARCELO, *"Informe final"*, Marzo 2001, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Proyecto Arg00/007.

El nuevo sistema prohíbe a las agrupaciones políticas y sus candidatos, por sí o por terceros, contratar –tanto para las elecciones primarias como para las generales– espacios en emisoras de radiodifusión sonora, televisiva abierta o por suscripción y pone a cargo de la Dirección Nacional Electoral su distribución (cf. arts. 34 y 35, ley 26.571 y arts. 43 a 43 nonies, CEN), y el decreto reglamentario 445/2011 (36) establece como será la misma.

Aquí, no puede dejar de señalarse que en aquellos países en los que los espacios en los medios de comunicación para que las agrupaciones publiquen sus mensajes de campaña son provistos exclusivamente por el Estado, se pone a cargo de su administración y distribución a instituciones desvinculadas del Poder Ejecutivo, autárquicas e independientes. Así ocurre, por ejemplo, en Paraguay, cuyo Tribunal Superior de Justicia Electoral –integrante del Poder Judicial– distribuye los espacios gratuitos de propaganda electoral, como así también los aportes estatales; en Uruguay la Corte Electoral es quien determina la asignación de la contribución estatal; en Costa Rica el Tribunal Supremo de Elecciones fija las contribuciones que el Estado debe otorgar a los partidos y su distribución al igual que el Consejo Nacional Electoral de Venezuela que es quien determina, distribuye y asigna las partidas destinadas al financiamiento de los partidos.

Consecuentemente con la modificación incorporada a la ley de financiamiento, se dictó el 14 de abril del corriente año el decreto reglamentario n° 445/2011 en cuanto al régimen de asignación y distribución de espacios para anuncios de campaña electoral en servicios de comunicación audiovisual.

Los artículos 1° y 2° del decreto 445/2011 se refieren a las comunicaciones entre la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y la Dirección Nacional Electoral en cuanto a la información relativa a los medios de comunicación que emitirán los anuncios (37).

(36) B.O. N° 32.131 del 15/04/2011.

(37) Art. 1°.- La Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) organismo descentralizado actuante en la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, suministrará a la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior el listado de emisoras de servicios de comunicación audiovisual, de señales nacionales registradas, y señales internacionales que se difundan en el territorio nacional; indicando, identificación del servicio del que se trate, tipo o clase de servicio, área de cobertura, tiempo de programación y especificaciones técnicas estándares requeridas para los anuncios, a los efectos previstos en el Capítulo III Bis del Título III de la Ley N° 26.215 y en el artículo 35 de la Ley N° 26.571.

Art. 2°.- La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) brindará a requerimiento de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior la in-

Ahora bien, respecto de los medios de comunicación que emitirán los mensajes de campaña el artículo 3° del decreto reglamentario del artículo 43 ter establece que “La Dirección de Campañas Electorales de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, en base a los informes expedidos por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), confeccionará un listado preliminar por distrito de servicios audiovisuales que se encuentren en condiciones de emitir publicidad política en los términos de la legislación vigente, con determinación del tiempo mínimo de emisión, el horario efectivo de emisión y alcance del mismo y lo pondrá en conocimiento de las agrupaciones políticas que hayan oficializado precandidaturas y candidaturas respectivamente, y de la Justicia Nacional Electoral. Las agrupaciones políticas podrán formular observaciones al listado respecto de la omisión o la incorporación al listado de servicios inactivos dentro de los cinco (5) días de notificadas, en cuyo defecto se tendrá por consentida.

En el supuesto de formularse observaciones deberán resolverse dentro de los tres (3) días; resueltas las mismas, se tendrá por definitivo el listado de medios audiovisuales a afectar”.

Respecto al tiempo que han de ceder los medios de comunicación el art. 4° del decreto establece que “Los diversos medios audiovisuales incorporados al listado previsto en el artículo precedente deberán ceder, en los términos de los artículos 35 de la Ley N° 26.571 y 43 quáter de la Ley N° 26.215, el diez por ciento (10%) de doce (12) horas de programación, para la difusión de anuncios electorales durante los períodos de campaña en medios audiovisuales para las elecciones primarias y las nacionales”.

En este sentido, vale destacar que el artículo 43 quáter solo refiere al *“10 % del tiempo total de programación”*.

En relación a los mensajes institucionales en materia electoral se dispone que: “La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior solicitará a la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete De Ministros la difusión de mensajes institucionales destinados a informar cuestiones relacionadas a las elecciones, desde la vigencia del presente y hasta la proclamación de los candidatos electos,

formación relativa a la actividad fiscal de los sujetos informados por la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) durante el ejercicio precedente, que permita verificar la operación de dichos servicios.

A tal efecto ambos organismos celebrarán un convenio que regulará la modalidad, alcances y condiciones de uso de tal información, así como la confidencialidad de la misma.

en los términos del artículo 74 de la Ley N° 26.522. La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior cursará, asimismo, mensajes de la Justicia Nacional Electoral y del Registro Nacional de las Personas del Ministerio del Interior” (art. 5°).

Asimismo se establece que “La difusión de anuncios electorales en los términos de los artículos 4° y 5° del presente, no se computará como tiempo de publicidad conforme lo dispuesto en el artículo 74 del Anexo I del Decreto N° 1225/10” (art. 6°).

Asimismo, respecto a todos los recursos contenciosos se señala que “Al momento de plantear recursos ante la Cámara Nacional Electoral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación las agrupaciones políticas deben constituir domicilio en la Ciudad Autónoma De Buenos Aires, bajo apercibimiento de tenerlo por constituido en los estrados del tribunal actuante (art. 29).

- Distribución de los horarios de emisión

El artículo 43 septies de la Ley de Financiamiento, incorporado por la reforma, establece que: *“La distribución de los horarios y los medios en que se transmitirá la publicidad electoral, se realizará por sorteo público, para el reparto equitativo. A tal efecto el horario de transmisión será el comprendido entre las siete (7) horas y la una (1) del día siguiente.*

En la presente distribución se deberá asegurar a todas las agrupaciones políticas que oficialicen listas de candidatos, la rotación de su en todos los horarios y al menos dos (2) veces por semana en horario central en los servicios de comunicación audiovisual. Cualquier solicitud de cambio del espacio de publicidad electoral, que presentare el servicio de comunicación y/o la agrupación política, deberá ser resuelta por la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de dicha solicitud. La solicitud no implicará la posibilidad de suspender la transmisión de la pauta vigente, hasta que se expida el organismo correspondiente.

En aquellos casos en que la cobertura de los servicios de comunicación audiovisual abarque más de un distrito, la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior deberá garantizar la distribución equitativa de estos espacios entre las agrupaciones políticas que compitan en dichos distritos”.

El decreto reglamentario fija dichos parámetros, señalando lo siguiente:

“Art. 7º.- Los anuncios electorales se emitirán en cuatro (4) franjas horarias y el tiempo total cedido se distribuirá en las siguientes proporciones:

Franja 1.- de 07 a 12 horas, treinta y cinco por ciento (35%)

Franja 2.- de 12 a 16 horas, treinta por ciento (30%)

Franja 3.- de 16 a 20 horas, veinticinco por ciento (25%)

Franja 4.- de 20 a 01 horas, diez por ciento (10%)

A los efectos de dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 43 septies, de la Ley Nº 26.215, se establece el horario central dentro de las franjas horarias comprendidas entre las veinte (20) y la una (1) horas de cada día para los servicios televisivos y de siete (7) a doce (12) horas para los servicios de radiodifusión sonora.

Si un servicio transmitiera efectivamente menos horas que las que abarcan las franjas descriptas en el presente artículo, los espacios asignados se emitirán acumulando su emisión en el horario de servicio”.

- Distribución de los espacios a las agrupaciones políticas

El artículo 43 sexies dice: *“La cantidad de los espacios de radiodifusión y los espacios en los medios audiovisuales, serán distribuidos tanto para las elecciones primarias como para las generales de la siguiente forma:*

a) Cincuenta por ciento (50%) por igual, entre todas las agrupaciones políticas que oficialicen precandidatos;

b) Cincuenta por ciento (50%) restante entre todas las agrupaciones políticas que oficialicen precandidaturas, en forma proporcional a la cantidad de votos obtenidos en la elección general anterior para la categoría diputados nacionales. Si por cualquier causa una agrupación política no realizase publicidad en los servicios audiovisuales, no podrá transferir bajo ningún concepto, sus minutos asignados a otro candidato, o agrupación política para su utilización”.

Y el artículo 43 quinquies: *“En caso de segunda vuelta electoral por la elección de Presidente y Vicepresidente, las fórmulas participantes recibirán el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de los espacios recibidos por la agrupación política que más espacios hubiera obtenido en la primera vuelta”.*

Por su parte, el decreto establece en su art. 10 que: "El tiempo cedido en virtud del artículo 4º del presente se distribuirá entre todas las agrupaciones políticas, por categoría de cargos a elegir de la siguiente manera:

a) Para la campaña a Presidente y Vicepresidente de la Nación, el cinco por ciento (5%);

b) Para la campaña a Senadores y Diputados Nacionales, el dos y medio por ciento (2,5%) respectivamente;

En aquellas elecciones y/o distritos en que no se elija alguna de las categorías enunciadas, ese tiempo será distribuido de manera proporcional entre las categorías que participen de la elección.

La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior arbitrará los medios para que en caso que el alcance de un servicio supere el límite territorial de un distrito electoral, el tiempo cedido en las categorías de Diputados Nacionales o Senadores, si correspondiere, se distribuya entre todas las agrupaciones políticas que compitan en dichas categorías en los distritos alcanzados por la cobertura de dicho servicio.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores las señales de alcance nacional o señales internacionales solo emitirán publicidad para la elección de Presidente y Vicepresidente.

En caso que una Provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que celebren elecciones en forma simultánea adhieran al régimen que se reglamenta por el presente decreto, las proporciones de distribución del tiempo cedido por los medios de comunicación serán las siguientes:

a) Para la campaña a Presidente y Vicepresidente de la Nación, el tres y medio por ciento (3,5%);

b) Para la campaña a Senadores y Diputados Nacionales, el uno y medio por ciento (1,5%) respectivamente;

c) Para la campaña de Gobernador y Vicegobernador, el dos y medio por ciento (2,5%); d) para la campaña de legisladores provinciales, el uno por ciento (1%)".

A su vez, señala que "La determinación de tiempo para anuncios electorales para cada categoría de cargos a elegir se calculará en base a un índice resultante de lo establecido en el artículo 43 sexies de la Ley Nº 26.215 y la correspondiente aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 10 del presente,

que se adjudicará a cada agrupación política que oficialice precandidaturas o candidaturas, según el caso, para el total de la campaña electoral que corresponda.

Dicho índice se aplicará para distribuir los espacios totales por franja horaria y por medio de comunicación a asignar a cada agrupación política" (art. 11).

En el caso de las elecciones primarias "los tiempos de asignación de espacios para anuncios electorales efectuados de acuerdo al presente procedimiento se asignarán a la agrupación de que se trate, cuya Junta Electoral deberá proceder a distribuirlos en forma igualitaria entre las listas de precandidatos oficializadas para cada categoría de cargos a elegir.

La distribución prevista en el párrafo anterior deberá hacerse alternando entre las listas y fórmulas de precandidatos los días y horarios de emisión, decidiendo la asignación inicial por sorteo en la Junta Electoral, notificándose en forma fehaciente a todos sus miembros y a los representantes de las listas de precandidatos bajo sanción de nulidad.

El sorteo debe realizarse de manera de asegurar espacios, de duración igual, y distribuidos en el transcurso del período de campaña para todos los participantes. El resultado del sorteo se comunicará a la Justicia Nacional Electoral y a la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior.

Corresponde a la Junta Electoral de la agrupación política la tarea de cursar ante los servicios de comunicación audiovisual obligados y en los términos del presente acto la emisión de anuncios de la totalidad de las listas de precandidatos de la agrupación" (art. 20).

- Sorteo para la distribución

Conforme la primera parte del artículo 43 septies "*La distribución de los horarios y los medios en que se transmitirá la publicidad electoral, se realizará por sorteo público, para el reparto equitativo*".

Al respecto, se establece que "La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior realizará el sorteo público de asignación de espacios de publicidad electoral en los servicios de comunicación audiovisual, con una anticipación no menor a quince (15) días al inicio de la campaña correspondiente.

La modalidad del sorteo debe garantizar la asignación equilibrada entre todas las agrupaciones políticas que compiten en cada

categoría en las distintas franjas horarias durante la totalidad del período de campaña.

El resultado del sorteo será publicado en el Boletín Oficial y en el sitio web de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, lo que servirá de notificación fehaciente a las diversas agrupaciones políticas” (art. 12).

Asimismo, la Dirección Nacional Electoral deberá -dentro de las 24 horas de realizado el sorteo- “notificar a la Justicia Nacional Electoral y a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) el resultado del mismo. Asimismo deberá otorgarle la información complementaria requerida para que, en idéntico plazo, ésta notifique en forma fehaciente a cada servicio obligado (art. 13).

- Presentación y características de los anuncios

En primer término es preciso destacar que se afirma que “La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) no realizarán ningún tipo de control de contenido sobre los anuncios electorales” (art. 17).

El artículo 43 nonies solo determina que “*Será obligatorio para las agrupaciones políticas la subtitulación de los mensajes que se transmitan en los espacios televisivos que se cedan en virtud de esta ley*”.

Sobre como han de presentarse los anuncios, el decreto reglamentario establece que:

“Las agrupaciones políticas entregarán a los servicios de comunicación audiovisual los anuncios para su emisión en el tiempo que se les asigne dentro de las correspondientes franjas horarias. Los anuncios electorales deberán confeccionarse en los estándares de calidad que establezca la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior; el incumplimiento de dichos estándares importará la pérdida del derecho a su emisión” (art. 14, 1° párr.).

A su vez, deberán “garantizar[] la accesibilidad integral de las personas con limitaciones auditivas y/o visuales, cumpliendo con la implementación de subtítulo visible y/o oculto (close caption) y/o lenguaje de señas, siendo esta obligación a cargo de la agrupación política” (art. 15, 2° párr.). También “Los anuncios tanto en radio como en televisión deberán iniciarse con la locución “Espacio gratuito asignado por la Dirección Nacional Electoral” y la mención en audio e imagen -al finalizar la publicidad- del

número y, de corresponder, letra de lista o fórmula, denominación de la agrupación política, la categoría o cargo a elegir, y los nombres que componen la fórmula o los primeros candidato/as de las listas” (art. 15, 3° párr.).

A su vez, en cuanto al tiempo máximo de emisión de los anuncios señala que “El tiempo máximo de emisión de anuncios electorales en una misma tanda publicitaria no podrá superar los ciento veinte (120) segundos” (último párrafo, art. 14) y que “La duración de los anuncios de las agrupaciones políticas no podrá exceder el tiempo máximo asignado en cada tanda. Sin perjuicio del tiempo total que por la distribución diaria de espacios le corresponda, no se podrá asignar a ninguna agrupación política más del cuarenta por ciento (40%) del tiempo cedido en una misma franja horaria” (art. 15, primer párr.).

En cuanto a los gastos de producción de los mismos, conforme el artículo 43 octies, “serán sufragados por los propios recursos” de las agrupaciones políticas. Al igual que lo señalado por el decreto reglamentario, “Los gastos de producción de los anuncios, su duplicación y conexos correrán por cuenta de cada agrupación política y constarán en el correspondiente informe financiero de campaña” (art. 15, último párr.).

- Transmisión

El art. 16 del decreto reglamentario dice “Una vez notificadas las agrupaciones políticas de los espacios de publicidad electoral que les hayan sido asignados, tendrán un plazo de hasta cuarenta y ocho (48) horas inmediatamente anteriores al horario establecido para la emisión del mensaje, para entregar al obligado el material a emitir. A tal fin:

a) La agrupación política deberá completar un formulario electrónico en la página web de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior con carácter de declaración jurada, consignando las especificaciones técnicas del mensaje, el cumplimiento de los requisitos legales, la duración, la empresa productora del anuncio, el medio y la franja horaria asignada. Tal operación generará un comprobante numerado denominado Certificado de Inscripción de Publicidad Electoral donde conste el contenido de lo declarado. En caso de presentar varios mensajes se efectuará una declaración por cada mensaje y se emitirá el correspondiente certificado.

La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior entregará a los apoderados de las agrupaciones políticas una denominación de usuario y contraseña segura a estos efectos.

b) La agrupación política se presentará ante el servicio de comunicación audiovisual correspondiente para entregar el soporte del anuncio a emitir y el certificado de inscripción de Publicidad Electoral.

c) Una vez recibido el anuncio y el certificado, el servicio de comunicación audiovisual corroborará que se cumpla con las especificaciones técnicas y legales consignadas en dicho certificado.

En aquellos casos en que los mensajes no cumplan con las especificaciones establecidas, las emisoras darán aviso a las agrupaciones políticas para que adecuen el mensaje a lo dispuesto en los párrafos anteriores. Los espacios de emisión perdidos por incumplimiento de las previsiones aquí establecidas imputable a las agrupaciones políticas, no serán compensados.

Los medios de comunicación audiovisual deberán convalidar la aptitud técnica del mensaje a través del sistema integrado de distribución de publicidad electoral. La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior entregará por medio de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), a los servicios vigentes una denominación de usuario y contraseña seguras a estos efectos.

d) Dentro de las doce (12) horas de emitido el mensaje los servicios de comunicación audiovisual deberán completar un formulario electrónico en la página web de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior con carácter de declaración jurada. La declaración jurada deberá incluir la identificación del mensaje, el número del aludido certificado y el horario exacto de inicio y finalización de la emisión. La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior otorgará un enlace electrónico con este sistema a la Justicia Nacional Electoral.

Diariamente se deberá remitir en la forma que se establezca por la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, el soporte digital de la totalidad de la programación de acuerdo a lo establecido en el artículo 72 inciso b) de la Ley N° 26.522 y en el artículo 72 incisos 5 y 7 del Decreto N° 1225 del 31 de agosto de 2010.

La Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior pondrá a disposición de la Justicia Nacional Electoral estos elementos.

La emisión de anuncios sin cumplir con el presente procedimiento constituirá una violación a los términos de la Ley N° 26.215 y podrá ser considerada falta grave en los términos de la Ley N° 26.522, sin

perjuicio de las multas a aplicar y las responsabilidades personales en que pudieran incurrir los responsables de tal conducta.

- Procedimiento jurisdiccional ante la no emisión de los mensajes

El art. 18 del decreto expresa: "A los efectos de subsanar una omisión en la emisión de uno o más anuncios electorales asignados por el presente procedimiento, la agrupación política afectada deberá poner tal circunstancia en conocimiento del Juez Federal con competencia electoral, aportando la indicación concreta de la omisión y la prueba que la sustente.

Verificada la omisión informada en base al relevamiento de las declaraciones juradas establecidas en el artículo 16 inciso d) del presente, el juez ordenará la inmediata emisión del anuncio omitido en la franja horaria que correspondiera.

La emisión de un anuncio electoral en una franja horaria distinta de la asignada será considerada omisión a estos efectos, será pasible del mismo tratamiento y generará responsabilidad del servicio de comunicación audiovisual".

Por su parte, el art. 19 establece: "Ante el requerimiento judicial o de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) los servicios de comunicación audiovisual deberán entregar dentro de las ocho (8) horas de notificado y por la vía que se indique en el requerimiento, copia certificada del Libro de Registro de Transmisiones. Asimismo se deberán adjuntar los comprobantes oportunamente presentados por las agrupaciones políticas, los que serán elementos probatorios ante denuncias de incumplimiento de obligaciones de emisión o violación de las prohibiciones establecidas en la legislación vigente".

Nótese que se establece como autoridades de aplicación a la Dirección Nacional Electoral y la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), "en cuyo carácter podrán realizar las verificaciones necesarias del cumplimiento del régimen que por el presente se instituye" (art. 21) y asimismo establece que tanto la Dirección Nacional Electoral como la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y la Secretaría de Comunicación Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en forma individual o conjunta, según su competencia, dictarán las reglamentaciones correspondientes.

b) Financiamiento público de campaña y límite de gastos

A su vez, en cuanto al financiamiento público de campañas se aumenta el aporte para la impresión de boletas ya que del

equivalente a una (1) boleta por elector pasó a una y media (1,5) en el caso de la elección general (cf. art. 35, ley 26.215), mientras que en la primarias se le otorgará a cada agrupación política los recursos que le permitan imprimir el equivalente a una (1) boleta por elector (cf. art. 32, 2º párr., ley 26.571) (38).

También se modificaron los parámetros de distribución del aporte público (39) tanto para las elecciones generales como para la primarias, en las que el monto a distribuir entre las agrupaciones políticas que presenten candidaturas será el equivalente al cincuenta por ciento (50 %) del que les corresponderá, por aporte de campaña para las elecciones generales (cf. art. 32, ley 26.571) y las agrupaciones políticas los distribuirán entre las listas de precandidatos oficializados en partes iguales (cf. art. cit.).

Tan es así, que para las elecciones presidenciales del monto asignado por el presupuesto el 50% se distribuirá *“en forma igualitaria entre las listas presentadas”* (cf. art. 36, ley 26.215) y el otro 50% *“se distribuirá entre los veinticuatro (24) distritos, en proporción al total de electores correspondiente a cada uno. Efectuada tal operación, se distribuirá a cada agrupación política en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la elección general anterior para la misma categoría. En el caso de las confederaciones o alianzas se computará la suma de los votos que hubieren obtenido los partidos integrantes en la elección general anterior para la misma categoría”* (cf. art. cit.). Mientras que para diputados *“[e]l total de los aportes se*

(38) En este sentido, el decreto reglamentario 443/2011 establece que la Dirección Nacional Electoral calculará el monto del aporte para la impresión de boletas tanto para las elecciones primarias como para las nacionales, *“de acuerdo al precio de mercado de papel tipo obra de sesenta (60) gramos, impreso en cuatro (4) colores, en el mes de febrero de cada año electoral, sin perjuicio del papel y los colores que efectivamente utilice cada agrupación política.*

Para las elecciones primarias y generales del año 2011 deberá cumplirse con lo indicado precedentemente en el plazo de cinco (5) días a partir de la publicación del presente decreto en el Boletín Oficial” (art. 25).

(39) Anteriormente la normativa establecía que *“Los fondos correspondientes al aporte para la campaña electoral, se distribuirán, entre los partidos y alianzas que hayan oficializado listas de candidatos para la elección de cargos públicos electivos nacionales, de la siguiente manera:*

a) treinta por ciento (30%) del monto asignado por el Presupuesto, en forma igualitaria entre las listas presentadas;

b) setenta por ciento (70%) del monto asignado por el Presupuesto, en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Sólo participarán en esta distribución los partidos que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral en la última elección de diputados nacionales, entendiéndose como tal el del distrito electoral correspondiente”.

distribuirá entre los veinticuatro (24) distritos en proporción al total de electores correspondiente a cada uno. Efectuada dicha operación, el cincuenta por ciento (50%) del monto resultante para cada distrito, se distribuirá en forma igualitaria entre las listas presentadas y el restante cincuenta por ciento (50%), se distribuirá a cada partido político, confederación o alianza en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la elección general anterior para la misma categoría. En el caso de las confederaciones o alianzas se computará la suma de los votos que hubieren obtenido los partidos integrantes en la elección general anterior para la misma categoría” (cf. art. cit.). En el caso de elecciones de senadores “[e]l total de los aportes se distribuirá entre los ocho (8) distritos en proporción al total de electores correspondiente a cada uno. Efectuada dicha operación, el cincuenta por ciento (50%) del monto resultante para cada distrito, se distribuirá en forma igualitaria entre las listas presentadas y el restante cincuenta por ciento (50%), se distribuirá a cada partido político, confederación o alianza en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la elección general anterior para la misma categoría. En el caso de las confederaciones o alianzas se computará la suma de los votos que hubieren obtenido los partidos integrantes en la elección general anterior para la misma categoría” (cf. art. cit.).

Para las elecciones primarias el artículo 32 de la ley 26.571 expresa que los aportes públicos de campaña y de boletas “*serán distribuidos a las agrupaciones partidarias de conformidad con lo establecido en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos. A su vez, serán distribuidos por la agrupación política entre las listas de precandidatos oficializados en partes iguales*”. En este sentido, el decreto reglamentario 443/2011 establece que “Las Juntas Electorales de las agrupaciones políticas distribuirán los fondos recibidos para la campaña y para impresión de boletas simultáneamente y en partes iguales entre las listas de precandidatos oficializadas de cada categoría” (art. 23).

Para ello, las agrupaciones políticas deberán abrir una subcuenta corriente a favor de las listas oficializadas que se cerrará una vez presentado el informe de campaña “a los efectos de emplearla para recibir la proporción que les corresponda del aporte de campaña y de impresión de boletas, los aportes privados y para efectuar todos los pagos relacionados con las elecciones primarias, aplicándose a las listas las mismas normas que a las agrupaciones políticas respecto de la gestión financiera” (art. cit.). Tanto los responsables económicos-financieros como los apoderados de las listas tendrán

la firma de los libramientos correspondientes y serán responsables por la utilización de las mismas (art. cit.).

Asimismo, “las Juntas Electorales de las agrupaciones políticas deben informar a la justicia electoral, los responsables económicos financieros designados por cada una de las listas internas, al momento de comunicar la oficialización de las listas” (art. 24) (40).

En cuanto al límite de gastos de campaña, en las **elecciones generales** cada categoría de una agrupación política “no podrán superar, la suma resultante al multiplicar el número de electores habilitados, por un (1) módulo electoral de acuerdo al valor establecido en la ley de Presupuesto General de la Administración Nacional del año respectivo” (art. 45, ley 26.215) y en las **primarias** las agrupaciones políticas “no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del límite de gastos de campaña para las elecciones generales” (art. 33, ley 26.571).

Al respecto, al igual de lo que se establece para las elecciones generales en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (41), la Cámara Nacional Electoral al iniciarse la campaña electoral para las elecciones primarias, deberá informar a las agrupaciones políticas el límite de gastos de campaña para cada agrupación, y para cada una de las listas internas que la integran, publicándolo en su sitio web (cf. art. 26, decreto 443/2011).

Entre las innovaciones se destaca la adopción del recurso directo ante la Cámara Nacional Electoral como remedio judicial expedito, artículo 71 bis de la ley 26.215, de “[l]as resoluciones de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior tanto para las elecciones primarias como para las elecciones generales, sobre distribución o asignación a las agrupaciones políticas de aportes públicos o espacios de publicidad electoral”. Al respecto, en el debate parlamentario se señaló que “[d]e esta forma se reconoce a las agrupaciones políticas la posibilidad cierta y efectiva de resolver

(40) Conforme art. 26, ley 26.571: “Las listas de precandidatos se deben presentar ante la junta electoral de cada agrupación hasta cincuenta (50) días antes de la elección primaria para su oficialización. Las listas deben cumplir con los siguientes requisitos: [...] c) Designación de apoderado y responsable económico-financiero de lista, a los fines establecidos en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos, y constitución de domicilio especial en la ciudad asiento de la junta electoral de la agrupación”.

(41) Artículo 46: “Información límite. La Cámara Nacional Electoral al iniciarse la campaña electoral, informará a los partidos políticos y alianzas o frentes electorales el límite de gastos y publicará esa información en el sitio web del Poder Judicial de la Nación puesto a disposición del fuero electoral”.

los conflictos en términos breves que aseguren su participación con todos los medios que la ley otorga” (diputado Landau) (42).

Por su parte, se prohíbe que las personas jurídicas contribuyan al financiamiento de las campañas (cf. art. 44 bis, último párr., ley 26.215).

c) Campaña electoral

La campaña electoral para primarias abarcará treinta (30) días, de los cuales solo veinte (20) serán para la publicidad audiovisual y finaliza cuarenta y ocho (48) horas antes del inicio del acto eleccionario (cf. art. 31, ley 26.571). En la elección general el plazo se reduce a treinta y cinco (35) días –antes estaba fijado en 90 días para la elección presidencial y 60 para las legislativas– (cf. art. 64 bis, CEN) al igual que la duración de la publicidad electoral en medios televisivos, radiales y gráficos que de treinta y dos (32) días ahora son veinticinco (25) (cf. art. 64 ter, CEN).

Paralelamente, respecto a la publicidad de los actos de gobierno durante la campaña electoral, la modificación solo aumenta de siete (7) a quince (15) días la prohibición de aquellos actos que pudieran “*promover la captación del sufragio a favor de cualquiera de los candidatos a cargos públicos electivos nacionales.*” (cf. art. 64 quáter, CEN).

Basta advertir aquí que “[l]a elección supone una expresión igualitaria de la ciudadanía, pues cada persona tiene un voto. Pero esa igualdad primaria puede verse como una inequidad si quienes compiten en la elección no disponen de las mismas oportunidades para [...] captar la voluntad del electorado” (43).

En este punto es dable señalar lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las condiciones en las que ha de desarrollarse la competencia electoral, “ellas deben conducir a que las diferentes agrupaciones políticas participen en el proceso electoral en condiciones equivalentes, es decir, que todas cuenten con condiciones básicas similares para el desarrollo de su campaña” (44).

Así, en México se prohíbe “la difusión, por cualquier medio, de propaganda gubernamental dentro del período que comprende

(42) Debate parlamentario cit.

(43) RIAL, JUAN “*Financiamiento político: el acceso de los partidos a los medios de comunicación*”, en Griner, Steven y Zovatto, Daniel “De las normas a las buenas prácticas. El desafío del financiamiento político en América Latina”, OEA e IDEA, San José, Costa Rica, 2004, pág. 52.

(44) Informe 1/90, párr. 49; Informe Anual 1990-1991, pág. 14.

desde el inicio de las campañas electorales hasta el día de la jornada electoral inclusive, con excepción de la información relativa a servicios educativos y de salud, o la necesaria para la protección civil en casos de emergencia” (art. 347, b, COPIFE), como así también “la utilización de programas sociales y de sus recursos, del ámbito federal, estatal, municipal, o del Distrito Federal, con la finalidad de inducir o coaccionar a los ciudadanos para votar a favor o en contra de cualquier partido político o candidato” (art. cit., inc. d).

d) Registro de Encuestas y sondeos de opinión

Asimismo, entre otra de las novedades incorporadas se encuentra la creación del Registro de Empresas de Encuestas y Sondeos de Opinión en el que deberán inscribirse “[a]quellas empresas que deseen hacer públicas por cualquier medio encuestas de opinión, o prestar servicios a las agrupaciones políticas, o a terceros, durante la campaña electoral por cualquier medio de comunicación” (art. 44 ter., ley 26.215), las que no se encuentren inscriptas en dicho Registro “no podrán difundir por ningún medio, trabajos de sondeo o encuestas de opinión, durante el período de campaña electoral” (art. cit.).

Estableciéndose, además, que “[o]cho (8) días antes de las elecciones generales, ningún medio de comunicación, ya sean estos audiovisuales, de radiodifusión, gráficos, internet, u otros, podrá publicar resultados de encuestas o sondeos de opinión, o pronósticos electorales, ni referirse a sus datos” (art. 44 quáter, ley 26.215), como así también que “[d]entro del plazo que la presente ley autoriza para la realización de trabajos de sondeos y encuestas de opinión, los medios masivos de comunicación deberán citar la fuente de información, dando a conocer el detalle técnico del trabajo realizado” (art. cit.).



SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA COALICIÓN DE OPOSICIÓN: “EL DILEMA DEL PRISIONERO”

POR RODOLFO DÍAZ (*)

1. La característica más saliente del arco opositor en la Argentina es su incapacidad para cooperar entre sí. La ciencia política llama este fenómeno “falla de cooperación” y para explicarlo utiliza un modelo de Teoría de Juegos denominado “Dilema del Prisionero”, que aborda las interacciones sociales en las que hay dependencia mutua, es decir donde un actor, al decidir su propio comportamiento, debe considerar el posible comportamiento de los otros, situación muy frecuente en la sociedad y que plantea el clásico conflicto entre intereses individuales y colectivos.

- I -

2. La estructura matemática del modelo fue diseñada en 1950 por Merrill Flood y Melvin Desher en la RAND Corporation, aunque la versión con la anécdota de los prisioneros y las sentencias a la que debe su nombre –y que se sintetiza a continuación– es posterior y se atribuye a un profesor del Premio Nobel John Nash (el de “Una mente brillante”): Albert Tucker (1); esa versión es la siguiente: la policía detiene dos sospechosos de un delito y no tiene pruebas para condenarlos; los mantiene incomunicados, los interroga por separado y les ofrece a los dos el mismo trato: si ninguno confiesa les darán a los dos la pena mínima de 6 meses; si uno confiesa y el otro no, el que confesó sale libre y al que no confesó le dan la pena máxima de 10 años; si los dos confiesan les dan 6 años a cada uno.

La matriz que representa el juego es la siguiente:

(*) *Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina.*

(1) STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY: *Prisoner's Dilemma*; <http://plato.stanford.edu>

Dilema del Prisionero		B	
		Calla	Confiesa
A	Calla	-I- A y B: 6 meses	-II- A: 10 años B: libre
	Confiesa	-III- A: libre B: 10 años	-IV- A y B: 6 años

3. Cada sospechoso tiene dos opciones: "Cooperar" con el cómplice (*callar*) o "No Cooperar" con el cómplice (*confesar*); el resultado de su decisión dependerá de lo que haya decidido el otro, pero tiene que elegir sin saberlo. Cada uno de ellos sólo quiere minimizar su propio tiempo tras las rejas y no le importa cuánto tenga que pasar el otro en prisión. Si A predice que B va a callar, la opción más conveniente para A es confesar, ya que así saldría libre aunque B sea condenado a 10 años. Si espera que B confiese, la opción más conveniente para A también es confesar, ya que así por lo menos evita la pena máxima, aunque los dos sean condenados a 6 años. Confesar es entonces la "estrategia dominante" (la más racional, cualquiera sea la decisión del otro) para ambos sospechosos, ya que sea cual sea la elección del cómplice, al confesar siempre evitarán la pena máxima. Sin embargo este resultado no es óptimo, ya que si ambos callaran, a los dos les iría mejor porque sólo los condenarían a la pena mínima de 6 meses.

4. La formulación matemática original se sintetiza así: si ambos callan, reciben 6 puntos cada uno; si uno calla y el otro confiesa, el que calla recibe 0 y el que confiesa recibe 10 puntos; si ambos confiesan, reciben 1 punto cada uno. La simple adición de puntos muestra que el mejor resultado para ambos es el del cuadrante I, con una sumatoria de $(6+6=12)$ puntos; que en II y III la sumatoria es menor $(0+10=10)$ puntos; y que IV es más bajo aún $(1+1=2)$. Como se ha explicado, ésta última (subóptima) es la estrategia dominante y el resultado más probable.

La representación matemática del juego es la siguiente:

Dilema del Prisionero		B	
		Calla	Confiesa
A	Calla	-I- 6, 6	-II- 0, 10
	Confiesa	-III- 10, 0	-IV- 1, 1

5. Una formulación más general del modelo es la siguiente: hay dos jugadores, A y B; si los dos cooperan, cada uno logra una *ganancia*; si uno coopera y el otro no, el que no coopera logra una *ventaja* y el que sí coopera sufre una *desventaja*; si ninguno de los dos coopera, cada uno soporta una *pérdida*. La *desventaja* que sufre el que coopera en II y III, es más costosa que la *pérdida* que sufre cada uno por no cooperar en IV. En II y III hay una "sanción" al que coopera; en IV hay una "pérdida de ganar" para los dos por no cooperar, una especie de pérdida de oportunidad, un costo por mantener el statu quo.

La matriz que representa este juego es la siguiente:

Dilema del Prisionero		B	
		Coopera	No Coopera
A	Coopera	-I- A: Ganancia B: Ganancia	-II- A: Desventaja B: Ventaja
	No Coopera	-III- A: Ventaja B: Desventaja	-IV- A: Pérdida B: Pérdida

6. Los jugadores deciden racionalmente entre dos opciones: "Cooperar" o "No Cooperar"; el resultado para cada uno dependerá de lo que haya

decidido el otro, pero al elegir no lo conocen. El objetivo de cada uno es lograr para sí el mejor resultado posible sin considerar el resultado que tenga que soportar el otro. Si A conjetura que B va a cooperar, la opción más racional para A es no cooperar, ya que así lograría una *ventaja* para él aunque B sufra una *desventaja*. Si espera que B no coopere, la opción más racional para A también es no cooperar, ya que así por lo menos se asegura no sufrir él la *desventaja*, aunque sepa que ninguno va a recibir la *ganancia* y que los dos deberán soportar la *pérdida*. Entonces, no cooperar es la estrategia más racional (“estrategia dominante”) para ambos jugadores, ya que cualquiera sea la elección del otro, al no cooperar siempre evitarán el peor resultado posible en términos individuales, que es la *desventaja*. Sin embargo, en términos colectivos ese resultado no es óptimo, ya que si ambos cooperan les iría mejor porque los dos lograrían la *ganancia*.

7. Éste es el núcleo conceptual del “dilema del prisionero”: desde el punto de vista del interés del conjunto (A + B), la decisión que lleva al mejor resultado es que ambos cooperen. Sin embargo, si uno o los dos jugadores deciden no cooperar –sea para evitar una *desventaja* para sí, sea para no posibilitar una *ventaja* para el otro, para asegurarse evitar el peor resultado posible en términos individuales, o por simple aversión al riesgo– no se logrará la mejor solución posible para el conjunto y ambos soportarán una *pérdida* definida como menos costosa que la *desventaja*, pero de todas maneras negativa. Se llegará así a un resultado subóptimo.

8. La guerra fría entre la ex Unión Soviética y los Estados Unidos ofrece un excelente ejemplo de un “Juego de Cooperación” de este tipo, entre dos jugadores: ambos países tenían enormes arsenales de armas nucleares apuntando uno al otro, cuyo mantenimiento irrogaba grandes costos económicos y políticos; dado que ninguno podía superar decisivamente al otro en capacidad nuclear y que el uso de esas armas era suicida, la única manera de salir de ese empate (el “equilibrio del terror”) era el desarme mutuo. Si se desarmaban los dos, ninguno sufría una desventaja estratégica y los dos ganaban con la eliminación de los costos del mantenimiento del arsenal nuclear; si los dos mantenían el armamento, ninguno ganaba nada y todo quedaba igual (pérdida de oportunidad); si uno se desarmaba y el otro no, el que no se desarmaba obtenía una ventaja y el que se desarmaba sufría una desventaja. Dados los incentivos existentes en la situación, cada país prefería mantener su armamento sin importar lo que hiciera el otro; los dos consideraban el desarme unilateral equivalente a una rendición; ese espectro impidió que se alcanzara el resultado teóricamente más conveniente para ambos, que hubiera sido el desarme mutuo. La dinámica de este “Juego del Desarme” (que se representa muy bien en el Dilema del Prisionero) mantuvo las armas nucleares desplegadas más allá de las intenciones, las preferencias y aún de las conveniencias de los actores. (2)

(2) SHEPSLE, KENNETH A.: *Analyzing Politics*. Second Edition, Norton and Company, Inc., New York (2010), pg. 239

Este juego se representa así:

Juego del Desarme		URSS	
		Desarma	No Desarma
USA	Desarma	-I- USA: Ganancia URSS: Ganancia	-II- USA: Desventaja URSS: Ventaja
	No Desarma	-III- USA: Ventaja URSS: Desventaja	-IV- USA: Pérdida URSS: Pérdida

9. Esta es la versión más simple del modelo, con sólo dos jugadores y una sola alternativa de elección; hay versiones más complejas que permiten agregar más jugadores y más jugadas, analizar las decisiones colectivas abordando los problemas que plantea la cooperación social, la contraposición entre racionalidad individual y racionalidad colectiva y las inconsistencias entre el corto y el largo plazo; pero la lógica explicativa no varía en lo sustancial: la interacción de individuos racionales, en ausencia de un marco institucional que induzca la coordinación de sus acciones, lleva a un resultado subóptimo.

10. Toda decisión colectiva combina conflicto y cooperación; en esa situación la cooperación entre individuos racionales no es un equilibrio automático y para lograrla hay que inducir en los jugadores cierto comportamiento en ese sentido a través de una regla, una norma socialmente vinculante, un arreglo institucional, o el aprendizaje fruto de la reiteración del juego.

- II -

11. La aplicación de este modelo -o cualquier otro- requiere definir las "condiciones iniciales" que le dan referencia empírica. Con relación a la oposición en la Argentina de hoy, en este punto se requieren precisiones: el análisis del tema se viene abordando como si un "partido de oposición" hubiera ganado las últimas elecciones y el gobierno las hubiera perdido, y como si después ese "partido de oposición" hubiera sido incapaz de ejercer el mandato que le dio su "victoria". Sumando los votos de todos los partidos no alineados con el gobierno se concluyó que había ganado "la oposición", creando de

ese modo un actor todavía inexistente, una especie de “partido” o “coalición” de oposición. Sumar votos obtenidos por distintos partidos como números abstractos es incorrecto; los resultados electorales no son un continuum indiferenciado; expresan cantidades de objetos distintos. Ese modo de plantear las condiciones iniciales del análisis no se corresponde con los hechos.

12. Por un lado se critica a los partidos y sectores no alineados con el gobierno (a los que se define como “la oposición”) porque no cooperan entre sí; pero no debería sorprender, ya que no cooperaban tampoco antes de la elección de 2009, donde supuestamente esta oposición se configuró: en aquellas elecciones participaron 284 partidos nacionales y provinciales, 186 solos y 98 integrando alianzas; el fenómeno de la “fragmentación política” caracteriza todo el sistema electoral del país –hay 713 partidos registrados– pero afecta a la oposición más que proporcionalmente (3).

13. Por otro lado se afirma que el gobierno “perdió” las elecciones del 2009; pero eso más que denotar un hecho expresa una interpretación posterior, que aunque ha gozado de amplia aceptación no es consistente con los datos. Se votó para Diputados Nacionales en los 24 distritos electorales del país; el Partido Justicialista con sus aliados del Frente para la Victoria obtuvo 5.655.862 votos (29.6%) y obtuvo 46 bancas, 32 menos de las que tenía; el Acuerdo Cívico entre la UCR, la Coalición Cívica y el Partido Socialista, sacó 5.497.912 votos (28.7%) obteniendo 41 bancas, 17 más de las que tenía; y la Unión-Pro sacó 3.415.326 votos (17.8%) logrando 30 bancas, 16 más de las que tenía (4). Para Senadores Nacionales se votó en 8 distritos electorales; el Acuerdo Cívico entre la UCR, la Coalición Cívica y el Partido Socialista, sacó 2.477.688 votos (40.5%) obteniendo 12 bancas, 5 más de las que tenía; el Partido Justicialista con sus aliados del Frente para la Victoria obtuvo 1.212.255 votos (19.8%), ganó 8 bancas y perdió 4; y el Peronismo Disidente sacó 710.580 votos (11.6%) conquistando 2 nuevas bancas (5). Si bien el oficialismo sacó menos votos que en 2007 y resignó la mayoría que tenía en ambas Cámaras del Congreso, mantuvo 36 de los 72 senadores y 105 de los 257 Diputados, con lo que siguió siendo primera minoría en la Cámara de Diputados y retuvo la presidencia del Cuerpo (6). Es en el contexto de esas condiciones iniciales donde la aplicación del modelo del “Dilema del Prisionero”

(3) Ministerio del Interior; Datos de la Dirección Nacional Electoral.

(4) LUPU, NAOM: The 2009 legislative elections in Argentina. En *Electoral Studies*, Vol. 29-Issue 1, p. 176. Datos: Ministerio del Interior, Dirección Nacional Electoral, Escrutinio definitivo.

(5) LUPU, NAOM: The 2009 legislative elections in Argentina. En *Electoral Studies*, Vol. 29-Issue 1, p. 177. Datos: Ministerio del Interior, Dirección Nacional Electoral, Escrutinio definitivo.

(6) *Ibidem*.

al análisis de la construcción de una coalición de oposición en la Argentina actual cobra significado.

- III -

14. La hipótesis es que si todos los sectores y partidos que integran el espacio de la oposición cooperaran entre sí, lograrían la *ganancia* de un cambio en la relación de fuerzas en la arena política; podrían, en tal caso, plantearse controlar la agenda parlamentaria, limitar el margen de maniobra del oficialismo en las cámaras y del Gobierno en general, asegurar sus chances de ganar algunas provincias y presentarse ante la sociedad como una coalición capaz de ganar las elecciones de octubre y darle un gobierno eficaz a la Argentina.

15. Sin embargo no cooperan. La razón de esa situación no ha de buscarse en un mero "individualismo primitivo", sino en un análisis racional de las decisiones de los actores. Como se dijo al comienzo de este artículo, para explicar los fenómenos de "fallas de cooperación", la Ciencia Política y Constitucional utiliza un modelo de Teoría de Juegos denominado "Dilema del Prisionero", que aborda las interacciones sociales en las que hay dependencia mutua, es decir donde un actor, al decidir su propio comportamiento, debe considerar el posible comportamiento de los otros.

16. El que coopera toma el riesgo de tener que pronosticar el comportamiento de los demás, (y confiar en ese pronóstico): no podrá armar su estructura electoral para él solo sino para la coalición, no se adelantará a fortalecer sus propias candidaturas ya que los lugares y los candidatos deberán ponerse a disposición de la coalición y no podrá asegurar la reelección de sus referentes. Si ambos cooperan, se mantendrá la relación de fuerzas entre los partidos de oposición, podrá constituirse una coalición opositora lo que posibilitará producir un cambio en la relación de fuerzas con el oficialismo y aumentar las probabilidades de una victoria electoral; así, la cooperación generará una *ganancia* que podrá ser capturada por ambos.

La Tabla siguiente sintetiza el caso:

Cuadrante I
Coopera/Coopera

Partidos de Oposición				
Partido 1	Coopera	Asume el riesgo de la decisión del otro	Coopera	Partido 2
		No arma estructura propia		
		No fortalece sus candidatos		
		No arma listas propias		
		Cede lugares en las listas		
		No asegura la reelección de sus referentes		
No hay cambio en la relación de fuerzas de la Oposición				
Coalición				
Cambio en la relación de fuerzas con el Oficialismo				
Ganancia				

17. Si uno coopera y los otros no, el que coopera puede soportar una *desventaja* política y los otros pueden ganar una *ventaja* a sus expensas, por que -como se ha expuesto- no organizará su propia estructura electoral ni fortalecerá sus propias candidaturas ni armará listas propias y no asegurará la reelección de sus referentes; y si el otro no coopera y fortalece su propia estructura, instala sus propias candidaturas, arma sus propias listas y perfila su propio discurso, habrá ganado una *ventaja* a costa del que cooperó, que habrá sufrido una *desventaja* difícilmente recuperable antes de las elecciones. El cambio de relación de fuerzas se dará sólo entre los partidos de oposición y no con el oficialismo; no habrá coalición opositora y las probabilidades de victoria electoral no habrán aumentado.

La Tabla que sigue presenta ese supuesto:

Cuadrantes II y III
Coopera/No Cooperera

Partidos de Oposición					
Partido 1	Coopera	Asume el riesgo de la decisión del otro	No asume el riesgo de la decisión del otro	No Cooperera	Partido 2
		No arma estructura propia	Arma estructura propia		
		No fortalece sus candidatos	Fortalece sus candidatos		
		No arma listas propias	Arma listas propias		
		Cede lugares en las listas	No cede lugares en las listas		
		No asegura la reelección de sus referentes	Asegura la reelección de sus referentes		
Cambio en la relación de fuerzas de la Oposición					
No hay Coalición					
No hay cambio en la relación de fuerzas con el Oficialismo					
Desventaja para el Partido que Cooperera			Ventaja para el Partido que No Cooperera		

18. El que no coopera no tiene que tomar el riesgo de anticipar la conducta ajena; si él no coopera y los otros sí, él puede ganar una *ventaja* a costas de los que sí cooperan, y éstos sufrir una *desventaja*; y aún si él no coopera y los otros tampoco, ninguno sufrirá una *desventaja* ni ganará una *ventaja*, aunque todos tengan soportar una *pérdida*, que no es el mejor resultado posible pero tampoco el peor. De tal modo, no cooperar evita la posibilidad de sufrir una *desventaja* propia y de otorgar una *ventaja* para alguno de los demás sectores de la oposición; el que no coopera consolidará el espacio propio y tratará de ampliarlo, instalará sus propias candidaturas y puede mantener el número de diputados que tenía, aunque probablemente sin mejorar su situación en las legislaturas provinciales y en los concejos deliberantes. Sus principales referentes pondrán todas sus energías en ser reelegidos ellos mismos y no en lograr que sea elegido algún extraño al que le han tenido que ceder el lugar en beneficio de la coalición y de un interés que no es el propio. Y esto mismo vale para los miembros de cada sector que ocupan cargos menores, legisladores provinciales o concejales: difícilmente vayan a querer comprometer su propia posición en beneficio de un interés lejano y ajeno. En este escenario, es

probable que el sector opositor que no coopere con los otros sectores opuestos al gobierno pueda defender un mejor resultado electoral relativo, que gane algún diputado más o que mejore su situación en las legislaturas provinciales o en los concejos deliberantes; y quién sabe, quizás a último momento pueda surgir una oportunidad de cooperación ventajosa, con todos o algunos sectores de la oposición o con el mismo gobierno.

19. En teoría de juegos se llama “estrategia dominante” la que los jugadores tienden a preferir por aparecer como más conveniente cualquiera sea la estrategia que puedan elegir los otros jugadores. En este juego analítico sobre las fallas de cooperación de la oposición modelado sobre el Dilema del Prisionero, la estrategia dominante para todos los jugadores es no cooperar.

El supuesto se sintetiza en la siguiente Tabla:

Cuadrante IV

No Cooperera/No coopera

Partidos de Oposición				
Partido 1	No Cooperera	No asume el riesgo de la decisión del otro	No Cooperera	Partido 2
		Arma estructura propia		
		Fortalece sus candidatos		
		Arma listas propias		
		No cede lugares en las listas		
		Asegura la reelección de sus referentes		
No hay cambio en la relación de fuerzas de la Oposición				
No hay Coalición				
No hay cambio en la relación de fuerzas con el Oficialismo				
Pérdida de Oportunidad				

20. Uno de los principales temas que aparecen cuando se analizan instituciones colectivas, es el resultado subóptimo que arrojan los procesos colectivos por la falta de coordinación entre las acciones individuales. En este tipo de circunstancias, la interacción entre individuos completamente racionales puede producir resultados subóptimos, y la Teoría de Juegos utiliza el Dilema del Prisionero para entender este problema. Desde este punto de vista, el diseño de

mecanismos institucionales que lleven a mejoras "Pareto positivas" es de la esencia del diseño institucional (7). El Dilema del Prisionero muestra que este resultado "subóptimo" sólo puede mejorarse con un marco institucional que induzca la cooperación entre los jugadores: entre otras cosas, partidos políticos con cierto nivel de pertenencia y de disciplina, capaces de agregar intereses individuales de corto plazo en una resultante colectiva con proyección de futuro.

21. La construcción de coaliciones políticas implica a la vez cooperación y competencia. En esa situación, los Partidos Políticos actúan simultáneamente en dos ámbitos conectados pero diferentes: sus decisiones afectan tanto el balance de fuerzas "dentro" de cada coalición como el balance de fuerzas "entre" las coaliciones. Técnicamente, los miembros de cada coalición juegan un juego de recompensas variables: las recompensas de los "jugadores" (los partidos políticos) varían de acuerdo al resultado de la competencia entre coaliciones. El "Juego de Construcción de Coaliciones" no se juega en el vacío, está comprendido dentro de un juego de nivel superior. Estos juegos de nivel superior determinan las recompensas de los jugadores en el juego de nivel inferior. Los Partidos entonces se encuentran en una situación en que sus recompensas varían de acuerdo al balance específico de fuerza entre coaliciones y tienen que elegir estrategias que tendrán implicancias para el balance de fuerza tanto dentro de cada coalición cuanto entre coaliciones (8). La *ganancia* de un partido político en el juego de construcción de coaliciones que se representó más arriba, dependerá finalmente de si sus decisiones en el juego de nivel inferior llevaron a un cambio favorable en la relación de fuerzas en el juego de nivel superior contra la otra coalición.

Bibliografía

BAIRD, DOUGLAS; GERTNER, ROBERT; and PICKER, RANDAL: *Game Theory and the Law*. Harvard University Press (1994), pg. 31, 188.

BLÁZQUEZ VALLEJO, MARÍA y GÁMEZ JIMÉNEZ, CARMEN: *Teoría de juegos y aplicaciones del Dilema del Prisionero*. Universidad Carlos III, Madrid (2007)

(7) CASAS PARDO, JOSÉ y MONTORO-PONS, JUAN D.: *Cooperative Behavior in the Prisoner Dilemma: The Role of Rules in Institutions*. IUDEM- Documento de Trabajo 2000-3 -Año 2000. <http://www.ucm.es/info/iudem>.

(8) TSEBELIS, GEORGE: Nested Games: The Cohesion of French Electoral Coalitions. *British Journal of Political Science*, Vol. 18, No. 2 (1988), pp. 145-170. <http://www.jstor.org/stable/193905>. Accessed: 29/09/2010 10:21.

BUCHANAN, JAMES and GEOFFREY, BRENNAN: *The Reason of Rules*. The Collected Works of James M. Buchanan, Liberty Fund (2000), Volume 10, pg. 5/8

CASAS PARDO, JOSÉ y MONTORO-PONS, JUAN D.: *Cooperative Behavior in the Prisoner Dilemma: The Role of Rules in Institutions*. IUDEM- Documento de Trabajo 2000-3 -Año 2000. <http://www.ucm.es/info/iudem>.

LUPU, NAOM: *The 2009 legislative elections in Argentina*. En *Electoral Studies*, Vol. 29-Issue 1, (June 2010) ps. 176-177.

MAHONEY, PAUL G. and SANCHIRICO, CHRIS. W.: *Norms, Repeated Games, and the Role of Law*. Working Paper No. 02-3, May 2002. 2002 Law & Economics Research Papers Series, University of Virginia School of Law.

Ministerio del Interior: Elecciones 2009; Resultados definitivos.

SHEPSLE, KENNETH A.: *Analyzing Politics*. Second Edition, Norton and Company, Inc., New York (2010), pág. 239.

Stanford Encyclopedia of Philosophy.

TSEBELIS, GEORGE: *Nested Games: The Cohesion of French Electoral Coalitions*. *British Journal of Political Science*, Vol. 18, No. 2 (1988), ps. 145-170. <http://www.jstor.org/stable/193905>.



EL NEGACIONISMO Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

POR JORGE ALBERTO DIEGUES

Sumario: I. Planteo del tema; II. Concepto y elementos del tipo penal de negacionismo; III. Situación jurídica actual del delito de negacionismo; IV. El test de constitucionalidad en los principales tribunales europeos; V. Estado de situación en la República Argentina; VI. Encuadre jurídico del caso; VII. Posibles estándares de ponderación; VIII. Conclusiones.

I. PLANTEO DEL TEMA

El siglo XX trajo consigo una deuda nunca vista a causa de los dos conflictos bélicos de mayor escala que sufrió la humanidad en su historia. Empero, además de las bajas de guerra, la humanidad asistió como nunca antes a la aniquilación masiva de seres humanos experimentada desde el Estado, fundamentalmente por motivos raciales y/o políticos. Armenios, judíos, gitanos, enemigos políticos fueron el blanco de las más crueles conductas por parte de los Estados.

Las guerras han existido desde que el mundo es mundo. Empero, la diferencia cualitativa que trajeron las conflagraciones bélicas del siglo XX fue la experimentación de la aniquilación en masa de civiles trazada por motivos raciales y especialmente políticos. Entre 1915 y 1923 el estado turco procedió a una limpieza étnica contra el pueblo armenio. Más tarde tuvo lugar el exterminio dirigido principalmente contra los judíos por el Tercer Reich alemán considerada como la masacre de mayor magnitud en la historia de la humanidad con más de 6 millones de judíos muertos. A ello le sobrevivió luego la masacre de Yugoslavia y, seguidamente, la aniquilación de Ruanda.

Los antecedentes vividos, especialmente las aniquilaciones masivas acaecidas durante la Segunda Guerra Mundial, llevaron a la comunidad internacional a la necesidad de comprender y hacer comprender que debían adoptarse las medidas necesarias para además del castigo de tales conductas, prevenirlas de modo que, ante una guerra futura, nunca más puedan tener lugar actos de las características vividas.

Se posibilitó así el nacimiento de tratados y declaraciones de derechos humanos, cuya existencia se justifica sólo por la experiencia vivida, en los que se entendió imprescindible la necesidad de evitar cualquier clase de propaganda o expresión que conduzca a la incitación del odio racial, religioso o político atendiendo la experiencia histórica.

Ese proceso, que había comenzado con la incorporación de distintas cláusulas en los tratados internacionales de derechos humanos, alcanzó una etapa posterior, la que se desarrolla en la actualidad, donde se avanzó hacia la "criminalización" de ciertas conductas vinculadas con la apología del odio racial o religioso del genocidio. Muy especialmente en los países de Europa, se avanzó en la creación de figuras penales contra estas medidas. Se tipificó así como delito en los diversos ordenamientos penales la *apología del racismo*, la incitación al odio religioso y la justificación del genocidio.

Finalmente, en lo que podría denominarse como la "última etapa" en la evolución del sistema legal en la materia, se ha visto en diversos ordenamientos penales que entre la criminalización de estos delitos han incorporado como figura penal la "negación del genocidio" que, con variantes, aparece cada vez en mayor cantidad en los ordenamientos penales de los países principalmente de Europa y con una tendencia que va en franco crecimiento.

Como consecuencia de ello fueron condenadas importantes figuras públicas y escritores a penas considerables (1).

No hay una persona de bien que pueda estar en contra de medidas tendientes a la protección y prevención del genocidio. Empero, al margen de la utilidad que cabe preguntarse puede ofrecer el sistema penal al respecto, surge cada vez con mayor fuerza una situación muy polémica. Con las particularidades que habrán de especificarse en este trabajo, las legislaciones de esos países tienen en común el hecho de que la sola negación del genocidio - veremos de cuales- importa la comisión de un delito penal.

Como una contracara de esa situación ha emergido una cuestión indudablemente constitucional. Ante tal panorama cabe preguntarse: ¿Puede constitucionalmente criminalizarse las expresiones que niegan el genocidio? ¿Viola la libertad de expresión la criminalización de la negación del genocidio?

(1) El juzgado en lo penal n° 3 de Barcelona condenó a Pedro Varela Geiss, un librero barcelonés especializado en libros negacionistas, a la pena de dos años de prisión como autor penalmente responsable del delito continuado de genocidio previsto en el art. 607.2 del Cód. Penal Español. En Francia se condenó al ex diputado y senador Roger Garaudi a una multa de 240.000 francos y seis meses de prisión en suspenso, sentencia que fue convalidada, según expondré más adelante, por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Si bien el negacionismo constituye uno de los llamados delitos de opinión, considero de alta importancia contraer el estudio del problema no a todos ellos, sino ceñirlo al "negacionismo". Es muy opinable o difícil de justificar la constitucionalidad de una ley que pene a quien promueva la discriminación racial; ocurre lo propio con la justificación de la matanza masiva de seres humanos. Pero aunque parezca antipático, el caso del negacionismo se presenta ante mis sentidos como una situación que amerita un tratamiento especial ya que tiene aristas que lo diferencian del resto de los delitos de opinión.

Resulta indudable que quien justifica un asesinato masivo de seres humanos guarda un sentido de pertenencia con el delito perpetrado y, al mismo tiempo, incita a comisiones futuras ¿Pero puede decirse lo mismo de aquel que lo niega? La negación puede presentarse como un intento velado por los apologistas para sembrar su doctrina: el primer paso para justificar a un asesino es negar sus crímenes. Pero puede también ser el resultado y la opinión sincera de quienes sin pertenecer de ninguna manera a grupos que justifiquen el delito de genocidio estén convencidas merced a sus investigaciones llevadas a cabo que tal o cual genocidio no tuvo lugar. Si es verdad entonces que la realidad muestra varios casos de "negacionismo militante", lo es también que hay negacionistas que defienden sus ideas sin estar involucrados ni pretender encubrir justificación alguna. En este último caso se encuentran científicos, y especialmente historiadores revisionistas. ¿Qué hacer ante estos casos? ¿Se puede condenar a alguien por expresar lo que piensa?

En vista, pues, a dar respuesta a este interrogante, razones de orden metodológico imponen a mi criterio la necesidad de precisar el significado del negacionismo y exponer la legislación actual sobre la materia. Será de importancia estudiar los principales casos judiciales fallados por los distintos tribunales internacionales y formular un análisis constitucional, no sin antes reseñar la situación en estos nuestro país. Esto constituirá, consiguientemente, el contenido de este trabajo.

II. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE NEGACIONISMO

El negacionismo puede definirse como *una corriente de carácter revisionista que tiene por objeto refutar o relativizar la existencia de los crímenes de genocidio reconocidos como tales por la comunidad internacional.*

Se trata de un tipo penal de peligro abstracto que tiene dos elementos objetivos: 1) la negación o relativización y 2) crímenes declarados como tales por la comunidad internacional (2).

(2) El tipo penal de negacionismo suele emparentarse con dos figuras: la incitación al odio racial y la apología del delito. Pero es preciso distinguirlas ya que, aunque emparentadas, hay diferencias entre ellas.

II.1 Los cuatro genocidios

A menos que las respectivas legislaciones dispongan expresamente lo contrario, la criminalización del delito de negacionismo abarca a todos los genocidios reconocidos como tales por la comunidad internacional.

Al respecto, el artículo 6 del Estatuto de Roma define al genocidio como:

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

Con estas características, hubo hasta el presente cuatro sucesos reconocidos internacionalmente que encuadra en esta categoría:

- i) El genocidio armenio (3).
- ii) El Holocausto del pueblo judío en manos del nazismo.
- iii) Los crímenes de la ex Yugoslavia.
- iv) Los crímenes de Ruanda (4).

El tribunal Penal Internacional de Ruanda ha considerado a la violación masiva como un acto de genocidio a las violaciones en masa (5).

(3) La Argentina ha reconocido la existencia del genocidio armenio por la ley 26.199 el 11 de enero de 2007.

(4) Aquí, en sólo cuatro meses más de 800.000 tutsi y hutus moderados fueron exterminados por los grupos extremistas ruandeses. Conf. Caso “Akaiesu”, fallado por el Tribunal Penal para Ruanda el 8 de noviembre de 1994.

(5) Conf. Caso Akaiesu del 8 de noviembre de 1994.

II.2 Expresiones negacionistas

Entre las frases que han ilustrado en esta sentido pueden citarse las siguientes del historiador inglés David Irving, conocido como el "supernegacionista". En sus obras él ha llegado a sostener que:

"No creo que existiera una política global del Reich para matar a los judíos. De haberla habido, no habría tantos millones de supervivientes".

"No estoy satisfecho con la manera de que se ha empaquetado la leyenda sobre el Holocausto. Cuando se escribe una palabra con mayúscula empieza a parecer una marca comercial vendida de forma hábil".

"No veo motivo para ser exquisito sobre Auschwitz. Fue un campo de concentración brutal y murió mucha gente, como muchos inocentes murieron en otras partes de la guerra ¿Para qué creernos el resto de patrañas?"

"74.000 judíos murieron por causas naturales en los campos de trabajo; los demás fueron ocultados tras la guerra y enviados a Palestina, donde hoy viven bajo una nueva identidad"

"Murieron más personas en el accidente automovilístico del Senador Kennedy en Chappadquidick que en las Cámaras de Auschwitz." (6)

"Nadie me hará decir que dos y dos son cinco, que la Tierra es plana o que el Tribunal de Nüremberg es infalible. Tengo excelentes razones para no creer en esa política de exterminación de los judíos ni en la mágica cámara de gas" (7).

III. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL DELITO DE NEGACIONISMO

La criminalización de esta clase de frases como delito propio ha vendido en crecimiento a lo largo de las últimas dos décadas. Y por cierto, esto ha tenido lugar en los países de Europa debido a las circunstancias históricas que ha debido atravesar.

De ahí resulta que, en la actualidad el negacionismo es delito en dieciséis países (16), doce de los cuales corresponde a Europa. El negacionismo es considerado un delito, principalmente en Europa, aunque no en todos los países. Los Estados del viejo continente que tipifican son Francia, Austria (de 1992), Polonia, Alemania, Bélgica (ley

(6) Cit. por LIPSTADT, DEBORAH, *Así acabé con Irving*, diario "El Mundo", 26 de febrero de 2006.

(7) La expresión corresponde a Robert Faurisson.

belga sobre negacionismo, del 23 de marzo de 1995) y Suiza (art. 261 bis Cód. Penal), Eslovaquia, República Checa, Lituania, Liechtenstein, Países Bajos, Rumania. A esta nómina había que agregar a España (art. 607.2 Cód. Penal) hasta el 7 de noviembre de 2007, fecha en que fue despenalizado por el Tribunal Constitucional Español.

El negacionismo es también delito en Canadá, Nueva Zelanda y Sudáfrica. Es también ilegal en Israel bajo la ley 5710-1950. Por el contrario, no es delito ni en Italia (8), ni en Inglaterra.

En Alemania se tipifica penalmente a la negación o dudas del holocausto en público (art. 130, parágrafo 3 del Cód. Penal Alemán) se considera que la negación del holocausto es una afirmación falsa que no está protegida por la libertad de expresión. Expresa en este sentido:

“Con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa será castigado quien públicamente o en una reunión apruebe, niegue o minimice un hecho cometido bajo el régimen del Nacionalsocialismo de la índole señalada en el § 220a inciso 1, de tal manera que sea apropiada para perturbar la paz pública” (9).

En Inglaterra, al contrario, el derecho constitucional y penal está mucho más orientado hacia las libertades, lo que ha impedido hasta ahora la introducción de una ley contra el negacionismo.

En Austria, el Tribunal en lo penal de Viena condenó a la pena de cinco años de prisión a Gerd Honsik por negar el genocidio sufrido por el pueblo judío en la Segunda Guerra Mundial y poner en duda la existencia de Cámaras de gas.

(8) Donde 150 historiadores tanto de derechas como de izquierdas rechazaron con el ‘Manifiesto de los 150’ un cambio en la legislación que preveía la persecución penal del negacionismo del Holocausto

(9) Conf. Cód. Penal Alemán, 32 ed. trad. al español por Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999. En énfasis no corresponde al original. El artículo 220, parágrafo 1 tipifica el delito de genocidio en los siguientes términos:

“§ 220a. Genocidio (1) Quien con la intención de destruir entera o parcialmente un determinado grupo nacional, racial, religioso, o étnico

1. mate a miembros del grupo,
2. cause a miembros del grupo graves daños físicos o mentales, en especial del tipo descrito en el § 226,

3. someta al grupo a condiciones de vida que sean apropiadas para provocar total o parcialmente su destrucción física,

4. imponga medidas que deban impedir los nacimientos dentro del grupo.

5. Traslade a la fuerza niños de un grupo a otro, será castigado con pena privativa de la libertad de por vida.” *Ibíd.*

Un protocolo adicional a la Convención sobre el Ciberdelito del Consejo de Europa cubre específicamente la negación del Holocausto y de otros genocidios reconocidos como tales por tribunales internacionales desde 1945 (artículo 6, sección 1).

La Unión Europea dio el primer paso en 2007 hacia la unificación de las leyes que conciernen al negacionismo. Una resolución marco de abril de 2007 prevé una armonización de los reglamentos penales para la lucha contra el racismo y la xenofobia. En ella, se penaliza “la apología pública, *negación* o trivialización de crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra, cuando estos van dirigidos hacia un grupo de personas por su raza, color de piel, religión o procedencia nacional o étnica”.

Según la resolución, todo aquel que afirme que un genocidio, considerado como tal por un tribunal internacional, no ha tenido nunca lugar y que este solo ha sido inventado por el grupo étnico afectado para recibir indemnizaciones, puede ser penalizado. Con esta afirmación no solo se negaría el genocidio a este grupo étnico, sino que se manifestaría al mismo tiempo el odio a este grupo.

Si un crimen histórico es considerado o no como genocidio, crimen contra la humanidad o crimen de guerra, tiene que ser aclarado por el juzgado competente. En el caso del Holocausto, esto ya ocurrió en los Juicios de Núremberg.

Desde 1980 Francia había aprobado una serie de leyes antirracistas. Empero, está vigente desde el 13 de julio del año 1990 la llamada “Ley Gaysot” en honor al diputado comunista Juan Manuel Gaysot que fue su autor.

Esta ley fue confirmada, al menos en abstracto, por el Comité de Derechos Humanos en la comunicación Nro. 550/1993, a cuyo dictamen habré de referirme más adelante. Por el artículo 14 de dicha norma se incorporó el artículo 24 bis a la ley de libertad de prensa del 29 de julio del año 1881. La citada norma expresa:

“Será reprimido con las penas previstas en el párrafo sexto del artículo 24 a los que cuestionen, por alguno de los medios establecidos en el artículo 23 [], la existencia de uno o más delitos contra la humanidad definidos por el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional anexados a la carta de Londres del 8 de octubre de 1945 y que hayan sido cometidos tanto por miembros de una organización declarada criminal en aplicación del artículo 9 de dicho acuerdo, o por una persona declarada culpable de esos crímenes por una jurisdicción francesa o internacional.

El tribunal también puede ordenar:

1º de su decisión conforme a lo dispuesto por el artículo 51 del Código Penal;

2° La publicación de la misma o la inserción de una declaración de conformidad a lo establecido por el artículo 51-1 del Cód. Penal, sin que el costo de la publicación pueda exceder el máximo de la multa.”

El tipo penal transcripto exige dos requisitos: a) la negación de los crímenes contra la humanidad reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y b) que hayan sido declarados punibles en instancias judiciales.

Desde la promulgación de la Ley Gayssot es un delito cuestionar la existencia y/o tamaño de los crímenes de lesa humanidad como están definidos en la Carta de Londres sobre la base de la cual fueron condenados los líderes nazis en los Juicios de Núremberg entre 1945 y 1946. En lo que aquí interesa, dice la citada norma en su artículo

En 2008 Jean- Marie Le Pen fue condenado por el Tribunal Correccional de París a la pena de tres meses de prisión en suspenso y una multa de 10 mil euros (10) a raíz de una entrevista que dio en 2005 a la revista de extrema derecha “Rivarol” en la que declaró que la ocupación de Francia por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial no fue particularmente inhumana. En 1997 le condenaron por decir que las cámaras de gas fueron ‘un detalle de la historia’, mientras que ocho años antes había sido sancionado por negar la existencia de este instrumento de exterminio nazi

IV. EL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS PRINCIPALES TRIBUNALES EUROPEOS

IV.1 Posición del tribunal Europeo de Derechos Humanos

Desde antiguo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido una posición constante a lo largo del tiempo, especialmente contra la shoa: desconocer el holocausto es negar un hecho histórico.

En 1982 dijo en el caso “X c. República Federal Alemana” que es legítimo prohibir el discurso negacionista por cuanto se considera al holocausto un hechos histórico.

En 1995 volvió a expedirse nuevamente en el caso “Remer c. Alemania” convalidando la “Convencionalidad” del artículo 130 del Cód. Penal alemán que tipifica como delito el negacionismo.

Finalmente, señaló en el caso “Garaudi c. Francia” (11). Frente a lo que se consideraba como “mitos fundantes de la política de Israel”, sostuvo el

(10) Conf. <http://www.20minutos.es/noticia/346330/0/lepen/condenado/carcel/>

(11) Fallado el 24 de marzo del años 2003.

tribunal que “la libertad de investigación protege más las preguntas que buscan la verdad que las afirmaciones que propalan falsedades”.

IV.2 El Comité de Derechos Humanos convalida en abstracto la

“Ley Gayssot” (12)

El negacionismo fue también objeto de tratamiento por el Comité de Derechos Humanos en 1993 –hasta ese entonces organismo de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– al rechazar la denuncia de Robert Faurisson y convalidar la ley Gayssot.

Robert Faurisson había sido profesor de literatura en la Universidad de la Sorbona hasta el año 1973 y de la Universidad de Lion hasta el año 1991. Nacido en Gran Bretaña en 1929, pero con la doble nacionalidad francesa y británica, denunció al Estado francés ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por infracción al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En septiembre de 1990 Faurisson dio una entrevista a la revista “Le Choc du mois” la que fue publicada en su número 32. Allí reiteró su convencimiento de que en los campos de concentración nazis no se habían utilizado cámaras de gas para el homicidio de los judíos. A raíz de ello, 11 asociaciones de miembros de la resistencia francesa y deportados a campos de concentración denunciaron penalmente a Faurisson y al editor de la revista Patrice Boizeau.

El 18 de abril de 1991 la sala penal 17 del tribunal de primera instancia de París condenó a Faurisson y a Patrice Boizeau –redactor responsable de la revista– imponiéndoles una multa que, junto a las costas totalizó 326.832 francos franceses, lo que equivale a la suma de 70.527 dólares estadounidenses con 42 centavos.

La decisión fue confirmada en segunda instancia el 9 de diciembre de 1992 por la Sala 11 de la Corte de Apelaciones de París, quien elevó el monto total de la multa a la suma de 374.045, 50 francos.

Faurisson decidió no recurrir la decisión ante la Corte de Casación francesa, alegando que carecía de los 20.000 francos necesarios para costear la defensa en esa instancia.

Fue así que el 2 de enero del año 1993 denunció al Estado francés ante el Comité de Derechos Humanos por violación a los artículos 19 (libertad de expresión) y 14, párrafo 7 (nom bis i idem) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dando origen así a la comunicación nro. 550/1993.

(12) El texto del dictamen obra en inglés, francés y español. La versión española del mismo puede consultarse en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_comite/faurisson%20v.%20francia.htm

El Comité de Derechos Humanos admitió la acción. Si bien entendió que el accionante no había agotado los recursos internos al no recurrir a casación, dado que sí recurrió Patrice Boizeau y que la sala penal de la Corte de Casación desestimó el 20 de diciembre de 1994 (13), decidió admitir la petición con relación a la violación del artículo 19 del Pacto (14), pero la desestimó en lo tocante a la violación del principio del non bis in idem (15) y la garantía de imparcialidad (16) denunciada por Faurisson.

El Comité entendió que al cuestionar la realidad de la exterminación de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, el autor incita a su lectores a adoptar una conducta antisemita, contraria al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a otros convenios o convenciones internacionales ratificados por Francia. (17) El Estado francés defendió la ley señalando que la disposición contra el negacionismo formaba parte de un grupo de medidas adoptadas para prevenir la discriminación y el antisemitismo (18); alegó asimismo que la norma se fundamenta en la necesidad de garantizar el respeto de la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y mantener la cohesión social y el orden público (19) y, de nuevo, apoyar la lucha contra el antisemitismo (20).

El Comité de Derechos Humanos, por unanimidad, rechazó el reclamo de Faurisson entendiendo que la condena aplicada era consecuencia de una interpretación de la Ley Gayssot aplicando una restricción *lícita y necesaria* a la libertad de expresión.

(13) En ese recurso, la Corte de Casación francesa entendió que los tribunales inferiores habían aplicado correctamente el derecho a los hechos, convalidando asimismo la constitucionalidad del artículo 24 bis de la ley de prensa de 1881, y que el mismo no era contrario al artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

(14) *Ibidem*, párrafo 6.1.

(15) *Ibidem*, párrafo 6.3.

(16) *Ibidem*, párrafo 6.4.

(17) *Ibidem*, párrafo 7.5.

(18) Conf. Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial para el año 1994, Naciones Unidas, Nueva York, 1995, párr. 118, p. 20, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/003/40/PDF/N9500340.pdf?OpenElement>. El citado párrafo dice textualmente: "El Comité se interesó especialmente por el nuevo Código Penal, que acababa de entrar en vigor el 1º de marzo de 1994 y que contenía diversas disposiciones encaminadas a evitar y sancionar los actos racistas y discriminatorios, incluidos los crímenes de lesa humanidad. Se habían tipificado dos nuevas infracciones, es decir, aprovecharse de las personas que se encontraban en situación vulnerable o dependiente para explotar su trabajo, y someter a alguien a condiciones de trabajo o de alojamiento incompatibles con la dignidad humana. Estos y otros cambios se ponían de relieve en una guía sobre la nueva legislación antirracista publicada recientemente, y que recibiría amplia difusión."

(19) Conf. Comité de Derechos Humanos, "Faurisson Vs. Francia", párr. 7.13.

(20) *Ibidem*, párr. 8.8.

Para así concluir, el comenzó señalando que:

“Toda restricción al derecho de libertad de expresión debe satisfacer acumulativamente las condiciones siguientes: debe estar prevista por la ley, debe referirse a alguno de los objetivos previstos en los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 19, y debe ser necesaria para conseguir una finalidad legítima.”

Pienso sin embargo que la decisión del Comité no autoriza a colegir que el organismo hubiere convalidado la Ley Gayssot. Lo entiendo así si se tiene en cuenta el siguiente pasaje del dictamen de mayoría:

“Si bien [el Comité] no pone en duda que la aplicación de las disposiciones de la Ley Gayssot que califican de delito penal el atacar las conclusiones y el veredicto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, pueda conducir en distintas condiciones de las del caso tratado a decisiones o medidas incompatibles con el Pacto, el Comité no es quién para criticar en abstracto las leyes promulgadas por Estados Partes. La tarea del Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo es asegurarse de si se cumplen en las comunicaciones que se le presentan las condiciones de las restricciones impuestas al derecho a la libertad de expresión.” (21)

El dictamen de mayoría del Comité de Derechos Humanos adolece sin embargo de ciertos defectos. Cierto es que la restricción es legal por ser la Ley Gayssot una ley en sentido formal sancionada por el Parlamento Francés. Al margen de su opinabilidad, no encuentro objeciones serias contra la finalidad invocada por el Parlamento de combatir la propaganda antisemita. Pueden estas compartirse o no, pero es una decisión del Congreso. Sí la hay, en cambio, en lo que respecta a la necesidad de la restricción. La necesidad de las restricciones que como tercer requisito estipula para la validez de las restricciones a las libertades un derecho debe ser probada por el Estado y merituada por el órgano decisorio. En el caso, el Comité de Derechos Humanos nada ha merituaado sino tan sólo se contrajo a verificar la legitimidad pero no la necesidad. A mi criterio, la “necesidad” de la medida, exigida como condición de validez de la limitación de las libertades humanas, exige en el caso que la expresión sea deliberadamente falsa para criminalizarse ya que, de lo contrario, estaría inmolándose la libertad de expresión por una medida no autorizada por el Pacto.

(21) *Ibidem*, párr. 9.3.

IV. 3 La Corte de arbitraje Belga convalida la constitucionalidad del delito de negacionismo

Bélgica es, como se vio, uno de los 12 países europeos que tiene una legislación expresa destinada a castigar penalmente el negacionismo. Pero, además de ello, ha sido uno de los pocos en los que esa ley ha resultado avalada también por sus tribunales.

La Corte de Arbitraje convalidó la constitucionalidad de la ley del 23 de marzo de 1995 al rechazar, el 12 de julio de 1996, el pedido de suspensión cautelar de la norma (22).

Los criterios esenciales en los que apoyó su decisión el tribunal han sido los siguientes:

- 1) El artículo 19 de la Constitución belga garantiza la libertad de garantizar las propias opiniones en cualquier materia "salvo la represión de delitos cometidos en uso de tal libertad".
- 2) Correspondía a una "necesidad social imperiosa" la motivación del legislador de prohibir la manifestación de opiniones que de un lado son infamantes y ofensivas para la memoria de las víctimas, de los supervivientes y del propio pueblo judío, y del otro lado porque ofrecen "un terreno para el antisemitismo y el nazismo y constituyen una amenaza en la sociedad democrática en tanto que tienden a la rehabilitación de la ideología nazi" y por lo tanto a la desestabilización de la democracia.
- 3) La prohibición del abuso del derecho contenida en el art. 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos.
- 4) La "iniciativa legislativa se conecta con otras iniciativas análogas recientemente adoptadas y juzgadas como necesarias en varios países de Europa".
- 5) El legislador "puede con razón temer que en ausencia de una ley análoga, Bélgica se convierta en refugio del negacionismo".

Se debe observar que la Corte sostuvo que la ley no se aplica a la investigación científica en general y a la investigación histórica objetiva y científica relativa al genocidio, y que el juez está facultado para "determinar, caso por caso, donde cesa el carácter científico de la

(22) La decisión en francés puede consultarse en *Revue des Droits de l'Homme*, año 1997, Vol. 111, p. 456 y sigtes.

investigación y la apariencia de objetividad de la información”. Agregó asimismo que “dicho poder es necesario en razón de la multiplicidad y sutileza de las formas de las que puede valerse la expresión de tesis negacionistas”.

IV.4 El Tribunal Constitucional Español declara la inconstitucionalidad de del delito de negacionismo

El 16 de noviembre de 1998 el juzgado en lo penal Nro. 3 de Barcelona encontró responsable a Pedro Varela del delito continuado de genocidio previsto en el ya citado art. 607.2 del Cód. Penal Español y lo condenó a la pena de dos años de prisión. Lo encontró también responsable por el delito de provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas tipificado en el art. 510.1 del Cód. Penal y le impuso la pena de tres años de prisión y una multa diaria de 2.000 pesetas durante el lapso de 12 meses.

Recurrida la decisión, la Sección Tercera de la Audiencia provincial de Barcelona planteó una cuestión de constitucionalidad en torno al artículo 607.2 señalando una posible colisión con el derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 20.1 de la Constitución de España considerando que el bien jurídico tutelado por dicha norma no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho la libertad de expresión.

El día 7 de noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional, por mayoría, hace parcialmente lugar al planteo y declara la inconstitucionalidad y nulidad del delito de “negacionismo”, pero confirma la validez del tipo penal del art. 607.2 únicamente en cuanto reprime la “justificación” del genocidio.

Para así decidir, dijo el Tribunal que:

“La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane (...) la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE)” (23).

Apartir de esta sentencia, en España no es delito negar el genocidio, pero sí justificarlo.

(23) *Ibíd.*, Fundamento Jurídico 8, tercer párrafo.

V. ESTADO DE SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

No hay en la República Argentina disposición alguna que tipifique penalmente el negacionismo, ni existe por tanto jurisprudencia a ese respecto.

La única figura que, emparentada con esta clase de delito, se encuentra tipificada penalmente es el delito de incitación al odio racial prevista por los artículos 2 y 3 de la ley antidiscriminatoria 23.592.

El artículo 2 eleva las penas para todos los delitos cometidos con fines discriminatorios o de genocidio. Su texto reza:

“Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.”

Por su parte, el artículo 3 reza:

“Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.”

Los precedentes jurisprudenciales que han girado en torno a estas normas no superan la decena.

Interpretando el alcance de artículo 3 de la ley 23.592, la Cámara Nacional de Casación Penal ha señalado que con esta figura legal “se reprime la mera participación en un grupo de esta clase, entendiéndose por tal la circunstancia de formar parte de este tipo de organizaciones; debe tratarse de una organización, lo cual supone un mínimo de cohesión entre sus miembros para el logro de sus fines, pero sin exigir el tipo penal una especial o determinada estructura para dicha organización. La realización de propaganda consiste en la ejecución de actos destinados a propagar o difundir determinadas ideas o teorías, las que deben referirse a la superioridad de una raza o de un

grupo que pertenezca a una determinada religión u origen étnico (...) El delito se consuma con la sola participación en una organización que tenga esas finalidades o por la realización de propaganda dirigida al logro de esos fines” (24).

La Sala I de la Cámara Federal de San Martín confirmó el procesamiento decretado contra quienes organizaron y participaron en una reunión conmemorativa del aniversario del nacimiento de Adolf Hitler, entendiéndose acreditado que formaban parte de una agrupación basada en teorías de superioridad de raza y les fueron incautados elementos –banderas, remeras, películas y discos compactos con inscripciones de índole nacional socialista– destinados a promover e incentivar la discriminación con fundamento en tal ideología (25).

Asimismo, confirmó el procesamiento en orden al delito previsto en el art. 3 de la ley 23.592 a una persona de cuyo domicilio procede una página web donde se ventilan actos y notas que promueve la ideología nazi, entendiéndose que la publicidad de dicha ideología resulta un medio eficiente como incentivo a terceros sobre actos de discriminación contra toda inmigración no europea, superando el grado de resguardo constitucional previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional (26).

Por su parte, la Sala I de la Cámara Federal Porteña sostuvo que la mera exhibición y venta de obras o fotos con posible contenido discriminatorio, respecto de las cuales no se advierte un patrón único que lleve a pensar que tal colección estuviese inspirada en la promoción de la discriminación, no resulta suficiente para ser considerada típica en los términos de la ley 23.592 (27).

VI. ENCUADRE JURÍDICO DEL CASO

El negacionismo, como toda corriente de pensamiento exteriorizada, configura inequívocamente una forma de expresión. Empero, como se sabe, la libertad de expresión no es absoluta y está sujeta a las leyes reglamentarias.

La mayoría de los tipos penales que describen estas conductas lo hacen como una responsabilidad penal. Esto implica que no prevén la posibilidad de prohibir la difusión del pensamiento, sino que lo conminan con una sanción *una vez difundido*.

(24) Cfr. CNCas. Penal, 12/04/1999, causa Nro. 1856 “Russo, Ricardo y otros s/recurso de casación”, reg. Nro. 2465.2.

(25) Conf. CFSM, sala I, 23/2/2011, “Ay, Federico Ernesto y otros”, La Ley Online.

(26) Conf. CFSM, sala I, 6/5/2010, “Bobbio, Lucas y otros s/inf. ley 23.592”, LA LEY, 2010-C, 580.

(27) CNCrim.Corr.Fed., sala I, 1/3/2006, “M., R.”, LA LEY 2006-D, 209.

Lo primero que hay que observar, como derivación razonada de los criterios expuestos, es que, no podría autorizarse un caso de censura a este tipo de expresiones. Cualquier acto de censura en la materia sería incompatible con el art. 14 de la Constitución Nacional y 13, inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Despejado este interrogante, la pregunta que cuadra formularse es si, aún la conminación de responsabilidad ulterior para quienes difundan la negación del genocidio puede ser una sanción compatible con la libertad de expresión reconocida constitucionalmente en las normas citadas.

Se ha visto ya que la jurisprudencia no está conteste con este punto ya que, mientras el Tribunal Constitucional Español opina que no, buena parte de los tribunales europeos entienden lo contrario.

VII. POSIBLES ESTÁNDARES DE PONDERACIÓN

a) La doctrina de la real malicia

En los casos del negacionismo debe acreditarse que el demandado o querrellado ha expresado una información *tergiversando a sabiendas la verdad histórica*. La versión que se exprese no tiene que ser consecuencia de errores sino de actitudes asumidas deliberadamente por el que la expresa.

La doctrina de la real malicia, acuñada en el año 1964 por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el prolífico voto del juez Brennan, nació como un valladar de protección contra el entorpecimiento del ejercicio de la prensa libre en asuntos de interés público, en el entendimiento de que con ella se garantizaría el debate amplio y deshimbido del que se nutren las democracias constitucionales. Con motivo de la apelación interpuesta por el diario New York Times contra la sentencia de la Suprema Corte del Estado de Alabama confirmatoria de la indemnización de U\$S 500.000 impuesta por los daños y perjuicios presuntamente conferidos al Comisionado de Montgomery L. B. Sullivan a causa de la difusión de una solicitada signada por 60 personas que daba cuenta de las persecuciones raciales por parte de los miembros de la policía Estatal, la Suprema Corte de los Estados Unidos, que decidió conocer el caso por vía del *Writ of Certiorari*, revocó la sentencia del Superior Tribunal estadual formulando un estándar de responsabilidad para los medios de prensa, dando nacimiento así a la célebre doctrina. De conformidad a ella: *Para que "un funcionario público sea indemnizado por razón de una manifestación falsa y difamatoria referente a su conducta como tal (debe probar) que fue hecha con dolo real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con*

una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad." (28) Dicho estándar fue complementado por la Corte en los casos "Garrison v. Louisiana" (1964) (29) en que se extendió su aplicación a las causas penales; en "Curtis Publishing Co. v. Butts and The Associated Press" (1967) (30) donde extendió su alcance a las "figuras públicas" y a particulares involucrados en cuestiones de relevante interés público en "Rosebloom v. Metromedia" (1971). (31)

En nuestra jurisprudencia la doctrina aparece mencionada desde el año 1967 en el dictamen del Procurador General Ramón Lascano en el ya citado caso "Moreno y Timmerman" (32). Pero no adquirió consagración definitiva hasta el año 1996 en la causa "Morales Solá" donde recibió el beneplácito de la mayoría de los jueces del Alto Tribunal. A partir de allí -y aún antes en los votos separados de los miembros del Tribunal y muchos tribunales inferiores- no resulta aventurado afirmar que la real malicia se convirtió en derecho vigente en nuestro país pese a no contar con la aceptación uniforme entre algunos tribunales inferiores.

Conforme a esta doctrina, han de darse tres condiciones para su procedencia (33): a) la existencia de una manifestación difamatoria; b) que la noticia sea *falsa* (34); y c) que haya sido difundida con conocimiento de su falsedad o con una "temeraria despreocupación sobre la veracidad o falsedad de ella". Todos ellos han de darse conjuntamente y -naturalmente- su acreditación está en cabeza del accionante.

Analizando las conductas del tipo penal de negacionismo a la luz de la doctrina de la real malicia, pienso que la criminalización de una persona con motivo de estas disposiciones exige que el estado pruebe: la falsedad de los dichos del imputado; la entidad difamatoria de los mismos y, por sobre todas las cosas, *la intención de difundir la expresión por parte del inculpado para dañar la reputación de las*

(28) El caso fue "New York Times v. Sullivan" 376 U.S. 255 (1964). La transcripción del pronunciamiento en castellano corresponde a la muy precisa traducción hecha por Héctor MAIRAL para la revista Jurisprudencia Argentina en el año 1964 donde puede leerse el fallo completo (Conf. JA. año 1964-V, Sección "Jurisprudencia Extranjera", págs. 3 a 22). En otras traducciones puede leerse "imprudente negligencia". La cuestión no es menor teniendo en cuenta que el factor de atribución variaría del "dolo eventual" o la "culpa grave", de acuerdo a una u otra lectura.

(29) Op. cit., nota 10.

(30) 388 U.S. 130.

(31) 403 U.S. 29.

(32) Fallos: 269:200. Véase las págs. 205 y 206.

(33) Conf. BADENI, GREGORIO, ob. cit., T. I, p. 577, Bs. As., La Ley, 2004.

(34) El autor antes citado consigna "inexactitud", conf., ob. cit., p. 577. Se verá que en nuestro derecho la Corte escinde a las informaciones inexactas en falsas y erróneas y solo sobre las primeras se asienta la responsabilidad.

víctimas o, de no existir ella, el conocimiento o notoria despreocupación de la falsedad de la información que transmite.

De esta forma, quedarían exculpados los que, investigando con honestidad el asunto llegasen a la conclusión sincera –aunque errónea– que les permita afirmar la inexistencia del genocidio en el caso de que se trate. Del mismo modo, quedarían incurso en tal delito los que lo afirman con el único objeto de encubrir la verdad histórica.

b) Doctrina del peligro claro y actual

Un segundo estándar de ponderación de la responsabilidad penal en estos casos podría consistir en atar la validez constitucional de la penalización de estas conductas a aquellas que puedan causar un “daño inminente”.

Aunque este estándar es teóricamente viable, presenta obstáculos difíciles de justificar. La doctrina del peligro claro y actual tiene por objeto confirmar el castigo de aquellas expresiones que únicamente tengan una potencialidad dañosa actual o inminente. Empero, no puede justificarse que el negar un genocidio, por sí sólo, traiga aparejado un peligro de magnitud suficiente como para condicionar la criminalización de tales conductas a un estándar de difícil o imposible concreción en los hechos.

La doctrina de la real malicia es, pues el estándar de ponderación adecuado.

VIII. CONCLUSIONES

Los defensores de la criminalización han sostenido: “[d]icen que los negacionistas expresan una opinión, pero lo que realmente hacen es perpetuar un crimen. Se presentan como librepensadores, como apóstoles de la duda y de la sospecha, pero lo que hacen es concluir una tarea de muerte. Es necesaria una ley contra el negacionismo, porque éste es, en sentido estricto, el estadio supremo del genocidio.” (35)

Negar fundadamente un genocidio no es por esto solo reivindicarlo. Considero que las figuras que criminalizan el delito de genocidio no deberían estar tipificadas penalmente. No obstante, en aquellos países que lo hacen, su tipificación penal no es contraria a la libertad de expresión en tanto y en cuanto se pruebe que la expresión negacionista ha sido difundida a sabiendas de su falsedad o con una temeraria despreocupación acerca de su veracidad o falsedad.



(35) HENRI LÉVY, BERNARD, *¿Son necesarias leyes contra la negación del genocidio?*, diario el mundo.

EL “TÉRMINO DE COMPARACIÓN” DEL “AMPARO FEDERAL”

Por ALBERTO EGÜES

Desde el principio, siempre fue el poder. Desde las cavernas y aún antes, desde el tiempo en que los simios luchaban en busca del agua o el fuego, siempre ha sido el poder. Esa extraña relación por la cual unos hombres mandan y otros les obedecen que identifica al poder, es y ha sido siempre, la característica más determinante de la vida del hombre en sociedad con otros.

Durante miles de años, el ejercicio del poder estuvo determinado por la fuerza física o la astucia de quien -o quienes- lograsen persuadir a los restantes miembros del grupo acerca de su mayor habilidad para mandar o designar a quien lo hiciera en razón de las cualidades “hereditarias” del elegido. Sólo unas pocas ciudades griegas lograron, por un tiempo, sustituir esa forma de elección por el muy igualitario método de echar suertes entre todos. Hasta que una crisis (que siempre las hubo), les hacía volver al modo primitivo y elegir a un “dictador”.

EL “CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO”

Ni los Imperios, ni las Religiones, ni el Renacimiento italiano del siglo XVI lograron superar ese ejercicio del poder basado en la fuerza o la astucia. Las formas de gobierno resultantes de ese ejercicio del poder caracterizó al “constitucionalismo clásico” y, por ese entonces, Macchiavelo las clasificaba como “principados o repúblicas”.

Sólo a partir del “constitucionalismo moderno” de las Revoluciones Francesa y Norteamericana, las formas de gobierno de las sociedades pasaron a expresarse por escrito en un texto fundacional con pretensión normativa que -por semejanza con las descripciones del “constitucionalismo clásico”- también se denomina “Constitución” pese a su muy diferente significado.

El “constitucionalismo clásico” encuentra su expresión paradigmática, en la definición concisa de “*Constitución*” de la primer edición de la Enciclopedia Británica del año 1771, para la cual “*en materia de*

política, significa la forma de gobierno establecida en cualquier país o reino" (1) que, con claridad, no resulta actualmente repetible.

El "constitucionalismo moderno" nace a partir de la transformación del concepto clásico y sociológico de "Constitución", con su elevación a la categoría de norma jurídica escrita con pretensión normativa, que concretó la Constitución Norteamericana de 1787, sobre la base de las descripciones de Locke y Grocio de la forma de gobierno no escrita de Inglaterra y de los tratados internacionales, respectivamente.

La evolución desde un concepto puramente sociológico de "Constitución"; hacia otro de índole racional y normativo de la forma de gobierno descrita en un texto fundacional, no fue sencilla, ni se llevó a cabo en todas las latitudes con el mismo énfasis y alcance como supuso el racionalismo ocurriría.

Hasta ése entonces, la civilización otorgaba cierto valor a la ley escrita para algunos asuntos privados; pero atribuir a un texto escrito un carácter fundacional y normativo respecto de la distribución del poder es algo muy distinto. Subentiende que "alguien" ejerza el poder de juzgar la eventual violación de la norma por los detentadores e imponerles su corrección. Pero hasta qué punto es verdad que ello pueda lograrse y "obligar" a los elegidos por la mayoría a respetar una "constitución normativa" que limita su poder?

Qué grado de verdad tiene afirmar que las "constituciones" funcionan como una balanza mecánica de supermercado o "sistema de pesos y contrapesos" si, en realidad una simple mayoría circunstancial puede cambiar el sistema de medidas o, incluso, dejar de usar una balanza ?

No se trata de enumerar las razones históricas o jurídicas que explican la necesidad de limitar el poder y evitar su concentración. Todavía queda sin respuesta saber, quién y cómo, puede oponerse con eficacia a una mayoría que sólo ejerza la fuerza de su número para imponerse, por contrario a la "Constitución" o a la razón que resulte su proceder.

Si bien el "constitucionalismo moderno" busca evitar aquello que Madison denominaba como la "tiranía de las mayorías", el problema reside en que lograr ese propósito no es un resultado mecánico de la expresión escrita de un conjunto de normas. La felicidad o la risa son un ejemplo evidente. No es posible ordenar a nadie que ría o sea feliz. Si se quiere que alguien ría, es necesario hacer un relato que le haga reír.

(1) Encyclopaedia Britannica, 1771, Tomo II, 273a; citada por DIPPEN, HORST; "Constitucionalismo Moderno", pág 17, Marcial Pons, Madrid, 2009.

El "constitucionalismo moderno" requiere de cierta organización del poder judicial con aptitud de hacer prevalecer una solución constitucional frente a las restantes contingencias del poder.

LAS DISTINTAS ESPECIES DEL "CONSTITUCIONALISMO MODERNO"

Hacia el año 1787 no existía un concepto de "Constitución" en el sentido actual de norma jurídica fundacional y obligatoria. Tampoco se había desarrollado la idea del "*Rechtsstaat*" y, el principio de la "*Rule of law*" sólo tenía cierta expresión consuetudinaria en Inglaterra, a través de algunas acciones procesales denominadas "writs".

Las diferencias de entonces, se reflejaron en las distintas especies y versiones que adquirió el "constitucionalismo moderno" según el área geográfica donde predominan y los principios jurídicos que aplican.

El "constitucionalismo moderno" del "Estado de Derecho" o "*Rechtsstaat*" es aquél que evolucionó en el continente europeo centrado en la idea de la Constitución como un instrumento de organización del Estado que, además, asegura el sometimiento del Estado a la ley y se caracteriza por la aplicación del principio "*ibi ius, ibi remedium*".

El "constitucionalismo moderno" de la "Rule of Law" es aquél cuya forma escrita nació en Norteamérica y evolucionó en los Estados bajo la influencia jurídica inglesa, en los que la "Constitución" acentúa la exigencia de un conjunto de reglas procesales previas a la afectación de los derechos individuales y, en general, se caracterizan por la aplicación del principio "*ibi remedium, ibi ius*" actualmente predominante en las organizaciones internacionales.

Por último, una tercer especie de "constitucionalismo moderno" esta dado por aquél de índole puramente "nominal" o "publicitario" que formalmente invoca la adopción escrita de uno u otro principio del "*rechtsstaat*" o de la "*rule of law*" pero que, en la práctica de sus instituciones sólo remite a las clasificaciones sociológicas del "constitucionalismo clásico" ajenas a su interpretación jurídica. -

El "poder judicial"

Las diferentes especies en que evolucionó el "constitucionalismo moderno" guardan paralelismo con la idea del "poder judicial" que se atribuía a los jueces con anterioridad a las Revoluciones Franco-Norteamericana, y aquél que se les reconoce en la actualidad.

Para el "constitucionalismo clásico" los jueces sólo desempeñaban un rol de "árbitros" de contiendas entre particulares o resultantes del quebrantamiento del orden público establecido, tal como lo reflejan los "juicios" de la literatura clásica o, las palabras de Blackstone en

su "*Commentaries of The Laws of England*" del año 1765 para quien, nadie estaba "*investido de la autoridad necesaria para controlar al Parlamento en el caso que éste promulgara cualquier ley contra la razón...porque situar el poder judicial por encima del legislativo... significaría la subversión de todo el gobierno*" (2).

En el "constitucionalismo moderno" por el contrario, los "jueces" son llamados a desempeñar un rol decisivo en la organización del Estado que resulta de la índole de "norma jurídica obligatoria" que se le atribuye a una "Constitución" escrita, sea esta tributaria de los sistemas de la "rule of law" como del "*rechtsstaat*".

Las diferencias entre esas dos especies en que evolucionó el "constitucionalismo moderno", se advierte ya desde sus fundadores en el continente europeo y en Norteamérica. En el continente europeo donde evolucionó la idea del "*Rechtsstaat*", Montesquieu temía al "terrible poder de juzgar de los jueces" a quienes quería ver como la "mera boca de la ley". En Norteamérica, por el contrario, donde se erigió en paradigma la idea inglesa de la "*rule of law*", Madison consideraba a los jueces como "el poder más débil, pues no tiene la bolsa, ni tiene la espada".

En el constitucionalismo moderno actual, por su parte, señala Sager, "los jueces no son meramente, ni siquiera principalmente, seguidores de instrucciones. Su juicio normativo independiente es esperado y bienvenido. Los jueces establecen una relación de colaboración con las generaciones de constituyentes que participaron en la elaboración del texto constitucional en el momento fundacional o en las sucesivas reformas. No son meros agentes. Esta colaboración tiene una estructura característica: al menos en relación con las cláusulas constitucionales garantes de la libertad, la decisión del constituyente se expresa con un alto nivel de generalidad y abstracción moral. La tarea del juez constitucional consiste en aplicar normas constitucionales muy generales a casos concretos, con la obligación concomitante de generar doctrinas y significados que puedan extenderse a otros casos" (3).

Se expresa así una relación directa y proporcional entre la solidez o debilidad de la organización del poder judicial, con la estabilidad de la misma asociación política que integra. A la inversa de la "debilidad" que le adjudicaba Madison o el "temor" que les prodigaba Montesquieu, pareciera que la construcción de un "poder judicial" sólido, históricamente precedió al éxito y estabilidad de las asociaciones políticas.

(2) BLACKSTONE, WILLIAM; "*Commentaries of the Laws of England*", 4 vols, 13^a ed. London, 1800.I pág. 90.

(3) SAGER, LAWRENCE; "*Juez y Democracia*", pág., 35, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Tal apreciación se traslada a la evolución de Argentina que, al sancionar su Constitución histórica de 1853-1860, buscó construir un sólido "poder judicial" que apoyara a la ley cuyo acatamiento se intentaba establecer. La estabilidad y prosperidad de las décadas subsiguientes, siguieron a ése impulso inicial de respeto a la ley reciente. El paulatino decrecimiento del significado de la ley posterior, corrió paralelo al decaer de su organización política.

En igual sentido lo observa Fukuyama al sostener que los jueces ejercitan "*la esencia de la estatalidad*" consistente, "*en otras palabras, en la aplicación de las leyes: la capacidad última de enviar a alguien con uniforme y pistola para que imponga el cumplimiento de las leyes del Estado*" (4).

LA "UNIDAD DEL PODER JUDICIAL"

La idea de un "poder judicial" sólidamente organizado -que la Constitución histórica argentina adoptó de su homónima norteamericana- exige que se exprese como una interpretación uniforme de la misma ley, cualquiera sea el número de voces que la expresen en el territorio. -

Siendo que la solidez del poder judicial se mide en términos del acatamiento que imponen sus decisiones (Raz (5)) y no por el grado de persuasión que suscitan (Perelman (6)), para que dicho acatamiento efectivamente opere como un "poder" del Estado se requiere que la decisión o interpretación sea sustancialmente "única". No importa cualsea el número de "jueces", "provincias" u "órganos jurisdiccionales" que la expresen.

Esta índole de expresión uniforme del significado de la misma ley, es una condición necesaria para la organización de los jueces como "poder del Estado". Se relaciona tanto con cuestiones de técnica procesal (como los recursos) así como con la efectividad del principio de "igualdad ante la ley".

El principio de "igualdad ante la ley" no sólo requiere que no se niegue a algunos, aquello que se reconoce otros. Además exige que a unos y a otros se les aplique la misma interpretación de la ley que

(4) FUKUYAMA, FRANCIS; "*La Construcción del Estado*", pág. 22, Ediciones B, Barcelona, 2004.

(5) RAZ, J; "*Authority and Justification*"; en "Authority", J. Raz (ed), Oxford, Basil Blackwell, 1990; citado por MORAL SORIANO, LEONOR; "*El Precedente Judicial*", Marcial Pons, Madrid, 2002.

(6) PERELMAN, Ch., "*The Idea of Justice and the Problem of Argument*", 1963, J. Petrie (trad) London, Routledge and Kegan, Paul; citado por MORAL SORIANO, LEONOR; "*El Precedente Judicial*", Marcial Pons, Madrid, 2002.

hubiese decidido hacer prevalecer el superior tribunal de la asociación política.

Contrariamente a lo que supone una inteligencia puramente literal de la teoría de la “separación de poderes”, ni Montesquieu, ni Locke, ni Rousseau, ni nadie en realidad, imaginó jamás que el “poder del Estado” (entendido como una relación de mando y obediencia entre la organización política y quienes la integran), pudiera ser fragmentado hasta la atomización entre miles de “micro poderes” ejercidos por idéntico número de funcionarios o jueces.

Ese efecto de atomización del significado de “la ley” busca ser evitado mediante distintos mecanismos procesales desde “apelación a un órgano superior”, los “plenarios” del derecho continental, o el uso del “*stare decisis*” de los sistemas del “*common law*”. El núcleo de tales mecanismos procesales reside en transformar en unidad normativa, a la pluralidad interpretativa de diferentes legisladores, jueces y justiciables. -

Convertir en “coro” aquello que sólo sería un “griterío”, es el objeto y búsqueda del principio de “igualdad ante la ley”. A su realización tienden los mecanismos procesales que buscan verificar su aplicación en las soluciones singulares en que se concreta el poder estatal. En realidad, ello es lo único que los Estados, y sólo los Estados, pueden hacer: acumular poder legítimo y aplicarlo con determinación para la solución de los conflictos particulares y estadales (7).

La atomización del poder judicial en un conjunto de jueces desvinculados entre sí, debilita el acatamiento que deben imponer sus decisiones y la estabilidad misma de la organización política. Su resultado es la imposibilidad de “prever” la solución particular que culminará recibiendo una futura controversia –que expresará la sentencia– por la cual se concreta la significación del derecho para los individuos.

La arraigada idea según la cual, la sentencia “justa” debería significar una solución “puntual” o “excepcional” respecto de normas genéricas que establecen soluciones diversas, no se verifica para el individuo afectado por su resultado. El justiciable tiende a suponer la existencia de privilegios o prebendas que afectan su confianza en los jueces y en las posibilidades que le asisten de prever el derecho.

Para el individuo, en tanto destinatario del poder estatal que expresan los órganos judiciales, la ley no son las “normas”, ni los “códigos”, ni las “constituciones”, ni los principios jurídicos, sino

(7) FUKUYAMA, FRANCIS; “*La Construcción del Estado*”, pág.177, Ediciones B, Barcelona, 2004.

la solución concreta que se le impone –o que “prevé” se le puede imponer– a través de una “sentencia”.

Para el “constitucionalismo moderno” la sentencia es el medio por el cual el conjunto del “poder judicial” expresa a la organización política que integra y le impone al individuo el acatamiento de la solución que contiene.

Para el individuo, la sentencia es la ley vigente en el Estado que se le impone acatar, y no el texto de ella sancionado por los legisladores o escrito en la Constitución.

Al igual que toda norma escrita, la Constitución expresa ciertos conceptos más o menos genéricos, oscuros o penumbrosos, cuyo significado sólo culmina determinado a través de las sentencias de los jueces organizados como poder judicial que integran la obra del constituyente.

Esa índole de poder judicial único del Estado, es aquél que tuvo en mira Locke y que la Constitución Norteamericana de 1787 elevó a norma jurídica positiva en su artículo III idéntico al art. 108 de la Constitución Argentina.

En ambos textos constitucionales, se trató de organizar “un” poder judicial y no la posibilidad absurda de miles de “poderes judiciales” atomizados en “juzgados”, “jueces” o “funcionarios”.

Así lo advirtió el mismo Tocqueville que, examinando la creación de los tribunales federales norteamericanos, señalaba que *“la mayor dificultad no era saber cómo se iba a constituir el gobierno federal, sino cómo se harían obedecer sus leyes... En el momento en que la constitución federal fue concebida, había ya en los Estados Unidos trece cortes de justicia que juzgaban sin apelación y actualmente son veinticuatro... ¿Cómo admitir que un Estado subsista, cuando sus leyes fundamentales pueden ser interpretadas y aplicadas de veinticuatro maneras diferentes a la vez? Un sistema parecido es tan contrario a la razón como a las lecciones de la experiencia”* (8).

Sostener que sólo corresponde a los tribunales de los Estados locales, aplicar y otorgar el significado de su preferencia a la misma “Constitución, tratados y leyes” que sanciona el legislador federal; equivale a sostener la coexistencia caótica de múltiples interpretaciones de la misma “Constitución, tratados y leyes”, eventualmente opuestas sí, pero igualmente válidas.

Un sistema parecido no sólo se evidencia “contrario a la razón”, sino que nulifica cualquier significado de “la ley” e invita a la desunión.

(8) TOCQUEVILLE, ALEXIS de; *“La Democracia en América”*, Fondo de Cultura Económica de México. San Lorenzo. 2002.

EL “ESTADO FEDERAL” Y LA ORGANIZACIÓN DE LOS JUECES

Al producirse el nacimiento del “constitucionalismo moderno”, tampoco existía la forma de estado federal. Ningún “estado”, “reino”, “feudo” o “ciudad” hasta allí conocido en la historia de la civilización occidental, se había “constituido” u organizado de esa forma.

El “Estado”, en la definición de Locke, era entendido como “cualquier comunidad independiente” que, por añadidura y por el mismo hecho de serlo, ejercía un poder o “señorío” exclusivo sobre el territorio donde se encontraba asentada.

Este “*poder del Estado*” para ser ejercido “*entre Estados*”, se concretaba en las atribuciones que a cada uno de ellos se les reconocía “de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y todas las transacciones con todas las personas y comunidades”. Fue llamado por Locke (9) como “*federativo*” bajo su propia advertencia que tal denominación resultara “aceptable” pues, según dijo, “*con tal que se entienda la sustancia de lo que digo, me resulta indiferente el nombre que se le dé*”. -

Hasta el año 1787, las “federaciones” eran entendidas como una forma de “alianza” entre “Estados”, sin otra expresión que la resultante de los “tratados” de derecho internacional que, transitoriamente, sellaban una circunstancial “unión” entre “ciudades” o “pueblos”.

En tanto que Montesquieu utilizaba en forma indistinta los términos “federal” y “confederal” (10), Portalís en su “Discurso Preliminar” del Código Napoleón, consideró aplicable esas palabras en relación a la división administrativa en provincias que existía en Francia y se diferencia claramente de la idea de constituir una “alianza entre Estados”.

Y dado que la idea misma del “estado federal” no se encontraba desarrollada, tampoco lo estaba la definición del llamado derecho “*federal*” -“*delegado*” o “*supranacional*”- ni un modo particular de organizar los tribunales encargados de su aplicación.

La construcción y modificación del “poder judicial federal”, fue resultado de la evolución legislativa a la cual dio origen el “constitucionalismo moderno”. Pero determinó la efectiva distribución del poder horizontal en el territorio, aún con mayor intensidad que las reglas resultantes de la Constitución escrita.

(9) LOCKE, JOHN; “*Two Treatises of Government*”, (1689) Capítulo XII, párrafo 146, Edit. Peter Laslett, New York, Mentor Books, New American Library, USA, 1965.

(10) MONTESQUIEU, CHARLES; “*El Espíritu de las Leyes*”, (1748) págs. 187-190, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1984.

Así lo evidencian las dificultades históricas para distinguir los alcances del derecho "federal" desde los mismos comienzos de la Suprema Corte Norteamericana. Ellas fueron semejantes a las que debieron superar las organizaciones supranacionales respecto a las normas "delegadas", o la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los tratados de derechos humanos aplicables.

La primer ley de organización de los jueces federales, históricamente fue la norteamericana "*Judiciary Act*" de 1789. Se basó en la práctica procesal inglesa y la redactó Oliver Ellsworth quien había sido convencional constituyente en 1787. Posteriormente presidió la Suprema Corte norteamericana entre los años 1796 y 1800.

La ley fue sancionada *dos años después* que la Constitución norteamericana de 1787. Pero también *dos años antes*, de la incorporación del catálogo de derechos fundamentales que concretaron las Diez Enmiendas o "*Bill of Rights*" de 1791.

Como consecuencia de ello, la "*Judiciary Act*" norteamericana de 1789, no estuvo dirigida a instrumentar la garantía de los derechos fundamentales del individuo, ni para asegurar la uniformidad en la aplicación de la ley que allí resulta del principio "*stare decisis*".

El objetivo de la "*Judiciary Act*" norteamericana de 1789 simplemente fue organizar sus tribunales de modo que contribuyeran a mantener la unidad de la asociación política federativa, sobre la base de aplicar la Constitución y los instrumentos procesales ingleses como el "*writ of hábeas corpus*" que aquella había reconocido.

Señala Chemerinsky que la atribución de la jurisdicción federal en Estados Unidos de Norteamérica deriva del artículo III de su Constitución (semejante al art. 116 de la Constitución Argentina), pero "si bien la existencia de una previsión constitucional resulta necesaria, ella no es suficiente en Estados Unidos de Norteamérica, para considerar que se ha atribuido jurisdicción en razón de la materia ("*subject matter jurisdiction*"). También se requiere de una ley federal formal que "habilite" la jurisdicción de los tribunales federales inferiores definidos según la discreción del Congreso, en tanto que sólo la jurisdicción que ejerce la Suprema Corte norteamericana se considera auto-ejecutable ("*self-executing*") (11).

Al igual de lo que todavía ocurre en la Argentina, durante la vigencia inicial de la "*Judiciary Act*" de 1789, sólo la Suprema Corte norteamericana se consideró habilitada para ejercer la totalidad de la "jurisdicción originaria" que le otorga su Constitución, sin necesidad de una previa reglamentación legislativa.

(11) CHEMERINSKY, ERWIN. "*Federal Jurisdiction*", pág. 260, Fourth Edition. Aspen Publishers. New York. 2003.

En Norteamérica, la atribución legislativa a los tribunales federales inferiores para ejercer su "jurisdicción" no tuvo lugar a través de la "*Judiciary Act*" de 1789, sino que tal facultad les fue negada hasta después de la Guerra Civil que resultó en la reforma judicial norteamericana del año 1875.

En Argentina y pese a las reiteradas rupturas del orden constitucional ocurridas desde su sanción, el legislador sigue apegado a una ley 48, anterior a la reforma judicial norteamericana del año 1875 y basada en restringir a otra del tiempo de la Revolución Francesa.

En Norteamérica y en el mundo, se modifica la ley de organización judicial y se mantiene la Constitución; en Argentina se modifica la Constitución, pero pervive la ley judicial.

LOS ANTECEDENTES ARGENTINOS

La primera ley de organización de la justicia federal de Argentina, fue aquella que sancionó el Congreso de Paraná el 28 de agosto de 1858.

La ley fue elaborada por Juan del Campillo y se convirtió en el antecedente inmediato de las subsiguientes leyes 27 y 48 que lograron ese propósito luego de la Convención constituyente de 1860.

De modo similar a la ley norteamericana, la ley de la Confederación de 1858 reglamentaba un recurso de apelación de las sentencias de los tribunales locales, ante los tribunales federales.

En el debate parlamentario, del Campillo sostuvo que la eventual supresión de dicho recurso anularía "*... la eficacia de los tribunales inferiores federales y enervaba la acción de la soberanía nacional para la oportuna y pronta aplicación de sus leyes. Que aunque la Constitución y leyes obligan a toda autoridad de provincia a seguir el artículo 31 de la Constitución y debe suponerse que éstas cumplirán fielmente con su deber, debemos ponernos en el caso de que suceda lo contrario y entonces es muy preciso que la Nación tenga allí guardianes suyos, propios, centinelas alertas de la inviolabilidad de la carta constitucional, de las hermosas promesas que ella contiene y finalmente de las leyes que el Congreso Nacional hubiera dictado secundando sus propósitos. Si no podemos negar a las justicias de provincia la iniciativa de los procesos en que evidentemente tienen interés legítimo de conocer, no retardemos tampoco la intervención de la justicia nacional en los casos dignos de enmienda. Todos los casos regidos por la Constitución, todos los que se refieren a la propiedad y a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad de la industria (toda, en fin, la declaración de derechos individuales) jamás obtendrán amparo en las cortes de distrito y sólo la obtendrán de la Corte Suprema*

los muy escasos que se resignan a los largos trámites y dilaciones consiguientes. Si estos casos no pertenecen a las cortes de distrito ¿a qué queda reducida su jurisdicción? Se dirá que a las apelaciones que sean negadas por la ley de la provincia a su tribunal superior. Entonces damos a las provincias el derecho de restringir o ampliar a su voluntad la jurisdicción en apelación de las cortes de distrito. Provincias podría haber, que no nieguen apelación de sus jueces inferiores en ningún caso a la cámara de justicia y habrían con esto solo, anulado la jurisdicción en apelación de las cortes de distrito. Si no dejamos apelación a las cortes de distrito de los procedimientos inconstitucionales de los jueces inferiores de provincia, estas cortes harán un papel muy desairado. Para conservar a las soberanías provinciales todos sus derechos y prerrogativas, hasta la jurisdicción concurrente que esta ley les reserva, bastan las apelaciones que les quedan también de los que busquen en la justicia de provincia la reparación de los males hechos por los jueces subalternos, pero ¿cómo quitar a los habitantes de la Confederación el derecho de ampararse bajo su ley suprema, en los casos que ella haya sido violada por esas justicias que no son su hechura, aunque las ha admitido a su concurrencia?" (12).

El razonamiento de del Campillo respecto de los alcances de esa "forma de apelación federal", o "amparo federal" fue en igual sentido considerado por el propio Hamilton (13) y es una práctica habitual del "case law" norteamericano.

En tal sentido, Hamilton mantenía que "el poder judicial de todo gobierno se extiende más allá de sus propias leyes locales o municipales: en materia civil comprende todos los asuntos litigiosos entre partes sometidas a su jurisdicción, aun cuando los motivos de controversia se refieran a las leyes de los puntos más remotos del globo. Las del Japón, no menos que las de Nueva York, pueden suministrar objetos de discusión legal en nuestros tribunales. Si además de esto consideramos a los gobiernos de los estados y al gobierno nacional, como sistemas afines y partes de un mismo todo -según lo son en realidad- debemos concluir que los tribunales de los Estados tendrán una jurisdicción concurrente en todos los casos originados por las leyes de la unión... Aquí surge otra pregunta: ¿Qué relación subsistiría entre los tribunales federales y los de los Estados en estos casos de jurisdicción concurrente? Contesto que seguramente se concederá la apelación de éstos a la Corte Suprema de los Estados Unidos... y a los tribunales federales" (14).

(12) ESPIL, FELIPE; "Justicia Federal: el recurso extraordinario"; págs., 27 a 29, Imprenta de Coni Hnos, Buenos Aires, 1915.

(13) HAMILTON, ALEXANDER. "The Federalist Papers", (1788), Clinton Rossiter, New York. 1961. No. 823.

(14) HAMILTON, "The Federalist Papers", Nro. 82, citado y traducido por GARCIA MEROU, (h); ENRIQUE, "El Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación", pág., 39, Imprenta de Coni Hnos., Buenos Aires, 1915.

La ley de la Confederación de 1858 nunca llegó a aplicarse en razón de los sucesos históricos que culminaron en la Convención “ad hoc” de 1860, pero fue el antecedente directo de la ley 27 sancionada en Octubre de 1862 tras la batalla de “Pavón”.

Si bien la ley 27 era más restrictiva que aquella de la Confederación de 1858, también preveía la posible revisión de las sentencias provinciales por los tribunales federales a través de tres remedios diferenciados:

- a) el recurso de “*apelación a los tribunales federales por materia federal*”, por el cual estos podían conocer “*en grado de apelación de los fallos y resoluciones de los juzgados inferiores de provincia, en los casos regidos por la Constitución y leyes nacionales*” (15);
- b) el recurso de “*apelación o nulidad para ante la Corte Suprema*” en los casos antes mencionados y en todos aquellos en que tuvieran intervención los tribunales federales (16) y,
- c) el recurso de “*apelación a la Corte “por materia local no delegada”* cuando “*en un juzgado de provincia hubiera duda o cuestión sobre si el asunto de que se trata, debe ser regido solamente por las leyes provinciales, y se decidiese en última instancia en ese sentido, el agraviado podrá apelar ante la Corte Suprema*” (17).

Más allá de su “*nomen iuris*” tales recursos de la ley 27 contemplaban la posibilidad de revisar las sentencias provinciales ante los jueces federales de un modo similar al modelo norteamericano.

Sin embargo, los recursos procesales ante los tribunales federales que preveía la ley 27, fueron “*corregidos*” por la subsiguiente ley 48 sancionada a propuesta de la primer Corte Suprema de Justicia que, a continuación, los interpretó “*derogados*” por esta última.

(15) Art. 21 ley 27: “*Puede conocer en grado de apelación de los fallos y resoluciones de los juzgados inferiores de provincia, en los casos regidos por la Constitución y leyes nacionales, siempre que el agraviado no prefiera concurrir al juzgado o tribunal superior de provincia*”.

(16) Art.22 ley 27: “*En todas las causas mencionadas en los dos artículos precedentes, habrá los ordinarios recursos de apelación o nulidad para ante la Corte Suprema*”. Art.20, ley 27: “*Los juzgados de sección conocen en primera instancia, de todas las causas que se expresan en el art. 100 de la Constitución, sin incluir en ellas las exceptuadas en el art. 101 de la misma Constitución, de las contencioso administrativas y demás que interesen al fisco nacional, mas en las de contrabando, lo harán, por ahora, tanto en el territorio de la provincia de Buenos Aires cuanto en el resto de la República, ajustándose a las respectivas leyes y disposiciones dictadas y vigentes en ellas*”.

(17) Art.23, ley 27.

Desde ése entonces (1863) la jurisdicción constitucional federal que resulta de los arts. 116 y sgtes. de la Constitución Argentina se encuentra confinada, exclusivamente, al ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para la ley 48 y las leyes que le siguieron, sólo la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce en Argentina el "poder judicial federal".

En un camino inverso al seguido entonces por los norteamericanos y, actualmente por España y la Unión Europea, las leyes de organización judicial de 1863 transformaron la vocación de obligatoriedad de la Constitución Argentina en una cuestión casi poética.

El Estado y los gobernantes pueden cumplir la Constitución o dejar de hacerlo, sin que los individuos tengan medios para exigirlo o impedirlo.

El principio de igualdad entre el Estado y los individuos -esencial al principio de la "*rule of law*" que la Constitución adoptó en su art. 16- en Argentina fue apreciado como un error "*gravísimo*" cuya aplicación, se dijo "*vendría a romper el equilibrio*" de poderes (18).

Parfraseando a Blackstone y en palabras del diputado Obligado (19) de aquellas jornadas de 1863, se tenía temor "*a la dictadura del poder judicial sobre los demás del Estado*" y así lo culminó expresando la ley 48 sancionada entonces.

Salvo por los esfuerzos de las composiciones ulteriores de la Corte Suprema de Justicia por dotar a la organización judicial de algunos recursos para la protección de los derechos fundamentales, el legislador argentino ha mantenido inalterados los lineamientos de 1863.

Fue la Corte Suprema quien a comienzos del siglo pasado creó la doctrina de la "arbitrariedad de sentencia", como también fue el Alto Tribunal quien creó la "acción de amparo" que, casi de inmediato, el legislador redujo a una mínima expresión a través de la ley 16.986.

Sostenemos que esa situación resultó modificada con la incorporación en 1994 del nuevo art. 43 de la Constitución Argentina.

EL "AMPARO FEDERAL" DEL ART. 43 CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La más trascendente de las reformas de la Constitución Argentina de 1994 ha sido la incorporación del actual art. 43 por el cual, por

(18) ELIZALDE, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 31 de Julio de 1863, pág., 304.

(19) OBLIGADO, D.A.C, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación del 5 de Agosto de 1863, pág., 319.

primera vez, el constituyente diseñó tres acciones procesales federales para hacer efectiva la solución federativa en todo el ámbito territorial del Estado: a) el "hábeas corpus federal"; b) el "hábeas data federal" y c) la acción de "amparo federal".

Las tres nuevas acciones federales tienen características comunes que las diferencian de aquellas del mismo nombre, antes sancionadas por los legisladores locales como las históricas leyes nacionales 16.986 y 23.098.

Aquello que a continuación se dice en relación a la una, es sustancialmente de aplicación a la otra, y se tratan en conjunto en orden a evitar repeticiones innecesarias.

Desde el mismo instante en que se expresan, las normas jurídicas se independizan de la voluntad de su autor, para adquirir una trascendencia propia a cada una de ellas y ajena a la voluntad de sus creadores.

Quizás por la familiaridad del lenguaje utilizado por el constituyente en la redacción del nuevo art. 43 de la Constitución Argentina, la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994 tendió a subestimar los alcances de las nuevas "acciones federales" que homologó con los términos y estándares utilizados por las anteriores normas legislativas (20).

No compartimos ese criterio que, implícitamente desluce el valor de la norma y viene a colocarla en contradicción con el art. 7º de la misma Constitución conforme al cual, corresponde a cada provincia darse las respectivas leyes de procedimiento.

Y no cabe dudar en tal sentido, que el nuevo art. 43 de la Constitución Argentina se refiere a acciones o procedimientos judiciales federales de garantía de los derechos fundamentales bajo sus especies de "amparo", "hábeas corpus" y "hábeas data".

Consecuentemente y dado que se trata de "acciones" o "procedimientos judiciales" federales aplicables en todo el territorio del Estado federal, los mismos deben diferenciarse de aquellos procedimientos judiciales locales que con, similar denominación, podrían sancionar las provincias respecto a los territorios bajo su jurisdicción conforme lo previsto en el art. 7º de la Constitución Argentina.

(20) No compartimos el criterio interpretativo según el cual "subsiste la vigencia de los recaudos de admisibilidad de la acción de amparo establecidos por la ley 16.986" de CNCiv., y Com. Fed. Sala I ("*Soñez*" del 22/12/1994; "*Ositiansky*", del 26/10/95, "*Toscano*" y "*Ruiz de Arechavaleta*", ambas del 22/12/1995, "*Aydin*", del 22/5/96 y "*Asociación Bancaria*", del 11/10/96) y Sala III ("*Ortiz Almonacid*", del 22/4/97; "*Gómez Pellón*", 8/8/00).

A diferencia de la Constitución Norteamericana de 1787, la histórica Constitución Argentina de 1853-1860 no contemplaba ninguna "acción" o "procedimiento judicial" de índole federal. Es más, ni siquiera mencionaba explícitamente al "hábeas corpus" en el que, históricamente, se encuentra la esencia judicial del federalismo.

Cabe considerar entonces que la incorporación de las nuevas acciones federales del art. 43 de la Constitución Argentina, guardó estricto nexo causal con la voluntad de cumplir con las normas internacionales a las que se encuentra obligada Argentina y le imponen tal proceder.

Las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino le imponen a éste último y no a las provincias que lo integran, la obligación de instrumentar un "recurso sencillo" de protección de los derechos fundamentales.

Así lo establece el art. 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (21) en su primera parte en cuanto dice que: "*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales*". Lo propio hace el art. 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto también declara que: "*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*". Lo mismo el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos Humanos reconoció que: "*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*".

El conjunto de las tres normas internacionales señalado (*las dos "Declaraciones" de Derechos Humanos y la Convención Interamericana*) se encuentra construido a partir del catálogo de derechos y la prohibición de discriminar del derecho norteamericano. Las tres contemplan conjuntos similares de "derechos fundamentales" que deben ser objeto del "amparo" o del "procedimiento judicial" que los Estados signatarios se obligan a establecer en todo su territorio.

(21) La Convención Interamericana de Derechos Humanos fue suscrita por la mayoría de los Estados latino-americanos en Noviembre de 1969 y entró en vigor para ellos en Julio de 1978. Sin embargo y dado que la Argentina sólo la firmó y ratificó en 1984, esta última fecha es la que hemos preferido precisar.

Tales "derechos fundamentales" se encuentran expresados en diferentes conjuntos de "normas" a las que alude cada tratado en particular.

El art. 18 de la Declaración Americana sólo comprende a "*los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*" en cada Estado. El art. 8 de la Declaración Universal se extiende a los "*reconocidos por la constitución o por la ley*". El art. 25 de la Convención Interamericana abarcó convencionalmente a todos aquellos "*reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*".

Por su parte, el nuevo art. 43 de la Constitución Argentina no utilizó la calificación de "derechos fundamentales" que también se utiliza en España y otros Estados europeos. Con una amplitud que abarca a los anteriores, la Constitución Argentina alude a los "derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

La obligación de instrumentar dicha índole de "procedimiento judicial" de "amparo de los derechos fundamentales", no comprende a la totalidad de los derechos individuales que las provincias reconozcan a sus habitantes. Se trata que los jueces del Estado federal otorguen "amparo" a un conjunto esencial de derechos individuales, designados por la misma Constitución que las provincias federadas se obligaron a respetar.

La carga de las provincias es respetar la Constitución que establece ese conjunto esencial de derechos individuales. La obligación del Estado Argentino es hacer que sus provincias federadas hagan efectivo el respeto de ese conjunto de derechos individuales al cual se obligaron. Pero como no le sería posible hacerlo directamente, lo obtiene indirectamente, otorgando el amparo judicial del Estado federal a los individuos, a quienes las provincias les hubiesen desconocido alguno de sus derechos esenciales previstos en la Constitución.

Las normas internacionales no imponen una forma específica de "procedimiento" o "recurso" por el cual, el Estado central haga efectiva esa protección de los derechos del individuo en todo su territorio. Basta que reúna las características de "sencillo", "breve", "rápido" y "efectivo", de las cuales carece, a todas luces, el "recurso extraordinario federal" de la ley argentina 48.

Por el contrario, el recurso extraordinario federal:

- a) no es "un recurso sencillo", por amplio que sea el criterio para categorizar a la "sencillez" requerida por la norma;
- b) ni "rápido", siendo que sólo se permite su interposición respecto de la "sentencia definitiva del superior tribunal de provincia" a la cual usualmente se arriba luego de varios años o lustros de litigación;

- c) ni "breve" sea que con ello se aluda a su extensión gramatical o al tiempo que demora su decisión;
- d) ni "efectivo" siendo que la decisión de la Corte Suprema requiere ser acatada por las autoridades provinciales.

Por otra parte el recurso extraordinario de la ley 48 de 1863, nunca tuvo por objeto la garantía de los derechos fundamentales, sino la preservación de los vínculos federativos entre los Estados.

EL "AMPARO NACIONAL" Y EL "AMPARO FEDERAL"

Las leyes argentinas de procedimiento judicial se encuentran estructuradas sobre el molde de organización judicial de los estados centralizados del continente europeo. En ellas rige la idea de "casar" las decisiones de los jueces inferiores mediante tribunales de "apelaciones" a los cuales se puede recurrir para asegurar la corrección de la decisión.

Esta forma de organización jurisdiccional es propia de los Estados primarios. Subentiende que todos los jueces integran una misma asociación política, cuyo derecho aplican en forma uniforme en todo el territorio.

Tal conclusión no es válida en los Estados federales o supranacionales en que dos o más jueces "compiten" en un mismo territorio y responden a diferentes órganos judiciales superiores.

Si bien en el Estado primario se supone siempre unívoca la solución de las disputas; en el Estado federal o supranacional tales soluciones pueden ser distintas, según que la ley que apliquen también sea distinta. Extensivamente, en Argentina se estipuló que no obstante tratarse de la misma "ley común", las soluciones podrían ser distintas. Pero sólo si se respetan los derechos y garantías de la Constitución.

En tanto que los "recursos de apelación" son una cuestión de técnica procesal local de los Estados que integran una asociación política, los procedimientos federales de garantía de los derechos fundamentales expresan una cuestión de poder (22).

Esto es: hacer prevalecer respecto de una cuestión concreta, la solución federativa prevista en las normas de la federación, por sobre las normas y autoridades locales de los Estados que la integran.

Tales procedimientos federales de garantía buscan suplir los defectos de los Estados locales en su organización de justicia, que

(22) LITTLE, LAURA E.; *Federal Courts*, pág. 3, Aspen Publisher, 2007, New York, USA.

comporten una violación de los derechos fundamentales que el Estado federal se obligó a cumplir.

Si bien es cierto que siempre puede justificarse la adopción de soluciones procesales “específicas” (como la “índole” del asunto o la “amplitud” de las facultades judiciales), es esencial a la idea de Constitución que ninguna decisión –judicial, legislativa o administrativa– pueda alzarse contra los derechos fundamentales que el Estado federal asegura a todas las personas.

No se trata de proteger sólo a los que menos tienen, ni tampoco de castigar a aquellos que han sido más favorecidos. Tanto los unos como los otros, los ricos y los pobres, los funcionarios y quienes no lo son, todos tienen derecho a que se les respete con igual extensión su dignidad humana, cualquiera sea el lugar del Estado en que elijan vivir.

A nuestro entender ese fue el sentido último de la Corte Suprema de Justicia al crear la “acción de amparo”, que la ley de facto 16.986 restringió al ámbito territorial “nacional” y de sus autoridades.

Así lo destacaba Fiorini señalando que para la ley 16.986 “los derechos humanos sólo rigen en las tierras del Polo y en Ciudad de Buenos Aires”.

De allí que corresponda individualizar como “nacional” a la acción de amparo de la ley 16.986, frente a la índole “federal” de las acciones de garantía de los derechos fundamentales del art. 43 de la Constitución Argentina.

Se trata de dos acciones sustancialmente distintas (23). En tanto la histórica acción “nacional” de amparo se encuentra restringida a los actos de las autoridades nacionales o en territorio nacional; las nuevas acciones federales resultan operativas en todo el territorio del Estado federal y contra los actos de toda índole de autoridades: nacionales, provinciales o federales.

A diferencia de la acción nacional de amparo, las nuevas acciones federales de garantía de los derechos fundamentales comportan una superación de las históricas leyes de organización judicial que limitaban al ámbito de la Corte Suprema, la tutela de los “derechos y garantías” que el Estado se obligó a hacer prevalecer en todos los ámbitos de la federación y respecto de toda índole de autoridades.

(23) La homologación del “amparo nacional” de la ley 16986 con la nueva acción de “amparo federal” resultante del art. 43 de la Constitución Nacional que criticamos, también se reflejó por la más autorizada doctrina. *“Reflexiones sobre el activismo judicial legítimo (a los cincuenta años de la creación jurisprudencial del amparo federal)”*, SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, ED 225:1022.

A diferencia de las históricas acciones "nacionales" de amparo y hábeas corpus; las nuevas acciones "federales" de garantía de los derechos, no pueden ser restringidas por el legislador ordinario en tanto resultan de la Constitución misma. El legislador ordinario está obligado a conformarse a la decisión del constituyente y no puede desconocerla.

Por otro lado, la ley de "amparo nacional" se limita a los "derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución Nacional", a diferencia de la acción de "amparo federal" que también comprende a aquellos otros "derechos fundamentales" reconocidos en "un tratado o una ley".

Lo propio ocurre con la ley de "hábeas corpus nacional" 23.098 que requiere de un acto u omisión de autoridad pública que limite o amenace la libertad ambulatoria. La nueva acción de "hábeas corpus federal" no distingue respecto del origen de la limitación u amenaza, sino que comprende a toda índole de restricciones sea que emanen de autoridades públicas, de actos de particulares o de la actuación conjunta de ambos (24).

EL "JUICIO DE LOS JUICIOS"

El nuevo art. 43 de la Constitución Argentina comprende no sólo a los "derechos" sino que también designa a las "garantías" que, por definición, son los medios procesales tendientes a proteger y hacer efectivos los derechos sustanciales (25).

Toda la doctrina coincide en que las "garantías" son medios técnicos, que se expresan en diversas formas instrumentales entre los que se encuentran los "procedimientos judiciales".

En esa idea de un "procedimiento judicial previo" al desapoderamiento de los bienes o los derechos contenido en el párrafo 39 de la Carta Magna inglesa del año 1215, se ha dicho reside la "esencia misma de la civilización occidental" (26).

A partir de ella se edificó el principio de la "rule of law" del derecho inglés (27), adoptada por los constituyentes norteamericanos

(24) Así puede ocurrir si la privación u amenaza de la libertad ambulatoria resulta de la acción conjunta de particulares y de autoridades sanitarias o judiciales resultante de la internación de pacientes psiquiátricos por un tiempo mayor del necesario a su simple revisión médica. Conc: Corte Suprema de Justicia, "Tufano RA s/Internación", 27 Diciembre 2005, Fallos 328:4832.

(25) La expresión "garantías" también se encuentra en la ley nacional 16.986.

(26) HUNTINGTON, SAMUEL; "The West unique, not universal", Foreign Affairs, Noviembre 1996, pág. 29, Washington.

(27) JENNINGS, WILLIAM IVOR, "The Queen's Government", Hardmondsworth, 1954, citado por de PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS; "Rule of Law o Estado de Derecho", pág.18, Marcial Pons, Madrid, 2003.

con la expresión “debido proceso” y por el art. 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos mediante la expresión “debidas garantías”.

Así también lo afirmó el Hamilton en la Asamblea de Nueva York de 1787 al sostener enfáticamente que “las palabras “debido proceso” tienen un preciso significado técnico y son sólo aplicables al proceso o procedimientos ante las cortes de justicia” (28).

De modo tal que no existe ninguna razón para retacear el significado del art. 43 de la Constitución Nacional para tratar de homologarla a la histórica ley nacional 16.986.

Su interpretación debe hacerse siguiendo un criterio gramatical según el significado internacional usual de las palabras utilizadas por el constituyente para describir el recurso como garantía de los “derechos y garantías”.

No puede –ni debe– suponerse la inconsecuencia del constituyente. La expresión “garantías” del art. 43 de la Constitución Argentina comprende a los “procedimientos judiciales” cuya reglamentación corresponde a las provincias determinar pero “*de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías*” de su art. 5º.

Si bien las provincias argentinas son enteramente autónomas para reglamentar los procedimientos judiciales en su territorio, éstos deben adecuarse a las reglas procesales que integran los “derechos fundamentales” reconocidos en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos a cuyo cumplimiento se obligó el Estado Argentino.

Se trata de una forma de “*recurso sencillo y rápido de garantía de los derechos fundamentales*” a los que aluden por igual, los arts. 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos así como el 8º de la Declaración Universal y 18 de la Declaración Americana de Derechos Humanos (29).

A diferencia del “amparo nacional” que rechaza su interposición cuando “*el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial*”, la nueva acción de “amparo federal” no formula distinción alguna por lo que debe entenderse como una especie de “*juicio de los juicios*”.

En este sentido de “juicio de los juicios”, el “amparo federal” argentino se asimila al “amparo español” previsto en la Constitución

(28) BERGER, RAOUL; “*Government by Judiciary*”, pág. 222, Liberty Fund, Indianapolis, 1997.

(29) A este último art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aludió la Corte Suprema de Justicia en su creación jurisprudencial del amparo, “*Samuel Kot*”, Fallos 241:291.

de España de 1978, con la diferencia que allí "no alcanza a los derechos reconocidos en otras normas y, singularmente, en los tratados internacionales ratificados por España y en el derecho comunitario europeo" (30), como ocurre en Argentina en razón de la decisión constituyente.

Similar criterio también parece haber sido el sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso aislado en el cual admitió -en el año 2007- una "acción de amparo" contra actos jurisdiccionales (31).

Fue también el criterio implícito en la creación jurisprudencial, del "recurso extraordinario por arbitrariedad manifiesta" respecto de las sentencias "desprovistas de todo apoyo legal". En igual sentido, tanto Bidart Campos (32) como Carrió (33), sostenían la admisibilidad del amparo contra actos judiciales viciosos que, por su procedimiento o su contenido, violasen el "debido proceso" adjetivo. La misma idea resulta actualmente aplicable a los pronunciamientos que violenten el principio de igualdad en la aplicación de la ley o el sometimiento del Estado a la ley.

El legislador ordinario nunca creó los "tribunales constitucionales" que el art. 116 de la Constitución Argentina le mandaba organizar sino que los organizó como "tribunales legislativos" de jurisdicción restringida.

El constituyente reformador suplió la indolencia del legislador pues, al basar las nuevas acciones de "garantía federal" en la actuación de "jueces" de igual índole, les atribuyó jurisdicción originaria directa e inmediata para su decisión, sin necesidad de reglamentación legislativa.

Al igual que en los inicios de la Suprema Corte norteamericana, los "jueces" aludidos en el art. 43 de la Constitución Argentina se encuentran llamados a ejercer una jurisdicción directa e inmediata ("*self-executing*") para resolver las acciones de garantía federal.

(30) FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN; "El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional", pag. 23, Marcial Pons, Madrid, 1994.

(31) Corte Suprema de Justicia, "Castagnino, Osvaldo c/Anses", 25 de Setiembre de 2007, Fallos 330:4267. Pese a la severa advertencia que en su dictamen formuló el Procurador General de la Nación en el sentido que por "la avanzada edad del actor y al desenvolvimiento natural de los hechos", corría "serio riesgo su posibilidad de percibir la totalidad de los créditos que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de cosa juzgada que se vería fatalmente afectado si ello efectivamente sucediera", el jubilado falleció dos años después sin haber percibido el monto que la Corte Suprema ordenara pagarle "en 30 días".

(32) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Régimen Legal del Amparo", pág. 266; citado por Sagües, Néstor "Acción de Amparo", pág., 213, Astrea, Buenos Aires, 1991.

(33) CARRIÓ, GENARO, "Recurso de Amparo", pág. 211, citado por Sagües, Néstor "Acción de Amparo", pág. 213, Astrea, Buenos Aires, 1991.

Coadyuva a esa interpretación la índole "expedita" que el constituyente le otorgara a las nuevas acciones federales. Su significado no alude a la "rapidez" del trámite, ni a su eficacia "expeditiva" que utilizaba la jurisprudencia anterior. La condición de "expedita" refiere a la característica "libre, desembarazada de todo trámite" que reafirma su índole operativa, sin necesidad de reglamentación legislativa previa.

EL "TÉRMINO DE COMPARACIÓN" DEL "AMPARO FEDERAL"

La dificultad más inquietante de las acciones de "garantía federal" contra actos judiciales que violen las reglas del "debido proceso" o la "igualdad ante la ley", no resulta tanto de la instrumentación de ése remedio procesal sino del "término de comparación" que se debería seguir para resolver su admisión o rechazo.

Toda vez que las normas jurídicas nunca pueden entenderse en un sentido único de interpretación ello conduce a que su aplicación, tampoco resulte totalmente determinada sino sujeta a una diversidad de contenidos posibles que le pueden atribuir los encargados de su aplicación.

Ese efecto propio de la interpretación y aplicación judicial de principios jurídicos abstractos a situaciones fácticas concretas, entraña dos posibilidades por igual lesivas para la Constitución y los derechos fundamentales:

- a) que la sentencia se encuentre "desprovista de todo apoyo legal" (34) o tenga por resultado el desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución y los tratados, o bien;
- b) que no obstante expresar una interpretación y aplicación posible del derecho vigente, el acto vulnere la "igualdad ante la ley" o "no discriminación" que resulta de la Constitución, los tratados y la ley.

Si bien ambas especies de "amparo federal" parecieran asemejarse, en realidad, ambas expresan dos formas distintas para verificar su admisibilidad.

Ambas formas de "amparo federal" se asimilan en cuanto entrañan por igual la necesidad de comparar y, eventualmente, realizar un "juicio del juicio" ora para establecer:

(34) Corte Suprema de Justicia, "Rey c/Rocha", 2 de diciembre de 1909, Fallos 112:384.

- a.1) si el procedimiento y la solución que expresa la sentencia, ha vulnerado al conjunto de derechos y garantías que integran el "debido proceso" según el alcance y significado que les otorga la Corte Suprema, ora;
- b.1) si la diferencia que expresa un acto cuestionado, resulta compatible con el principio de "igualdad ante la ley" y "no discriminación" resultante de los tratados de derechos humanos, considerado en "términos de comparación" con otros actos válidos o no cuestionados.

El primer supuesto de "amparo federal" entraña la necesidad de realizar un "test de razonabilidad" del tipo que realiza la Corte Suprema en el recurso extraordinario "por arbitrariedad manifiesta" frente a sentencias "desprovistas de todo sustento legal" y no ofrece mayor dificultad. Argentina cuenta en esta materia con la abundante jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema que, con alivio del Tribunal, podría el juez del "amparo federal" a los fines de "descalificar" esa índole de pronunciamientos. A esta misma especie de test, recurre "cada vez con más frecuencia" (35) el Tribunal Constitucional de España en la admisión del "amparo español".

El segundo supuesto entraña resolver si el acto cuestionado se encuentra sustentado en el uso de un criterio de distinción contrario al principio de "no discriminación" como resultado objetivo de su aplicación, resulte contrario a la "igualdad ante la ley" en "términos de comparación" con otros individuos -de rasgos comunes- con quienes se establezca una diferencia apreciable de trato. En Argentina no existe abundante experiencia práctica en éste criterio de "no discriminación", en el cual se basan los tratados de derechos humanos y legislativamente recogió la ley 23592.

En tal sentido, señala Gavara de Cara que, *"en definitiva, la igualdad es un concepto relacional, ya que para poder hablar de una diferencia de trato debe existir un término de comparación, es decir se requiere un sujeto activo destinatario del principio de igualdad"* (el juez, el legislador) *"que haya adoptado decisiones o acciones que impliquen un tratamiento que produzca una diferencia entre dos o más personas, grupos o cosas de similares o comunes rasgos o características"* (36).

(35) DE BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ CARLOS "El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades", pág., 61, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

(36) GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad", pág., 36, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Navarra, 2005.

En los casos de “arbitrariedad e ilegalidad” se trata de comparar el significado otorgado a las mismas normas (Constitución, tratado y ley) por diferentes órganos (juez, legislador) uno de los cuales, necesariamente deben ser los precedentes de la Corte Suprema que expresan el “*tertium comparationis*”.

En los casos de “discriminación”, por su parte, se trata de comparar el resultado efectivo del acto cuestionado según estándares de “igualdad jurídica” y “no discriminación” reconocidos, respecto de otro que se erige como válido al que se denomina “*tertium comparationis*”.

Desde este enfoque la admisibilidad de la acción de amparo federal “*contra cualquier forma de discriminación*” debe sustentarse en el resultado violatorio de la “igualdad ante la ley”, que se evidencie respecto de otro individuo o grupo de individuos de similares características y se erija como “*tertium comparationis*”. Así procedió la Corte Suprema de Justicia al resolver los precedentes “Alvarez” y “Pellicori” haciendo aplicación de la ley 23592 en el ámbito de derecho laboral privado (37).

En igual sentido, anota Ollero que “*la discriminación se enmarca directamente en el ámbito de la igualdad y lleva consigo una dimensión radicalmente comparativa con el resto de los destinatarios de la norma*”. El derecho a un trato igual en relación a otros ciudadanos, se convierte en el derecho a un trato uniforme ya que “*sólo respetando esta regla, la ley es verdaderamente igual para todos*” (38).

Para realizar la tarea concerniente a ambas especies del “amparo federal”, la Argentina cuenta con la variedad y extensión de los precedentes elaborados por su Corte Suprema. Tales precedentes dan a conocer el significado histórico otorgado a la gran mayoría de los derechos y garantías susceptibles de las acciones federales del art. 43 de la Constitución Argentina. Sólo se requiere que los restantes tribunales comprendan la necesidad de aplicarlos lealmente en beneficio del conjunto. Así lo sostuvo la Corte Suprema en sus primeros fallos, señalando que “*la interpretación de la Suprema Corte, como Poder encargado de fallar, en definitiva, las cuestiones constitucionales, y mantener inalterable su espíritu, es final y decisiva... Pero una vez conocida la conciencia y la opinión de los jueces, la presunción natural es que sus fallos subsiguientes serán conformes con el primero; y es por esto que en los Estados Unidos, donde se tributa gran respeto a la máxima stare decisis, basta generalmente una sentencia para*

(37) Corte Suprema de Justicia, “Alvarez, Maximiliano c/Cencosud SA s/acción de amparo”, 7 de Diciembre de 2010, (A.1023.XLIII, aun no publicado en la colección de Fallos). En igual sentido “Pellicori, Liliana c/Colegio Público de Abogados s/amparo” 15 de Noviembre de 2011, aún no publicado en colección de Fallos

(38) Sentencia Tribunal Constitucional de España 125/1986

que se tenga por resuelto el punto cuestionado. Pueden provocarse nuevos debates y nuevas resoluciones, porque la Corte no decide sino casos particulares; pero si se quiere prevenir eficazmente los efectos de la interpretación hecha, y establecer una regla o principio contrario, que obligue aun a la Corte misma, no hay otro medio que la enmienda de la cláusula interpretada" (39).

Idénticamente en el precedente "*García Rams y Herrera*" destacó que "*la institución de un tribunal al que le es encomendada como función exclusivamente propia de él la decisión final de las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, importa atribuir a la interpretación que este Tribunal haga de ella una autoridad que no es sólo moral, sino institucional, es decir, que el orden de las instituciones de que se trata reposa sobre ella. Y es patente que lo perturban los tribunales inferiores que prescinden pura y simplemente de aquélla, sin pretender que la singularidad del caso haga inaplicable lo decidido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, ni intenten reabrir, en recto ejercicio de la libertad de juicio que es, en principio, propia de los jueces, la dilucidación del punto sobre el que dicha jurisprudencia se pronuncia"* (40). En igual sentido, se viene sosteniendo con frecuencia que "importa una decisiva carencia de fundamentación que vicia a la sentencia como acto jurisdiccional" válido aquella que "se aparta palmariamente de la jurisprudencia" del Alto Tribunal mediante una "ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial de la Corte aplicable al caso" (41).

EL DERECHO COMPARADO

Si algo caracterizó a la realidad jurídica Argentina del pasado siglo XX es que su Constitución y sus leyes, parecieron tener la riqueza interpretativa de los poemas ante la ausencia de remedios procesales eficaces que permitieran hacer prevalecer la solución jurídica prevista en el pacto federativo.

Leyes, decretos, jueces, impuestos, normas constitucionales y electorales, todo es sancionado como una "emergencia" y rige "de facto" (42).

(39) Corte Suprema de Justicia, "*Avegno, José Leonardo c. Provincia de Buenos Aires*", 11 de abril de 1874, Fallos, 14:425.

(40) Corte Suprema de Justicia, "*García Rams y Herrera*", 3 de noviembre de 1948, Fallos, 212:251.

(41) Corte Suprema de Justicia, "*Gaifer c/Compañía de Seguros*", 21 de Junio de 2002, Fallos 325:1515.

(42) BADENI, GREGORIO; "*¿Un Retorno a la doctrina de los Funcionarios de Facto?*"; ED 223:101, comentario al fallo "*Rosza, Carlos s/Recurso de Hecho*" Corte Suprema de Justicia, 23 Mayo de 2007, Fallos 330:2361

La ausencia de un verdadero “poder judicial federal”, reconocido como tal y dotado de los instrumentos idóneos para hacer prevalecer la vigencia de ciertos “derechos fundamentales”, ha deteriorado el respeto por “la ley” que como en tiempos de la colonia: *“se obedece pero no se cumple”*.

La tarea de determinar el significado de la “ley” en términos de comparación para todo el Estado, sólo puede recaer en un único órgano judicial habilitado por la Constitución para hacerlo, como es la Corte Suprema. Pero ello no significa confinar a ese único Tribunal la tarea de solucionar todos los pleitos, ni tampoco librar al acaso y la arbitrariedad la solución de aquellos no trascendentes.

El derecho es antropocéntrico. Para los hombres al igual que para la Constitución, no existen los derechos “pequeños” pues, aquello que para algunos podría serlo, quizás para otros resume todo el significado de su vida. Y tanto unos como otros, merecen igual respeto conforme a la igual dignidad de todos los seres humanos.

No existirá “igualdad”, ni “poder judicial”, mientras los derechos y garantías constitucionales sean meras palabras alejadas del individuo común y de a pie, que debe resignarse a lo que cree injusto o bien, transitar años de infinitas instancias procesales y resultado incierto.

Quizás a ello se haya dirigido la incorporación de las acciones “garantía federal” de los derechos fundamentales del art. 43. Hacer extensivos a todos los habitantes, por igual y sin diferencias de ninguna índole, las ventajas de los derechos y garantías de la “Constitución, los tratados y la ley” según los interpreta la Corte Suprema de Justicia.

Ese es, también, el propósito actual de todos los Estados organizados bajo las formas del constitucionalismo moderno, al instrumentar recursos procesales similares a los incorporados en el art. 43. En el ámbito del derecho supranacional europeo, los jueces nacionales son “llamados a ser los jueces ordinarios del derecho comunitario” (43), al propio tiempo que se otorga “jurisdicción” al Tribunal de Justicia para resolver:

- 1) el control de las violaciones del derecho comunitario imputables a los Estados nacionales a través del “recurso de incumplimiento”;
- 2) el control de legalidad de la actividad de las instituciones comunitarias fundamentalmente a través del “recurso de anulación” que bajo determinadas condiciones, también se admite interponer a los individuos;

(43) LIÑAN NOGUERA, DIEGO; *“Instituciones y Derecho de la Unión Europea”*, pág., 476, Tecnos, Madrid, 2005.

3) la interpretación del derecho comunitario a título prejudicial, etc.

En el derecho norteamericano, por su parte y ya a partir de la Enmienda XIV de 1868, se estableció la prohibición para los Estados provinciales de *"dictar, ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni podrá privar a cualquier persona de la vida, de la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales, la igual protección de la leyes para todos"* (44). Esa norma dio lugar, en 1871, a la sanción de la "Ley de Derechos Civiles" (45) la cual contenía una serie de previsiones esencialmente dirigidas a combatir la discriminación que propiciaba la organización racista "Ku Klux Klan", entre las que se encuentra la denominada "Sección 1983".

El texto actual de dicha "Sección 1983" corresponde al año 1994 y contempla que: *"Toda persona que, bajo la apariencia de cualquier ley, ordenanza, regulación, uso o costumbre, de cualquier Estado o territorio, sujete o haga que se sujete a, cualquier ciudadano de los Estados Unidos o a cualquier persona dentro de su jurisdicción, a la privación de sus derechos, privilegios o inmunidades asegurados por la Constitución o por las leyes, se encuentra obligada a reparar a la persona afectada en un juicio de derecho, de equidad, o por cualquier otro procedimiento adecuado"* (46).

Tal acción no constituye un recurso para dejar sin efecto un acto -como el histórico *"writ of hábeas corpus"*- pero *"provee de un remedio poderoso frente a la violación de los derechos y garantías resultantes de la Constitución o de las leyes federales"* (47) al someter a los funcionarios y empleados de los Estados provinciales que así la

(44) Enmienda XIV de la Constitución norteamericana. Traducción del autor. El texto en su idioma original dice *"No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any persons within its jurisdiction the equal protection of the laws"*.

(45) El título de la norma fue *"Ley para Hacer Efectiva las previsiones de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos y otros propósitos"*. Fue sancionada el 20 de Abril de 1871 y se encuentra en 17 Stat.13.

(46) Adaptación del autor. El texto en su idioma original dice: *"Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom or usage, of any state or territory, subjects, or causes to be subjected, any citizen citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress"*, USC, 42 USC & 1983 (1994).

(47) STEVENSON, SANDRA, *"Understanding Local Government"*, pág 199, Matthew Bender, San Francisco, USA, 2009.

concreten, a ser enjuiciados por el afectado en la jurisdicción federal a fin de su resarcimiento. Se trata de otra forma indirecta –pero muy persuasiva– de obtener el acatamiento de los derechos fundamentales resultantes de las leyes y de la Constitución.

Si bien el modelo de dicha “Sección 1983” no fue seguido por la reforma de la Constitución Argentina, ella destaca el aspecto central de las acciones de “garantía federal” que incorporó en el art. 43: Habilitar a los jueces para juzgar el quebrantamiento del conjunto de derechos y garantías fundamentales que se invoquen cometidas por cualquier índole de funcionario nacional, provincial o federal.

De modo similar, la Constitución de España de 1978 también contempla que la eventual “desigualdad en aplicación de la ley” por los órganos judiciales, habilita la interposición del amparo constitucional en los términos del art. 44 de la “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional” (48).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional de España en una sentencia precursora del año 1981 (49) sostuvo que *“en la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias –esto es no fundadas en razones jurídicamente atendible– o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la Constitución de España”*.

Tales “causas de discriminación” referidas por el constituyente español de 1978, son similares a los criterios prohibidos por las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos incorporados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Argentina que impiden hacerlo *“por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”* (50).

COLOFÓN

Desde su sanción en 1853, la Constitución Argentina estableció su propia “supremacía” al igual que la de los “tratados y leyes”, respecto de las “leyes o constituciones provinciales”. Sin embargo, la evolución histórica del Estado y la organización judicial que adoptó Argentina en 1863, no condujeron a afianzar los principios de su Constitución. Todo lo contrario.

(48) Ley Orgánica 2/1979 del 3 de Octubre de 1979, Boletín Oficial de España No.239 del 5 de Octubre de 1979.

(49) Sentencia Tribunal Constitucional de España 8/1981.

(50) Por todos, “Convención Interamericana de Derechos Humanos” art. 1º.

Aislaron a la Corte Suprema a ser el único tribunal federal habilitado para proveer las soluciones resultantes de la Constitución. Ello luego de múltiples y difíciles instancias que por igual alejan al individuo del acatamiento a "la ley", como favorecen la impunidad de los funcionarios en el quebrantamiento de la Constitución.

La incorporación de las acciones de garantía federal del art. 43, debería ser considerada como una oportunidad para superar sus antiguas dificultades de organización que permita insertar a la Argentina, en los criterios actuales de "igualdad ante la ley" y respeto a la Constitución que rigen en el concierto de las naciones.



LA AUTONOMIA UNIVERSITARIA EN LA CONSTITUCION NACIONAL

POF ALFREDO SILVERIO GUSMAN

I. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A LA "AUTONOMÍA UNIVERSITARIA"?

La cuestión universitaria constituye el eje central de la enseñanza superior, de la investigación científica, de la cultura, en definitiva del progreso de la sociedad, y por eso se debe proteger la actividad desplegada por los centros de estudios superiores, como un seguro para el desenvolvimiento de sus objetivos. De allí el interés que despierta el análisis de la situación institucional de las universidades nacionales, aspecto que generó polémica acerca del alcance de la autonomía universitaria, noción que más allá de su sistemática invocación discursiva, presenta contornos vagos.

SANCHEZ VIAMONTE (1), constitucionalista clásico que estudió en profundidad el régimen jurídico de los claustros, cuya obra fue ponderada tanto en la Convención Constituyente de 1994 como en diversos fallos de la Corte Suprema -es citado, por ejemplo, en el conocido caso de la "Universidad Nacional de Lujan" (2)-, sostuvo que la autonomía consiste en que cada universidad nacional se dé su propio estatuto, sus propias instituciones internas y se rija por ellas; elija sus autoridades, designe sus profesores, fije el sistema de nombramientos y disciplina interna, todo ello sin interferencia alguna de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Se trata de un instrumento de protección y canalización de la actividad universitaria (3). Pero no significa que cada universidad pueda considerarse un enclave soberano dentro del Estado, ya que éste tiene a su cargo la sanción de la ley universitaria, el control de legalidad de sus actos; y, ante supuestos excepcionales, el derecho de intervención (4).

(1) Ver *"Manual de Derecho Constitucional"*, Ed. Kapelusz, 1958, pág. 64.

(2) Fallos: 322:842.

(3) Conf. VANOSSI, JORGE, *"Universidad y Facultad de Derecho: sus problemas"*, pág. 147.

(4) Conf. EKEMEKDJIAN, MIGUEL, *"Tratado de Derecho Constitucional"*, To. II págs. 684/685.

La Corte Suprema, en el antes citado caso “Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de Luján”, sostuvo que las universidades, dado su carácter de entidades de cultura y enseñanza, se encuentran protegidas por un doble orden de libertades: una libertad académica referente a la organización y el gobierno de los claustros; y por una libertad doctrinal o de cátedra, que posibilite a los docentes aplicar la ciencia recibida.

Antes de continuar, quisiera hacer un par de aclaraciones que me parecen de entidad. La autonomía universitaria no debe ser reivindicada como un fin en sí misma, sino como un instrumento. Por ejemplo, respecto de la autonomía del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, lo importante no es que en lugar de un Concejo Deliberante ahora se tenga una Legislatura; o que en vez de un Intendente su Poder Ejecutivo esté a cargo de un Jefe de Gobierno. Lo importante es que ese nuevo status jurídico realmente sirva para mejorar la calidad institucional y la calidad de vida de los vecinos. Llevadas estas reflexiones al ámbito universitario, lo significativo es que la autonomía garantice un espacio en donde se pueda investigar, enseñar y aprender sin influencias políticas perniciosas y en el marco de la crítica y diversidad de opinión indispensable para no caer en el dogmatismo indiscutible, en la uniformidad, que resultan incompatibles con la actividad científica. Se ha dicho que la plena libertad, el pluralismo y el respeto son bases esenciales para toda labor académica seria y trascendente (5). En palabras de un ilustrado voto de la Cámara Federal platense, del ex Juez Román FRONDIZI -apellido que, más allá de posicionamientos ideológicos, no puede desligarse de la excelencia académica- enunciadas en el caso “Facultad de Ciencias Médicas c/Universidad Nacional de La Plata” (6), **“Las universidades deben ser autónomas porque el cultivo de las ciencias y la elaboración de nuevas formas de saber, que son una de sus tareas esenciales, requieren el estímulo de la duda, la discrepancia, el espíritu crítico y autocrítico. La pretensión centralista y totalitaria es un síntoma del subdesarrollo cultural. También debe ser autónoma porque funciona mejor cuando no se la entorpece, como puede comprobarse empíricamente comparando los resultados de la producción científica y la calidad de la formación profesional de las universidades autónomas y de aquellas que no lo son”** (7).

Otra cuestión a esclarecer es qué quiso decir el constituyente cuando aludió a la “autonomía universitaria”, concepto que, antes de la reforma, había sido devaluado al carácter de “mito”, por algún

(5) Conf. AGUIRRE LANARI, JUAN R., prólogo a *“Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010”*, pág. 15, Instituto de Derecho Constitucional, publicación de la Biblioteca de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(6) Fallo confirmado el 21/10/2008 por la Corte Suprema.

(7) Pub. en LA LEY. B.A. junio 2006, pág. 589.

autor (8). Por empezar la noción de "autonomía" no es unívoca; se trata, como dicen los administrativistas, de un concepto jurídico indeterminado (9). Es un vocablo que parece estar empleado en diferentes sentidos en el texto constitucional. Por ejemplo, cuando se refiere al Ministerio Público alude a "autonomía funcional" (art. 120); lo mismo sucede con la calificación que efectúa de la Auditoría General de la Nación (art. 85) y de la Defensoría del Pueblo (art. 86), o en el art. 123 cuando delinea la autonomía municipal. Incluso antes de la reforma, el art. 14 bis alude a un seguro social obligatorio a cargo "*de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica*". Como ha precisado GARCIA de ENTERRIA (10), la consideración de cada Universidad como una organización independiente y autocéfala no es un puro dato formal, sino que debe apoyarse en un substrato real y positivo, además de expresarse en una capacidad de autoorganización y de autodecisión. Si cuenta con todos estos rasgos, será entonces una entidad autónoma.

No hay dudas de que el reconocimiento de autonomía importa redactar su propio estatuto, designar sus autoridades y obviamente también la posibilidad de autoadministrarse, pues si no se las considera habilitadas para ello qué confianza puede tener la sociedad en la clase dirigente que surja de las aulas y que posiblemente sea llamada para altas responsabilidades públicas de gobierno en el largo plazo. También se manifiesta como libertad académica y de cátedra. Pero las preguntas que caben formularse son: ¿qué sean autónomas equivale a vedar todo campo para la revisión de sus actos, aun en el ámbito judicial? ¿Importa, por ejemplo, prohibir todo tipo de control patrimonial sobre su gestión?

Para una mejor perspectiva del asunto segmentaré el análisis; repasando en primer término cuál era la situación de las universidades en cuanto a su encuadre institucional en forma previa a la reforma constitucional de 1994, para luego detenerme en cómo ha quedado definida la autonomía universitaria con posterioridad a ese evento.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Ya en la Constitución Nacional de 1853 se puede avizorar la especial preocupación de los padres fundadores sobre algunas materias de carácter administrativo, que parecen quedar al margen de las

(8) FRISCHKNECHT, FEDERICO, "Mitos de la universidad argentina", en A.A.V.V., "La Universidad ¿espejo o modelo?" Filial argentina PWPA, 1984, pág. 33.

(9) Ver COVIELLO, PEDRO J.J., "Régimen jurídico de las universidades nacionales. El contenido de la autonomía universitaria y sus consecuencias", pub. en A.A.V.V., "Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público", Jornadas organizadas por la Universidad Austral, ed. RAP, pág. 563.

(10) Conf. "La autonomía universitaria", en Revista de Administración Pública, RAP N° 117, págs. 14/15, 1988, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

atribuciones presidenciales. Entre ellas se encuentra la educación superior, que solo puede ser reglamentada formalmente por el Congreso, al dictar planes de instrucción general y universitaria, de acuerdo al art. 67 inc. 16 de la Constitución histórica (11). Esa facultad fue delegada a los claustros universitarios en las sucesivas leyes que se dictaron, delegación que en esta materia fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Pedro Bergés" de 1932 (12), al establecer que el Congreso había cumplido su misión al indicar los lineamientos generales, dejando el resto en manos de los organismos universitarios, sin que pueda pretenderse del cuerpo legislativo, atento a su composición y limitaciones técnicas, que realice la función de definir programas de estudios, contenidos de las materias, objetivos pedagógicos, etc.

Una vez federalizada la Ciudad de Buenos Aires, en 1885 se sancionó la Ley N° 1597 –llamada "Ley Avellaneda"– que rigió hasta 1947. Establecía unas pocas reglas, dentro de las cuales cada universidad (de hecho, las dos existentes para la época, eran la de Buenos Aires y la de Córdoba) debía sancionar su propio estatuto, que para entrar en vigor tenía que ser aprobado por el Poder Ejecutivo. Se ha dicho que no se encuentran referencias hacia la autonomía en la Ley Avellaneda, explicándose que a la época de su sanción el concepto no integraba el debate jurídico (13). No concuerdo con esa descripción, pues aprecio en su articulado una tendencia –para aquella etapa fundacional de la Nación, cierto que incipiente– hacia un modelo de amplio albedrío en el aspecto organizacional. Por ejemplo, en el esquema legal el rector era designado por la asamblea universitaria, formada por los miembros de todas las facultades. Si bien es cierto que los profesores eran nombrados por el Poder Ejecutivo, el Presidente de la Nación no podía apartarse de una terna que a ese fin proponía el Consejo Superior. Más aún, la Ley Avellaneda fue visualizada por los historiadores como de avanzada al estar inspirada en la autonomía universitaria, clara conquista del siglo que vendría, a punto tal que cada facultad aprobaba o reformaba los programas de estudio presentados por los profesores, disponiendo de los fondos universitarios y fijando las condiciones de ingreso para los estudiantes (14).

(11) En este punto los constituyentes históricos también fueron visionarios, pues es recién en las constituciones posteriores a la segunda posguerra mundial en donde comienzan a incluirse con cierta frecuencia referencias a las instituciones de educación superior (SAGÜES, N.P., *Las universidades privadas en la reforma constitucional de 1994. Un enfoque sobre la autonomía universitaria desde la perspectiva del derecho comparado*, pub. en L...L. 2000-F, 1169).

(12) Fallos: 166:264.

(13) Según GROISMAN, ENRIQUE, *Las Universidades Nacionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, pub. en LA LEY Supl. Adm. 2010 (agosto), 262.

(14) Conf. NICOLAS AVELLANEDA, *Legislador de dos Poderes*, prólogo de Armando ALONSO PIÑEIRO, págs. 31/35, publicación del Círculo de Legisladores de la Nación Argentina.

El régimen fue derogado por la Ley N° 13.031, que previó que tanto el rector como los decanos serían elegidos por el Poder Ejecutivo. Sin perjuicio de ello, tuvo alguna referencia a la "autonomía" científica, técnica y docente. Luego la Ley N° 14.297 de 1954, continuó asegurando la autonomía docente y científica; pero a la par aludió a la autarquía en materia administrativa, sin perjuicio de conservar una fuerte injerencia del Ejecutivo en la vida universitaria por medio de la designación del rector, de los decanos y de los profesores.

Luego de la autodenominada "Revolución Libertadora", en primer término por el Decreto Ley 477/55 se reestableció la vigencia de la "Ley Avellaneda", derogándose las normas anteriores. A posteriori el Decreto Ley 6403/55, en un marco de autarquía, por vez primera confió a los claustros el pleno gobierno de sus estudios y la administración de su patrimonio, con arreglo a los estatutos que ellos dictarían, así como les reconoció la posibilidad de elegir y remover a sus profesores sin intervención del Poder Ejecutivo, y además contempló que el rector sea electo por la Asamblea Universitaria. Al año siguiente, la norma fue complementada por el Decreto Ley 10.775, que incorporando algunos principios reformistas esbozados en la declaración de 1918, creó el Consejo de la Universidad conformado por el rector y los decanos de cada Facultad, y la integración de una asamblea universitaria constituida por representantes de profesores, graduados y alumnos electos por sus pares para integrar los consejos directivos. Por otra parte, suprimió el recurso jerárquico contra las decisiones universitarias, cortando un nexo que había subsistido entre el Ministerio y las universidades.

Esta situación de plena autonomía perduró hasta 1966, lapso durante el cual tampoco fueron intervenidas. Con la autodenominada "Revolución Argentina" se derogó ese régimen a través del Decreto Ley 17.245/67, disponiéndose que los estatutos universitarios debían ser aprobados por el Poder Ejecutivo y por primera vez insertó la figura de la intervención.

Durante 1974 se sancionó la Ley N° 20.654, que no difiere en demasía del régimen anterior. Previo que las universidades elaboraran su propio estatuto, pero éste también debía ser aprobado por el Poder Ejecutivo.

En el último gobierno de facto de nuestra historia el régimen precitado fue derogado por la Ley N° 21.276, que por cierto acentuó el grado de dependencia de la universidad, al establecer que su gobierno y administración correspondía al Ministerio de Cultura y Educación, con participación de los rectores, también designados por el mismo Ministerio. Ese régimen fue modificado luego, sin demasiadas variantes, con las leyes 21.533 y 22.207.

Asumido el gobierno democrático, en un primer momento a través del Decreto N° 154/83, se declararon aplicables los estatutos

universitarios vigentes hasta el año 1966; y en 1984 se sancionó la Ley N° 23.068, que continuó con la vigencia de dichos estatutos, a excepción de que se opusieran a la ley. Estableció que el Consejo Superior proponía las modificaciones a los estatutos, que debían ser aprobados por el Ministerio de Educación y Justicia.

En la doctrina, hubo autores como Juan Carlos LUQUI (15), que negaban a la Universidad el carácter autonómico, señalando que la única autonomía que se le podía reconocer era la de la cátedra, que atento a la naturaleza de la enseñanza universitaria, es el eje sobre el cual gira toda la problemática de los claustros. Idéntica postura sostuvo BIELSA, quien consideraba inconstitucional que el Presidente de la Nación, en su carácter de jefe supremo y administrador general del país, no tuviera algún margen de control sobre las decisiones administrativas de las universidades. Ambos autores descreen de una universidad aislada del conjunto de fuerzas y actividades de la comunidad, de ahí que su pensamiento, en punto a su régimen jurídico, sea claro y preciso en cuanto a reconocerle tan solo el carácter de entidades autárquicas. En esta línea he podido hallar una publicación de esta prestigiosa institución en la que el Académico GARCIA BELSUNCE, citando además las opiniones de LINARES QUINTANA, VILLEGAS BASAVILBASO, FIORINI y MARIENHOFF, considera que la autonomía, como concepto general, supone un poder propio y originario para dictarse sus normas, a diferencia de la autarquía, que consiste en un poder de administración delegado, proveniente de una adjudicación de competencia o de una imputación de funciones operada en su favor por un órgano superior (16).

Desde otra visión, para QUIROGA LAVIE (17), aun antes de la reforma constitucional, las universidades eran autónomas; autor que llega a sostener que en este ámbito los estatutos vienen a ocupar el rango de la ley. También SANCHEZ VIAMONTE las considera autónomas, equiparando los estatutos universitarios a una suerte de "Constitución" interna. En esa línea VANOSI (18) se muestra favorable a la supresión de recursos administrativos contra los actos de las universidades, aunque sí se manifiesta proclive a un control de cuentas y de gestión, proponiendo, para no lesionar la autonomía, que sea llevada a cabo por una auditoría externa designada anualmente -sin posibilidad de reelección- por el órgano máximo de cada universidad.

(15) Ver "El pensamiento de Bielsa sobre la Universidad", pub. en LA LEY t. 150 pág. 1057.

(16) "La autonomía universitaria a la luz de la reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia de la causa "Monges", pub. en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año XLII número 35, págs. 375/390.

(17) Conf. "La autonomía universitaria", pub. en LA LEY 1986-E, 1017.

(18) Ver obra citada de ese colega, en la página 27.

La polémica se instaló en los tribunales, y el caso más significativo fue el resuelto en 1991 en los autos "U.B.A. c/Poder Ejecutivo Nacional" (19), en el que la Universidad de Buenos Aires, invocando su autonomía, pretendía a través de una acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que se declarara que sus actos administrativos se encuentran exentos de control por parte de la instancia superior del Poder Ejecutivo. No tuvo éxito pues la Corte Suprema, por mayoría, le negó aptitud procesal para demandar al Estado Nacional, considerándola una mera entidad autárquica que, como tal, no podría accionar contra la instancia superior estatal de la que forma parte; sosteniendo que la resolución de ese conflicto debía producirse en la instancia administrativa (20). En cambio, en su voto minoritario, el Juez FAYT sostuvo que el legislador, al instaurar la autonomía universitaria, marginó a los claustros de la jefatura presidencial que ejerce la autoridad superior del Poder Ejecutivo. El fallo fue criticado por Germán BIDART CAMPOS (21), quien consideraba a las universidades autónomas e inmunes a todo control administrativo, aunque si sometidas a la revisión judicial de sus actos. También lo cuestionó COLAUTTI (22), quien en forma ilustrativa advirtió que no puede considerarse al Presidente de la Nación como instancia "superior" del Consejo Superior de las universidades.

De todos modos, si bien la jurisprudencia imperante de la Corte Suprema de Justicia no había reconocido a las universidades la categoría de autónomas, recalca que, dentro de las entidades descentralizadas, eran consideradas como los entes con más definida autarquía, como lo sostuvo en el caso "Ninci c/Universidad de Córdoba", de 1989 (23). También se señaló que el Ministerio de Cultura y Educación carecía de poder jerárquico sobre las universidades, por tratarse de personas de derecho público dotadas de autarquía administrativa y económico financiera; caracteres que, incluso, obstaban a la procedencia de la avocación respecto de sus competencias específicas, como se sostuvo

(19) Conf. Fallos: 314:570.

(20) Razonó la Corte que si las entidades autárquicas no tienen legitimación para recurrir los actos de la administración central, mal podrían demandar a la Nación ante la imposibilidad de cumplir con el requisito del art. 23 inc. "a" de la ley de procedimientos administrativos (agotamiento de la vía administrativa).

(21) Ver "La autonomía universitaria y la revisión de las decisiones universitarias por parte del Poder Ejecutivo", pub. en E.D. t. 142 pág. 472. El recordado Académico, en otra de sus obras, también admitió que el Estado pueda controlar los recursos que se les depara a las universidades a través del presupuesto ("Tratado de Derecho Constitucional", To. VI, págs. 392/393, ed. 1995).

(22) Conf. "Una valiosa disidencia a propósito del fallo "Universidad de Buenos Aires c/Estado Nacional", pub. en LA LEY. 1991-E, 136.

(23) Fallo del 12/10/89, que remite al dictamen de la Procuración General de la Nación, pub. en LA LEY. 1990-A, 433.

en el caso "Peña de Tuero c/Nación Argentina", de 1983, en especial en los votos de los jueces BLACK y RENOM (24).

III. EL INCISO 19 DEL ART. 75 DE LA CONSTITUCIÓN: ¿AUTONOMÍA Y/O AUTARQUÍA?

Luego de la reforma constitucional, el panorama se modifica, pues se incorporó en el inc. 19 del art. 75, en la cláusula del nuevo progreso (25), la obligación del Congreso de sancionar leyes que garanticen la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales. Por cierto, la referencia conjunta a "autonomía y autarquía" da espacio para cavilaciones; y lamentablemente en este punto tengo para compartir más dudas que certezas. En principio, se podría sostener -sobre la base de los diferentes alcances, ya expuestos, que le ha dispensado el constituyente a la locución "autonomía"-, que esas nociones no fueron utilizadas de manera técnica, pues la primera, que se refiere a la existencia de un poder normativo propio devenido de la Constitución; comprendería a la segunda, que apunta sólo a la capacidad de autoadministrarse otorgada a un ente (26). Puntualmente: la primera ajena a los controles administrativos previos y la segunda sometida a ellos. También podríamos especular con que se evitó ingresar en un debate, o continuando con las conjeturas, tal vez no se arribó a un consenso y se llegó a una fórmula de compromiso, pues justamente lo que estaba en discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, como se acaba de examinar, era si las universidades deben ser autónomas o autárquicas. En ese sentido un poco más claro resulta el texto de la Constitución española de 1978, cuyo art. 27 inc. 10 reconoce la autonomía de las universidades, en los términos que establezca la ley reglamentaria. O podríamos extraer que la postura tradicional que sólo admitía autonomía en los estados provinciales habría cedido; y que la Convención Constituyente no siguió el criterio de la Corte en el caso "U.B.A. c/P.E.N."; que les había negado a las universidades la condición de autónomas.

Ahora bien, en rigor; el estatuyente reformador no ha sido el primero que empleó de manera conjunta los términos "autonomía" y "autarquía"; varias de las leyes a las que hice alusión en el anterior acápite se refieren a la autonomía en el plano docente y académico; de manera concurrente con la autarquía administrativa respecto de su propio gobierno, incluyendo la designación de sus propias autoridades.

(24) Fallos: 305:171.

(25) Como la denomina DALLA VIA, ALBERTO conf. *"Derecho Constitucional Económico"*, pág. 319 y sig.

(26) Conf. GARCIA BELSUNCE, op. cit; GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, *"Organización de la administración pública"*, pub. en Rev. Régimen de la Administración Pública N° 355, pág. 25.

Por lo tanto, a la hora de arriesgar una interpretación –por supuesto, sin pretender agotar el debate–, debo confesar que ya no estoy tan convencido –como reconozco lo sostuve en otros trabajos (27)– de que la noción de autonomía universitaria como la desarrollaron los autores enrolados en las corrientes más autonomistas haya sido la triunfante en el seno de la convención. Pareciera que lo que se quiso es vedar toda injerencia del poder político en las cuestiones académicas y docentes, al referirse a la autonomía; pero de algún modo insertar a las universidades en una estructura institucional, con potestades para administrarse, al referirse a la autarquía.

Esa conclusión encuentra respaldo en lo resuelto por la Corte en el caso ya citado de “Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de Luján” (28), en donde el alto Tribunal sostuvo que la autonomía universitaria implica libertad académica y de cátedra, así como la facultad de redactar por sí mismas sus estatutos, designar su claustro docente y demás autoridades; mientras que la autarquía es complementaria de la autonomía, entendida como la aptitud legal que se les confiere a las universidades para administrar por sí mismas su patrimonio.

En consecuencia, la noción de autonomía entonces puede desintegrarse en tres aspectos: a) autonomía estatutaria (de autonormarse); b) autonomía académica (quizá la más importante); c) una autonomía económica, que comprende la autarquía administrativa también mencionada en la cláusula de progreso constitucional (29).

IV. LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR

La Constitución ha sido parca a la hora de suministrarnos pautas respecto de hasta donde llegaría la autonomía, cuestión que fue asignada a la legislación ordinaria. Pues bien, la norma reglamentaria es la Ley de Educación Superior 24.521, que impide al Poder Ejecutivo toda intromisión directa sobre cuestiones universitarias, cualquiera sea su índole, pues resuelve que la autonomía obsta a que el Poder Ejecutivo entienda en la resolución de los recursos administrativos contra las decisiones de las universidades. De tal modo, suprime el

(27) Me refiero a “Control administrativo, judicial y legislativo sobre las universidades públicas”, en obra colectiva “CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. Administrativo, Legislativo y Judicial”, páginas 143/155 editado por RAP S.A.; “Autarquía y descentralización”, publicado en El Derecho Tomo 179 página 755; “La resolución de diferendos interadministrativos”, pub. en LA LEY, 2001-B, 433.

(28) Considerandos 11 y 12 del voto mayoritario.

(29) Ver GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, “La responsabilidad de las universidades en el ámbito del derecho público”, en Autores Varios “Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, pág. 99, Ediciones RAP.

control que se conoce en el derecho administrativo como de “tutela”; que de por sí –en teoría– es mucho más limitado que el jerárquico (30). Esta doctrina surge de un modo bastante elocuente en el caso “P.E.N. c/U.B.A.” (31) (de 1996), en el que la Corte Suprema interpretó que el Poder Ejecutivo: “... *no cuenta con vías para efectuar el control de legalidad de una decisión definitiva dictada por una universidad ...*”.

Contra las resoluciones definitivas de las universidades únicamente podrá interponerse recurso (32) directo o de apelación ante la Cámara Federal con competencia territorial en donde se sitúa la institución (33). En ese sentido, parece demostrativo de la intención del legislador de vedar la posibilidad de utilizar recursos administrativos, la inclusión del vocablo “solo” en el art. 32 de la Ley N° 24.521, que reflejaría que el Congreso ha tomado en cuenta la discusión existente en la materia y fortaleciendo la autonomía universitaria reservó las decisiones adoptadas en este ámbito a la revisión judicial, excluyendo el control administrativo sobre sus actos (34). Es decir que el Poder Ejecutivo no podría revisar lo resuelto siquiera a petición de parte interesada. Más aún, si la propia autoridad ministerial o presidencial discrepa con alguna decisión de la institución académica, sólo podrá promover el pertinente recurso judicial previsto en el art. 32 de la Ley N° 24.521, como cualquier particular afectado por una decisión universitaria.

Ese criterio jurisprudencial fue extendido por la Corte en el caso “Universidad Nacional de Mar del Plata c/Banco de la Nación Argentina” (35), en el que se llegó a excluir a las universidades del procedimiento de diferendos interadministrativos; que, a grandes

(30) Ver GUSMAN, “*Organización de la administración pública*”, cit.

(31) 30/04/96, pub. en E.D. t. 167 pág. 497.

(32) Aclaro que utilizo el término “recurso”, por ser esa impropia denominación la que emplea la ley; pues en rigor se trata de una acción judicial de impugnación de acto administrativo; y además sólo entre los diversos grados que conforman las instancias del Poder Judicial son admisibles recursos, siendo incorrecta su asimilación a la apelación prevista en las normas rituales (Conf. GRAU, ARMANDO, “*Habilitación de la Instancia Contencioso Administrativa*”, pág. 64). En efecto, la apelación se da desde el punto de vista técnico en el ámbito de una misma jurisdicción; se apela o dentro de la Justicia o dentro de la Administración (conf. BIELSA, RAFAEL, “*Cuestiones de jurisdicción. Acciones y recursos*”, pág. 246). Como ya lo expuse en otra oportunidad, pese a que suele denominarse en las leyes “apelación” o “recurso judicial”, como la Administración no puede ejercer funciones judiciales (arg. art. 109 de la Constitución Nacional), se trata de modos autónomos de impugnación de ciertos actos administrativos, por lo que –en rigor– se está en presencia de acciones judiciales plenas (conf. GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, “*Competencia de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires*”, pág. 40 Ed. RAP, 2005).

(33) Art. 32 de la Ley N° 24.521.

(34) Ver GUSMAN, A.S., “*Control administrativo, judicial y legislativo sobre las universidades públicas*”, cit.

(35) Ver Fallos: 326:1355. En el marco de un reclamo indemnizatorio, el Banco resistió la procedencia de la acción articulando excepción de incompetencia,

ragos, son los que se plantean entre distintos entes del Poder Ejecutivo, que son resueltos en la instancia superior interna y no en los tribunales judiciales (36). Justamente tuvo en cuenta el Tribunal cimero la derogación legal del control tutelar sobre las entidades universitarias, lo que permite colegir que también fue suprimida la competencia administrativa para dirimir los reclamos patrimoniales entre aquéllas y otros órganos o entes de una misma administración pública, pues de otro modo se soslayaría la realidad institucional instaurada en la reforma constitucional, con la posibilidad de que la autonomía se restringiera por móviles económicos.

Con relación a los estatutos universitarios, tampoco el Poder Ejecutivo puede revisarlos; lo único que tiene en sus manos para hacer es que el Ministerio de Cultura y Educación los observe judicialmente por la vía del "recurso directo" previsto en el art. 34 de la Ley N° 24.521, para que la Cámara Federal competente en definitiva decida. COMADIRA no estaba convencido de la constitucionalidad de esta disposición porque se preguntaba cómo puede ser que la instancia jerárquica superior del Poder Ejecutivo quede privada de valorar lo actuado por su órgano ministerial; y por radicar en el Poder Judicial un conflicto interadministrativo que debía resolverse en el ámbito del Poder Ejecutivo (37).

Desde mi óptica, la solución del legislador es heterodoxa, aunque no necesariamente irrazonable, pues la legalidad de las decisiones universitarias queda sometida puramente al escrutinio judicial.

V. LA POSIBILIDAD DE INTERVENIR LAS UNIVERSIDADES: UNA CONSECUENCIA DE LA AUTONOMÍA

La ley universitaria contempla que el Poder Ejecutivo se encuentra inhibido de intervenir las universidades, facultad que, de acuerdo a la ley de educación superior; sólo podrá ejercer el Congreso o en su receso el Ejecutivo, pero siempre "ad referendum" de lo que disponga el parlamento (art. 30 Ley N° 24.521).

La intervención es el medio de control administrativo represivo de mayor rigor. Autonomía e intervención son dos conceptos estrechamente vinculados entre sí, que se suponen de manera

pretendiendo trasladar la resolución del proceso al ámbito interadministrativo, postura finalmente desechada por el Alto Tribunal.

(36) Conf. Ley N° 19.983; se puede ampliar en GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, "La resolución de diferendos interadministrativos", pub. en LA LEY 2001-B, 433 y "La responsabilidad de las universidades en el ámbito del derecho público", en A.A.V.V., "Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público", pág. 99.

(37) Conf. COMADIRA, JULIO RODOLFO, "Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo", pub. en J.A. 1996-IV, 750.

recíproca, al punto que no puede concebirse un régimen de autonomía universitaria que no contemple al mismo tiempo el poder de intervención. De otro modo, como dice VANOSI, no estaríamos en presencia de un caso de autonomía sino de soberanía, que el Estado, como tal, evidentemente no podría tolerar (38).

La intervención a las universidades públicas significa para el régimen de la autonomía el equivalente a los dispositivos constitucionales de emergencia para los sistemas políticos. Funciona como un régimen de excepción, del mismo modo que el estado de sitio o la intervención federal, con la meta de procurar el pronto retorno a la normalidad (39).

Las causales que la ley ha previsto para la procedencia de la intervención son: a) Conflicto insoluble dentro de la institución que haga imposible su normal funcionamiento; b) Grave alteración del orden público; o c) Manifiesto incumplimiento de la ley. Aun en todos esos casos, la intervención no podrá exceder del plazo de seis meses y no puede menoscabar la autonomía académica.

La ley no ha contemplado, como hubiera sido conveniente y lo recomendaba Horacio HEREDIA en su libro "El Contralor Administrativo" (40), una intimación previa a la intervención a efectos de subsanar las deficiencias, que fortalecería la autonomía de las casas de estudio a fin de que puedan contar con un plazo para remediar las anomalías apuntadas.

VI. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Por más amplio que sea el alcance que se pretenda asignar a la autonomía universitaria, es evidente que no puede llegarse al extremo de pretender que sus resoluciones se encuentren exentas de control judicial, pues como sostuvo SANCHEZ VIAMONTE (41), no debe escapar al Poder Judicial ninguno de los problemas jurídicos e institucionales que puedan suscitarse en la universidad. Sus actos no son ajenos al ámbito de aplicación de las leyes, ni sus claustros tienen privilegios especiales.

Sin embargo, lo cierto es que en la realidad ha habido restricciones (o, más bien, "autorestricciones") a la revisión judicial, sobre todo en segmentos específicos, como los relacionados con la designación y remoción de profesores y en la actividad disciplinaria, cuestiones en las que la Corte evitaba ingresar, aduciendo que se trata de asuntos

(38) Ver "Universidad y Facultad de Derecho: sus problemas", pág. 33; EKEME-KDJIAN, MIGUEL A., "Tratado de Derecho Constitucional", To. II, págs. 684/685

(39) Conf. VANOSI, op. y págs. precitadas.

(40) Pág. 333.

(41) Op. cit., pág. 64.

propios de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad (42). Sobre todo en materia de selección de profesores a través de los concursos de oposición, en donde se torna difícil el control ya que los reglamentos otorgan a los jurados actuantes un importante campo de discrecionalidad, llegando a sostener que no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la Universidad (43). De todos modos, la válvula de escape empleada por la misma Corte para matizar los efectos de esa doctrina ha sido la “manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad” de lo actuado, como supuestos habilitantes del “excepcional” contralor judicial (44). Desde una postura más firme respecto a la revisión judicial, el Supremo consideró en el caso “Mocchiutti” (45), que la autonomía universitaria no puede entenderse en el sentido de colocar a las universidades, en el plano normativo, al margen de todo control de constitucionalidad y legalidad, desconociéndose así el principio general del art. 116 de la Constitución Nacional, piedra angular del sistema judicialista argentino.

Así como no pueden sustraerse de la revisión judicial de sus decisiones, tampoco pueden desvincularse de la potestad regulatoria del poder legislativo (46). Lamentablemente, no son pocos los casos en los que, esgrimiendo la autonomía universitaria, se decide incumplir con la normativa general. Para dar un ejemplo que motivó una reciente decisión de la Corte, la Universidad Nacional de Córdoba (47) se resistía a aplicar el sistema de protección integral de personas con capacidades especiales y dar en concesión un espacio para la instalación de un pequeño comercio. El Alto Tribunal -remitiendo al dictamen de la Procuración General- le señaló que autonomía universitaria implica contar con todos los elementos necesarios que hacen al aseguramiento de la libertad académica y de cátedra. Pero no puede constituirse en un obstáculo al ejercicio de las potestades que la Constitución confiere al Congreso para adoptar medidas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Madre y en los Tratados Internacionales por parte de las personas con capacidades diferentes.

Es también común que las universidades se desentiendan de la aplicación de las leyes locales, aunque ello llevaría al análisis de los llamados establecimientos de utilidad nacional, tema que excede al de la presente investigación (48).

(42) Fallos: 308:248.

(43) Fallos: 284: 417.

(44) Fallos: 279:65; 304:391.

(45) Fallos: 320:2302.

(46) Conf. “Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad Nacional de Luján”, ya citado.

(47) 12/10/10, “U.N.C. c/E.N.”, Fallos: 333:1951.

(48) Me remito al análisis que formulé en “Análisis de derecho constitucional económico”, págs. 134/137, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2010.

VII. CONCLUSIÓN (O MÁS BIEN, INTERROGANTE)

Recapitulando, como surge de la regulación legal que acabo de repasar, el Congreso, órgano al que la Constitución asigna el rol de crear las instituciones universitarias públicas, atribuyó a las universidades una autonomía prácticamente plena, cuyas decisiones sólo podrán ser ventiladas, como cualquiera del poder público, en sede judicial. Pero aclaro que, a mi modo de ver, esta es una decisión política del legislador -válida, por cierto-; quien bien podría en uso de sus competencias diseñar un modelo diferente, quizá con atribuciones más restringidas.

Y acá volvemos a toparnos con el problema de qué entendemos por autonomía; para aquellos autores, como DIEZ (49), que admiten la existencia de una autonomía derivada por decisión de los congresistas; las universidades serían clasificables como autónomas. En cambio, para aquellos otros como GARCIA BELSUNCE (50), BIELSA (51), LINARES QUINTANA (52) o MARIENHOFF (53) que no consideran la autonomía de ese modo y únicamente reconocen dicho carácter a las provincias, sólo podrán ser categorizadas como autárquicas. Debe señalarse que la segunda de las posturas es la que ha seguido la Corte, por ejemplo en el ya citado caso de la Universidad de Luján, al desestimar que la autonomía universitaria sea por sí misma un poder institucional, dado que en nuestro orden sólo las provincias serían expresión pura del concepto de autonomía.

VIII. AUTONOMÍA RESPONSABLE

Más allá de cómo haya quedado plasmada en la Constitución, hay que tener en cuenta que la autonomía científica y académica de las instituciones universitarias comporta una aspiración, en cuanto supone mayor libertad y ausencia de compromisos políticos o partidarios; no sólo externos a los claustros sino dentro de la propia Universidad. La noción de autonomía, cualquiera sea la interpretación que le dispensemos, requiere ser ejercida responsablemente. No hay que confundir autonomía con indisciplina, con arbitrariedades en los concursos docentes, con indiferencia frente a la violencia y a la prolongada crisis de gobernabilidad que, por ejemplo, padeció la Universidad de Buenos Aires durante el año 2006, que obligó a sesionar a la Asamblea Universitaria convocada para la designación de sus autoridades en el Congreso Nacional, para garantizar la seguridad física de los consejeros. Autonomía tampoco significa estar al margen

(49) Ver *"Derecho Administrativo"*, To. II, pág. 141.

(50) *"La autonomía universitaria a la luz ..."*, cit.

(51) Según el trabajo de LUQUI, JUAN CARLOS, citado en la nota 15.

(52) *"Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional"*, To. VII, pág. 358.

(53) *"Tratado de Derecho Administrativo"*, To. I, pág. 387.

de los procedimientos de control a los cuales las universidades, como cualquier entidad que maneja fondos públicos, se encuentran o deben encontrarse sometidas (54). En definitiva no hay que confundir autonomía con anarquía e impunidad.

Durante el 2011, nuestra querida Universidad de Buenos Aires festejó su 190 aniversario. Esa casa, cuyo otrora prestigio llevó a decir orgulloso a Nicolás AVELLANEDA, luego de culminar su mandato como Presidente de la Nación y al ser designado rector de ella "*He sido ascendido a rector de la Universidad*" (55); hoy día no ocupa un lugar entre las doscientas universidades de mayor reconocimiento en el mundo, según el ranking dado a conocer por el matutino "La Nación" durante marzo del mismo año.

Es necesario revertir ese cuadro, y en ese camino debe recordarse que hubo un lapso de once años (1955/1966) en que las universidades no fueron intervenidas, gozaron de plena autonomía académica, y no existió el control jerárquico sobre sus decisiones. Ese período coincidió con el de mayor identidad de la Universidad de Buenos Aires y con el de un adelanto en su prestigio científico.



(54) Uno de los principios básicos de todo estado republicano es el control hacia los funcionarios públicos, regla de la cual no puede ser ajena el ámbito universitario, por más autonomía que se reconozca a las casas de estudio. Cualquiera sea la amplitud y extensión que se le otorgue a dicho concepto, no se pueden soslayar los controles de hacienda connaturales a toda persona pública. Por lo tanto deben estar sujetas a un control contable y también debe haber control de gestión, a los fines de obtener la eficiencia mínima que todo organismo con recursos afectados y funciones propias debe procurar en su cometido (ver GUSMAN, A.S., "Control administrativo, judicial y legislativo sobre las universidades públicas", cit). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Ministerio de Cultura y Educación c/Universidad de Luján", sostuvo que frente a los claros términos de la Ley N° 24.156 de administración financiera, a la que remite el art. 59 de la ley de educación superior, resulta ilegítimo que la universidad pretenda a través de su norma estatutaria, sustraerse a la aplicación de dicho régimen legal, al que obligatoriamente debe someterse, limitando su sujeción a un aspecto parcial de aquél como es la verificación posterior de la realidad del gasto.

(55) Cita extraída de NICOLAS AVELLANEDA "*Legislador ...*", cit., pág. 32.

EL DOBLE (Y CURIOSO) ESTÁNDAR DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA FRENTE A LAS DECISIONES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (*)

POR ALFREDO M. VÍTOLO (**)

La cuestión de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno de los estados ha sido una cuestión de alta trascendencia desde hace largo tiempo. Ella se enraíza en la idea misma del estado nación y en los principios que brindan sustento a esa idea: la soberanía nacional y la regla de no injerencia en asuntos internos de los estados. La discusión entre las posturas monistas -que propugnaban un único derecho universal englobador del derecho interno y del internacional- y las dualistas, que hablaban de dos órdenes jurídicos paralelos y separados, y sus diversas variantes, marcó el debate durante buena parte del siglo pasado, y aún se mantiene abierta (1).

Los ordenamientos constitucionales nacionales comenzaron, tímidamente luego de la primera guerra mundial (2), y con mayor énfasis tras la segunda, a reconocer, desde la órbita del derecho interno, el rol que debía cumplir el derecho internacional en los ordenamientos jurídicos de los estados (3). Sin embargo, la mayoría

(*) Exposición en el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires en base a la ponencia presentada en las "Jornadas Argentino-Chileno-Peruano-Uruguayas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Montevideo", 3ª Sesión: *La recepción del Derecho internacional y del Derecho comparado en la jurisprudencia de las jurisdicciones constitucionales de Argentina, Chile, Perú y Uruguay*.

(**) Miembro, Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

(1) Como señala ROUSSEAU, en la discusión entre monismo y dualismo, "la práctica internacional permanece contradictoria". (ROUSSEAU, CHARLES, *Derecho Internacional Público Profundizado*, La Ley, Buenos Aires, 1966, p. 22).

(2) Ver MIRKINE GUETZÉVITCH, BORIS, *Modernas Tendencias del derecho constitucional*, Reus, Madrid, 1934.

(3) Ver VÍTOLO, ALFREDO M., *El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales*, Ponencia presentada en la Co-

de las constituciones –tal como lo hace la de la República Argentina– se refieren sólo una de las modalidades a través de las cuales se manifiesta el derecho internacional, esto es, al derecho de los tratados, estructurado sobre la base del principio *pacta sunt servanda* (los pactos o acuerdos deben ser honrados) (4).

Desde esta visión, la aceptación del derecho internacional convencional por parte de los ordenamientos jurídicos nacionales no presentaba mayores problemas, toda vez que su incorporación o recepción en el derecho interno dependía en gran medida de una decisión soberana de los estados al resolver celebrar el tratado. Sin perjuicio de ello, y a fin de evitar conflictos, un tratado, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, dispone con claridad que en virtud del principio de buena fe que debe regir en las relaciones internacionales, los Estados no podrían alegar violaciones a sus derechos internos para justificar el incumplimiento de una obligación asumida internacionalmente en virtud de un tratado (5).

Pero el derecho internacional no se limita sólo al derivado de los tratados. Junto con ellos, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, revisten el carácter de fuente formal del ordenamiento jurídico internacional. A su vez, la jurisprudencia internacional y la doctrina de los publicistas constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho (6). Y es aquí donde comienzan los problemas, ya que las constituciones nacionales en general guardan silencio sobre el derecho internacional no convencional. Así lo hace, en particular, la nuestra (7). Una de las pocas excepciones es la moderna constitución sudafricana de 1996, que establece que al interpretarse el *bill of rights*, los jueces están obligados a tomar en consideración al derecho internacional (en sentido genérico y sin distinguir entre sus distintas fuentes) (8).

A su vez, el moderno desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a la proliferación de órganos generadores

misión de “Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, celebradas en Iquique, Chile entre los días 31 de marzo y 2 de abril de 2005, bajo el auspicio de las asociaciones chilena, peruana y argentina de Derecho Constitucional.

(4) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 26.

(5) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, art. 27.

(6) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.

(7) En un trabajo anterior tuvimos oportunidad de referirnos al valor que, en los ordenamientos nacionales poseen estas normas de derecho internacional (VÍTOLO, ALFREDO M., *El derecho internacional y la interpretación de la constitución*, Ponencia presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, Septiembre 2009).

(8) Constitución de Sudáfrica, art. 39.

de derecho internacional. Los tribunales *ad-hoc* (Ruanda y la Ex-Yugoslavia), los tribunales mixtos (Sierra Leona y Camboya), como así también la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma, entre otros, amplían el marco de la jurisprudencia internacional. Adicionalmente, los tratados sobre derechos humanos han establecido comités y comisiones independientes de los estados, e integrados por personas de alta autoridad moral y reconocida versación en derechos humanos (9), con funciones cuasi jurisdiccionales; así como tribunales internacionales a cuyas decisiones los estados se someten voluntariamente (10).

Es sobre las decisiones de éstos órganos en el sistema interamericano y el valor que la jurisprudencia argentina les otorga, que enfocaremos esta ponencia. En este sentido, señalamos que, en nuestra opinión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina carece al respecto de una pauta clara, pudiendo advertirse la aplicación de un doble estándar según que el tribunal considere que el seguir o no la regla internacional menoscaba su rol de "último intérprete" del ordenamiento jurídico nacional, llegando incluso al extremo de incumplir ella misma la obligación internacional asumida por el estado argentino (del cual la Corte forma parte). En este sentido, y analizando los casos y las situaciones en las que nuestro tribunal se ha pronunciado al respecto, parecería que sus posturas obedecen no tanto a un genuino respeto hacia las decisiones de los órganos internacionales, sino a conveniencias coyunturales de política doméstica.

Concentraremos nuestro análisis en las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

ALGUNOS ASPECTOS NORMATIVOS

Como paso previo, debemos recordar que conforme el Pacto de San José de Costa Rica, la Comisión Interamericana -órgano autónomo de la Organización de Estados Americanos- 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

(9) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 28; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (en adelante "CADH"), art. 34.

(10) En particular, en lo que al sistema interamericano concierne, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida por la CADH, arts. 52 y sigs.

a esos derechos" (11), y recibir y tramitar denuncias de estados parte (bajo condición de reciprocidad) (12) y de particulares (13) por violaciones a la Convención, pudiendo en tal caso, formular las recomendaciones pertinentes.

Por su parte, la Corte Interamericana 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 (14). En estos casos, de encontrar la Corte que su hubiera violado algún derecho o libertad, "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" (15). 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 (16).

Los estados, convencionalmente, se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en el que sean parte (17), no encontrándose en el texto del Pacto referencias sobre el nivel de obligatoriedad de las restantes normas.

LA POSTURA DE NUESTRA JURISPRUDENCIA

A. Respecto al valor normativo de las Recomendaciones de la Comisión

En el derecho internacional, y más allá de diversos intentos en sentido contrario de la propia Comisión Interamericana, no caben dudas en el derecho internacional de que sus recomendaciones son sólo eso: directivas o sugerencias efectuadas a los estados, sin poseer efecto vinculante alguno, más allá de que el principio de buena fe que rige las obligaciones internacionales de los estados lleva a que éstos deban realizar esfuerzos para dar respuesta favorable a las mismas.

En este sentido, la Corte Interamericana, en el caso *Caballero Delgado y Santana c/Colombia* (reiterado luego en *Genie Lacayo c/Nicaragua*), expresó con claridad frente a la pretensión de la Comisión

(11) CADH, art. 41 b).

(12) CADH, art. 45.

(13) CADH, art. 44.

(14) CADH, arts. 61 y 62.

(15) CADH, art. 63.

(16) CADH, art. 64.

(17) CADH, art. 68.1.

de alegar que el incumplimiento de sus recomendaciones constituya *per se* una violación a la Convención:

“A juicio de la Corte, el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria...”. (18)

La jurisprudencia internacional matiza luego este principio agregando el requerimiento de los buenos esfuerzos. Así, en *Loayza Tamayo c/Perú*, criterio reiterado luego en *Blake c/Guatemala* y *Baena c/Panamá*, la Corte Interamericana sostuvo:

“Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)” (19).

¿Y cuál ha sido la posición sobre el punto de nuestra Corte Suprema?

(18) Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, §67. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, § 93.

(19) Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, § 80; Corte IDH. *Caso Blake Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, § 108; Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72; § 192.

En una primera etapa, la jurisprudencia del alto tribunal parece alinearse con la postura internacional. En la causa *Bramajo*, fallada en 1995, 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” (20).

Mas allá del error en que incurre nuestro tribunal, ya que en ningún momento la Convención otorga a la Comisión el rol de intérprete de ésta, ni el estado argentino le otorgó tal potestad, en los fallos citados, la Corte argentina atribuye a las recomendaciones de la Comisión un valor de fuente material, en línea con la postura sentada por la Corte Interamericana. Esta posición es reiterada tres años más tarde en la causa *Acosta*, en donde nuestro tribunal supremo fija los límites de los “buenos esfuerzos” a que se encontraría obligada la República Argentina, al defender la estabilidad de sus propias decisiones frente al intento de que una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada nacional sea revisada con fundamento en una recomendación contraria de la Comisión:

“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 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” (21).

(20) Fallos 319:1840.

(21) Fallos 321:3555.

Comienza a verse aquí un apartamiento de la posición internacional. La Corte nacional pone límites al principio de “esfuerzos de buena fe”, en razón de que el cumplimiento de la recomendación de la Comisión hubiera importado afectar la supremacía de la Corte Suprema como último intérprete del ordenamiento jurídico.

La defensa de esta doctrina es ratificada por la Corte Suprema en la causa *Felicetti*, fallada en el año 2000 (22), en donde el tribunal 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, en particular la garantía de la cosa juzgada.

Hasta aquí la postura de nuestro máximo tribunal podría sintetizarse del siguiente modo: existe un principio general que obliga al Estado argentino a considerar y procurar dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión, pero en ningún caso puede obligarse a aquél a cumplir con las mismas si con ello se afectan principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional.

Sin embargo, en un caso más reciente, la Corte modifica drásticamente su postura. Frente a un caso en donde se encontraba en juego el valor de los indultos otorgados por el gobierno argentino por crímenes de lesa humanidad, un tema de honda repercusión política interna, el tribunal sostiene:

“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...” (23)

El brusco cambio de postura, que limita la capacidad de decisión del tribunal local, aún más allá de lo que requiere el derecho internacional, agregando el calificativo “imprescindible” a la regla de “mejores esfuerzos” no es justificado de modo alguno por la sentencia, y solo puede entenderse en el marco de la situación política que vivía el país y en la necesidad de la Corte de generar antecedentes que le permitieran apartarse de otros pronunciamientos conflictivos anteriores con el menor costo político, argumentando –como de hecho ocurrió– que sus decisiones vienen impuestas por requerimientos de derecho internacional y aún cuando puedan afectar principios constitucionales (24). Sin embargo veremos que esta deferente postura no es seguida en todos los casos por nuestro tribunal supremo.

(22) Fallos 323:4130.

(23) CSJN, *Simón*, Con posterioridad a la presentación de este trabajo, y al tiempo de entrar a prensa, la Corte Suprema ratificó el principio en la causa *F.A.L. s/medida autosatisfactiva del 13 de marzo pasado*. (el resaltado es propio).

(24) CSJN, *Mazzeo*, Fallos 330:3248.

A. Las Opiniones Consultivas

Tampoco las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana poseen fuerza vinculante para los estados, más allá de su obvia importancia como fuente material de derecho. Como ha dicho la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 1:

"...las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención..." (25)

En esa misma Opinión, la Corte Interamericana señaló que no resultaba preocupante que pudieran existir decisiones contradictorias con su decisión:

"En todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contrarias, o por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho" (26).

criterio reiterado en 1999 en la Opinión Consultiva N° 16 (27).

También en este tema, la postura de la Corte Suprema Argentina ha mutado, volviéndose en la actualidad "más papista que el Papa" sobre esta cuestión, en línea con lo sostenido respecto de las recomendaciones de la Comisión.

En el primer caso en donde nuestra Corte Suprema analiza la operatividad de los derechos garantizados por el tratado, y a pesar de haber emitido ya la Corte Interamericana la Opinión Consultiva 7 que ratifica la plena operatividad de aquellos (28), nuestro

(25) 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, § 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.

(26) *Id.*, § 50.

(27) 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, § 61.

(28) Corte IDH, OC-7/86 (Ser. A) N° 7, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 29 de agosto de 1986, § 24.

tribunal, sin siquiera hacer mención a la Opinión Consultiva, señala que las disposiciones de la Convención son “predominantemente programáticas”, (29) desconociendo así todo valor al precedente internacional que había sostenido absolutamente lo contrario, ni siquiera para cuestionarlo. Este criterio es reiterado en la causa *Ekmekdjian c/Neustadt*, del año 1988 (30).

Cuatro años más tarde, al fallar en la causa *Ekmekdjian c/Sofovich* (31), la Corte parece alinearse con la postura de la Corte Interamericana, al reconocer a las opiniones consultivas el papel de “guía interpretativa” para la adopción de decisiones nacionales, sin que de ello pueda seguirse su obligatoriedad. Este mismo argumento es seguido luego en la causa *Giroldi* del año 1995 (32).

Sin embargo, al poco tiempo amplía también el marco de obligatoriedad (en forma genérica para toda la actividad de la Corte Interamericana). En la causa *Simón*, sin distinguir expresamente entre Opiniones Consultivas y casos contenciosos, señala, en sintonía con lo que hemos expresado respecto de las Recomendaciones de la Comisión, y yendo más allá de la postura de la propia Corte Interamericana sobre el punto:

*“la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..., constituyen una **imprescindible pauta de interpretación** de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”;*

afirmación reiterada en el caso *Mazzeo*, con la única diferencia que el concepto “imprescindible pauta de interpretación” es reemplazado por un sinónimo ligeramente más enfático, el de “insoslayable”.

B. Las Sentencias de la Corte en casos contenciosos

Como ya hemos expuesto, el mismo Pacto de San José de Costa Rica dispone la obligatoriedad para los estados de dar cumplimiento a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos en que dichos estados sean parte (33). La claridad del enunciado exime de toda duda al respecto, máxime cuando esa obligatoriedad es voluntariamente aceptada por el estado al momento de hacerse parte del tratado y aceptar la competencia contenciosa del tribunal (34).

(29) CSJN Eusebio, Fallos 310:1080.

(30) Fallos 311:2497.

(31) Fallos 315:1492.

(32) Fallos 318:514.

(33) CADH, art. 68.I.

(34) CADH, art. 62.

Por su parte, y a pesar de la falta de un enunciado expreso en este sentido por parte del tratado, la Corte Interamericana ha pretendido recientemente también extender el alcance de la obligatoriedad a su jurisprudencia en casos análogos, planteando una suerte de *stare decisis* interamericano.

En este sentido, ha expresado:

“Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos...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” (35).

En un trabajo anterior hemos tenido oportunidad de criticar esta postura de la Corte Interamericana (36), pero dicho análisis deviene irrelevante a los efectos de esta ponencia en la que pretendemos analizar el alineamiento o no de la Corte Suprema Argentina con aquellas posturas.

Y es en esta área en donde encontramos las más interesantes paradojas. Del análisis de la jurisprudencia de nuestro tribunal supremo podemos concluir que, mientras se acepta sin cortapisas aplicar el precedente interamericano a casos nacionales similares, aún en contra de la garantía constitucional de la cosa juzgada, y de la inexistencia de una obligación internacional clara; la Corte Suprema nacional rechaza dar cumplimiento a sentencias de la Corte Interamericana que la afectan directamente, cuando en esos casos si existe dicha norma obligatoria.

(35) 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, § 124.

(36) VÍTOLO, ALFREDO M., *La Convención Americana de Derechos Humanos a veinticinco años de su ratificación por la República Argentina*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Constitucional, Estudios de Derecho Constitucional (2009), La Ley, 2011, p. 27.

En una primera etapa, el tribunal adopta una cauta (y en nuestra opinión acertada) postura acerca del valor de precedente de la jurisprudencia interamericana. Tanto en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (37) del año 1992, como en *Giroldi* (38) del año 1995 señala que dicha jurisprudencia tiene valor de "guía interpretativa" de la decisión nacional.

Sin embargo, en cuestiones que tienen que ver con violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos ocurridas durante el gobierno militar, la postura de la Corte Suprema se radicaliza. En la ya mencionada causa *Simón* (39), la Corte argentina 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".

criterio que reitera luego en la causa *Mazzeo* (40), en donde nuestra Corte no titubea (con la excepción de los votos de los jueces Fayty Argibay) en revisar una propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada para seguir la que considera la postura de la Corte Interamericana, parafraseando lo expuesto por ésta en la causa *Almonacid Arellano* (41). 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 en estos casos 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.

(37) Fallos 315:1492.

(38) Fallos 318:514.

(39) Fallos 328:2056.

(40) Fallos 330:3248.

(41) Ver n. 34, *supra*.

Pero lo grave de la posición asumida por nuestro supremo tribunal viene dado porque esta postura deferente resulta abiertamente incongruente con lo sostenido por el tribunal supremo frente a la obligatoriedad de cumplimiento de las 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, frente a la sentencia de la Corte Interamericana en la causa *Cantos* (42), en donde entre otros puntos se condenara a la República Argentina, “a fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el caso C. 1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina...” que habían sido fijados por la Corte nacional en una suma considerada excesiva y violatoria del derecho de defensa en juicio, nuestra Corte se negó a hacer frente a la solicitud formulada por el Procurador del Tesoro de la Nación de dar cumplimiento a la sentencia, sobre la base que:

“Que la petición efectuada por el señor Procurador del Tesoro de la Nación no puede ser atendida por este Tribunal, so riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que han intervenido en la causa C. 1099, XX. “Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/ cobro de pesos”, con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional” (43).

Este hecho motivó que la Corte Interamericana, en dos ocasiones relacionadas con dicha causa (6 de julio de 2009 (44), y 26 de agosto de 2010 (45)), y en otra en el marco del caso *Kimel* (46), recordara a la República Argentina que:

(42) Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97, punto 2 de la parte resolutive.

(43) Fallos 326:2968

(44) Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 06 de julio de 2009, § 5.

(45) Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de agosto de 2010.

(46) Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2010; § 5.

“Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”.

Criterio que es reiterado, aún más enfáticamente en la última resolución de la Corte en la causa *Kimel*, en donde la Corte Interamericana se preocupa en precisar que dicha obligación alcanza **“también al poder judicial”** (47). Esta obviedad, que surge de que el Poder Judicial de la Nación integra, junto con los restantes poderes del estado, la condición de ser “Autoridad de la Nación”, resulta absolutamente ignorada por nuestro tribunal supremo, cuya resistencia a cumplir la sentencia coloca a la República Argentina en manifiesto incumplimiento de sus obligaciones convencionales, generándose así responsabilidad internacional.

CONCLUSIÓN

Lo expuesto pretende mostrar que más allá de la retórica declamativa de una jurisprudencia nacional respetuosa de la obligación internacional, la postura de nuestra Corte Suprema sobre el valor normativo de la jurisprudencia interamericana de derecho humanos, nos presenta, más que una alineación fundada en reglas de derecho internacional o de derecho interno, o en la solidez de los principios que emanan de aquellas decisiones, un acatamiento políticamente condicionado, siempre que las posiciones de dicha jurisprudencia internacional coincidan con las sostenidas *a priori* por los tribunales locales en los casos llevados a su juzgamiento.



(47) Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de noviembre de 2010, § 15.

EL NUEVO RÉGIMEN DE “DEMOCRATIZACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA, LA TRANSPARENCIA Y LA EQUIDAD ELECTORAL” (LEY 26.571): UNA EVALUACIÓN PROVISIONAL.

POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO (*)

PRESENTACIÓN

La reforma iniciada a partir del año 2009 a través del nuevo régimen de “Democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral” consagrada por la Ley N° 26.571 y sus diversas normas reglamentarias debe ser considerada como el intento más ambicioso de reforma política y electoral intentado desde los comienzos de la transición democrática iniciada en 1983.

El mérito no es menor, si se tiene en cuenta la escasa propensión de los dos últimos gobiernos Kirchner al diseño y construcción de soluciones institucionales hacia el medio y largo plazo.

Más allá de una consideración del conjunto de motivaciones políticas que impulsaron al gobierno nacional a emprender la reforma, vinculadas con la situación política derivada de las elecciones intermedias del año 2009, los contenidos del nuevo régimen deben ser analizados y evaluados a partir de una perspectiva institucional y política de largo alcance, que abarque tanto la consideración del proceso de diseño y gestación de la nueva normativa, como sus objetivos institucionales y políticos y, muy especialmente sus resultados en la práctica institucional y política concreta.

Ello implica la necesidad de una consideración atenta de sus resultados, en la seguridad de que una primera experiencia de aplicación –las elecciones presidenciales de octubre del 2011– permite apenas un balance provisorio.

La ausencia de estudios previos, la reserva y secreto de los materiales de trabajo tenidos en cuenta en la gestación de la propuesta

(*) Universidad de Buenos Aires.

del Ejecutivo y la dificultad de acceso a los propios datos post electorales subraya este carácter necesariamente provisorio y abierto a balances más definitivos.

Aun así, es posible establecer algunas hipótesis de posible utilidad para una evaluación del funcionamiento del nuevo régimen. La urgencia de este primer balance del sistema es evidente, si se tiene en cuenta que existe un calendario electoral casi permanente que llevara en muy poco meses a una nueva elección nacional –las elecciones legislativas intermedias del 2013–, que por su propia naturaleza de elecciones nacionales en 24 distritos, implicará un seguro proceso de descentralización del proceso electoral y de fragmentación de las ofertas electorales.

De allí la importancia de esta evaluación provisorio. La reforma nació más a impulsos de la necesidad que de la virtud. La iniciativa del Ejecutivo fue adoptada bajo condiciones de fuerte presión política, generada por una derrota electoral que devolvió a la oposición el control de la agenda pública y un virtual monopolio de la iniciativa política. De hecho, la idea de la reforma electoral y política estaba fuera de la agenda política inicial del gobierno y fueron las circunstancias adversas y la percepción de que resultaba imprescindible retomar una fuerte ofensiva política lo que de hecho obligó a improvisar una respuesta de emergencia.

La reforma fue un producto improvisado de mayor desafío que puede llegar a afrontar un sistema presidencialista: la derrota en las elecciones intermedias y a mitad de mandato. Una circunstancia a la que muy pocos gobiernos latino americanos han sido capaces de sobrevivir.

Al mismo tiempo, la pérdida de las mayorías parlamentarias en el año 2009, obligaba a acuerdos con la oposición, particularmente con la UCR, partido que comparte con el peronismo una posición defensiva respecto de las tendencias de apertura desde hace tiempo crecientes en el sistema político argentino. Debía por ello ensayar una reforma cuya utilidad fuera al menos comprendida y si es posible compartida por el partido más interesado en reforzar el formato bipartidista que había que proteger. La posibilidad cierta, al tiempo del los primeros borradores, de una victoria en primera vuelta del oficialismo, con un riesgo consiguiente de una nueva mayoría parlamentaria oficial en ambas cámaras obligaba a una oferta que no atemorizara a la oposición, dotada de incentivos atractivos también para el resto de los partidos, interesados en sobrevivir a cambios institucionales profundos.

Los contenidos finales del nuevo régimen tienen, paradójicamente, un doble carácter. Por un lado se proponen como instancias de reaseguro del sistema establecido de partidos políticos; por otro tratan

de operar como barreras defensivas frente a muchas de las tendencias de innovación que desde hace tiempo pugnan por la modificación y apertura de sistema.

Por otra parte, el sistema establecido se vio forzado a aflorar un consenso de hecho existente al interior de las dos grandes fuerzas políticas tradicionales. Un consenso implícito, acaso inconfesable, existente desde hace largo tiempo y reforzado por la actitud común de autodefensa frente a los embates de la nueva cultura política. Por su parte, el partido de gobierno se vio a su vez forzado a adelantar los tiempos de la reforma, ante el riesgo cierto de que se concretara el peor escenario. Es decir el de que fuera una coalición de oposición triunfante la que fijara la agenda y encabezara la reforma política largamente postergada y situara al sistema en punto de no retorno.

Para conservar el sistema era necesario que algo cambiara. Algo tan importante como para lograr que, en el fondo, nada cambiara.

De allí el férreo control oficial de todo el proceso de gestación de la reforma. A una etapa inicialmente participativa –expresada en una serie de reuniones de consulta– que siguieron a la derrota del 2009, sucedió otra muy diferente, signada por algunas características propias del estilo dominante en el oficialismo en la mayor parte de las reformas institucionales llevadas a cabo durante los años de las gestiones Kirchner. Es decir, el secreto, el monopolio de la agenda y los tiempos, la iniciativa en la generación de expectativas y el shock final, buscando el efecto sorpresa y la reacción defensiva del adversario. El oficialismo controló todo el proceso, dosificó los tiempos y conservó hasta el momento mismo de las elecciones el control monopólico de la reglamentación de la iniciativa.

De hecho muchas de las instituciones introducidas en el año 2009 recién fueron reglamentadas in extremis, sobre el final del proceso electoral, en un proceso en el que el gobierno nacional jamás compartió la iniciativa regulatoria.

Al igual que en muchos otros momentos de la historia reciente, en que el peronismo se vio forzado a conceder reformas demandadas por la sociedad, el gobierno dejó en claro que las nuevas regulaciones no lo comprendían ni abarcaban y que, mas allá de su convicción en las propuestas e iniciativas, se reservaba una cuota final y no negociable de discrecionalidad en la implementación.

Debe subrayarse el hecho de que, desde muchos puntos de vista, fue una reforma de emergencia, que combinó ideas largamente compartidas por la dirigencia de los dos partidos tradicionales con innovaciones poco menos que inéditas, sin antecedentes en experiencias nacionales y comparadas.

En el caso de algunas de estas innovaciones –como el sistema de primarias abiertas simultáneas y obligatorias (PASO)–, se trata incluso de novedades absolutas, casi sin antecedentes comparados y de rasgos en algunos puntos casi extravagantes.

La reforma electoral es y sigue siendo una de las principales asignaturas pendientes de nuestra transición democrática. De allí que el presente análisis deba escoger algunos temas centrales. En este caso, el régimen de elecciones primarias abiertas simultáneas y obligatorias, sin duda la iniciativa más audaz, pretenciosa e innovadora del nuevo régimen electoral.

1. La iniciativa de Reforma

El análisis y el debate acerca del nuevo sistema resultan indispensables. La tarea es compleja y desborda por cierto los límites de esta intervención. Hay que tener en cuenta que la Ley 26.571 consta de 110 artículos y contiene normas referidas al el régimen de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y modifica aspectos sustantivos de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, de la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos y del Código Electoral Nacional.

Hay que recordar que la legislación electoral y de partidos políticos es un complejo normativo híbrido, integrado de un modo gradual y aluvional, a lo largo de años, por una serie de leyes, decretos reglamentarios, de administración judicial y actos administrativos articulados alrededor del Código Electoral Nacional, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos, la Ley de Simultaneidad de Elecciones y la Ley Orgánica del Poder Judicial, los precedentes acordadas con pretensión normativa de la Cámara Nacional Electoral, las resoluciones del Ministerio del Interior y las disposiciones de la Dirección Nacional Electoral.

La matriz básica de esta legislación tuvo su origen ya en los años 60, con importantes modificaciones operadas a partir de 1983 e intentos parciales de reforma, a lo largo de casi 30 años de transición democrática. Hay que tener en cuenta intentos parciales de reforma que dejaron todos ellos como saldo injertos normativos, entre los que cabe destacar los de los años 1988, 1998, 2000 y 2004.

En general, todos estos avances fueron complicando el sistema. Las innovaciones fueron configurando una suerte de legislación-programática, sin otro propósito que el de la propuesta general y abstracta y con escasa voluntad de introducir cambios significativos. Por lo general, las iniciativas de reforma respondieron a los impulsos de intereses ocasionales, sin una vocación e intención de conjunto.

De hecho, el corpus normativo electoral carece aun hoy de toda pretensión sistemática, lo cual ha ido acentuado fuertes sesgos

discrecionales y una sensación general de que el proceso electoral es mas bien una competencia casi sin reglas, en las que los gobiernos cuentan en definitiva con ventajas decisivas a su favor.

La normativa vigente reconoce normas de la más variada proveniencia, muchas de ellas dictadas incluso en periodos autoritarios y con una inexplicable supervivencia, por sobre cambios sustanciales en la propia materia legislada.

En la evolución constitucional y legal argentina, la materia electoral y de partidos políticos ha avanzado a destiempo. La constitucionalización de los partidos se produjo muy tardíamente, en la reforma de 1994, casi cincuenta años después del ciclo constituyente que en Europa acogió la realidad de los partidos.

Muchas de las reformas introducidas por el nuevo régimen tuvieron su momento en la Europa de los años 80 y 90 y han sido desde hace tiempo abandonadas, ya sea por, inaplicabilidad, inadaptación a la realidad de las democracias actuales, o por efectos de desuetudo y en muchos casos abierta inconstitucionalidad. Un buen ejemplo es el de la prohibición de publicación de encuestas, una institución típica de algunos países como Francia, desde hace tiempo declarada inconstitucional a nivel europeo.

Un primer factor a destacar en el nuevo régimen es, sin duda, la naturaleza y características de la propia iniciativa de reforma. En un gobierno caracterizado en general por su escasa predisposición a la construcción de nueva institucionalidad cuesta reconocer una iniciativa de alcances medianamente parecidos.

A pocos días de lo que muchos evaluaron como una derrota nacional del gobierno, la Presidenta de la Nación encomendó sorpresivamente al Ministerio del Interior y a la Vice Jefatura de Gabinete de Ministros el comienzo de un proceso de diálogo con los partidos políticos con representación parlamentaria con vistas a modificar el régimen electoral y de partidos políticos.

El proceso se desarrollo a lo largo de 14 reuniones con participación de 50 partidos, a los que se añadió una etapa de consultas con organizaciones cívicas y especialistas con interés en los temas de la reforma electoral. Ciertamente, un proceso de recepción de iniciativas, sin ningún paralelo en cualquier otro campo de la problemática nacional. Al cabo de esta primera tanda de reuniones centradas en el diagnóstico, el Poder Ejecutivo elaboro un documento de síntesis que sirvió de base a una segunda fase de consultas complementarias.

A partir de esta etapa de consultas, de carácter consultivo y participativo, el Poder Ejecutivo trabajo sin ningún tipo de consultas y en estricto secreto. Los equipos de trabajo del Gobierno incorporaron al cuerpo de iniciativas 104 proyectos legislativos con estado parlamentario en la H. Cámara de Diputados de la Nación y 38 del

Senado. Incorporo la mayor parte de las iniciativas, salvo tres puntos, en los que primo una cerrada negativa del Ejecutivo -boleta única, voto electrónico y propuesta referidas a la eliminación del Ministerio del Interior como autoridad de aplicación de la nueva legislación-.

El equipo de trabajo fue mínimo: el Ministro del Interior Florencio Randazzo, el apoderado nacional del PJ diputado Jorge Landau, el Secretario de Asuntos Políticos y Electorales Eduardo Di Rocco, el Vice Jefe de Gabinete Juan M. Abal Medina y el Director Electoral Alejandro Tullio.

El trabajo de esta comisión informal culmino con la elaboración de un Proyecto de Ley, que fue remitido al Congreso de la Nación mediante el Mensaje 1596/2009. Al cabo de un trabajo en comisión en los que destacó el papel de los diputados Jorge Landau, Graciela Camaño, Agustín Rossi además de los miembros del equipo de trabajo del Ejecutivo, resulto un proyecto definitivo, en muchos puntos diverso al proyecto original y que conto, en sede parlamentaria con participación y opinión de todos los bloques legislativos de Diputados.

Sin embargo, es conveniente subrayar que en este y en muchos otros puntos, el gobierno avanza en un proceso de consultas y acuerdos informales con las principales fuerzas de oposición -particularmente la Unión Cívica Radical y las fuerzas políticas hoy nucleadas en torno al Frente Amplio Progresista-, sostenedores a lo largo de los años de posiciones sustancialmente afines con el proyecto del Ejecutivo.

Ya desde mediados de los 90, en el marco de las negociaciones de Olivos y la Convención Constituyente de 1994, las principales fuerzas políticas establecieron mecanismo de diálogo informal que permitieron ir avanzando en una especial de consenso implícito que favoreció notablemente la viabilidad del nuevo intento de Reforma.

En diciembre de 2009 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26571 de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral, en un marco de acuerdo sustancial entre el oficialismo y las fuerzas de oposición.

Cabe subrayar en este aspecto el énfasis que la propia Presidenta Cristina Fernandez de Kirchner otorgo a la iniciativa. Ya en la presentación del proyecto al Congreso, destaco que este era "su" proyecto desde los años 2000-2001.

En ocasión de su discurso de presentación de los resultados provisorios de las elecciones de agosto afirmo también *"creo sinceramente que hemos dado un salto cualitativo muy importante al instalar un sistema que permita la apertura de los partidos políticos a la sociedad, una suerte de democracia ampliada y en la cual son precisamente los ciudadanos y las ciudadanas los que deciden quiénes*

van a ser los candidatos que van a tener que someterse a las elecciones generales para ocupar desde los más altos cargos como puede ser la Primera Magistratura, también a los cargos de legisladores nacionales tanto para la Cámara de Diputados como para la Cámara de Senadores, un método que realmente sería bueno que pudiéramos impulsarlo para todo el país, para todas las jurisdicciones y que además pudiéramos hacerlo en forma simultánea, de manera tal de darle una organicidad institucional al país".

2. Los objetivos de la Reforma

El objetivo de la Reforma ha sido, en expresión de los documentos y mensajes del Ejecutivo, el de un fortalecimiento del vínculo representativo de los partidos tradicionales.

Su objetivo primordial apunta por tanto a un esquema de reformas orientado a mejorar la vida interna de los partidos y a ordenar y consolidar un sistema de competencia capaz de superar de modo definitivo la deslegitimación social sufrida a partir de la crisis política del 2001.

En función de ello, la nueva normativa gira en torno a tres objetivos específicos:

a) Generar una mayor democratización al interior de los partidos políticos y su apertura a la sociedad, por la vía de establecer mecanismos de competencia abierta al interior de cada organización política y bloquear la posibilidad de que los candidatos derrotados en las primarias puedan postularse al frente de nuevas organizaciones. Combinar apertura y competencia con disciplinamiento interno de las ofertas electorales;

b) Proveer mecanismos y reglas institucionales que contribuyan a la estabilidad y representatividad de los partidos políticos. Por la vía de exigir mayores requisitos y condiciones para la constitución de partidos, la definición de candidaturas y establecimiento de pisos electorales que afiancen la representatividad de los partidos.

c) Reducir las asimetrías entre fuerzas políticas por medio de la regulación de los mecanismos de financiamiento de los partidos y las campañas electorales. Establecimiento de un financiamiento público de campañas cada vez, más reducidas, focalizadas y centradas en el desarrollo de estrategias tradicionales de comunicación política.

Esencialmente, y en palabras de algunos de sus operadores, la Reforma ha intentado "ordenar y consolidar un sistema de partidos consistente y estructurado", capaz de protagonizar "una competencia ordenada y previsible.

El diagnóstico de los impulsores de la reforma señalaba la existencia de un sistema partidario atomizado, con partidos débiles

y escasamente representativos, dominado por personalidades antes que por organizaciones estables.

La implementación del régimen de las PASO responde precisamente al objetivo de mayor democratización al interior de los partidos. En la concepción de los promotores de la Reforma, la utilización de mecanismos de selección de candidatos que incluyan la participación de la ciudadanía está creciendo en el mundo. Además del caso paradigmático de los Estados Unidos de América, países de la región como Costa Rica, Uruguay y Colombia han incorporado este requisito en su legislación electoral. Incluso en Europa, tienden a desarrollarse métodos más abiertos para la selección de candidatos, como lo prueban experiencias recientes en Francia, Italia y el Reino Unido.

Con todo, los modelos centrales considerados por los diseñadores del nuevo régimen fueron Uruguay, país donde desde 1997 rige un esquema con rasgos muy similares al propuesto desde 1997 y la provincia de Santa Fe, un distrito donde peronistas, socialistas y radicales estiman haber logrado un resultado extraordinario, que permitió a la provincia salir de la gravísima situación heredada del largo imperio del sistema de Ley de Lemas. Tanto en el peronismo como en el radicalismo y el socialismo, la experiencia santafecina es valorada como satisfactoria. Permitió objetivos muy diversos, valoradas casi sin excepciones por todo el arco de sectores internos de los partidos de la provincia. La reforma electoral santafecina - suelen subrayar los dirigentes santafecinos- permitió salir de la trampa paralizante de la Ley de Lemas, mejoró sustancialmente la participación política, transparentó los partidos, impulsó a los sectores más renovadores, introdujo innovaciones en la política local y sobre todo, abrió la posibilidad de la alternancia, un objetivo compartido por todos los partidos.

Por sobre todo, el modelo santafecino podía contribuir al logro central que la propuesta oficial aspiraba a consagrar, para superar lo que, en junio del 2009, era visto como el principal obstáculo a una salida ordenada a la previsible crisis interna, tanto del partido de gobierno como de la principal oposición. Es decir, la necesidad de que quienes fueran derrotados en el proceso interno de selección de candidaturas no rompieran la disciplina partidaria y aceptaran encolumnarse detrás del vencedor. Este era el objetivo primordial del kirchnerismo, al menos desde la óptica con que se analizaba la salida de la crisis del 2009, compartido por los sectores dominantes en el fragmentado espacio político del radicalismo.

Existía un objetivo común a los dirigentes de ambos partidos: detener el proceso de fragmentación de alternativas partidarias. Poner barreras al transfuguismo y oportunismo de los candidatos, a la emergencia de candidaturas independientes o de candidaturas

solo interesadas en fragmentar a los partidos, apostando a capitalizar las disidencias del 2011 en el ciclo electoral que llevaba a la elección crucial del 2015, supuestamente definitiva de la etapa post-kirchnerista. En la retórica de los reformadores, se trataba de "evitar la proliferación de sellos electorales que se crean para cada comicio y carecen de inserción efectiva en la sociedad". En el propósito efectivo y por supuesto no confesado de los operadores políticos efectivos de la negociación, se trata de evitar que siete peronismos y al menos cinco radicalismos incentivarán la fragmentación interna y abrieran la posibilidad de fuerzas políticas alternativas, capaces de terminar con dominio de un modelo bipartidizante, cada vez menos capaz de contener las energías desatadas de un sistema político caracterizado por el pluralismo, la competencia y la lógica centrifugante de la territorialización de la política argentina.

De allí la idea, subrayada muy especialmente en varios documentos inspiradores de la propuesta oficial, de fortalecer a los partidos como herramientas de participación popular en los asuntos públicos en desmedro de "partidos flash" meramente personalistas. No cualquier tipo de partidos: partidos sólidos con un robusto anclaje social, que contribuyan a una competencia política más estable que permite a los ciudadanos conocer sus programas de gobierno, emitir un voto informado y controlar más adecuadamente el desempeño de sus representantes.

Buscando precisamente fortalecer la estabilidad y representatividad del sistema de partidos el nuevo régimen ha incrementado los requisitos para su constitución, con la obligación de acreditar la afiliación de al menos el 4% del electorado, se fortalecen los mecanismos de control sobre dichos niveles de afiliación y se eleva el piso mínimo a alcanzar para mantener la personería (3% del padrón en dos elecciones sucesivas).

La participación obligatoria en las primarias es visto por la Reforma como un mecanismo para seleccionar precandidatos y al mismo para validar y habilitar su participación electoral, bajo condiciones básicas de representatividad.

Frente a las dudas que pudiera suscitar la intención del oficialismo, la Reforma ofreció un incentivo de primera magnitud. El acortamiento y financiamiento estatal de las campañas, acompañado incluso de la prohibición de financiamiento privado, una larga reclamación del radicalismo.

Para garantizar el objetivo de mayor equidad y transparencia de la competencia electoral, el Estado garantiza a todos los partidos espacios de publicidad en medios audiovisuales de forma equitativa y proporcional (un 50% por igual a todos los partidos, y el 50% restante de forma proporcional a sus últimos resultados electorales).

Ala vez, la ley prohíbe la contratación privada de estos espacios, que actualmente consume alrededor del 80% de los recursos destinados a las campañas electorales. Esta iniciativa es una interpretación libérrima de las tendencias a que apuntan países como Francia, el Reino Unido, España, Portugal, México, Brasil, Chile y Colombia, entre otros países.

Tanto los objetivos como las soluciones consagradas en la ley fueron recibidas con notable nivel de acuerdo por la casi totalidad de las fuerzas políticas. El nuevo régimen favorece un acceso de los candidatos a la publicidad de sus propuestas sin precedentes en la experiencia argentina y comparada. Basta pensar que en las PASO, las organizaciones políticas solo consumieron el 15% del tiempo cedido por los medios. Y que en las elecciones del 23 de octubre dicha utilización apenas alcanzo al 50% del espacio disponible.

La realidad supero con creces las expectativas de los partidos y los candidatos. Por sobre todo, el nuevo sistema contribuyo a reducir las asimetrías de recursos entre los partidos y debilitó el rol de sponsors y contribuyentes habituales a las campañas electorales. Por sobre todo, eximio a los partidos de todo esfuerzo de vinculación con fuentes de recursos económicos destinados a la publicidad. Dichas fuentes financiaron, en todo caso otros aspectos menos visibles de las campañas electorales, de mayor interés para los mecanismos reales de competencia y construcción de poder territorial.

“Este sistema -evaluó, la Presidenta al cabo de las PASO en agosto del 2011-, este sistema de Primarias Obligatorias y Simultáneas para todos los partidos políticos fue un proyecto que siempre tuve en mente desde el año 2001, 2002 cuando se manifestó en nuestro país la crisis de representatividad política más importante de la que se tenga memoria”

3. Las ideas directrices

Las ideas de la Reforma no son por cierto nuevas en la política argentina. Configuran, como se ha dicho, una suerte de consensos implícito, presentes desde hace tiempo en el seno de los principales partidos políticos argentinos y afianzadas particularmente a partir de la crisis del 2001.

La decisión de la Reforma respondió en más de un sentido a un reflejo defensivo. “O hacemos nosotros la reforma, o nos la hacen”, expreso un operador de la reforma, explicando el espíritu dominante entre los principales dirigentes, frente al riesgo cierto de que la reforma política pasara a ser uno de los temas centrales del paquete a promover por el llamado Grupo A, integrado por la mayoría de las fuerzas de oposición, mayoritarias a partir de diciembre del 2009.

Es que, en el fondo, en la Argentina de los últimos veinte años ha habido una tensión creciente entre dos grandes modelos de reforma política.

Por una parte, el modelo propugnado por las organizaciones de la sociedad civil y grupos importantes de especialistas, basado en principios orientados a la mayor personalización del voto, el desbloqueo del sistema tradicional de listas electorales, la aceptación de candidaturas independientes, la libertad de acceso a la información pública, la creación de controles autónomos de la actividad política y electoral y modificaciones del Código Electoral en un sentido de desregulación y mejoramiento de las oportunidades para la competencia electoral, incorporación del voto de preferencia, implementación de la boleta única y reformas al sistema de financiamiento y control de gastos electorales. Bajo diversas formas, este modelo se expresó en numerosas ocasiones, a propósito de iniciativas de consenso social y ha contado con un fuerte apoyo de los principales medios periodísticos y universitarios. Un buen ejemplo es el representado por el Foro Social para la Transparencia, la Mesa de Reforma Política del Dialogo Argentino o, en su momento, las Leyes de Mayo promovidas a partir del año 2002 por más de 250 ONG,s.

Frente a este modelo, la dirigencia política tradicional trabajó en una línea en buena medida opuesta, orientada a preservar el monopolio partidario de la representación, el control estatal del sistema, la subsistencia de las listas bloqueadas y sobre todo la utilización del sistema tradicional de boletas. La Ley 26.571 es una síntesis concentrada de esta concepción. Su implementación en el año 2009 ha sido un acto de afirmación frente a lo que los partidos sintieron como un riesgo cierto y tangible, proveniente de los sectores de la sociedad civil.

Uno de los antecedentes más claros es el del Acuerdo Federal para la Reforma Política, firmado el 6 de febrero del año 2002 por el Poder Ejecutivo Nacional y la totalidad de los gobernadores de provincia, acompañado por la totalidad de las fuerzas políticas con representación parlamentario que acompañaron el consenso promovido por el Dialogo Argentino, en la salida de la crisis del 2001.

Entre los objetivos más importantes de ese acuerdo -generado en otro momento de máxima percepción de riesgo como fue el año 2001- destacan los de "promover un proceso de transformaciones sustanciales en el sistema y las prácticas del sistema político argentino"... "Mejorar la representatividad y calidad de la representación política, consolidando el compromiso mutuo, permanente y cotidiano entre representantes y representados" y "Garantizar una protección amplia al derecho al sufragio y un desarrollo efectivo de los principios de organización de la vida político partidaria consagrados por la Constitución".

Entre las reformas inmediatas acordadas estuvieron las de “Promover la sanción por parte de la H. Cámara de Diputados de la Nación del Proyecto del Senado (Expte 110-S-C, TP 85 3-7-1) sobre realización de elecciones internas abiertas para la selección de candidatos a Presidente y Vicepresidente, Senadores y Diputados Nacionales” y asimismo “Promover la reforma de las legislaciones provinciales en el mismo sentido propuesto para la legislación nacional dentro de los límites y condiciones que plantee el marco constitucional de cada provincia”.

Los consensos del año 2002 promovieron asimismo la “creación de un órgano de administración permanente de los procesos electorales, sobre la base de cuadros profesionales jerarquizados y un funcionamiento autónomo y políticamente independiente” y la “creación de una justicia electoral especializada sobre la base de la dotación de juzgados electorales en las 24 jurisdicciones”.

En dicho contexto las fuerzas políticas acordaron asimismo un proceso de reformas tendientes a la “actualización general del Código Nacional Electoral, receptando las modificaciones que sugiere la práctica electoral efectiva entre 1983 y la actualidad”. El impulso del Acuerdo Federal permitió a los partidos políticos principales aprobar iniciativas en las que habían trabajado ya desde mediados de los años 90, en el marco de los equipos de trabajo que implementaron el Pacto de Olivos y, en general la agenda de la Reforma Constitucional del año 1994.

La agenda de trabajo de los partidos contemplo desde entonces algunos ejes básicos, todos ellos presentes en la Reforma reciente:

- a) Regulación de las campañas electorales y establecimiento de un plazo máximo para campañas 30 días
- b) Distribución equitativa de los espacios de publicidad y prohibición de otro gasto en publicidad de campaña en radio y televisión
- c) Establecimiento de un régimen de Partidos políticos que incorporara la realización de internas abiertas y simultáneas
- d) Estatalización del financiamiento de Partidos Políticos

El régimen de elecciones “internas y abiertas fue consagrado incluso por la Ley 25.611, promulgada Parcialmente: Julio 3 de 2002. En su Art 4º, estableció que en los partidos políticos o alianzas electorales nacionales la elección de los candidatos a presidente y vicepresidente, así como la de los candidatos a senadores y diputados nacionales se realizarán a través de internas abiertas. La campaña electoral para la elección interna abierta podrá iniciarse treinta (30) días antes y deberá finalizar cuarenta y ocho (48) horas antes de la fecha fijada para la

elección. La emisión, en medios televisivos, de espacios de publicidad destinados a captar el sufragio se limitará a los diez (10) días previos a la fecha fijada para la elección. El juzgado federal con competencia electoral de cada distrito confeccionará y entregará a los partidos políticos o alianzas el padrón que se utilizará en la elección el que incluirá, para cada caso, a los afiliados del partido o de los partidos miembros de la alianza y a los ciudadanos que no tengan afiliación partidaria. El voto será secreto y no obligatorio. Los ciudadanos podrán votar en la elección interna abierta de sólo un partido o alianza.

Jamás utilizado en elecciones presidenciales, le nuevo sistema fue empleado sin embargo en las elecciones parlamentarias del año 2005, aunque de hecho solo funciono al interior de la UCR.

4. Valoración de la Reforma

Toda valoración de la Reforma debe partir de un análisis de su contexto de descubrimiento. Es decir de una consideración de los factores que llevaron al gobierno a desarrollar el proceso que culmino en el dictado de la ley.

Una vez mas y al igual que en el 2002, la presión de la opinión pública ejerció un rol primordial. El propósito fue inequívoco: "despresurizar" el clima recurrente de indignación contra la política y los políticos, a través de un instrumento que permitiera cambiar algo para que nada cambie.

La imposición a la oposición del régimen de internas abiertas simultáneas y obligatorias a todos los partidos argentinos, tuvo así algo de artificial e impostado. El veto parcial del Ejecutivo a las cláusulas transitorias, destinadas a atenuar el impacto de la reforma sobre las formaciones minoritarias contribuyo a delinear un cuadro general de ganadores -peronistas y radicales- y perdedores -la casi totalidad del arco opositor-.

Para imponer estas propuestas el gobierno cedió ventajas extraordinarias en materia de financiamiento de la política y particularmente de las campañas electorales -actividad casi única de los nuevos partidos emergentes, organizados sin excepción en torno a figuras individuales y proyectos puramente electorales-.

Poco importo que la experiencia nacional en materia de internas abiertas resulte muy poco aleccionadora. Salvo casos excepcionales como el primer antecedente -las elecciones de la Izquierda Unida entre el PC y el MAS en 1989 o en 1999 la elección Fernández Meijide-De la Rúa-, todas las experiencias, incluidas las elecciones Bordón-Alvarez en 1995 han terminado en los dos extremos de la manipulación o el escándalo. Las dificultades son inherentes al propio sistema.

Contra lo que suele pensarse, en el caso supuestamente paradigmático de Estados Unidos sólo veinticuatro estados utilizan un sistema de primarias "abiertas", en las que un ciudadano puede votar en uno u otro partido, más allá de su afiliación personal -Alabama, Alaska, Arkansas, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Louisiana, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, North Dakota, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington y Wisconsin. Sin embargo, en casi todos los casos, existe algún sistema de registro previo de electores. Las críticas en Estados Unidos al sistema de internas abiertas son cada vez mayores y apuntan precisamente a problemas generalizados también en países como el nuestro. Se denuncia sobre todo la manipulación clientelista, el debilitamiento de los partidos, la influencia excesiva y creciente de lobbies externos a los partidos y, sobre todo, las ventajas que el sistema confiere a las maquinarias electorales tradicionales.

Resulta claro que quienes disponen de los recursos y la logística para "acarrear" afiliados a las urnas tienen posibilidades para transportar votantes no afiliados a ningún partido.

Algunas elecciones cerradas como la última de la UCR en Buenos Aires o Capital, sugieren incluso enseñanzas adicionales. Los aparatos punteriles tienden hoy a perder control sobre los afiliados, que son precisamente quienes mayores agravios han sufrido en los últimos años. Su resentimiento activo contra la vieja política los hace inmanejables: las internas son su hora de revancha.

En las elecciones internas abiertas, los dueños de la logística electoral vuelcan sus recursos sobre una masa inerte de electores supuestamente "independientes", definidos tan solo por su no-afiliación y por su pragmatismo a la hora de aspirar a dádivas e incentivos materiales en otro tiempo reservados a los cuadros de afiliados.

La nueva regulación calza así "a medida" de los intereses de los sectores dominantes en la partidocracia tradicional -basicamente los gobiernos y los aparatos partidarios establecidos-.

En su estreno en la política argentina, las PASO obligaron a las fuerzas políticas a movilizar decenas de miles de fiscales, abrir locales de votación y disponer de cantidades millonarias de materiales para el comicio. Las diversas candidaturas se vieron obligadas a poner en marcha costosas movilizaciones nacionales, a pocos meses de una campaña nacional en la que se votaran todas las categorías de candidatos, sin posibilidades de financiamiento público o privado. Todo ello otorga a los gobiernos -locales, provinciales y nacionales- ventajas definitivas y terminantes, al tiempo que produjo a los partidos y candidatos una sangría de recursos materiales y humanos de la que les fue imposible recuperarse.

La campaña se agotó y terminó en el mes de agosto y su sobrevivencia estuvo determinada únicamente por el flujo extraordinario de recursos oficiales volcados sobre un sistema exhausto e incapaz ya del menor esfuerzo competitivo.

Comparadas con los patrones de comportamiento electoral, los resultados de agosto del 2011 no sugieren un efecto notable del nuevo sistema.

En cuanto a la participación, un 78,67% de los electores inscriptos concurrió a votar. Por otra parte, los votos nulos y en blanco se mantuvieron en los niveles habituales, 1,21% y 3,57%, respectivamente.

Una consideración objetiva de estos primeros resultados del sistema refuerza la idea ya presente en la mayor parte de las críticas que el sistema ha venido suscitando tanto en Estados Unidos como en los países donde ha comenzado a ensayarse. Entre los argumentos adversos más importantes, cabe mencionar:

a) Refuerzan la tendencia de personalización de la competencia electoral, en la medida en que obliga a centrar las campañas en la figura de los candidatos.

b) Ejerce una presión excesiva sobre los candidatos y deja en segundo plano todos los aspectos centrales de la oferta política -pertenencia partidaria, definiciones programáticas, apoyos partidarios, etc.

c) Obliga a esquemas de "campaña permanente" y, sobre el final, establece un cronograma excesivamente concentrado. Pone demasiada presión sobre los candidatos.

d) Fuerza a recaudar e invertir recursos importantes para atender a la campaña permanente, no contemplados en la campaña propiamente dicha.

e) Obliga a complejas estrategias de medios que permitan instalar candidaturas con gran antelación a la campaña propiamente dicha.

A pesar del optimismo con el que una buena parte de constitucionalistas y politólogos ha abrazado la causa del PASO, el sistema ya ha dado, desde la cuna, señales negativas o al menos opuestas a las finalidades que determinaron su adopción.

Ante todo, es evidente que las diez fórmulas presidenciales en competencia fueron consagradas, por efecto exclusivo y excluyente de la voluntad de quienes las ocuparon. Sin excepciones, todas las fórmulas presidenciales se auto integraron mediante un acto de

voluntad de los titulares de cada una de ellas y sin recurso alguno a cualquiera de los posibles métodos de consulta y selección que ofrece el constitucionalismo comparado.

Al nivel de las formulas presidenciales, todo estuvo "jugado" al margen del sistema. El mecanismo de una leal competencia interna entre corrientes de partidos fracasó. Sin vuelta de hoja. En un clima de indiferencia publica y el más absoluto silencio de los "expertos".

Otra cuestión clave es el escaso nivel de competencia y competitividad imperante durante el proceso de las PASO. Se han mencionado cuatro razones que sería necesario analizar con mayor información a la vista:

a) Todavía es posible, y más seguro, presentarse por afuera del partido, utilizando un "sello" cualquiera que correr los riesgos de desafiar a la cúpula partidaria en la primaria. Nadie que aspire a permanecer en un partido político tradicional está dispuesto a correr el riesgo de apoyar a un candidato con posibilidades no seguras de triunfo, tal como demostraron en el caso de la UCR los posibles partidarios de Julio Cobos o Ernesto Sanz.

b) Las primarias con competencia generan fuertes divisiones internas que pueden menoscabar el desempeño electoral del partido en las elecciones generales. Un buen ejemplo fue el de la lucha interna entre Bonfatti (PSP) y Barletta (UCR) en el caso de Santa Fe. Los efectos de la competencia no fueron en el caso de esta primera experiencia de las PASO, muy diferentes de los de la vieja Ley de Lemas

c) Al elegirse la fórmula presidencial completa no hay posibilidad de recomponer las divisiones que genera la primaria competitiva incorporando a la candidatura a los vencidos. Es este un rasgo que determina negativamente las posibilidades de la oposición, cualquiera sea su signo político

d) Los partidos de oposición dudaron de la aplicación de las PASO y no creyeron conveniente esperar hasta el día de la elección para definir sus candidaturas, convencidos de que el lapso entre éste y la elección general era demasiado breve como para instalar una candidatura.

No existe un solo argumento que explique la razón por la cual las elecciones quedan paralizadas a dos meses antes de su realización, como no sea el del efecto de embudo pretendido sobre las candidaturas de los partidos en competencia.

En cuanto al futuro de la Reforma, el problema sigue siendo el de la ingeniería de detalle. En este juego de desconfianza mutua acerca de las verdaderas intenciones del adversario, el resultado termina siendo un proyecto excesivamente general, con deficiencias apreciables en su ingeniería de detalle.

Para perdurar, la reforma debe ser el fruto de un autocontrol definido y riguroso de sus protagonistas principales. Ello implica el respeto a ciertos principios acreditados por la experiencia casi universal de las transiciones exitosas, expresados en el siguiente conjunto de principios para una posible agenda de continuidad y profundización de la Reforma.

1) Fortalecimiento y consolidación del sistema de partidos, entendido en un sentido global y no referido exclusivamente a las fuerzas mayoritarias. Muchas posiciones reformistas parten en realidad del principio opuesto, procurando debilitar o mediatizar el papel institucional de los partidos. Es necesario, por ello, gran claridad en las posiciones respectivas como vía para un diálogo verdaderamente fructífero. La legitimidad de una reforma no surgirá de acuerdos coyunturales entre las fuerzas mayoritarias sino de su aporte efectivo a la consolidación del sistema. Es importante la irrupción del concepto de "organización política, más amplio y abarcador que el de "partido". El problema de argentino es ampliar, enriquecer y profundizar la participación política. En este sentido, las PASO parecerían orientarse en un sentido casi exactamente opuesto.

2) Integración y representación efectiva de la sociedad en el sistema político. El objetivo de una normativa electoral moderna y equitativa es expresar del modo más eficiente posible una correspondencia entre el sistema de partidos y las orientaciones ideológicas y políticas reales de la sociedad. La solidez de un sistema de partidos depende básicamente de su capacidad para transparentar los alineamientos políticos de la sociedad en un momento histórico determinado. Los partidos dejaron hace tiempo de monopolizar la representación política. Pueden y deben compartir los espacios de la representación con nuevos actores del sistema político. Es necesario aceptar y promover la integración y participación activa de candidaturas independientes. Otro objetivo al que las PASO parecen cerrar toda posibilidad efectiva.

3) Participación social activa en el proceso electoral. La normativa debe promover la participación, a través de reglas claras, transparentes y accesibles. La experiencia política de las recientes reformas provinciales revela la inconveniencia de introducir fórmulas de difícil comprensión y operación. La fortaleza de un sistema democrático está en relación directa con el grado de compromiso de la ciudadanía y este depende, a su vez, del nivel de conocimiento y aceptación popular. La reducción de la campaña a treinta días de publicidad intensiva, gratuita y sin control alguna difícilmente agregue algo a la concreción de este objetivo. Premia, en todo caso, a la comunicación tradicional de los aparatos políticos, en desmedro de la comunicación política efectiva de quienes no cuentan con la posibilidad ni el interés en una focalización del esfuerzo de campaña

4) **Buena fe y resolución equitativa de los conflictos interpartidarios.** Una reforma que aspire a contribuir de modo efectivo a la consolidación democrática no puede tener ganadores y perdedores netos. Sus beneficios deben alcanzar a la totalidad de las fuerzas políticas. Tampoco puede responder a la necesidad de resolución de conflictos internos de los partidos mayoritarios o a posturas de acomodamiento respecto a opiniones superficiales o exclusivamente ideológicas sobre la materia.

5) **Garantías institucionales y protección jurídica plena del derecho al sufragio.** La reforma debe tender a superar el margen de discrecionalidad del poder administrador, consolidando el papel de la justicia electoral, reforzando su autonomía, modernizando sus procedimientos y desarrollando los derechos y garantías relativas a la actividad electoral y el ejercicio del sufragio. El peso y gravitación central del Ministerio del Interior como pretendido árbitro del sistema poco contribuye al logro de este objetivo. La experiencia alienta a perseverar en el objetivo de constituir una autoridad autónoma y políticamente independiente, reservando a la justicia un papel arbitral de segunda instancia y evitando su doble papel de juez y parte en la contienda electoral.

6) **Eficiencia del sistema de partidos** y de las instituciones representativas de la soberanía popular. La reforma debe orientarse al fortalecimiento del sistema de partidos, supuesto indispensable de toda democracia eficaz. Debe asimismo crear condiciones para el mejoramiento de los procesos de selección interna de candidatos y la calidad de la competencia electoral entre los partidos.

7) **Respeto efectivo de los derechos y las formas de expresión electoral de las minorías.** La incorporación e integración electoral efectiva de sectores insuficientemente representados es un imperativo de toda democracia en transición. Ello implica el respeto al principio de igualdad de oportunidades en el marco de las necesidades de fortalecimiento general del sistema. Las barreras a la constitución y habilitación de las organizaciones políticas conspiran en realidad contra la posibilidad de ampliar y enriquecer la oferta política de una sociedad que necesita mayor apertura, participación, cantidad y calidad de alternativas políticas

8) **Respeto a un principio general de libertad en la organización y funcionamiento de los partidos políticos,** creando un marco amplio que promueva la democracia interna, dentro del cual haya lugar para la más amplia diversidad de soluciones, de acuerdo con las tradiciones y estilos propios de cada fuerza política. La constitucionalización de los partidos ha operado de hecho un proceso de burocratización que en nada favorece el papel de organizaciones representativas de la sociedad civil.

• 9) **Afirmación de la autonomía de los partidos políticos,** promoviendo el desarrollo amplio de sus funciones tanto electorales

como no electorales, evitando toda forma de paternalismo estatal y creando las condiciones para su fortaleza y autonomía política plena.

10) Contribución efectiva a la capacidad global de gobierno del sistema político. Paralelamente a su función representativa, las instituciones democráticas cumplen una función gubernativa, cuyas exigencias concretas deben ser particularmente respetadas a la hora de diseñar reformas. La sencillez y transparencia de los mecanismos de formación de la voluntad colectiva constituye un factor crucial dentro del proceso de consolidación de un sistema institucional.

La reforma política no puede ser el fruto de una pretensión del cambio por el cambio mismo. Responde a la necesidad de perfeccionar las reglas y procedimientos básicos del sistema democrático, buscando la mejor expresión posible de la soberanía popular en el marco de necesidades sociales cambiantes y de transformaciones de fondo en todos los aspectos del proceso político.

Las normas que regulan el funcionamiento del sistema electoral y de partidos políticos son parte integrante del sistema político global y este no es nunca el resultado de una experiencia de laboratorio traducida a normas jurídicas. Es ante todo una creación política, histórica y socialmente condicionada y, sometida, por tanto a modificaciones permanentes.

La definición de la agenda concreta de reformas debe asimismo tener en cuenta un factor de importancia decisiva en la política argentina actual. Si bien es evidente que existe una demanda clara de renovación de los mecanismos de representación y de la estructura y funcionamiento de los partidos, no es menos cierto que gran parte de estas inquietudes nacen de la conflictiva situación interna de los propios partidos. Tienden así a generalizarse críticas claramente justificadas, referidas a bloqueos en los procesos naturales de renovación de dirigentes, a la persistencia de rigideces burocráticas y manipulaciones clientelistas, a la digitación de candidaturas, a la consideración inequitativa de los derechos de las minorías y, en general, a una falta de transparencia de la vida partidaria.

Las dificultades de los sectores críticos para resolver al interior de los propios partidos en el plano interno de sus respectivas formaciones políticas, lleva muchas veces a plantear reformas legislativas respecto a cuestiones que en realidad son de resorte exclusivo de los propios partidos. Más aún, se tiende con frecuencia a una lectura parcializada de algunos modelos comparados de sistema electoral, en función de la cual se les adjudica virtualidades que en verdad no tienen, sin ver sus consecuencias negativas para el sistema de partidos en general.

El debate tiende así a distorsionarse no en función de perspectivas políticas generales, sino de enfoques referidos exclusivamente a la lucha interna de los partidos.

Ello implica que las situaciones coyunturales de los partidos deben ser resueltas a través del debate interno y la negociación política al interior de los propios partidos. Debe rechazarse una intromisión legislativa interna, muchas veces inspirada en el propósito de alterar situaciones internas a través de reformas de la legislación general.

El papel del régimen electoral debe limitarse a proveer un marco general de libertad, abierto a la más amplia pluralidad de opciones y fórmulas de organización interna. Creer que una reforma institucional va a modificar casi automáticamente situaciones que el mecanismo democrático interno de los partidos no puede resolver lleva a confusiones peligrosas que es deber de los partidos evitar. El mecanismo para ello es la información y el debate amplio de las cuestiones a examen.

La base para el análisis comparado y para el diseño de alternativas institucionales en América Latina ha dejado 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 "organización política" en su múltiple condición de coalición electoral entre partidos o corrientes de partidos, desplegadas a través de una variedad de frentes, concertaciones, alianzas, federaciones o confederaciones-.

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.

Una reforma genuinamente orientada fortalecer los valores de una republica constitucional no puede perder de vista el sistema político y las piezas que lo componen. Tampoco puede definirse en función exclusiva de la lucha por espacios de poder. El poder es una dimensión esencial de la vida política, pero en manera alguna agota la realidad total de la vida política, entendida en sentido amplio como una actividad orientada hacia fines muy diversos, que en su conjunto trascienden la perspectiva exclusiva y excluyente de la lucha por el poder.



**SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE ABRIL DE 2013
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA**

2011



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ISBN 978-987-03-1897-2



9 789870 318972



4149404

Av. Alvear 1711 1° piso
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires
(011) 4815-6976 / 4812-9327
www.academiadederecho.org.ar
academiadederecho@fibertel.com.ar