Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Eugenio Luis Palazzo*

Nuevamente sobre las clasificaciones de las atribuciones del Congreso

1. Introducción[1]

El Congreso argentino carece de arraigo en nuestros hábitos políticos. Estuvo ausente en casi toda la primera mitad del siglo XIX y en buena parte de la segunda mitad del siglo XX. En la percepción general su funcionamiento es muy deficiente, y en ello coinciden la opinión pública, los medios de comunicación, la mayoría de los especialistas tanto de derecho público como de otras disciplinas, e incluso una parte importante de los propios legisladores. Todos advierten el avance del Poder Ejecutivo sobre el Legislativo, tanto en razón del traspaso de funciones como del acatamiento parlamentario a las indicaciones del presidente.

La actividad de los otros dos poderes del gobierno ha merecido el desarrollo de extensas ramas jurídicas: el derecho administrativo y el derecho procesal. A su lado, el derecho parlamentario es una hermana menor.[2] Recién en los últimos años se

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor titular ordinario de grado y de posgrados, UCA. Profesor invitado, UBA. Director de *El Derecho Constitucional*. Integrante del comité ejecutivo de la AADC y del Consejo Superior de la UCA.

1 Este trabajo tiene como base el publicado en *RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, n.º 289, 25.º aniversario, p. 215, del que suprimí el desarrollo histórico, profundicé y actualicé conceptos, y añadí algunas clasificaciones que no había advertido que eran aplicables al tema.

2 Así la calificó uno de los constitucionalistas argentinos más expertos en el tema, Carlos María Bidegain, en su discurso de presentación como miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Recuerda Jorge Rodríguez Zapata (*Teoría y práctica del derecho constitucional*,

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

observa, en nuestro país, una preocupación importante sobre el tema, que se refleja en la apertura de posgrados, secciones en revistas especializadas[3] y publicaciones, de las cuales este libro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional constituye un ejemplo acabado.

La Constitución menciona funciones del Congreso en numerosos artículos. Directamente las prevén los numerados 3, 4, 7, 9, 13, 14, 14 *bis*, 15, 17, 18, 20, 21, 24, 30, 36, 37, 39, 40, 42, 44, 45, 49, 63, 74, 75 en sus 32 incisos, 76, 83, 85, 86, 88, 93, 99 (incisos 3, 6, 15, 16, 18 y 20), 100, 101, 107, 108, 110, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 125, 126, 127 y 129. Otras competencias le son otorgadas como facultades del gobierno federal, las cuales, a tenor del artículo 75, inciso 32, le corresponde *poner en ejercicio*. Ellas aparecen en los artículos 2, 5, 6, 25, 26, 27, 41, 47 y 92.

Los artículos 50, 52 y 53 mencionan, por su parte, cometidos propios de la Cámara de Diputados; los artículos 58, 59, 60, 61 y 99, incisos 4, 7, 13 y 16, tareas del Senado; y los numerados 65, 66, 70, 71, 72, 79 y 100, inciso 11, otras indistintas de cualquiera de las Cámaras.

En la comparación entre la Constitución argentina y la de los Estados Unidos se suele señalar que a nuestro presidente se le han atribuido, en el texto al menos, mayores facultades que a su similar del Norte, aunque ello no es un factor que contribuya al desequilibrio a favor del Ejecutivo argentino frente al Congreso, que existe, pero debe atribuirse a otras causas. Sin duda también la Constitución norteamericana ha concedido muchos menores poderes al Congreso, que la nuestra al suyo.

La importancia de la institución, el cúmulo de facultades, pero también el desprestigio y la discontinuidad se suman como razones que justifican sistematizar, para, en alguna medida, comprender mejor.

Madrid, Tecnos, 1996, p. 421), que «El gran tratadista del derecho parlamentario Julius Hatschek (*Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches*, reimp. de la edición de 1915, Berlín, 1973, p. 4) afirma que así como Francia ha sido señera en la Historia por la creación del derecho administrativo, Gran Bretaña lo fue por el derecho parlamentario». Nuestro mayor apego a las elaboraciones académicas francesas, entre muchos otras factores, puede ayudar a explicar la escasa atención prestada, en nuestro país, al derecho parlamentario.

[3] En *El Derecho Constitucional* se publica una sección dedicada a derecho parlamentario desde mediados de 2006.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2. Las clasificaciones de las tareas del Congreso

La doctrina ha asumido la tarea de clasificar las atribuciones del Congreso desde un punto de vista sustancial.[4] Sin embargo caben otros enfoques, teniendo en cuenta, por ejemplo, las distinciones entre los actos jurídicos —que efectúan varias

---

[4] En la obra colectiva *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos presidido por Dardo Pérez Guilhou, en la colaboración de María Celia Castorini de Tarquini titulada «Sistematización de las funciones del Congreso en orden a sus atribuciones» (pp. 37 ss), encontramos una síntesis de las posturas de autores nacionales. Comienza señalando que «un repaso a los autores nacionales nos permite detectar comportamientos distintos respecto de una misma realidad» y, a partir de ello, distingue:

«1) Algunos constitucionalistas desarrollan el tema de las atribuciones del Congreso sin sistematizarlas o clasificarlas, sino que, en sus análisis, siguen el orden constitucional. Tal es el caso de Montes de Oca (*Lecciones de derecho constitucional*, tomo II, La Buenos Aires, 1896, p. 283) y José Manuel Estrada (*Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 217), quien pese a establecer la división de las facultades del Congreso en legislativas, ejecutivas y judiciales considera que la clasificación carece de interés práctico y prescinde de ella, para avocarse al análisis constitucional.

2) Otros, atendiendo al orden constitucional, las agrupan según las materias sobre las cuales recae la actividad legislativa. Así, comenzando por Alberdi, quien en su proyecto (*Las bases*, Buenos Aires, Tor, 1948) las clasificaba del siguiente modo: a) las atribuciones que conciernen al ramo de lo interior; b) las relativas a las relaciones exteriores de la Nación; c) sobre rentas y hacienda pública; y d) de guerra.

González Calderón, Ramella, Linares Quintana y Bidart Campos agrupan las facultades conforme a la satisfacción de finalidades económicas, financieras, militares, de legislación general, etcétera, o bien según su sistemática constitucional, y así diferencian entre poderes implícitos y expresos, o atribuciones incluidas y excluidas de la enumeración del artículo 67 (Juan González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kraft, 1963, pp. 395 ss, quien analiza los siguientes grupos: 1) Formación del tesoro nacional. 2) Reglar al comercio exterior o interprovincial. 3) Régimen de banco y moneda. 4) Codificación, legislación sobre bancarrotas, falsificación de moneda corriente y documentos públicos. 5) Fomento del bienestar general. 6) Límites internacionales y de las provincias. 7) Otras atribuciones del Congreso. 8) Poderes militares. 9) Poderes implícitos. Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 701: "Pueden clasificarse las atribuciones del Congreso en esta forma: I) Régimen Financiero. II) Presupuesto. III) Ríos. IV) Pesas y medidas. V) Legislación general. VI) Límites internacionales. VIII) Comercio interno e internacional. VIII) Bienestar general. IX) Empleos, honores, amnistías, pensiones. X) Legislación exclusiva. XI) Los llamados poderes implícitos". Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo IX, Buenos Aires, 1962, establece dos grupos: 1) Poderes expresos: A) Jurídico. B) Económico. C) Financiero. D) Diplomático. E) Administrativo. F) Policía. G) Militar. H) En relación con la Iglesia. I) Organizativo. J) Defensivo. K) Preconstituyente. 2) Poderes implícitos: artículos 33 y 67, inciso 28. Germán Bidart Campos: *El derecho constitucional del poder*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1967, previamente a seguir el orden constitucional distingue dentro de las atribuciones dos grandes grupos: 1) Competencias no incluidas en el artículo 67: dentro de este enumera: 1) Reforma. 2) Actos que requieren participación de las provincias. 3) Tesoro nacional. 4) Leyes generales. 5) Tarifas aduaneras. 6) Reglamentación de los derechos individuales. 7) Calificación de utilidad pública. 8) Tipificación de conductas delictivas. 9) Reforma a la actual legislación. 10) Servicio militar obligatorio. 11) Ley electoral. 12) Electiva. 13) Toma de juramento. 14) Sueldo de los ministros. 15) Reglamento al delito de traición a la patria. II) Facultades incluidas en el artículo 67).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

especialidades jurídicas— o las diversas características de las distintas fuentes del derecho.

---

3) Un tercer grupo de autores, partiendo de un criterio sustancial para clasificar las atribuciones del Legislativo, reconoce que bajo la forma de ley subyacen diversos contenidos. Así, Fayt (*Derecho político*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 433) distingue facultades típicamente legislativas de otras cuyo contenido es político, económico, militar, coejecutivo, administrativo y judicial, y explica que esta asignación de funciones no específicas es consecuencia de la necesaria interrelación funcional existente entre los órganos de gobierno.

Otro tanto sucede con Bielsa, Sánchez Viamonte, Romero, Vanossi, Quiroga Lavié, quienes también admiten que el órgano legislativo desarrolla funciones que van más allá de las específicas, para entrar en el campo de lo gubernativo y de lo administrativo, siendo muchas veces este tipo de decisiones de mayor trascendencia para la vida del Estado (Así César Enrique Romero, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Zavalía, 1976, p. 208. Bajo el título "Actos de gobierno", comprende facultades del Congreso que no son "específicamente legislativas, sino decisiones de índole gubernativa, o sea, de conducción política". Jorge Reinaldo Vanossi: *Teoría constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 322. Clasifica las funciones de la siguiente forma: 1) Función legislativa: formación y sanción de las leyes (ley formal). 2) Función preconstituyente: activación de los mecanismos de reforma constitucional. 3) Función de colaboración y gobierno: a) Fijación de la dirección política; b) Formación de otros órganos de gobierno. 4) Función de control sobre el Ejecutivo: a) Sobre la actividad administrativa; b) Sobre la actividad financiera; c) Sobre la burocracia. 5) Función jurisdiccional: juicio político. Humberto Quiroga Lavié: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 774. Atribuciones del Congreso: 1) Legislativa. 2) Ejecutiva. 3) De contralor. 4) Preconstituyente. Es preciso recordar que mientras las funciones de legislación y justicia pueden ser ejercidas en forma discontinua, hay otra función estatal de acción continua y permanente que es la gubernativa, que no admite paralización ya que es inherente a la dinámica de la vida estatal.

En este sentido, Sánchez Viamonte (*Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapeluz, 1964, apéndice) enumera, además de las legislativas, funciones políticas, coejecutivas, económicas y financieras, administrativas, judiciales, militares e internacionales. Su sistematización resulta de relevante importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que el volumen de estas últimas es significativamente mayor que el de legislación, con lo cual el Congreso desenvuelve una acción cualitativamente de mayor importancia que la que desarrolla como cuerpo exclusivamente legisferante».

La autora que vengo citando, luego de la síntesis que he trascripto, desarrolla su propia clasificación con un criterio diferente, pues procura «sistematizar el comportamiento del Congreso con relación a las atribuciones que desarrolla».

En este orden de ideas distingue la función institucional del Congreso, en la que incluye sus características de órgano de la República y de síntesis de lo federal; sus tareas como órgano de control; aquellas que ejerce como órgano de gobierno; como órgano administrador; como órgano legislador y las que le competen en ejercicio de la función preconstituyente.

Por su parte, Carlos María Bidegain (*Curso de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 132 ss.) diferencia, entre las atribuciones del Congreso, la función normativa de las decisiones políticas. En las primeras incluye la legislación común, la local, la federal y la incidental. Entre las segundas menciona las referidas a la organización institucional, al control institucional, a la paz interior y al orden constitucional, a las relaciones internacionales y a las relaciones internas interjurisdiccionales.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2.1. La participación del Congreso: actos simples o procesos complejos

El Congreso es un órgano de la persona jurídica que es el Estado argentino. No se trata de una persona jurídica distinta a él, sino de un órgano que toma parte en el proceso de elaboración de sus decisiones. Tampoco es su representante, pues esa función, en lo interno y en lo internacional, es propia del presidente de la Nación, quien la ejerce en mérito a su calidad de jefe del Estado, que surge del artículo 99, inciso 1.º, de la Constitución.

La primera clasificación de sus tareas que debe formularse, por ende, considera la participación del Congreso en la decisión de que se trate.

Los actos simples son los emitidos sólo por el Congreso. Por ejemplo, la designación del Defensor del Pueblo (artículo 86, 2.º párrafo, CN). Claro que como el Congreso es un órgano bicéfalo, y cada Cámara decide por separado, en general sus actos son, en lo interno, complejos. Asimismo encontramos actos simples de una sola de sus Cámaras, entre otros el juicio sobre los títulos de sus miembros (artículo 64) y la sanción de su reglamento (artículo 66).

Cuando ambas Cámaras se reúnen en conjunto, el Congreso actúa en Asamblea Legislativa. Ella puede realizar actos simples, por ejemplo, homenajes o la constatación de la inhabilidad presidencial como causal de acefalía.

Muchos de los actos simples del Congreso, o de una de sus Cámaras, no están previstos por la Constitución, sino por los reglamentos, leyes especiales, precedentes parlamentarios o el consenso de la doctrina.[5] Estas fuentes pueden también otorgar facultades para realizar actos simples a órganos internos de las Cámaras, unipersonales o colegiados. Algunos de esos órganos han sido creados por la Constitución: el presidente del Senado, cargo otorgado al vicepresidente de la Nación (artículo 57), el presidente provisorio del Senado (artículo 58), la Comisión Bicameral Permanente (artículos 99, inciso 3, y 100, incisos 12 y 13). Las comisiones se mencionan en el artículo 79.[6]

Otros órganos no se encuentran en nuestra ley fundamental, y surgen de los reglamentos. Así, por ejemplo, el presidente de la Cámara de Diputados (artículo 37 del reglamento de la Cámara de Diputados) o los bloques. También ellos emiten actos simples, como, el primero, desalojar la barra (artículos 198 y 199 del reglamento de la Cámara de Diputados) y, los segundos, formular una declaración.

Cabe reiterar que los actos simples del Congreso suelen ser internamente complejos, es decir que intervienen varios de los órganos que lo componen. En el primer ejemplo citado en este punto, la designación del Defensor del Pueblo, participan

---

[5] Así, por ejemplo, el nombramiento de una comisión especial o investigadora está reglado en el artículo 86 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

[6] No incluyo en estas menciones al Defensor del Pueblo ni a la Auditoría General de la Nación, pues estimo que se trata de órganos extrapoderes en razón de su autonomía funcional («Órganos extrapoderes e intrapoderes en la reforma constitucional de 1994», en *La Ley*, 1996-C, p. 1095).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

ambas Cámaras; las designaciones de representantes ante el Consejo de la Magistratura son efectuadas por el presidente de cada Cámara a propuesta de los respectivos bloques, ya que se eligen dos por la mayoría y uno por la primera minoría (artículo 2, ley 24937, modificada por la ley 26080). En otro caso se sigue un procedimiento distinto: la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación se efectúa sobre la base de la previsión del tercer párrafo *in fine* del artículo 85 de la Constitución, mediante una resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras, a propuesta del jefe del partido de oposición con mayor número de legisladores, es decir del representante jurídico de un ente no estatal.

Los procesos complejos son aquellos en los cuales el Congreso, o alguno de sus órganos, intervienen en una de las etapas de la formación de la voluntad del Estado. Un proceso está compuesto de varios actos simples cuyo principal efecto jurídico es habilitar el paso siguiente: otro acto a cargo de otro o del mismo órgano.[7] Pueden poseer hasta cuatro etapas: la iniciativa, la formación de la voluntad, el control y la puesta en ejecución.[8]

Un proceso complejo en el cual el Congreso interviene en la etapa de iniciativa es la reforma de la Constitución, en la que declara la necesidad de la reforma (artículo 30 CN). Al efectuarse esa declaración por ley se trata, a su vez, de un acto complejo, en el que también interviene el Poder Ejecutivo.

En la tarea legislativa, el Congreso tiene a su cargo la etapa de formación de la ley. Los legisladores, órganos individuales que lo componen, pueden tomar en sus manos la iniciativa y presentar el proyecto (artículo 77), pero comparten esta posibilidad con el presidente (lo prevé el mismo artículo 77); una porción del cuerpo electoral, a través de la iniciativa popular (artículo 39); e incluso con cualquier habitante que ejerza el derecho de peticionar a las autoridades (artículo 14). Por su parte, el Congreso puede superar el control que el Poder Ejecutivo ejerza mediante un veto, recurriendo a la insistencia (artículos 80 y 83).

En la etapa de control se incluye sólo el que se integra en la formación del acto, pues en otros casos en que el acto ya existe, o todavía no ha empezado a conformarse, el control que se ejerza resultará un acto distinto, previo o posterior, y lo analizaré al tratar la distinción de las competencias en razón de la materia.

A la instancia de control previo al dictado del acto, pero incluida en el proceso de su formación, corresponden los acuerdos senatoriales (artículo 99, incisos 4, 7, 11 y 16).

Un caso en el cual queda a cargo de nuestro Parlamento la puesta en ejecución de un acto es la toma del juramento del presidente y vicepresidente. Allí culmi-

---

[7] Este último supuesto se da en el tratamiento sobre tablas: un acto de la Cámara habilita dicho tratamiento, y otro acto de la misma Cámara resuelve aprobar, o no, el proyecto.

[8] En general, con respecto a las leyes, se distinguen tres etapas: la iniciativa, la sanción y la promulgación, pero estimo que en esta última debe diferenciarse un acto de control: la decisión de vetar, o no, y la promulgación y publicación, que hacen al inicio de la eficacia de la norma.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

na el proceso de designación de estos funcionarios. La iniciativa es el llamado a elecciones; la formación de la voluntad corresponde al cuerpo electoral y el control lo ejercen la justicia electoral y el Congreso (al proclamar a los electos). Pero esa designación posee eficacia solo a partir del juramento prestado ante la Asamblea Legislativa.

2.2. Actos unilaterales, bi o multilaterales

Los actos con efectos jurídicos en los cuales el Congreso interviene en alguna etapa de la formación de la voluntad del Estado pueden ser uni, bi o multilaterales.

Son unilaterales cuando solo expresan la voluntad de una persona jurídica: el Estado argentino, que en función de sus potestades, de su soberanía, puede, por sí, establecer relaciones jurídicas entre las personas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

Si los actos jurídicos requieren, para su formación, la concurrencia de varias voluntades de distintas personas, son bi o multilaterales. Ello ocurre tanto con un tratado internacional (acto complejo, en el cual el Congreso interviene en la etapa de control) como con un contrato de suministro (acto simple de alguna autoridad administrativa de cualquiera de las Cámaras).

Por ende, no se deben confundir actos multilaterales con actos complejos. En los actos complejos unilaterales, como la sanción del Código Civil, la voluntad que se manifiesta es de una sola persona jurídica: el Estado argentino, independientemente de que para conformarla intervengan varios de sus órganos. En cambio, en un acto multilateral concurren más de una persona, física o jurídica, en la formación del acto. Puede responder o no a la denominación de acuerdo, contrato, convenio o tratado. No se mencionan así el que establece la Capital Federal (artículo 3), o la creación de nuevas provincias prevista en los artículos 13 y 75, inciso 15.[9]

Otra puntualización importante es que toda designación es bilateral, pues se requiere la conformidad del nombrado, que se expresará a través de su juramento, toma de posesión del cargo o suscripción de un contrato.[10] La excepción son las cargas públicas, como, por ejemplo, desempeñarse como presidente de mesa en un comicio, que son unilaterales, pues se imponen, no requieren consentimiento.

---

[9] Este último supuesto merece algún mayor análisis, pues en caso de que implique cesión de territorio de una provincia preexistente, se requiere consentimiento de su legislatura, pero aun cuando ello no ocurriera, el nacimiento de una provincia no se completa sino hasta que haya dictado su Constitución y elegido sus autoridades (recaudos necesarios para la existencia de cualquier Estado, sea soberano o solo autónomo), es decir hasta que el nuevo ente jurídico haya manifestado su voluntad de nacer.

[10] Acerca de la naturaleza contractual de la relación de empleo público véase Agustín Gordillo, entre muchos: *Tratado de derecho administrativo,* tomo 1, 5.ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, cap. XIII, pp. 29 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2.3. Decisiones espontáneas y deliberadas

Fuentes espontáneas del derecho son aquellas que se conforman en la toma de decisiones cotidianas ante cuestiones concretas. Pueden provenir de la gente (costumbre) o de funcionarios (jurisprudencia, precedentes administrativos o legislativos). Ante su reiteración (y a veces sin requerirla) se consolidan como conductas debidas. El objetivo primario de la decisión fue resolver el caso concreto. Sin quererlo, o como derivación secundaria, ello resulta en una fuente del derecho.

Las que provienen de una deliberación, en cambio, se establecen con el propósito de ser una fuente del derecho. El objetivo principal de su creación es ser tales. Como ejemplos cabe citar a la ley y a los tratados.

En la actividad del Congreso se advierten decisiones de ambos tipos. Fuentes espontáneas son los precedentes parlamentarios. Ellos no solo se refieren a cuestiones de procedimiento, sino que también pueden abarcar aspectos constitucionales. Así, interpretaciones referidas a la intervención del Congreso en el proceso de reforma constitucional, reglado por el artículo 30, reconocen como fuente antecedentes parlamentarios, como, por ejemplo, el hecho de que la necesidad de la reforma sea establecida por ley, y no a través de una declaración, como parece indicarlo el texto del citado artículo 30.

2.4. Actos preparatorios y concluyentes

Un proceso de toma de decisión, por ejemplo la formación de una ley, puede requerir varios actos concluyentes, que finalizan una etapa: el pronunciamiento de cada Cámara, la promulgación del Ejecutivo. Pero también pueden existir (necesariamente o no) otros actos que solo tienen carácter preparatorio: el dictamen de una comisión, la inclusión en el orden del día.

2.5. Actos con o sin efectos jurídicos

Los actos del Congreso, simples o complejos, pueden poseer o no efectos jurídicos.

No los tienen, en general, los homenajes, las declaraciones de apoyo o repudio a determinada política, personaje o evento. Esto resulta evidente cuando la adhesión o el rechazo se concretan solo a través de una o más exposiciones efectuadas por legisladores en el recinto. No es tan claro si se dispone alguna obra: la erección de un monumento o la confección y entrega de una medalla, por ejemplo. Es más difícil arribar a una conclusión cuando se encomienda la elaboración de un programa de actos.[11]

---

[11] Como ejemplo puede citarse la ley 25423, que dispuso la adhesión al Día Universal de la Poesía y que las autoridades educativas elaboraran un programa de difusión sobre el tema.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Los actos que poseen efectos jurídicos constituyen el principio general en la tarea del Congreso. Responden a la definición genérica formulada por el artículo 944 del Código Civil: son actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos. Cuando son actos simples, sin perjuicio de lo expresado al inicio de este número, son imputados al Estado argentino, que es responsable de la actuación de todos sus órganos, y mucho más cuando lo hacen en uso de la competencia que les otorga el ordenamiento jurídico.

2.6. El alcance general o particular de los actos

Los actos de alcance general son aquellos cuyos efectos abarcan a una categoría de personas: los habitantes de la Argentina, sus nacionales, los trabajadores en relación de dependencia, los médicos, los industriales de determinada provincia, etcétera.

Los actos de alcance particular, en cambio, producen efectos respecto de una o varias personas determinadas. Si son varias se los denomina actos plúrimos, y muchas veces se indica a sus destinatarios en un listado anexo a la norma.

Habitualmente se estima que las leyes tienen alcance general, pero no siempre sucede así. Ello ha motivado la distinción entre leyes en sentido material, que son aquellas que tienen ese tipo de ámbito, aun sin importar de qué autoridad emanen, y leyes en sentido formal, que son las que solo tienen efectos para una o varias personas determinadas. Ejemplos de ellas son leyes que otorgan una pensión o aprueban un contrato.

Puede suceder que competencias que se otorgan al Congreso con alcance particular sean ejercidas mediante normas generales, que establecen condiciones y delegan la concreción individual del tema. Así ocurre con la habilitación de puertos, con la creación de empleos en la Administración y con la negociación de la deuda externa. Parece cuestionable que estas atribuciones se deleguen sin establecer algún esquema de control parlamentario, aunque fuere posterior al acto. Volveré sobre este tema al final de este trabajo.

2.7. Los actos registrales

Una actividad importante del Estado, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo, es la registral. Existen numerosos registros, sobre todo en el ámbito del Poder Ejecutivo, a través de los cuales se conocen datos de las personas, se autorizan marcas, patentes de invención, se inscriben derechos reales sobre distintos bienes. Entre las competencias del Poder Judicial se encuentra el registro electoral, que permite elaborar los padrones para participar en los actos electorales. Ellos implican o habilitan algún control sobre los actos que incluyen.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La Constitución encomienda al Congreso, en los artículos 124 y 125, el conocimiento de los convenios internacionales celebrados por las provincias y de los tratados parciales celebrados entre ellas. En ambos casos ello supone, al menos, registrarlos.[12]

La ley 73, de la numeración de Paraná, dictada en 1856, creó el gran libro de las leyes de la Confederación, que debía consignar toda sanción del Congreso. Aun cuando no ha sido derogada, no se cumple.

2.8. La clasificación de las atribuciones del Congreso según su materia

Al reseñar, en nota, diversas clasificaciones realizadas por distintos autores, señalé que, en general, se referían a la materia de las atribuciones del Congreso. Lo más adecuado es tomar como base a las funciones del Estado, pues el Congreso no realiza exclusivamente la tarea legislativa, así como tampoco la monopoliza. A la clásica diferenciación de las funciones jurídicas del Estado: legislativa, administrativa y jurisdiccional, cabe añadir la diversidad de sus funciones políticas: la adopción de decisiones gubernativas, entre ellas las tareas de selección, elección, confirmación y remoción de autoridades, y el control político.[13]

Indudablemente existe una función normativa[14] a cargo del Congreso y ella incluye las leyes de derecho común, local y federal. Las primeras se refieren al derecho civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y seguridad social (artículo 75, inciso 12, CN).

En las leyes de carácter local, es decir aquellas destinadas a regir únicamente en los territorios directamente sujetos a jurisdicción federal, esto es, actualmente, solo en la Capital Federal y en las materias no delegadas al gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, cabe distinguir las de organización institucional, como la prevista en el artículo 129, párrafo segundo, de la Constitución, de las que regulan los derechos de los ciudadanos, como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en tanto lo aplican tribunales ordinarios de la Capital Federal. Algunas otras leyes de carácter local no tienen sustancia normativa, sino política, por lo cual no corresponden a la categoría que nos ocupa en este acápite, como la de convocatoria a elecciones para dictar el Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 129, tercer párrafo) o la que dispusiera una intervención de ese distrito (artículo 75, inciso 31). Esto permite apreciar que el carácter general de una ley, analizado

---

[12] Se debate, con relación a los convenios internacionales de las provincias, si debe consentimiento o conocimiento del Congreso, y en este último caso si debe ser posterior o previo (alternativa que es la que comparto).

[13] Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional,* tomo III (en colaboración con Roberto Punte), o. cit., nota 2, 1995, pp. 126 ss.

[14] Jorge Rodríguez Zapata: *Teoría y práctica del derecho constitucional,* o. cit., nota 1, p. 420, señala que la función legislativa «es la función parlamentaria por excelencia».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

en el acápite anterior, no coincide necesariamente con su función normativa, ya que también existen decisiones políticas de alcance general.

También en el caso de las leyes federales debemos distinguir las normas destinadas a reglar derechos y obligaciones de las personas, como las de ciudadanía, iniciativa popular, impuestos, comercio interjurisdiccional, etcétera; de las de organización institucional o administrativa, como la ley de ministerios, de organización de la justicia nacional, creación de entidades autárquicas, etcétera. Se reitera también el caso de leyes que no tienen sustancia normativa, como la que declara la necesidad de reforma de la Constitución, la creación de una nueva provincia, etcétera.

La función normativa ha sufrido relevantes transformaciones en la actual etapa de la evolución del constitucionalismo. Algunos de los factores que han contribuido a ello son:[15]

— La privatización de lo público, que muchas veces implica tratamientos desiguales y privilegios que afectan a dos principios claves de la ley: la generalidad y la publicidad, que también en ocasiones impone la sustitución de la ley por el contrato (algunos entes reguladores han sido creados por ellos), pero que debe tender a reformular el rol regulador del Estado.
— La tendencia a obviar la ley, ya sea mediante la omisión de su aplicación (por ejemplo, en la tolerancia del empleo no registrado), como por trasladar la adopción de decisiones a recintos extraparlamentarios (el Poder Ejecutivo, los acuerdos sectoriales, etcétera).
— La alteración del sistema de fuentes del derecho, a través de la transferencia de su producción al Ejecutivo, la supremacía de los tratados internacionales, la expansión de otros tipos de acuerdos, etcétera.
— La preeminencia de las razones económicas, políticas o de otro tipo, sobre las consideraciones jurídicas, a la hora de tomar decisiones.

Retomando esta clasificación en razón de la materia, una categoría propia la constituyen los actos jurisdiccionales, cuyas características concurren en el juicio político, en el referido a las elecciones de los miembros de cada Cámara, y en las sanciones que ellas pueden imponer a sus miembros.

Finalmente, entre las funciones jurídicas del Congreso, corresponde considerar las decisiones de materia administrativa, que en algunos casos tienen alcances meramente internos, como el dictado de los reglamentos de las Cámaras, las asignaciones de funciones a las distintas oficinas, las designaciones de personal, las contrataciones de suministros.

En otros casos, el Congreso toma decisiones de sustancia administrativa relativas ya no a su propio funcionamiento, sino al del gobierno en general. Así, la ley

[15] Véase al respecto Remedio Sánchez Ferriz: *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 50.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

anual de presupuesto autoriza los gastos de la administración pública, del propio Congreso y del Poder Judicial; otras leyes abren créditos para la realización de obras públicas, deciden expropiaciones, otorgan subsidios, pensiones graciables, crean y suprimen órganos administrativos, aprueban empréstitos, arreglan el pago de la deuda interior y exterior, etcétera.

El Congreso tiene también a su cargo emitir actos de gobierno o participar en la toma de ese tipo de decisiones. Su participación puede darse en distintas etapas de la toma de decisión. Así, en la reforma constitucional interviene en la etapa de iniciativa; en la cobertura de una acefalía permanente está a su cargo la toma de la decisión y la puesta en ejecución (no hay control institucional previsto); en la designación de jueces, embajadores y oficiales superiores de las fuerzas armadas, el Senado actúa en la etapa de control, etcétera.

También se incluyen en este grupo la designación de autoridades de cada Cámara, la concesión de honores, el permiso al presidente para salir del país, etcétera. También la selección, elección, confirmación y algunos casos de remoción de autoridades entran en la categoría de actos gubernativos.[16]

La cobertura de un cargo, como ya expresara respecto de cualquier otra decisión, puede constar de hasta cuatro pasos, encomendados a órganos o entidades distintos: la selección previa de candidatos, la elección propiamente dicha, la confirmación como control posterior, y la toma de posesión del cargo. Así ocurre para los jueces de instancias inferiores: el Consejo de la Magistratura selecciona una terna, el presidente elige, el Senado presta acuerdo, y luego del decreto presidencial de designación, el juez jura ante la Cámara de Apelaciones respectiva.

En la Argentina, hasta 1994 existieron órganos extrapoderes, con control del Congreso, encargados de la elección de presidente, vicepresidente y senadores por la Capital Federal: las juntas de electores. Las legislaturas de las provincias tenían encomendada la designación de senadores provinciales. A partir de la última reforma, estas decisiones se han transferido al cuerpo electoral, que antes solo elegía directamente a diputados y miembros de las juntas de electores. La selección de candidatos a cargos electivos continúa a cargo de los partidos políticos, aunque se ha procurado imponer el sistema de internas abiertas y simultáneas.[17] La propuesta de magistrados inferiores es ahora competencia del Consejo de la Magistratura (artículo 114, inciso 2.º, CN). Se ha mantenido, en cambio, la atribución del Senado de prestar acuerdos para jueces, militares y diplomáticos (artículo 99, incisos 4.º, 7.º y 13).

---

[16] Desde el comienzo de las instituciones políticas occidentales los cuerpos deliberativos tuvieron encomendadas tareas diversas a la de hacer la ley: la selección, elección o confirmación y la remoción de autoridades. Ellas continúan, en buena medida, en las asambleas del sistema parlamentario, que designan al jefe de Estado, si no es hereditario, y confirman y remueven al gabinete. En el esquema presidencialista se tiende, en cambio, a la elección directa, por el pueblo y por un período fijo.

[17] Ley 25611, cuya aplicación, en general, se ha soslayado, y que procura derogarse.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Cuestionamientos políticos graves, la pérdida de la salud o de la confianza de la opinión pública pueden requerir el alejamiento de autoridades, para evitar problemas más graves. Ello suele producirse voluntariamente (como ocurrió con los presidentes Juárez Celman, Ortiz, Cámpora, Alfonsín y De la Rúa, para citar solo algunos ejemplos; y con algunos legisladores y jueces a fin de evitar su inminente expulsión o juicio político). Si no es así, se requiere algún mecanismo que lo imponga.

La remoción sigue siendo competencia del Congreso para presidente, vicepresidente, ministros y miembros de la Corte Suprema mediante el complicado mecanismo del juicio político (artículos 53, 59 y 60), que ya hemos considerado como acto jurisdiccional. En la reforma de 1994 se ha previsto, con respecto al Jefe de Gabinete de Ministros, no solo su juicio político sino la posibilidad de una moción de censura y eventualmente de su remoción, que deberá contar con mayoría absoluta de cada Cámara (artículo 101).

Otra categoría son los actos de control, que corresponde distinguir, como ya expresara, del control como etapa en la formación del acto. Uno de los más importantes es la consideración anual, aprobación o rechazo, de la cuenta de inversión, que refleja el cumplimiento del presupuesto. La práctica parlamentaria ha impuesto que tenga forma de ley,[18] pero en realidad este tipo de actos no debería contar con la participación del controlado, esto es del Poder Ejecutivo. No obstante, al usarse el procedimiento legislativo, interviene en su promulgación.

Pero el control puede ser anterior a la formación de la voluntad. Ello ocurre, entre otros casos, con la autorización para declarar la guerra (artículo 99, inciso 15) y con el permiso para que el presidente se ausente del país (artículo 99, inciso 18).

Los pedidos de informes, formación de comisiones investigadoras, interpelaciones a los ministros e incluso la moción de censura al Jefe de Gabinete de Ministros son actos de control de cualquiera de las Cámaras. La remoción del último de los nombrados, en la que deben intervenir ambas, se encuadran, en cambio, en la categoría de decisiones políticas.

2.9. La forma de los actos

La voluntad del Congreso en las decisiones deliberadas (que he distinguido de las espontáneas) se expresa mediante actos formales, escritos, aprobados por las dos Cámaras. Se denominan leyes los que cumplen el proceso reglado en los artículos 77 a 84 de la Constitución. También ambas Cámaras, sesionando en asamblea o por separado, pueden aprobar resoluciones o declaraciones conjuntas. Cada una de ellas también puede emitir resoluciones o declaraciones. Sus órganos internos, unipersonales o colegiados, producen informes, dictámenes, resoluciones, disposiciones, que

[18] Recientemente se sancionaron las leyes 26098 y 26099 de aprobación de las cuentas de inversión de 1997 y 1998, respectivamente, con notorio retraso.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

pueden formar parte de un acto complejo (los dictámenes de comisiones previos al tratamiento de un proyecto de ley) o constituir un acto simple (unilateral: el informe de una comisión investigadora que no motiva ningún pronunciamiento del pleno, o bilateral: una designación del presidente de la Cámara).

Las resoluciones

> son normas jurídicas obligatorias, aunque de un alcance constitucional distinto al de las leyes, y con efectos generalmente dentro del ámbito propio de la administración de la Cámara, o en defensa de las prerrogativas constitucionales y privilegios individuales de los legisladores o los colectivos de aquellas, o en aras de la utilización de las facultades jurisdiccionales y de control del cuerpo.[19]

Como ejemplos se pueden citar las reformas al reglamento, la decisión de interpelar a ministros y secretarios de Estado, la adopción de sanciones respecto de legisladores o terceros, la acusación y la sentencia del juicio político.

Las declaraciones, en cambio,

> son siempre expresiones de deseos, que manifiestan una voluntad que no puede, por las limitadas atribuciones del cuerpo, extenderse a ámbitos generales o a otros poderes del Estado. Por ejemplo: opiniones de la Cámara en materia de situaciones políticas generales o coyunturales; o manifestaciones de la Cámara en el sentido de que el Poder Ejecutivo debería obrar de determinada manera, que no se pueden concretar en la práctica por la independencia constitucional propia del presidente de la Nación y de sus órganos en los ámbitos que la carta magna determina.[20]

Si bien el procedimiento de sanción de las leyes es el único regulado constitucionalmente, es evidente que en ciertas decisiones el Congreso no puede recurrir a él. En cuanto supone la actuación de las dos Cámaras por separado, no puede seguirse en las decisiones que adopta la Asamblea Legislativa, como la de tomar juramento al presidente y vicepresidente, admitir o desechar los motivos de sus dimisiones, declarar el caso de proceder a una nueva elección, etcétera. Tampoco se sigue, ya lo he señalado, en la designación del Defensor del Pueblo, pese a que en ella las Cámaras actúan por separado (artículo 86, 2.º párrafo, CN). Seguramente también se recurriría a una resolución conjunta para remover al Jefe de Gabinete de Ministros (artículo 101).[21]

---

[19] Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación: *Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación,* comentado por Guillermo Carlos Schinelli, Buenos Aires, 1996, p. 287.

[20] Ibídem.

[21] Pero esta lista merece algunos incrementos, pese a que la práctica parlamentaria no los admite. Ya he indicado a la aprobación o el rechazo de la cuenta de inversión como actos de control. Recientemente la ley 26122 prevé que la decisión del Congreso sobre decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada o veto parcial, se concretará mediante resoluciones de cada Cámara, con la peculiaridad de que para rechazarlo se requieren que las dos sean contrarias.

Otro caso me parece que debe ser el de los tratados internacionales, en los cuales la etapa de formación de la voluntad estatal se encuentra en manos del Poder Ejecutivo, a través de la negociación

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2.10. El deslinde de competencias con las provincias y con los otros poderes

El otorgamiento de una competencia al Congreso puede implicar negarle tal facultad a las provincias, en mérito a que la Constitución así delega esa facultad al gobierno federal (artículo 121); o que se le esté prohibiendo ejercerla a los otros poderes del Estado nacional. Pueden también suceder simultáneamente ambas cosas.

Dilucidar cuándo nos encontramos ante uno u otro supuesto es bastante complejo. Por ejemplo, cuando el artículo 14 faculta a la ley a reglamentar los derechos, no está otorgando una facultad exclusiva al Gobierno federal, pues también las provincias pueden hacerlo, ya que ellas son también titulares del poder de policía, aunque deben respetar la supremacía federal si la Nación tiene una competencia exclusiva, sobre el tema de que se trate, derivada de algún otro precepto de la ley fundamental.

En algunos casos existe una definición constitucional expresa, admitiendo o negando la concurrencia. La posibilita la reiteración de atribuciones de los artículos 75, inciso 18, para la Nación (la llamada cláusula de la prosperidad), y 125, para los estados miembros. La niega el detalle contenido en el artículo 126.

Pero si bien la primera frase de ese precepto parecería negar la posibilidad de concurrencia en los casos en los que no haya una definición constitucional expresa, la Corte Suprema ha destacado, en reiteradas oportunidades, en las últimas décadas, que «la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias».[22]

No se consideró así en el caso del estado de sitio, que se reconoce como facultad exclusiva del Gobierno federal.[23]

Si bien el principio general es que al otorgar una competencia al Congreso no pueden ejercerla los otros poderes del Estado federal, ello se ha visto desvirtuado por la práctica, a favor del Ejecutivo, de la delegación impropia, por la delegación propia y por los decretos de necesidad y urgencia, la primera fruto de una extensión del artículo 99, inciso 2.º, que ya existía en el texto de 1853, y los dos últimos reconocidos en la reforma constitucional de 1994 (artículos 76 y 99, inciso 3, ambos de redacción confusa).

---

y la firma. El Congreso controla a través de la aprobación o rechazo. Pero el Poder Ejecutivo vuelve a intervenir en la ratificación en sede internacional. Intercalar una etapa de promulgación es realmente sobreabundante y solo sirve para confundir, pues el tratado no entra en vigor cuando es aprobado por el Congreso, sino solo cuando es ratificado en sede internacional, y, en caso de un acuerdo multilateral, cuando reúne las ratificaciones suficientes que él mismo exige.

Se ha debatido la forma de la declaración de necesidad de una reforma constitucional, pero allí concuerdo en la conveniencia de la participación del presidente en una decisión tan importante (Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., nota 2, 1996, pp. 12 ss.).

[22] *Fallos*, 304: 1186, 305: 1847, 312: 1437.

[23] Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, tomo V (en colaboración con Orlando Gallo, Eugenio Palazzo, Roberto Punte y Guillermo Schinelli), o. cit., nota 2, 2001, p. 96.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Existen restricciones expresas en los tres casos: la ley de coparticipación no puede ser reglamentada, la delegación propia solo puede referirse a cuestiones de administración o emergencia pública, y los decretos de necesidad y urgencia se encuentran vedados en materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Pero, ¿las hay también implícitas? Me ocuparé más adelante de ello.

3. Algunas consecuencias prácticas

Frente a este conjunto de clasificaciones resulta necesario advertir que algunas de ellas implican alternativas rígidas, pues el acto sólo puede pertenecer a una categoría o a otra, como ocurre, por ejemplo, con las distinciones entre actos simples y complejos, uni, bi o multilaterales. Otras, en cambio, resultan tipologías más abiertas, en las cuales los límites suelen ser confusos, como sucede con las clasificaciones según la materia o por el deslinde de las competencias.

Estas clasificaciones no son un mero ejercicio intelectual, sino que poseen algunas consecuencias prácticas. No creo que ellas se agoten en las que enuncio a continuación, pero son las que me saltan a la vista.

1) En primer término, desde el punto de vista de la técnica legislativa, no parece adecuado que existan actos que incluyan previsiones de distintas categorías. Así, una misma norma no debería incluir disposiciones generales y particulares; unilaterales y bilaterales; normativas, de control y administrativas, etcétera.

2) Puede sostenerse la existencia de límites implícitos para los decretos de necesidad y urgencia, la delegación propia e incluso la delegación impropia. No cabrían en actos de control, o cuando se trata de un acto complejo y el Congreso interviene en una etapa de control. Tampoco parecen posibles en decisiones gubernativas, como por ejemplo la declaración de la necesidad de la reforma constitucional. Por otra parte, en los actos de alcance particular, si el Congreso los delega, debería mantener, al menos, un registro, y cierto control posterior.

3) En algunos casos, la distinta naturaleza de las atribuciones puede afectar las relaciones de jerarquía de las fuentes del derecho, por ejemplo entre actos bi o multilaterales y actos unilaterales. Ello ha sido reconocido por el artículo 75, inciso 22, a partir de la reforma de 1994, con respecto a los tratados internacionales, pero es postulado también por la doctrina, con relación a las leyes convenio con las provincias. También cabría consagrar, como se acepta en el ámbito del derecho administrativo, el principio de la inderogabilidad singular de los actos generales.

4) El desplazamiento de atribuciones a favor del Poder Ejecutivo podría mitigarse ampliando el número de supuestos en los cuales se dictan resoluciones conjuntas, en las que no interviene el presidente, a expensas de la aplicación del procedimiento que culmina en forma de ley, en el cual sí participa.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Enrique Fernando Novo*

Las atribuciones del Congreso de la Nación en la Constitución nacional

1. Introducción

Al sancionar y modificar la ley suprema del país, los constituyentes nacionales no se preocuparon en sistematizar las atribuciones del Congreso de la Nación.

Un recorrido del sinuoso camino competencial del Poder Legislativo en el mapa constitucional permite concluir que las atribuciones se encuentran dispersas a lo largo de casi todo el texto de la carta magna, encontrándose la primera en el artículo 3 y la última en el 129 del texto fundamental, sin perjuicio de las que surgen de las disposiciones transitorias.

Asimismo, el paneo normativo de referencia posibilita destacar la indiferencia de los convencionales en lo concerniente a precisar en cada uno de los casos, y en forma inequívoca, si constituyen una facultad o una obligación.

De allí que intentamos en este trabajo dilucidar dónde y de qué manera la Constitución de la Nación efectúa las asignaciones de funciones al órgano deliberativo, principal resorte del sistema democrático de la República Argentina.

---

* Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Docente de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Río Cuarto (UNRC). Ex convencional constituyente municipal, Río Cuarto, 1996. Autor de *Carta orgánica municipal comentada* (1997) y del *Manual de derecho constitucional* (2007).

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2. ¿Qué es una atribución?

Etimológicamente el vocablo *atribución* proviene del latín *attributio* (y *atribuir* proviene del latín *attribuere*, 'dar').

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, *atribución* es la 'acción y efecto de atribuir' (y *atribuir*, 'señalar o asignar una cosa a alguien como de su competencia, imputar, achacar'); cada una de las facultades que a una persona confiere el cargo que ejerce.[1]

Según el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, de Manuel Ossorio,[2] al vocablo *atribución* se le adjudican varias y diferentes acepciones. Entre ellas se destacan las siguientes, a las que agregamos nuestra opinión vinculada a sus respectivos alcances.

'Señalamiento o fijación de competencia': según esta apreciación puede incluirse tanto la referida a deber como a facultad. 'Adjudicación': según esta apreciación también puede considerarse como facultad o como obligación de acuerdo con la atribución concreta. 'Imputación, cargo': según esta apreciación pude considerarse sólo como un deber a cumplir. 'Facultad, potestad concedida por disposición legal o inherente a determinado cargo. Suele emplearse la voz en plural': según esta apreciación puede estimarse a la atribución como el conjunto de facultades que conlleva un cargo determinado.

Como bien puede apreciarse, el concepto *atribución* contempla, en general, tanto a la facultad como a la obligación o deber.

Se aclara que en este trabajo se utilizan indistintamente las voces *obligación* o *deber*, dejando de lado la distinción que efectúa entre ambas la teoría civilista y la administrativista. Además, a los fines de incluir todas las facultades y deberes u obligaciones, se incluye como atribución (negativa) aquella adjudicación o imposición que el constituyente ha hecho recaer sobre el Congreso como una obligación o deber de «no hacer». Sobre este aspecto, Bidart Campos recalca que el *examen de las prohibiciones no reviste un mero interés teórico sino práctico, en cuanto hacer lo que ellas impiden irroga inconstitucionalidad en la actividad del Congreso, susceptible de ser atacada dentro del marco en que se moviliza el control judicial de constitucionalidad.*[3]

---

[1] *Oriente Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, tomo I, Buenos Aires, Oriente, 1972, p. 322.

[2] Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1986, p. 71.

[3] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 103.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

3. El vocablo en la doctrina nacional

Si bien el actual artículo 75 de la Constitución nacional contiene gran parte de las atribuciones del Congreso, estas no se agotan en esa disposición. Muy por el contrario, como ya dijimos, se encuentran dispersas a lo largo de la carta magna.

Compartimos con Ekmekdjian[4] que es muy difícil clasificar la masa de asuntos que deben ser regulados por leyes, declaraciones o acuerdos del Congreso.

Ya Juan Bautista Alberdi procuraba clasificar las atribuciones del Congreso, en sus *Bases*. El padre de la Constitución las clasificaba del siguiente modo: a) las que conciernen al ramo de lo interior; b) las relativas a las relaciones exteriores de la Nación; c) sobre rentas y hacienda pública; y d) de guerra.[5]

Sánchez Viamonte enumeraba como atribuciones, además de las legislativas, las políticas, coejecutivas, económicas y financieras, administrativas, judiciales, militares e internacionales.[6]

María C. Castorina de Tarquini agrupa las atribuciones del Poder Legislativo de la Nación mediante un parámetro funcional (como institución, como órgano de control, como órgano de gobierno, como órgano administrador, como órgano legislador, como órgano preconstituyente).[7]

Ya después de la reforma de 1994, Jorge Horacio Gentile precisó que las atribuciones del Poder Legislativo Nacional se encuentran asentadas, en su mayoría, en el artículo 75 de la ley fundamental. Pero advierte que estas no se agotan en dicha disposición, ya que existen otras atribuciones dispersas a lo largo de toda la Constitución.[8]

Este jurista cordobés clasifica las atribuciones del Congreso de la Nación con un criterio material. Desde dicho punto de vista enuncia las siguientes: 1) explícitas: a) institucionales; b) de legislación; c) de finanzas; d) de economía; e) militares; f) de justicia; g) de límites; h) internacionales; i) indígenas; j) de emergencias; y 2) atribuciones implícitas.

Por su parte, Bidart Campos distingue las competencias del Congreso según el punto de vista de si se encuentran o no en el artículo 75 de la ley fundamental.[9]

Gregorio Badeni, más allá de reconocer que las atribuciones del Congreso se encuentran no solo en el artículo 75 sino también dispersas en todo el plexo

---

[4] Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 430.

[5] Juan B. Alberdi: *Bases*, Buenos Aires, Tor, 1948.

[6] Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapeluz, 1964, apéndice.

[7] María C. Castorini de Tarquini, en Pérez Guilhou y otros: *Atribuciones del Congreso de la Nación*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 42 ss.

[8] Jorge H. Gentile: *Derecho parlamentario*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 207.

[9] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, o. cit., Buenos Aires, Ediar, 2001, pp. 93 ss. y 103 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

constitucional, las clasifica también desde un sentido material, aunque difiere en algunos aspectos del esquema presentado por Jorge Gentile. Así, las agrupa en nueve categorías: 1) jurídicas: 2) económicas y financieras; de política internacional; 4) de seguridad nacional; 5) administrativas; 6) de organización; 7) preconstituyentes; 8) de investigación; 9) de control.[10]

Luego de analizadas las posturas precedentemente detalladas y de precisado y aclarado el alcance del presente trabajo, analizamos a continuación las atribuciones constitucionales del Congreso de la Nación.

4. Las atribuciones del Congreso de la Nación en la Constitución nacional

A continuación analizaremos brevemente las atribuciones del Poder Legislativo nacional:

1. El artículo 3 contempla una atribución que instituye una *obligación* al Congreso, ya que una eventual omisión legislativa dejaría a nuestro país sin un asiento cierto de la Capital Federal. Es necesaria la previa cesión efectuada por la Legislatura provincial respectiva.

2. El artículo 6 y el 75, inciso 6, comprenden al mismo tiempo una *obligación* y una *facultad* del Estado federal.[11]

3. El artículo 7 otorga una facultad, en tanto el vocablo *puede* incluido en la disposición constitucional de referencia nos exime de mayores comentarios.

4. Los artículos 9 y 75, incisos 1 y 10, refieren a las atribuciones aduaneras, En este caso, siguiendo a Gregorio Badeni, podemos afirmar que la atribución de crear, establecer, trasladar y suprimir aduanas en todo el territorio del Estado, que surge del inciso 10 del artículo 75, es una *facultad* del Congreso.[12] En cambio, los antecedentes históricos públicamente conocidos, la trascendencia que tiene la percepción de los derechos de exportación e importación para la economía nacional, como así también la necesidad de otorgar seguridad jurídica a todos los habitantes del mundo que pretendan ingresar al territorio nacional o comerciar con una persona física o jurídica residente en la República Argentina, hacen en conjunto que las atribuciones prescriptas en los artículos 9 y 75, inciso 1, de la Constitución Nacional, se instituyan en una *obligación* que debe cumplir necesariamente el órgano legislativo.

5. Los artículos 13 y 75, inciso 15, refieren a una *facultad*. El Congreso no se encuentra obligado, ni es un deber de dicho órgano, aceptar o aprobar divisiones o fusiones de provincias.

---

[10] Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 262 ss.

[11] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, o. cit., pp. 462 ss.

[12] Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional*, o. cit., p. 274.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

6. El artículo 14 constituye la base constitucional de la competencia reglamentaria de derechos del Congreso, la que debe ser ejercida razonablemente.[13] Para mayor profundización sobre este conflictivo tema nos remitimos a las palabras vertidas en otro trabajo publicado al respecto, en el año 2001.[14] Sin perjuicio de lo expuesto, no cabe duda de que el ejercicio de la policía estatal a cargo del Poder Legislativo es una *facultad* porque la limitación de tales derechos solo debe efectuarse en los casos en que resulte necesario y no como un mero ejercicio arbitrario que limita infundadamente el ejercicio de derechos.

7. La redacción de los artículos 14 *bis* y parte del 75, inciso 12, consagrados conjuntamente por la reforma constitucional de 1957, deja muy claro que el legislador se encuentra *compelido* por la Constitución para *asegurar, mediante leyes*, los derechos individuales y colectivos del trabajador, como así también debe dictar la ley especial que *establezca* (el artículo dice «establecerá») el seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles, la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, las asignaciones familiares y el acceso a una vivienda digna.

8. El artículo 17 comprende una triple atribución del Congreso de la Nación, y la precisión sobre el alcance de estas emerge sin dudas de su mismo texto: por un lado *faculta* a dicho órgano a declarar de utilidad pública un bien determinado para efectuar su expropiación, y por el otro impone el *deber* de dictar la ley correspondiente que precise el término por el cual un autor o inventor se considera propietario de su obra, invento o descubrimiento. En lo que respecta a la *facultad* de imponer contribuciones, debido a su complejidad, será tratada por separado al analizar el artículo 75, inciso 2.

9. Los artículos 18 y 108 prescriben al Congreso las siguientes atribuciones: por un lado, le imponen la *obligación* de organizar el Poder Judicial de la Nación, en el que se garantice la preexistencia del juez natural, y por el otro lo *compele* a establecer por ley las causas excepcionales que permitan el allanamiento y la ocupación de los domicilios particulares, como así también la revisación de la correspondencia y de los papeles privados.

10. El artículo 20 concibe una atribución del Congreso en forma indirecta: en ningún otro dispositivo de la ley fundamental se menciona expresamente la facultad de reglamentar el matrimonio civil (sí se encuentra expresado dicho derecho en el artículo 17.2 del PSJCR). En este caso se lo hace indirectamente: como los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles del ciudadano (nacional), y aquí se precisa que tienen el derecho de casarse «conforme a las leyes», se infiere que todos los demás habitantes de la Nación tienen ese derecho, el que debe estar reglamentado

---

[13] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*,tomo I, o. cit., pp. 516 y 517.

[14] Enrique Novo: «Policía y poder de policía», en *Revista del Colegio de Abogados de Córdoba*, diciembre de 2001, y *Revista del Colegio de Abogados de Río Cuarto*, 2001-2002.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

por ley.[15] Estimamos que esta atribución concibe una *obligación* que debe cumplir el Congreso de la Nación ya que de no ser sancionada dicha ley, ni los extranjeros ni los nacionales podrían contraer matrimonio desde el punto de vista estatal jurídico.

11. El artículo 21 contiene una *obligación* que el Congreso aún debe concretar. Si bien oportunamente se dictó la ley 17531 de Servicio Militar Obligatorio, luego reformada por la ley 24429 de Servicio Militar Profesional, Voluntario y Rentado, aún no se ha dictado la norma que reglamente puntualmente esta situación en la que las circunstancias fácticas puedan requerir el apoyo y la defensa de parte de la ciudadanía.

12. A los artículos 23, 69 y 75, inciso 29, le caben las mismas apreciaciones generales efectuadas *ut supra* sobre la intervención federal (artículos 6 y 75, inciso 31), a las que nos remitimos en honor a brevedad. Esta atribución constituye una *facultad* del Congreso que puede o no hacer uso de ella,[16] salvo en el caso del control que debe realizar cuando, por encontrarse en receso, la declaración del estado de sitio ha sido materializada por el Poder Ejecutivo (en estos casos tiene la obligación de expedirse). También debe expedirse la Cámara de Senadores, ejerciendo una atribución privativa, sobre si presta el acuerdo o no a la declaración de estado de sitio efectuada por el Poder Ejecutivo en los casos de ataque exterior.

13. Los artículos 24 y la parte concordante del 75, inciso 12, respecto al establecimiento del juicio por jurados, fijan una *obligación* a cumplir, y que el siglo y medio transcurrido sin que el Poder legislativo se haya hecho eco, exige una definición sobre el tema: su abrogación lisa y llana en una futura reforma constitucional, su implementación (lo que resulta de difícil concreción por la falta de arraigo de este sistema en nuestros tribunales) o, por último, la declaración judicial de inconstitucionalidad por omisión en un caso concreto.[17]

14. El artículo 25, independientemente de establecer una preferencia irrazonable entre unos extranjeros sobre otros, *impone* un mandato positivo al Congreso (fomentar la inmigración europea), por un lado, y un *deber* de cumplimiento negativo o de no hacer: le exige abstenerse de restringir, limitar o gravar con impuesto alguno la entrada de extranjeros que cumplan con las condiciones detalladas en la disposición.

Para Daniel Sabsay, a los fines de *aggiornarse* el artículo, una eventual reforma constitucional debería suprimir el adjetivo *europea*.[18]

---

[15] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada,* tomo II, o. cit., p. 77.

[16] CSJN, *Sofía* (*Fallos*, 243: 504). La Corte receptó la posibilidad del control de los actos realizados como consecuencia de la declaración del estado de sitio, pero mantuvo el criterio de que la oportunidad y conveniencia de la declaración son resorte del poder político no sujeto a su fiscalización.

[17] María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada,* Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 238 y 239.

[18] Daniel Sabsay y José Onaindia, *La Constitución de los argentinos,* Buenos Aires, Errepar, 2000, p. 79.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

15. El artículo 26 establece una atribución que, según nuestro punto de vista, constituye una *facultad* y no un deber. Estimamos que si el Congreso no dictara su reglamentación, ello no obstaría el ejercicio del derecho constitucional de navegación de los ríos interiores en forma libre. Se asienta sí en este órgano la posibilidad de determinar la conveniencia y la oportunidad de la reglamentación o la modificación de esta.

16. El artículo 27 contiene un deber y a su vez una facultad. La *obligación* que impone la norma se dirige al mecanismo que debe ser utilizado para afianzar las relaciones de paz y comercio y no a concretar dichos vínculos, ya que ello depende de la voluntad de otros sujetos de derecho internacional (ello constituye una *facultad* y esta se prevé como tal en el inciso 22 del artículo 75).

17. El artículo 28 contiene el límite de razonabilidad con que la Constitución acota la facultad del Congreso de reglamentar los derechos, prevista en el ya analizado artículo 14. Esta manda constitucional se dirige al Congreso de la Nación, ya que es este el único competente para reglar los derechos, más allá que su aplicación se hace extensiva a los demás órganos de poder.

Sin lugar a dudas la norma impone un *deber* de abstención, un deber de respeto al espíritu del derecho que se pretende reglamentar. Al decir de Germán Bidart Campos, la razonabilidad exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin.[19] También se conoce a la razonabilidad como el principio o garantía del debido proceso sustantivo.[20]

18. El artículo 29 establece una atribución consistente en un *deber* de abstención al Congreso de la Nación, con el agregado que fija una pena dirigida a los legisladores que no respeten la manda constitucional. Bien señala Gelli que no deben confundirse facultades extraordinarias con facultades delegadas.[21]

19. El artículo 30 determina que el Congreso de la Nación tiene la *facultad* de dar inicio y sustanciar la etapa preconstituyente para el ejercicio del poder constituyente derivado.

20. El artículo 32 establece la obligación del Parlamento nacional de abstenerse de reglamentar la libertad de imprenta, norma esta que para parte de la doctrina[22] como así para la CSJN[23] encontraría su fuente histórica en la enmienda 1 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

21. Los artículos 35 y 84 contienen dos mandas que el Congreso se encuentra *obligado* a cumplir: incluir las palabras *Nación Argentina* en el encabezado de las

---

[19] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada,* tomo I, o. cit., p. 517.

[20] Juan Linares, *La razonabilidad de las leyes,* Buenos Aires, Astrea, 1989.

[21] María A. Gelli, *Constitución...,* o. cit., p. 259.

[22] Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 334; María A. Gelli, *Constitución...,* o. cit., p. 297.

[23] CSJN, *Procurador Fiscal c/Diario La Provincia,* en *Fallos,* 167: 121 (1932).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

leyes que se sancionen (artículo 84) y en los procedimientos de formación y sanción de las leyes (artículo 35).

22. El artículo 36 asigna una atribución de carácter *obligatorio* para el Congreso de la Nación (actualmente ha cumplimentado con esta, ya que ha dictado la ley 25188, llamada de Ética en la Función Pública).

23. Siguiendo con el criterio sentado en el análisis de los artículos precedentes, estimamos que la redacción del artículo 37 constituye la atribución de un *deber* que el Poder Legislativo de la Nación se encuentra compelido a cumplir: garantizar mediante leyes los derechos políticos y asegurar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. Compartimos la posición al respecto de la Sra. Kemelmajer de Carlucci[24] y de María Angélica Gelli,[25] en cuanto a que las acciones deben ser positivas y no meramente declamativas.

24. El artículo 39 contempla tres atribuciones: la primera se encuentra dirigida solo a la Cámara de Diputados e instituye a esta como órgano receptor de los proyectos de ley que los electores presenten en ejercicio de la iniciativa popular, *compeliéndola* a recibirlos. La segunda se refiere a la manda constitucional que impone el *deber* al Congreso de tratarlos dentro del término de un año. En ese sentido se expresa Ekmekdjian cuando afirma que *los proyectos presentados por los ciudadanos, en virtud de este texto constitucional, deben ser tratados expresamente (es decir, por ambas Cámaras) dentro del plazo de doce meses.*[26] Por último, el segundo párrafo de la norma analizada también presenta una atribución de cumplimiento *obligatorio* para el Poder Legislativo de la Nación. Esta apreciación se basa en el sentido imperativo con que la Constitución se expresa literalmente cuando dice: «El Congreso [...] sancionará».

25. El artículo 40 fija en sus dos primeros párrafos *dos facultades* en favor del Poder Legislativo: la primera consistente en someter un proyecto de ley a consulta popular vinculante y la segunda en someter a consulta popular no vinculante cualquier cuestión que se encuentre dentro de sus competencias.

El tercer párrafo de la disposición analizada, en cambio, estatuye una atribución de carácter *obligatorio*: la manda constitucional impone al Congreso el deber de sancionar con la mayoría especial indicada, la ley reglamentaria de los institutos de democracia semidirecta previstos en este artículo.

26. El artículo 41 impone las *obligaciones* de dictar la ley que reglamente la forma de recomponer el daño ambiental que se cause (primer párrafo) y de dictar la ley que establezca los presupuestos mínimos de protección de los bienes jurídicos expresamente detallados en la norma (tercer párrafo). Ambas leyes son imprescindibles

---

[24] Cf. Voto en disidencia en *Mónaco, Elba G.*, Junta Electoral de Mendoza (1995), en *La Ley*, 1995-B, 558.

[25] María A. Gelli, *Constitución...*, o. cit., p. 330.

[26] Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 618.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

para el logro de los postulados buscados por los convencionales constituyentes. La convencional Teresa Camila Peltier se pronunció en ese sentido al ligar la factibilidad del desarrollo humano a la protección del ambiente.[27]

26. El artículo 42 contempla una atribución de carácter *obligatorio*, ya que le exige al Poder Legislativo promover los derechos individualizados en el segundo párrafo y le ordena establecer los procedimientos y marcos regulatorios detallados en el tercero.

27. El artículo 43, en su segundo párrafo, atribuye al Congreso de la Nación en forma expresa, el *deber* de dictar la ley que complemente lo requerido en las dos cláusulas anteriores, en cuanto exige que esa normativa incluya la reglamentación de la registración de las asociaciones destinadas a la protección del ambiente, de la competencia, del usuario y del consumidor, como así también de las protectoras de los derechos de incidencia colectiva.

28. De la lectura de los artículos 45 y 47 puede inferirse que la ley fundamental nacional compelería al Congreso a fijar la cantidad de habitantes a tomar en cuenta para la representación proporcional del pueblo en la Cámara de Diputados en relación con cada censo nacional que se realice (artículo 45). Pero como solo exigió la materialización de un censo en forma obligatoria (el que debía efectuarse antes de elegir a la «segunda Legislatura», según el artículo 47), concluimos en que en la práctica tal atribución (determinar el número de habitantes a tomar en cuenta para la representación mencionada y fijar el número total de diputados) solo constituye una *facultad*. Y esta se sujeta a otra facultad que puede ejercer el Poder Legislativo: la consistente en ordenar la realización de los censos nacionales, siempre y cuando entre uno y el que le sigue transcurran más de diez años. En el sentido expuesto se pronuncian tanto Ekmekdjian[28] como Néstor Pedro Sagüés.[29]

29. Siguiendo a María Angélica Gelli, consideramos que el artículo 49 contiene un *deber* expreso a cumplir por el Parlamento nacional.[30]

30. Los artículos 52 y 53 adjudican dos atribuciones exclusivas a la Cámara baja que constituyen sendas *facultades* y no obligaciones a cumplir. La oportunidad, conveniencia y mérito del ejercicio de estas quedan a criterio de los diputados.

31. El artículo 59, a diferencia del 53, impone un *deber* que debe cumplir el Senado una vez que la Cámara de Diputados acuse: la Cámara alta está obligada a juzgar,[31] más allá de que su decisión sea la destitución del acusado o la inhabilitación

---

[27] Teresa Camila Peltier: Convención Nacional Constituyente, 13 reunión, tercera sesión ordinaria (continuación), 20 de julio de 1994, p. 1612.

[28] Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., tomo IV, pp. 172 y 173.

[29] Néstor Pedro Sagüés, *Elementos del derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Buenos Aires, 1993, p. 356.

[30] María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 450.

[31] Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., p. 286.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

para ejercer cargos públicos (para algunos autores es una sanción accesoria,[32] mientras que para otros es autónoma),[33] o la de no aplicar estas sanciones en caso de no arribarse a las mayorías requeridas.

32. El artículo 64 establece la *obligación* de cada Cámara de controlar los títulos de los legsiladores electos y de abstenerse de sesionar sin la mayoría absoluta de sus miembros.

33. Consideramos que el modo imperativo en que la Constitución se dirige a cada una de las Cámaras en la primera frase del artículo 66 inscribe literalmente el carácter de *obligatoriedad* de la manda jerárquica. Si bien la doctrina en forma casi unánime ha incluido la competencia para dictarse su propia reglamentación como uno de los privilegios de las Cámaras, nos permitimos el atrevimiento de disentir con esa posición y adoptar una distinta.

Sí estamos de acuerdo con Jorge Horacio Gentile en que esta atribución no se altera con el eventual dictado de un reglamento por el Congreso.[34] Pero, a diferencia del fundamento en que se basa el mencionado constitucionalista (se respalda en la autonomía de cada una de las Cámaras), estimamos que esa situación no modifica lo expresado antes, justamente porque la Constitución es la que le impone un deber a cada una de las Cámaras y este no se encuentra sujeto a condición resolutoria alguna.

En cuanto a la posibilidad otorgada por la disposición a cada una de las Cámaras de corregir, remover y excluir a cada uno de sus miembros, como así también de aceptar la renuncia de cualquiera de ellos, el verbo utilizado *(podrá)* nos exime de mayores justificaciones para concluir en que la ley fundamental otorga una *facultad* en los sentidos expuestos.

34. El artículo 70, en razón del verbo utilizado *(podrá)*, nos exime de mayores justificaciones para concluir en que otorga una *facultad* y no obliga a cada Cámara. En el sentido expuesto se expide Humberto Quiroga Lavié cuando dice que otorgar o no el desafuero es una facultad discrecional de cada una de las Cámaras del Congreso, que requiere dos tercios de votos para suspender al legislador.[35]

35. El artículo 71 confiere una atribución *facultativa* a cada una de las Cámaras. El verbo *(poder)* utilizado nos exime de mayores explicaciones. Sabsay,[36] como la mayoría de la doctrina, denomina *interpelación* a esta facultad que pueden ejercer las Cámaras, autónomamente.

---

[32] Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, o. cit., p. 191.

[33] Jorge R. Vanossi: «La posibilidad constitucional del juicio político a los ex funcionarios», en *JA*, 28.8.1985, p. 51.

[34] Jorge Horacio Gentile: *Derecho parlamentario argentino*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 92.

[35] Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, p. 331.

[36] Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución...*, o. cit., p. 218.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

36. El artículo 74 confiere una atribución *facultativa* al Congreso en razón de que si los legisladores pretendieran realizar sus tareas *ad honorem*, nadie podría oponerse (supongamos que se derogue la ley 22994, que establece las remuneraciones de mención y no se sancione ninguna en su reemplazo).

El análisis del artículo 75 merece una aclaración previa: compartimos con Ekmekdjian la tesis de que debería aclarar que las atribuciones en él incluidas lo son sin perjuicio de las prescriptas en otras disposiciones de la misma Constitución.[37]

A continuación se analizan los incisos no comentados anteriormente, conjuntamente con una disposición precedente.

37. El inciso 2, que debe ser estudiado conjuntamente con la sexta cláusula transitoria, atribuye facultades y obligaciones. La norma, al decir de Gelli, incorpora a la Constitución nacional un régimen tributario de coparticipación federal.[38]

Coherentemente con las expresiones vertidas cuando se analizó el artículo 52, estimamos que el primer párrafo de este inciso instituye una *facultad* que el Congreso podrá ejercer en la forma que considere conveniente y en el tiempo que lo estime oportuno. Si bien la percepción de tributos es imprescindible para el funcionamiento del Estado, recae en este órgano parlamentario la decisión política de precisar el momento y el modo de ir materializando esta atribución. Además, creemos que la aplicación del vocablo *facultad* utilizado en la primera oración es extensible a todo el párrafo (hasta el punto y aparte) y que este vocablo no se reitera a los fines de no sobreabundar con dicha palabra.

Tanto los párrafos segundo, tercero, cuarto como también el sexto, según Ekmekdjian,[39] deben entenderse que refieren a la misma ley convenio (el Senado tiene la atribución exclusiva de ser Cámara de origen). En virtud del mandato establecido por la disposición transitoria sexta, consideramos que existe una *obligación* pendiente aún hoy de cumplimiento, a doce años de la última reforma constitucional que incluyó tal deber. Otra *facultad* se atribuye al Congreso en el párrafo quinto del inciso cuando se le permite transferir competencias, servicios o funciones.

38. El inciso 3, independientemente de la crítica que hace parte de la doctrina[40] a su redacción por una supuesta incoherencia con el anterior, se infiere de los tiempos verbales utilizados *(infinitivo)* conjugados con su contenido material, que se atribuye una *facultad* y no una obligación al Congreso nacional.

39. El inciso 4, en razón del tiempo verbal utilizado *(infinitivo)*, conjugado con su contenido material, atribuye una *facultad* y no una obligación al Congreso nacional.

---

37 Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, o. cit., tomo IV, p. 430.
38 María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 541.
39 Miguel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., pp. 541 ss.
40 Ibídem, p. 546.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

40. El inciso 5 establece una atribución de carácter *facultativo* en favor del Congreso. Enrique Romero explicaba que «la facultad congresional puede moverse con entera libertad promoviendo una política que, según su criterio, dé mejor respuesta a las finalidades propuestas: económica, financiera y de conducción general en un área vital para el país».[41]

41. Los incisos 6 y 11 estatuyen *obligaciones* de ineludible cumplimiento por el Congreso. Si bien Badeni afirma que *es facultad del Congreso determinar cual será la moneda nacional*,[42] consideramos que la palabra *facultad* es utilizada por este autor como sinónimo de competencia.

En cuanto a la fijación del valor de la moneda nacional y su vínculo con las extranjeras, estimamos que constituye una *facultad* a ejercer por el Congreso, ya que puede optar por una regulación legal rígida (ley de convertibilidad 23928) o por un librecambismo como el vigente, según lo estime conveniente.

42. El inciso 7 se vincula con los créditos y deudas que el Estado Nacional ha contraído. En virtud de ello y en razón de que los acuerdos internos y externos deben ser cumplidos, la Constitución impone con esta norma una *obligación* que debe afrontar el Congreso.

43. Siguiendo a Quiroga Lavié,[43] estimamos que el inciso 8 establece una atribución de *obligatorio* cumplimiento por el Congreso de la Nación.

44. El inciso 9 recibió un interesante análisis de Felipe Seisdedos, en cuanto a si el otorgamiento de subsidios a las provincias que no alcancen a cubrir sus gastos es una facultad o una obligación. Arribó a la conclusión de que es una obligación y menciona que se encuentran en esa posición autores como Perfecto Araya, Joaquín V. González, Sánchez Viamonte, Ramella, Quiroga Lavié y Sola.[44] Entendemos también que constituye una *obligación* a cumplir por el Congreso, porque la manda constitucional caracteriza la especial situación. Si la atribución consistiera en el otorgamiento discrecional de subsidios a cualquier provincia, es claro que sería una facultad. Pero en este caso la Constitución prevé una situación de necesidad de un estado provincial que integra la República y el Congreso no puede, bajo ningún motivo, ser ajeno a ello.

45. El inciso 12 impone por un lado una *obligación* que es trascendente, según Alberdi,[45] para la unión nacional: dictar los códigos y leyes que taxativamente

---

[41] Enrique Romero: *Derecho constitucional, realidad política y ordenamiento jurídico,* tomo II, Buenos Aires, Zavalía, 1976, pp. 199 y 200.

[42] Gregorio Badeni: *Instituciones de derecho constitucional,* o. cit., pp. 284 y 285.

[43] Humberto Quiroga Lavié: «La potestad de contralor del Congreso de la Nación», en *La Ley,* 28.9.1984.

[44] Felipe Seisdedos: «Los subsidios a las provincias», en Pérez Guilhou y otros: *Las atribuciones del Congreso,* o. cit., pp. 150 y 151.

[45] Juan Bautista Alberdi: *Elementos del derecho público provincial,* primera parte, cap. 1, punto 1.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

enuncia (la facultad adjudicada a las provincias por el artículo 126 actuó solo supletoriamente).

En lo que hace a las demás leyes que puedan considerarse de fondo, su dictado constituye una *facultad* del legislador y esa facultad deviene implícita del esquema constitucional republicano de división de poderes[46] y del inciso 32 de este artículo, la que podrá ejercer siempre que respete los principios de razonabilidad y coherencia legislativa, así como también a las eventuales competencias provinciales.

46. El inciso 13 impone un *deber* de ineludible cumplimiento por el Congreso. Esta consideración es conteste con la afirmación efectuada por Joaquín V. González respecto a que esta competencia interprovincial e internacional constituye uno de los vínculos más fuertes de la unión.[47] Sin ella, según este autor, la Nación apenas merecería ese nombre.

47. El inciso 14 es uno de los casos que la trascendencia de la materia impone la *obligación* al Congreso no solo de reglamentar estas actividades sino de establecerlas (no implica monopolio) por sí o por terceros. Y ello nace de la conjugación del presente inciso con el artículo 4 de la Constitución, que instituye la renta de correos como una fuente de recursos del Estado Nacional.[48]

48. Los incisos 15 y 16 instituyen *deberes* al Congreso. Arribamos a dicha conclusión porque tuvimos en cuenta que el ejercicio de dichas competencias son inherentes a la soberanía nacional, y que su materialización no puede ser omitida por el legislador.

49. El inciso 17 contiene *impone* al Legislativo nacional a dictar las normas que positivicen la reglamentación de los derechos y garantías a que hace alusión expresa la norma.

50. El inciso 18, conocido como cláusula del progreso, instaura solo una programación indicativa y no obligatoria.[49] De ello inferimos a los efectos del presente trabajo que esta disposición atribuye una *facultad* al órgano legislativo nacional.

51. Coincidimos con Sabsay en que los dos primeros párrafos del inciso 19 complementan el inciso 18 del artículo 75.[50] En virtud de ello nos remitimos al análisis efectuado sobre el mencionado inciso.

En cuanto al tercer párrafo, y en virtud de la trascendencia del tema, compartimos con Gelli en que aquel *obliga* al Congreso *a sancionar leyes de organización y de base de la educación respetando los principios de gratuidad y equidad de la educación pública, sin distinguir niveles de enseñanza.*[51]

---

46 Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional,* tomo IV, o. cit., p. 431.

47 Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina,* Buenos Aires, Estrada, 1980, p. 407.

48 Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional,* tomo IV, o. cit., pp. 513 ss.

49 Ibídem, p. 538.

50 Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución...,* p. 235.

51 María A. Gelli: *Constitución...,* o. cit., p. 581.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Por último, el cuarto párrafo también impone un *deber* al Congreso. Para Ekmekdjian es una imposición que el Poder Legislativo debe cumplir para evitar que se siga importando tecnología, por un lado, y, paradójicamente, se continúe «exportando materia gris», por el otro.[52]

52. El inciso 20 encierra una de las potestades más importantes que tiene el Congreso respecto del Poder Judicial.[53] Estimamos que esta atribución constituye una *obligación* a cumplir por el Congreso de la Nación (establecer los tribunales inferiores), ya que una omisión al respecto impediría el acceso a la justicia de los integrantes de esta sociedad.

En cambio, consideramos que el resto de la claúsula instaura una *facultad* que el Poder Legislativo ejercerá en el momento y en la forma que considere pertinente para el cumplimiento de sus fines. Su decisión es esencialmente de política discrecional.

53. El inciso 21 conjuntamente con el artículo 88 instituyen atribuciones de carácter *facultativo*, salvo el caso de la acefalía total del Ejecutivo, en que el Congreso tiene la *obligación* de disponer la cobertura de la vacancia.

54. Los incisos 22 y 24, constituidos en una de las más sísmicas disposiciones agregadas a nuestra Constitución en 1994, otorgan al Congreso de la Nación atribuciones de carácter *facultativo*, alguna de las cuales con jerarquía constituyente o cuasiconstituyente.

55. Estimamos que el Congreso se encuentra *obligado* por el inciso 23 a dictar las normas necesarias en pro de la positivización expresa de la igualdad real de oportunidades.

56. Los incisos 25, 26, 27 y 28 comprenden los poderes militares o de guerra otorgados al Legislativo, al decir de Daniel Sabsay.[54] Podemos afirmar que, entre ellos, las atribuciones prescriptas por los incisos 25, 27 y 28 son de carácter *facultativo*, atento a que confieren potestades de sustancia política, cuya definición es resorte del órgano más representativo y pluralista que tiene el Estado Nacional.

En cuanto a la atribución impuesta por el inciso 27, estamos convencidos de que imprime un *deber* a cumplir por el Congreso. La fijación o establecimiento de las fuerzas militares constituye un acto de gobierno inherente a la soberanía y a la defensa nacional.

57. El inciso 30 contiene una atribución de carácter *obligatorio*, en tanto y en cuanto es trascendental la permanente vigencia de una norma que regule todo lo atinente a la Capital Federal. En lo que respecta a la legislación reglamentaria de los fines de los establecimientos de utilidad nacional, compartimos la idea de que la manda constitucional establece un deber a cargo del Congreso, cuyo cumplimiento

---

52 Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., pp. 561 y 562.
53 Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución...*, pp. 235 y 236.
54 Ibídem, p. 237.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

es imprescindible para la precisión de las competencias que en definitiva puedan ejercer los municipios y las provincias.[55]

58. El inciso 32, pese a su amplitud, debe considerarse una manda de carácter *obligatorio* de acuerdo con los fines supremos que esta enumera.

59. El artículo 76 otorga de manera manifiesta al Congreso de la Nación la *facultad* de delegar en el Poder Ejecutivo competencia legislativa acotada en el tiempo y en la materia por razones de emergencia o cuando se trate de materia administrativa. Cabe resaltar que del inciso 12 del artículo 100 CN se desprende la atribución de carácter *obligatorio* del Congreso, el que, a través de la Comisión Bicameral Permanente, debe controlar los decretos mediante los cuales el Poder Ejecutivo ejerce funciones legislativas delegadas.

60. Los artículos del 77 al 84 de la Constitución nacional reglamentan el ejercicio de la función legislativa formal, imponiendo solemnidades de obligatorio cumplimiento. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente cabe resaltar que la misma ley fundamental, en algunos casos, otorga facultades procedimentales puntuales que pueden o no ejercerse (por ejemplo, la establecida por el artículo 79).

61. El artículo 85 contiene una atribución de carácter *obligatorio* en tanto compele al Congreso a dictar la ley reglamentaria de la Auditoría General de la Nación que adquiere así jerarquía constitucional.

62. El artículo 86 se asemeja a la anterior en cuanto contiene una atribución de carácter *obligatorio*, que compele al Congreso a dictar la ley reglamentaria de la Defensoría del Pueblo de la Nación, institución que adquiere de esta manera jerarquía constitucional. El artículo analizado también incluye otra atribución *obligatoria* para el Poder Legislativo ya que debe designarlo con las dos terceras partes de cada Cámara, cada cinco años.

63. El artículo 93 encierra claramente una atribución de *obligatorio* cumplimiento para el Congreso, el que, reunido en Asamblea y si el procedimiento de elección ha resultado conforme a la ley, debe recibir el juramento del presidente y vicepresidente de la Nación cuando estos toman posesión de sus cargos.

64. El inciso 3 del artículo 99 establece una atribución de carácter obligatorio, ya que compele al Congreso a reglamentar el funcionamiento de la comisión bicameral encargada de fiscalizar la potestad de carácter excepcional que tiene el Poder Ejecutivo vinculada al dictado de decretos de necesidad y urgencia.

65. Los incisos 4, 7 y 13 del artículo 99 contemplan atribuciones de expreso carácter *facultativo* a cargo del Senado.

66. El inciso 15 del artículo 99 atribuye al Congreso de la *facultad* de autorizar y aprobar la declaración de guerra y ordenar las represalias que decida el Poder Ejecutivo.

---

[55] María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 609.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

67. El inciso 18 del artículo 99 incluye una atribución de carácter *facultativo* que, al decir de Ekmekdjian, el Congreso ejerce una vez al año otorgando una facultad general vinculada a este inciso.[56]

68. El artículo 101 contempla una atribución de carácter *facultativo*. Para María A. Gelli la facultad que tiene cada una de las Cámaras para iniciar la moción de censura es de raigambre discrecional.[57]

69. Los artículos 114 y 115 contemplan atribuciones de cumplimiento *obligatorio* para el Congreso, ya que la omisión de reglamentación de estas mandas constitucionales implicaría la obstrucción del mecanismo de selección y de remoción de jueces inferiores de la Nación.

70. El artículo 117 *compele* al Poder Legislativo a dictar las normas procesales que considere pertinentes para reglamentar el acceso de los justiciables a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía recursiva, en el ámbito del Poder Judicial federal.

70. El artículo 118, en su último párrafo, fija una atribución de neto carácter *obligatorio* que el Congreso debe acatar, sin perjuicio de su adecuación a los tratados internacionales que se acuerden sobre esa materia.

72. El artículo 119 encierra una atribución de carácter *obligatorio*, ya que exige al Congreso la tipificación del especial delito de traición contra la patria con su correspondiente sanción.

73. El artículo 120 también instituye un *deber* a cumplir por el Congreso. Este órgano se encuentra compelido así para reglamentar este órgano extrapoder.

74. Los artículos 124 y 125 contemplan atribuciones del Congreso de carácter *obligatorio*. Si bien se encuentra discutida la naturaleza jurídica de la puesta en conocimiento del Congreso a cargo de las provincias que suscriben los tratados internacionales o interprovinciales parciales (recordemos que existe parte de la doctrina que opina que es una simple comunicación[58] y otra parte considera que ello implica la necesidad de una autorización o aprobación del Congreso),[59] el deber de comunicación recae sobre las provincias. El Congreso, por su parte y de acuerdo con nuestro entender, se encuentra obligado por la Constitución a exigir su cumplimiento.

75. De los artículos 129 y de las disposiciones transitorias séptima y decimoquinta se desprenden las siguientes atribuciones, todas de *obligatorio* cumplimiento a cargo del Poder Legislativo de la Nación:

Mientras la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se constituya en la capital de la nación, el Congreso de la Nación debe dictar la ley que garantice los intereses de la Nación.

---

[56] Miguel A. Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, o. cit., p. 146.

[57] María A. Gelli: *Constitución...*, o. cit., p. 740.

[58] Humberto Quiroga Lavié: «La potestad de contralor...», o. cit, p. 710.

[59] Flavio Floreal González, citado por Miguel Ekmekdjian en *Tratado de derecho constitucional*, tomo V, o. cit., p. 741.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

El Congreso debía convocar a elecciones de convencionales para la sanción del Estatuto organizativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cuestión llevada a cabo en el año 1996).

También el Congreso debía dictar la ley que reglamente el ejercicio de sus propias atribuciones con respecto a la Capital Federal.

Se dictaron así, en consecuencia, las leyes 24588 y 24620.

Actualmente se encuentra en discusión la compatibilidad de las referidas leyes con el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y con el artículo 129 de la Constitución de la Nación.[60]

5. Conclusiones

El análisis de las atribuciones que la Constitución de la Nación confiere al Congreso de la Nación nos permite arribar a las siguientes conclusiones.

En el texto de la ley fundamental se establecen, por lo menos, sesenta y cuatro atribuciones de carácter obligatorio, y treinta y ocho atribuciones de carácter facultativo.

Como bien puede apreciarse, la Constitución atribuye más deberes que facultades al órgano político donde descansa la representatividad del sistema.

Sin perjuicio de las afirmaciones efectuadas precedentemente, debemos resaltar que en varias ocasiones debimos afrontar la difícil situación de tener que discernir si la ley de jerarquía superior de nuestro ordenamiento jurídico adjudicaba un deber o una facultad al Poder Legislativo. Los métodos de interpretación literal y sistemático fueron los mayoritariamente utilizados para procurar desentrañar la naturaleza jurídica sustancial de la manda constitucional (también la interpretación histórica y sociológica fue empleada a esos fines).

Cabe aclarar que, salvo contadas excepciones, en la mayoría de las veces logramos develar fundadamente el contenido facultativo u obligatorio de la disposición analizada.

Consideramos que el presente no es un trabajo doctrinario acabado, sino un mero punto de partida que procura incentivar futuros trabajos vinculados a la materia tratada.

Estimamos imprescindible la formulación de una teoría general de las atribuciones del Congreso que abarque temas como el cubierto por el presente trabajo y que, además, se extienda más allá del horizonte tenido en cuenta para su elaboración, en especial, en lo atinente a la precisión de la procedencia de las eventuales declaraciones judiciales de inconstitucionalidad por omisión legislativa o funcional del órgano democrático por excelencia (huelga precisar que el Poder Judicial sólo

[60] María A. Gelli, *Constitución...*, o. cit., p. 877.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

podría resolver en ese sentido cuando se trate de una atribución positiva de obligatorio cumplimiento).

Por último, confiamos en que la doctrina y la jurisprudencia se constituirán en los próximos años en la fuente material directa de una futura reforma constitucional que sistematice las atribuciones del Congreso y especifique el carácter de estas, lo que redundará en la posibilidad de un mejor control del ejercicio de la competencia de los legisladores, tan discutida en la forma y en el fondo por gran parte de los argentinos.

Alentamos una próxima modificación de la Constitución de la Nación en el sentido expuesto.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Ricardo Alberto Muñoz*

Atribuciones constituyentes del Congreso nacional. La jerarquización constitucional de tratados de derechos humanos como poder constituyente delegado al Congreso

1. Introducción

La jerarquización de instrumentos internacionales protectores de derechos humanos a nivel constitucional, que se realizó mediante la reforma de 1994, produjo un fuerte impacto en la arquitectura de nuestra Constitución nacional. Su imprecisa redacción origina no pocas divergencias interpretativas. En esta oportunidad me limitaré a reflexionar sobre algunos aspectos que esa compleja problemática encierra y me detendré especialmente en el alcance de la jerarquización y en la delegación de *poder constituyente* al Congreso nacional, tanto en la atribución de conceder autorización al Ejecutivo a denunciar tratados jerarquizados, como al otorgamiento de dicha jerarquía constitucional.[1]

---

* Profesor titular de Teoría Política II y Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Humanas y profesor asociado de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas, de la Universidad Nacional de Río Cuarto. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

[1] Me referí al tema en «El poder constituyente y los tratados internacionales jerarquizados constitucionalmente», en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 2004, pp. 127-146. Otros aspectos de esta problemática fueron por mí desarrollados en «Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Según la reforma de 1994», en P. Wehbe y R. Ferrero (comps.): *Relaciones internacionales. Viejas cuestiones, nuevos desafíos*, Río Cuarto, CEPRI-FCH-UNRC, 2003, pp. 59-102.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La reforma de 1994 lleva a reflexionar sobre la *doble vía* para producir cambios constitucionales: la del artículo 30 CN, mediante el clásico sistema de reforma, y la del artículo 75, inciso 22, a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, su egreso por decisión congresional y su impacto sobre la clase de nuestra Constitución. El presente trabajo intenta incursionar sobre la naturaleza y alcance de este nuevo *poder constituyente reformador delegado* como expresión de la soberanía del pueblo del Estado y también, en alguna medida, de la *comunidad internacional* como partícipe de su gestación, emergente de una decisión política fundamental de reforzar la protección de los derechos humanos para determinar la indisponibilidad local de estos, por los poderes constituidos.

2. Globalización y Estado nación

Sin aceptar la *ideología de la globalización* como aquella interpretación realizada por Estados y actores beneficiados por el proceso globalizador, que racionaliza sus propios intereses como universales y válidos para todos en una suerte de «pensamiento único» que descalifica tanto al Estado nación —globalizado— como al intento de este de regular los mercados, es necesario diferenciar dentro del *proceso de globalización* las *amenazas* al Estado nación y a sus sociedades civiles, de las *oportunidades* que emergen para realizar opciones políticas que promuevan el bien común, desafiando las actitudes acríticas de la globalización.[2]

Precisamente en esta línea de pensamiento, Scannone reconoce que la globalización puede ir dándose en forma *deshumanizante* o *humanizante*, y si se toman en cuenta sus dimensiones: económica (de los mercados), social (de la sociedad civil) y jurídica-política (del Estado y de las relaciones entre estos), el proceso se puede dar con lógicas y finalidades diferentes. En este sentido, advierte *gérmenes humanizantes* en los procesos de integración regional y, básicamente, en la democratización y *ethos* de los derechos humanos. A la opción social y cultural por la democracia corresponde —dice Scannone— un *ethos* de los derechos humanos tanto en el ámbito universal como regional y nacional, que no puede agotarse con la defensa de los derechos civiles y políticos, sino que se hace cada vez más sensible a los sociales, económicos, culturales y ambientales,[3] pero no entendidos estos como meras expectativas programáticas o *derechos debilitados* sino como garantías de libertad real sin los cuales resulta imposible alcanzar los niveles necesarios para disfrutar de los primeros, conjugando los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos

---

[2] Daniel García Delgado, *Estado nación y globalización*, Buenos Aires, Ariel, 1998, pp. 36 ss.

[3] Juan Carlos Scannone: «La globalización como hecho y como ideología. Emergencia de la sociedad civil, doctrina social de la Iglesia y globalización de la solidaridad», en AA. VV.: *Argentina: alternativas frente a la globalización*, Buenos Aires, Ediciones San Pablo, 1999, pp. 253 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

humanos.[4] Esta *globalización en solidaridad* se enlaza con las declaraciones, pactos y convenios internacionales de derechos humanos, universales y regionales, y contribuye a precisar el núcleo duro de estos derechos humanos inderogables, consolidando nociones de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.

3. Derechos humanos e instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente

3.1. Poder constituyente y derechos humanos

El poder constituyente, cuyo titular es el pueblo, se prolonga temporalmente con su manifestación como poder derivado, renovable generacionalmente. Expresa las fuerzas, las necesidades y las convicciones colectivas en un determinado momento histórico, que pueden traducirse en normas constitucionales, que no son solamente la descripción de cierto estatus como pretensión de durabilidad presencial de generaciones pasadas, sino que también expresan el orden político, social, económico y cultural deseable de las generaciones presentes y para las futuras conformando un acuerdo intergeneracional.

La generación que en 1994 ejerció el poder constituyente derivado, tuvo en cuenta los padecimientos de la comunidad argentina en cuanto a violaciones a los derechos humanos. Por ello, recuperada la vigencia del orden constitucional, aprobadas y ratificadas convenciones y pactos internacionales de derechos humanos, con la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*, se jerarquizaban los tratados sobre las leyes, pero se consideró necesario reforzar esa protección sustrayendo el alcanzado posicionamiento tanto de la voluntad de circunstanciales mayorías legislativas como de determinadas integraciones de nuestro alto tribunal, de tal modo que los derechos fundamentales, al reconocerles jerarquía constitucional, adquirieran sel carácter de indisponibles para todos los poderes constituidos. Precisamente, la constitucionalización de estos derechos implica profundos cambios en la naturaleza de la democracia, cuya sustancialidad impone la fijación de límites: «la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir, esto es, la lesión de los derechos de libertad, y la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, esto es, en cambio, la no satisfacción de los derechos sociales».[5]

Esta jerarquización no fue una decisión externa impuesta unilateralmente a nuestro Estado, ni tampoco una extralimitación de atribuciones de la Convención, sino una libre y voluntaria decisión del poder constituyente, habilitado por la ley

---

[4] Oscar Fappiano: *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, pp. 42 ss; Hortensia Gutiérrez Posse: «Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos», en *ED*, 163, p. 893.

[5] Luigi Ferrajoli: «Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización», en *LL*, 2005-F-1200.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

declarativa de la necesidad de reforma, quien dispuso equiparar determinados tratados a la Constitución nacional. Fue esta la que definió el orden de prelación, cedió la exclusividad del escalón superior y lo compartió, completándose de este modo el sistema de derechos con dualidad de fuentes, provocando una retroalimentación entre la interna y la internacional.[6]

3.2. Alcance de la jerarquización constitucional

Los instrumentos internacionales a los que el constituyente de 1994 dispuso otorgarle jerarquía constitucional, y que aquellos como Carlos Colautti consideran que se han incorporado a la Constitución y forman parte de su texto, tienen la misma jerarquía que las normas constitucionales, y debe realizarse una interpretación integrativa.[7] Mientras tanto, para quienes sostienen que *jerarquización* no significa incorporación al texto, se desprenden dos líneas al respecto. Una que significa darles jerarquía superior a los restantes tratados e incluso leyes pero que tienen un rango inferior a la CN; la otra, que las normas de los tratados jerarquizados y las constitucionales tienen igual jerarquía. La primera lleva al control jurisdiccional de los tratados para garantizar tal gradación, y es la posición —aunque con variantes— de Ramírez Calvo, Recalde de Villar, Badeni, Sagüés, entre otros, aunque para Vanossi y Dalla Via, quienes sitúan a los tratados en el vértice de la pirámide pero en un escalón inferior, no podría declararse la inconstitucionalidad.[8] La segunda postura, de la cual Bidart Campos resulta su abanderado, dice que, al tener igual jerarquía que la Constitución, integran el bloque de constitucionalidad federal, debiendo articularse entre sí e interpretarse en forma armonizante de tal modo de aplicar la fuente de derechos más favorable a la persona humana.[9]

Esta postura exige la aplicación de las pautas del derecho de los derechos humanos, consistentes en realizar una *interpretación extensiva y progresiva* que indica interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían derechos y restrictivamente las que los limiten; *pro hominis* que obliga al intérprete a buscar y aplicar las normas más favorables a la persona y a su libertad, sean de fuente interna o

---

[6] Germán Bidart Campos: «*El sistema de derechos en el derecho de la Constitución*», en AA. VV.: *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Cuadernos y Debates n.º 64, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 97.

[7] Carlos Colautti: Los tratados internacionales y la Constitución nacional, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 71.

[8] María C. Recalde de Villar: «Tratados internacionales. Jerarquía normativa», en diario *La Ley*, 1.8.1995; Ricardo Ramírez Calvo: «La Constitución reformada y los tratados internacionales», diario *La Ley*, 20.3.1995; Gregorio Badeni: *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad Hoc, pp. 139 ss; Jorge Vanossi y Alberto Dalla Via: *Régimen constitucional de los tratados*, 2.ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 322.

[9] Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Ediar, pp. 555 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

internacional, y por ello la *interacción entre derecho interno e internacional o de la doble fuente,* en el sentido de que ambas se abastecen y retroalimentan. Asimismo, las propias pautas emergentes de las convenciones internacionales jerarquizadas, tal como el artículo 29 de la CADH, aclaran que ninguna disposición de la Convención puede entenderse que permite la supresión del goce y ejercicio de derechos o limitarlos en mayor medida que el Pacto, o en mayor grado que el que ya pudieran estar gozando en el derecho interno, ni que se excluyan otros inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Todo ello indica la fuerte incardinación entre las fuentes interna e internacional de tal modo que no pueda existir oposición o contradicciones insalvables entre el texto constitucional y las normas emergentes de los tratados constitucionalmente jerarquizados.[10]

Para Quiroga Lavié, el superior peldaño de la escala normativa lo integran la Constitución nacional y los tratados jerarquizados, aclarando que el orden dado por el inciso 22 a la enumeración de declaraciones y tratados no implica preeminencia jerárquica alguna entre dichos instrumentos internacionales ya que todas sus normas gozan de igual rango dentro del bloque de constitucionalidad.[11] No obstante, Zlata Drnas de Clement advierte que el derecho internacional señala la existencia de diversas jerarquías entre los tratados y que, entre otros, la Carta de las Naciones Unidas se encuentra en la cúspide del orden jerárquico de tratados,[12] lo que lleva a N. Hillar a afirmar que esta Carta sería un tratado materialmente constitucional.[13]

Por otra parte, la expresión «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución», debe entenderse como que los constitucionalmente jerarquizados en 1994 *no han derogado* normas constitucionales, compartiendo la línea argumental de Bidart Campos en el sentido de que la Constitución nacional y los

---

[10] No obstante lo expresado, la Corte Suprema en la causa *Chocobar,* en 1996, con el argumento de intentar armonizar las pautas del artículo 14 *bis* CN «jubilaciones y pensiones móviles» con los del artículo 22 de la Declaración y 26 de la CADH de lograr la plena efectividad de los derechos económicos y sociales «[...] en la medida de los recursos disponibles», interrumpe una línea jurisprudencial iniciada en *Ekmekdjian c/ Sofovich,* reiterada en *Fibraca c/ Comisión Salto Grande, Cafés La Virginia* y *Giroldi,* en los que había privilegiado la directriz protectora ajustada a los fines tutelares que animan a los instrumentos internacionales, trocándola por un retroceso al postergar la mejor realización de un derecho fundamental, condicionándolo a la existencia de recursos financieros, pero omitiendo la aclaración sustancial de los documentos internacionales, que imponen que tales recursos sean «indispensables a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad». En otras palabras, inaplicó adecuadamente los principios de *progresividad* y *pro homine.*

[11] H. Quiroga Lavié: M. A. Benedetti y M Cenicacelaya: *Derecho constitucional argentino,* o. cit., tomo I, pp. 526, 535.

[12] Zlata Drnas de Clement: «Constitución nacional y jerarquía de los tratados internacionales», en *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución nacional (1853-1860),* tomo II, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, pp. 307-324.

[13] Néstor Alejandro José Hillar: «La jerarquía normativa de los tratados internacionales en la Constitución nacional posreforma» en *Semanario Jurídico,* tomo 73, 1995-B, Córdoba, Comercio y Justicia, pp. 485-486.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

instrumentos internacionales forman un mismo orden de prelación, de tal modo que ninguna norma puede cancelar a otra por tener igual jerarquía; asimismo, determinados votos de integrantes de la Corte Suprema señalaron que el constituyente de 1994 ya ha realizado el juicio de compatibilización entre los tratados a los cuales confirió jerarquía constitucional y la propia CN, y ha verificado que no se produjo derogación alguna.[14] Se puede agregar que en *Arce (Fallos, 320: 2145)* se afirmó que los tratados jerarquizados forman un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales (considerando 7) y que deben entenderse en función de esta protección al ser humano y no en beneficio de los Estados (considerando 6).[15]

La jerarquía constitucional lo es *en las condiciones de su vigencia* que se refiere a las condiciones impuestas por el Estado argentino al momento de obligarse internacionalmente a cumplir el tratado, esto es con las reservas y declaraciones interpretativas, tal la opinión de Travieso, Gelli, Bidart Campos y Haro, entre otros.[16] Asimismo, la Corte Suprema en *Giroldi* sostuvo que la jerarquización de la CADH ha sido establecida por voluntad del constituyente, *en las condiciones de su vigencia*, esto es, «tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación» (considerando 11), agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.[17] Posteriormente, en

---

[14] *Chocobar, Monges, Petric, S. V. c/ M. D.* y *Cancela.* El dictamen del procurador en *Mignone,* del 9.4.2002 y el considerando 9 del voto de Boggiano en *Alianza Frente para la Unidad,* del 27.9.2001 expresan la realización de tal juicio de compatibilización de parte del constituyente de 1994. De igual modo, el considerando 10 del voto concurrente del entonces ministro Boggiano en *Simón* y el considerando 17 del voto concurrente del ministro Lorenzetti en esta última causa. En cambio, para el entonces ministro Belluscio, considerando 17 de su voto en *Petric,* se trata de «normas constitucionales de segundo grado».

[15] También el considerando 8 del voto de los ministros Belluscio y Bossert en *Alianza Frente,* del 27.9.2001.

[16] Juan Antonio Travieso: *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina,* Buenos Aires, EUDEBA, 1996, p. 32; María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada,* l.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 518; Germán Bidart Campos; *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* o. cit., tomo VI, pp. 557-558; Ricardo Haro: «Los tratados internacionales en la Constitución de 1853», en *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución nacional (1853-1860),* tomo II, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 345.

[17] *LL,* 1995-D-461; aunque el considerando 21 del voto de mayoría integrado por los ministros Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano en *Ekmekdjian c/ Sofovich,* ya la Corte había sostenido que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Colautti critica el fallo en *Giroldi* porque a su juicio, luego de que los tratados se incorporaron a la CN dejaron de ser preceptos convencionales para pasar a formar parte de la Constitución, por lo que la interpretación final corresponde a nuestra Corte Suprema (Colautti: *Los tratados internacionales...,* o. cit., p. 80).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Gramajo, reitera la doctrina de *Giroldi* y agrega que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales,[18] aunque ulteriormente en *Acosta* aclara que, si bien las opiniones de la Comisión deben servir de guía y que el Estado debe realizar los esfuerzos para dar respuesta favorable a sus recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber jurídico para los jueces el de dar cumplimiento a ellas por no ser decisiones vinculantes para el Poder Judicial.[19]

4. El Congreso nacional y sus atribuciones de poder constituyente derivado delegado

4.1. Poder constituyente derivado delegado o por autorización del constituyente reformador

A la etapa preconstituyente que se asigna al Congreso nacional en el artículo 30 CN, en cuanto declara la necesidad de la reforma, los párrafos segundo y tercero del inciso 22 del artículo 75 CN le atribuyen a este órgano en forma expresa —y también el Poder Ejecutivo implícitamente— una función que es posible denominarla *poder constituyente derivado delegado o autorizado* por la Convención de 1994, al estar facultado para atribuir jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos y a disponer el egreso de tal jerarquía tanto a normas internacionales convencionales a las que el propio constituyente reformador le confiriera tal jerarquía o que el Congreso se le hubiera otorgado.

4.2. Condición sustantiva. Artículo 27 CN

El Congreso nacional está obligado a respetar los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional cuando analice un tratado internacional a los fines de su aprobación e incluso de su jerarquización constitucional, tal la manda del artículo 27 CN. No se limita a los de *paz y comercio*, sino que —como lo señala Bidart Campos— configura un principio básico de nuestro derecho constitucional con relación a todo el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, de tal modo que este derecho no puede prevalecer sobre la Constitución. A juicio de Vanossi y Dalla Via, se trata de una norma dirigida a los poderes públicos encargados

---

[18] *JA*, 1996-IV-439; el voto en mayoría se integró con los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez. Véase la crítica en Néstor Sagüés: «El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en *JA*, 1997-745.

[19] Semanario de *JA*, del 30 de junio de 1999. Véase la opinión de N. Sagüés: «Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos», en este semanario.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de intervenir en las relaciones exteriores, limitándolos en sus atribuciones y encuadrándolos en la subordinación al derecho público constitucional.[20]

En este sentido, siguiendo a Rosatti,[21] pueden señalarse como los principios de derecho público a los cuales hace referencia el artículo 27 CN y que deben ser respetados por el Congreso en ejercicio de su *poder constituyente delegado*, los siguientes: a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno y Estado (artículo 1 y concs. CN); b) el principio de juridicidad y reserva (artículo 19 CN); c) el principio de igualdad (artículos 15, 16, 75 inciso 23, y concs. CN); d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (artículos 14, 28, 99 inciso 2, y conc. CN); e) el debido proceso legal (artículos 18 y concs. CN).

A ellos agrego la democracia participativa como forma de vida y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente por el propio convencional de 1994.

4.3. Denuncia de tratados jerarquizados constitucionalmente

El segundo párrafo *in fine* del inciso 22 del artículo 75 CN establece la posibilidad de que los tratados jerarquizados constitucionalmente por esa norma sean denunciados por el Poder Ejecutivo, pero previa aprobación del Congreso nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Vanossi y Dalla Via califican a esta atribución como de *paralelismo de las competencias*, ya que si el Congreso debe participar en la aprobación del tratado también debe hacerlo en la denuncia.[22] Aunque en realidad, estimo, que este *paralelismo de competencias* se da en el supuesto de los tratados que llegare a futuro el Congreso a jerarquizar por imperio del tercer párrafo del inciso 22, y en cuyo caso la denuncia autorizada por este órgano tendría tal carácter, pero estrictamente ello no ocurre con los expresamente mencionados en el segundo párrafo del inciso 22, ya que la jerarquización lo fue por decisión del constituyente, mientras que la *desjerarquización* por denuncia es por decisión de los poderes constituidos, lo que ha llevado a Menem y Dromi a sostener que la única variante formal entre los derechos consagrados en los tratados y en la Constitución está en:

> la eventualidad de la descontitucionalización de un tratado por vía de denuncia (artículo 75, inciso 22, segundo párrafo *in fine*) que es similar en entidad jurídica, a la propia reforma de la Constitución (artículo 30), pues las mayorías declarativas son

[20] Germán Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, 1.ª edición, o. cit., p. 103. Jorge Vanossi y Alberto Dalla Via: *Régimen constitucional de los tratados*, o. cit., pp. 35-36.

[21] Horacio Rosatti: Globalización, estatidad y derecho, en Bielsa, Lavagna, Rosatti: *Estado y globalización. El caso argentino*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 127.

[22] Jorge Vanossi y Alberto Dalla Via: *Régimen constitucional de los tratados*, o. cit., p. 306.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

análogas, aunque para la desconstitucionalización de los tratados no haga falta Convención Constituyente.[23]

Ramírez Calvo sostiene que el único efecto de la denuncia es la desobligación de nuestro país frente a los restantes Estados que lo suscribieron, pero continúa teniendo vigencia en el derecho interno hasta tanto una convención reformadora disponga lo contrario.[24] No comparto este criterio, toda vez que ha sido el propio constituyente quien delegó en los poderes constituidos la posibilidad de denunciar un tratado jerarquizado, que constituye el primer paso para que cumplidos luego los requisitos previstos por el propio tratado y la Convención de Viena, se desvincule internacionalmente, por lo que el tratado en cuestión al perder la jerarquía que poseía por imperio constitucional *en las condiciones de su vigencia* y haber sido denunciado, no tiene vigencia interna e internacional en tanto norma convencional. Pero no sería obstáculo para que, de acuerdo con el carácter irreversible y progresivo de los derechos humanos, los derechos puedan mantener dicho estatus constitucional como derechos y garantías del artículo 33 CN.[25] La intención del constituyente fue perfeccionar un sistema de protección de derechos humanos y evitar que el Ejecutivo pudiera, por sí solo, denunciar un tratado con el fin de eludir responsabilidad internacional que pudiera ser atribuida por supuesto incumplimiento de las normas convencionales jerarquizadas.

La exigencia de previa aprobación del Congreso se extiende a los que en el futuro obtengan tal jerarquía y que se encuentran previstos en el tercer párrafo del inciso 22 del artículo 75, no obstante encontrarse tal exigencia en el segundo párrafo *in fine* del citado inciso, ya que al compartir ambos igual jerarquía, corresponde aplicar lo que Bidart Campos denomina igual paralelismo de procedimiento para su denuncia y que, así como para alcanzar dicha jerarquía los tratados de derechos humanos requieren una mayoría agravada para alcanzarlo, también debería requerirse la misma para ser denunciados.[26] Asimismo, la aprobación congresional para que el Ejecutivo denuncie un tratado jerarquizado debe ser mediante forma de ley.

---

[23] Eduardo Menem y Roberto Dromi: *La Constitución reformada (comentada, interpretada y concordada)*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 257.

[24] Ricardo Ramírez Calvo: «La Constitución reformada...», o. cit..

[25] Para Bidart Campos, en cambio, los tratados que se extinguen o denuncian dejan subsistente su normativa en nuestro derecho interno, lo que lleva a afirmar que la jerarquía constitucional le fue otorgada por la propia Constitución, no es susceptible de cancelarse aun cuando carezca de fuente internacional, además porque la adquirió *en las condiciones de su vigencia* imperantes al 24 de agosto de 1994 siendo inalterables en el futuro (*Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., pp. 576 y 577). Me permito discrepar con el distinguido profesor, ya que ello implicaría petrificar el texto constitucional y al mismo tiempo evitar interpretaciones dinámicas toda vez que «las condiciones de su vigencia» pueden ir variando con el transcurso del tiempo, tal el retiro o renuncia de reservas existentes al momento de su jerarquización o incluso con nuevas interpretaciones que, por ejemplo, sobre la CADH podría realizar la Corte Interamericana.

[26] Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., pp. 574 y 575.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

4.4. Jerarquización constitucional de otros tratados sobre derechos humanos

El tercer párrafo del inciso 22 realiza una importante apertura hacia la futura jerarquización constitucional de otros tratados sobre derechos humanos, distintos a los expresamente enumerados en el párrafo anterior. La norma prescribe que «los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional». Se trata de una atribución de poder constituyente delegado por el constituyente reformador a los poderes constituidos en materia de jerarquización de derechos humanos, lo que ha sido calificado por Travieso[27] como un «procedimiento indirecto de reforma constitucional», aunque en realidad se trata de una mutación constitucional por adición toda vez que el texto de la CN permanece inalterable aunque con cambios en el «bloque de constitucionalidad federal».

La primera cuestión radica en determinar cuáles tratados son pasibles de jerarquización constitucional. Bidart Campos se detiene en el supuesto de tratados que contengan algunas normas sobre derechos humanos pero que globalmente no fueran de derechos humanos; no sin margen de duda, se inclina por hacer prevalecer la *verdad material* de la naturaleza de cada norma al margen de la *verdad formal* o contexto del que forma parte.[28] Pero mayor envergadura tiene la duda de si los tratados de derecho penal internacional pueden ser jerarquizados constitucionalmente. Al respecto, para Susana Albanese los tratados de derechos humanos reconocen derechos y establecen órganos de control para velar por su observancia y proteger a las víctimas; en cambio la finalidad del derecho penal internacional es crear tribunales, investigar, juzgar y castigar violaciones a los que resulten culpables, aunque con convergencias en torno al respeto de los derechos humanos.[29]

Surgen dudas sobre si es necesario el cumplimiento de una doble aprobación congresional para jerarquizar constitucionalmente un tratado. Bidart Campos es de la opinión de que al momento de sancionarse la reforma de 1994 ya existían tratados de derechos humanos aprobados por el Congreso, que constituían derecho vigente, por lo que restaba solamente la decisión congresional de dotarlos de la suprema

---

[27] Juan Antonio Travieso: *Los derechos humanos en la Constitución...*, o. cit., p. 35.

[28] Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., p. 572.

[29] Susana Albanese: «El Estatuto de Roma de 1998 y los tratados sobre derechos humanos», en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 121-142. Esto lleva a la autora a sostener que, por no tratarse estrictamente de un tratado de derechos humanos, no correspondería jerarquizar constitucionalmente al Tratado de Roma de 1998, especialmente por las divergencias jurisprudenciales entre los tribunales de derechos humanos y penales internacionales. Véase asimismo Zlata Drnas de Clement: *Algunas consideraciones sobre las diferencias entre jurisdicción penal internacional y protección internacional de derechos humanos*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en ‹http://www.acader.unc.edu.ar›.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

jerarquía, en cuyo caso resulta entendible el cumplimiento de las dos etapas; pero cuando se trata de tratados todavía no incorporados a nuestro derecho interno, el Congreso podría obviar los dos pasos y con solamente una aprobación con quórum agravado en el mismo acto se dispusiera la aprobación y jerarquización constitucional.[30] Sin embargo, la intención del constituyente parece ser la del desdoblamiento del procedimiento, tal la opinión de Rodolfo Barra,[31] con la que doctrinariamente concuerda Susana Albanese estimando que deben cumplirse ambas etapas y en forma independiente, correspondiendo la primera a la negociación y firma del Ejecutivo, aprobación por el Congreso y ratificación en sede internacional, mientras que la segunda, ya incorporado el tratado al derecho interno, mediante el quórum de votos agravado corresponde la jerarquización constitucional.[32] Personalmente estimo conveniente el desdoblamiento en dos procedimientos, uno para aprobar y otro para jerarquizar, lo que debería realizarse mediante ley, previo cumplimiento del quórum de votos exigido para el caso y posterior promulgación del Poder Ejecutivo, quien podrá ejercer derecho de veto.[33] Ello significa que la delegación de atribuciones constituyentes realizada por la Convención lo fue tanto al Congreso nacional en forma expresa, como al Poder Ejecutivo implícitamente, ya que tiene la atribución de promulgar u observar las leyes que jerarquizan constitucionalmente un tratado de derechos humanos.

Para Pérez Guilhou se ha trasladado el ejercicio de poder constituyente desde la Convención hacia el Legislativo y Ejecutivo, los cuales pueden modificar jerarquías constitucionales, mientras que para Néstor P. Sagüés y Alberto Zarza Mensaque implica ejercicio de poder constituyente, ya que confiere alcurnia constitucional a normas hasta entonces subconstitucionales.[34]

---

[30] Bidart Campos: *Tratado elemental...*, tomo VI, o. cit., pp. 568 y 569.

[31] *DSCC*, p. 2833.

[32] Susana Albanese: «Panorama de los derechos humanos en la reforma constitucional», en *ED*, 163, p. 934. Ramírez Calvo es de opinión de la doble aprobación, agregando que al no especificar el texto constitucional plazo entre aprobación y jerarquización, por analogía debería aplicarse el de 120 días entre una y otra para la aprobación de tratados de integración con países no latinoamericanos (Ramírez Calvo: «La Constitución reformada», o. cit.)

[33] En contra de la intervención del Ejecutivo para el otorgamiento de jerarquía constitucional ya que la promulgación no resulta constitucionalmente exigible, véase Víctor R. Lorenzo: *Manual del derecho de las convenciones*, Buenos Aires, Ediciones D&D, 1998, p. 57. Mi criterio es que si el Congreso aprueba mediante forma de ley, se debe aplicar íntegramente el proceso de formación y sanción de leyes previsto constitucionalmente que, obviamente, incluye la intervención del Poder Ejecutivo, salvo en aquellos casos expresamente vedada su intervención, por ejemplo, artículo 40 CN.

[34] Dardo Pérez Guilhou: «Sistema y régimen político argentino. ¿Ha cambiado con la reforma de 1994?», en AA. VV.: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 40 y 41; Néstor Sagüés: «Jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas», en *El Derecho*, 173, o. cit., pp. 888 y 889; Alberto Zarza Mensaque, «La reforma constitucional de 1994 y el régimen de los tratados internacionales», en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 288. Quiroga Lavié, Cenicacelaya

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

En mi criterio, el párrafo 3.º constituye una *cláusula abierta* dirigida a un reforzamiento tuitivo de derechos fundamentales no inscriptos en la Constitución o en los tratados jerarquizados por decisión del constituyente reformador de 1994, de tal modo que permite al Congreso y al Poder Ejecutivo realizar una tarea que bien puede calificarse como *constituyente derivado y delegado* al otorgar tal jerarquía, cuando adviertan tal necesidad y conveniencia ante instrumentos internacionales que progresivamente brindan mayor y mejor tutela. De tal modo, al catálogo de derechos y garantías previstos en el texto constitucional se lo amplía con los emergentes de las declaraciones y tratados jerarquizados en 1994, quedando *abierto* a la espera de nuevas incorporaciones que el progreso de la conciencia jurídica exija siguiendo la clara directriz protectora con valor de programa en permanente realización. Corresponde a la prudencia y cuidadoso estudio y análisis del legislador ordinario, devenido por delegación en constituyente, determinar si ello corresponde y vigilar el fiel respeto a los principios del artículo 27 CN, evitando tentaciones de pretender jerarquizar constitucionalmente todo cuanto aparece en materia de tratados internacionales.

Actualmente dos tratados gozan de jerarquía constitucional. Uno, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, aprobada por ley 24556 y con rango constitucional mediante ley 24820, sancionada con las mayorías exigidas constitucionalmente y promulgada en virtud del artículo 80 CN.[35]

El otro, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que adoptó la Asamblea General de la ONU en 1968 y que nuestro país aprobó mediante ley 24584 sancionada en 1993, aunque la adhesión a esa Convención recién se dispuso en 2003.[36] Asimismo, mediante ley 25778 de dicho año se le otorgó jerarquía constitucional y fue promulgada mediante decreto 688/03.

González Campaña entiende que el Congreso, en uso de los poderes implícitos del artículo 75, inciso 32, y ejecutando la delegación del constituyente, puede disponer la incorporación al catálogo de instrumentos internacionales del inciso 22 a los

---

y Benedetti la califican como función semiconstituyente, pues sin modificar el texto constitucional puede producir cambios como si fuera una convención reformadora (Derecho Constitucional».., o. cit., p. 536).

[35] Véase un comentario sobre el tema en Néstor Pedro Sagüés: «Jerarquía constitucional...», o. cit., p. 888. Este autor estima que, así como el Congreso eligió *la ruta de la doble ley*, por lo que debió cumplir con todo el proceso de formación y sanción de leyes prevista constitucionalmente, lo que permitiría al Ejecutivo vetar la ley, también estima que podría haber escogido otra ruta, menos dependiente del Ejecutivo, tal la declaración o resolución de cada Cámara. Esta última «ruta» no la comparto.

[36] Mediante decreto 579 del 13.8.2003 se dispuso adherir a la Convención e instruir al ministro de Relaciones Exteriores a adoptar las medidas necesarias para concretar el depósito del instrumento de adhesión en la Secretaría General de la ONU.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

que le confiera jerarquía constitucional.[37] No comparto tal apreciación, toda vez que agregar al texto del segundo párrafo del inciso 22 los nuevos instrumentos internacionales jerarquizados, implicaría una reforma constitucional no autorizada, al margen del artículo 30 CN. Asignar jerarquía constitucional no equivale a incorporarlos al texto escrito de la Constitución, aunque integren el bloque de constitucionalidad federal.

4.5. El retiro de las reservas, interpretaciones y declaraciones

Expresamos que *en las condiciones de su vigencia* hacía referencia a las limitaciones o condiciones impuestas por el Estado argentino al momento de obligarse internacionalmente a cumplir el instrumento internacional y que deben interpretarse en sentido restrictivo a los fines de evitar la desnaturalización del tratado y ser adecuadas al objeto y fin de este. No obstante la admisión de las reservas y de las dificultades para determinar sus efectos jurídicos, como así también la circunstancia de que en no pocas oportunidades no se conoce con precisión —aunque de aplicarse la ley 24080 se evitaría el problema— si han sido o no aceptadas por los otros Estados contratantes o por el órgano internacional de control, aparece la cuestión sobre las exigencias a cumplir para proceder al retiro de las *reservas* o *interpretaciones*. Para quienes consideran que las reservas no forman parte del tratado, sería suficiente el mismo instrumento por el cual la reserva o interpretación fue incorporada.[38]

Entiendo que la jerarquización constitucional dispuesta por el constituyente reformador o por el Congreso en ejercicio de poder constituyente derivado, lo fue *en las condiciones de su vigencia*, esto es tal como se había obligado el Estado argentino —con las reservas e declaraciones interpretativas—, de modo que el retiro exige la mayoría agravada de dos tercios de cada Cámara y la posterior decisión presidencial como responsable de las relaciones exteriores.

Cabe citar que en la causa *Simón*, el voto de la ministro Argibay señaló que la reserva realizada por Argentina al ratificar el PIDCyP mediante ley 23313, artículo 4.º, relativo a la vigencia del principio de legalidad para nuestro país, había quedado «debilitado por la posterior aprobación sin reservas de la Convención sobre Imprescriptibilidad» (considerando 16). En realidad, el invocado *debilitamiento* tuvo en dicho voto efectos de inaplicabilidad de la reserva en una suerte de *derogación* de esta, pero sin que se cumplieran los extremos previstos normativamente para el retiro. Asimismo, el *debilitamiento* por eliminación jurisprudencial de la reserva implicó

---

[37] Germán González Campaña: «El juicio de compatibilidad de los tratados internacionales realizados por el Congreso», en diario *La Ley*, 10.11.2004, p. 3.

[38] Conv. J. P. Cafiero, *DSCC*, p. 3103. El convencional De Vedia entiende que no forman parte del tratado y puede ser retirado en cualquier momento por el gobierno sin necesidad de aplicar el mecanismo de los dos tercios (DSCC, p. 2877).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

desplazar la vigencia del artículo 18 CN, lesionando uno de los principios de derecho público del artículo 27 CN.

4.6. ¿Hay gradaciones entre las normas jerarquizadas por el constituyente de 1994 y las que jerarquice el Congreso nacional?

El entonces ministro Belluscio había destacado que las normas provenientes de los tratados a los cuales el constituyente de 1994 jerarquizó constitucionalmente eran normas de segundo grado (ratificando dicha posición en el considerando 15 de *Arancibia Clavel),* que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución nacional. El ministro Fayt, en los considerandos 24 y 32 de *Arancibia Clavel* y en el considerando 61 de *Simón* considera que en todos los casos el Poder Judicial debe realizar el juicio de comprobación de todos los tratados internacionales, y que los consagrados en los párrafos segundo y tercero del inciso 22 del artículo 75, si bien son jerárquicamente superiores a los demás tratados, no significa que sean la Constitución misma, ya que deben respetar los principios de derecho público constitucionalmente consagrados en el artículo 27 CN.

Los votos del ministro Boggiano señalan una misma jerarquía normativa, sosteniendo que así como el constituyente reformador realizó el juicio de compatibilización entre normas constitucionales y de los instrumentos internacionales, verificando la inexistencia de derogación debiendo interpretarse que «tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente» (considerandos 20, 21 y 22 de *Monges,* considerando 9 de *Arancibia Clavel* y considerando 10 de *Simon*), de igual modo resulta aplicable a los supuestos del tercer párrafo del inciso 22 del artículo 75, ya que:

> cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma, según el cual al elevar al tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que este no solo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución sino que no deroga norma alguna de la Constitución sino que la complementa.

El entonces ministro agregaba que «tal juicio constituyente del Congreso nacional no puede ser revisado por esta Corte para declarar su invalidez sino solo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución» (considerandos 10 y 13 de *Arancibia Clavel*, considerandos 10 y 12 de *Simón*). De igual modo, los votos concurrentes de Zaffaroni (considerando 28 de *Simón)* y Lorenzetti (considerandos 16 y 17 de *Simón*) señalan que no se autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución o de los tratados internacionales sobre otra desconociendo la vigencia de esta última, mientras que la Constitución debe ser entendida por las reglas que componen su articulado y los tratados del artículo 75, inciso 22, que tienen jerarquía constitucional. Tajante es la afirmación del ministro Zaffaroni cuando sostiene

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

en *Simón* que «al admitir la jerarquización de normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución», agregando seguidamente que cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución, y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. Lorenzetti rechaza la existencia de normas constitucionales de segundo grado por no compadecerse con la propia Constitución nacional en materia de derechos humanos (considerando 17 en *Simón*); y agrega que la «función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones».

Si las provenientes de instrumentos internacionales fueran normas constitucionales de *segundo grado*, entonces tendríamos un bloque de constitucionalidad con diversas graduaciones, lo que llevaría a disolver, hasta hacerla desaparecer, la jerarquización constitucional dispuesta por el constituyente de 1994. No tendría ningún sentido llevar a jerarquía constitucional determinados instrumentos internacionales de derechos humanos si tuviera como único efecto el ser superiores a los restantes tratados y, por ende, a las leyes. El elevarlos al mismo nivel que la propia CN no implica derogar ni desconocer a esta sino que, al conformar un código, significa que «el único criterio interpretativo conveniente debe ser aquel que tienda a conciliar sus diversas cláusulas [...] en el sentido de armonizar, de unir, de fundir todas las cláusulas que aparezcan contradictorias.[39] Pero tampoco debieran aplicarse automáticamente *bloqueando* a la Constitución por ser normas de derecho internacional, si lesionaran derechos y garantías tuteladas constitucionalmente. Como lo ha venido sosteniendo tradicionalmente nuestra Corte Suprema, «las cláusulas constitucionales no deben ser interpretadas de manera que se las ponga en conflicto unas con otras, sino que las armonice» y que no deben ponerse frente a frente las facultades para que se destruyan recíprocamente, «sino armonizándolas, dentro del espíritu que les dio vida».

5. Conclusiones

El inciso 22 del artículo 75 se inscribe en una línea protectora de los derechos humanos afianzando su indisponibilidad con el otorgamiento de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales, tanto al elevarlos a igual nivel que la propia Constitución como al reconocer la jurisdicción y competencia de órganos supranacionales protectores de aquellos. La supremacía se exterioriza ahora en la clara existencia de un bloque de constitucionalidad federal integrado por la Constitución nacional y los instrumentos internacionales que alcanzaron su misma jerarquía. La protección encuentra ahora una doble fuente: interna e internacional, que se potencian recíprocamente y donde ninguna de ellas habilita a frustrar la que proporcione

[39] Joaquín V. González: *Obras completas*, vol. V, p. 31.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

mayor y mejor protección en la aplicación de los principios del derecho de los derechos humanos.

Esta *doble fuente* hace, como claramente lo señala Rolando Gialdino, que nuestro ordenamiento jurídico interno comience a acercarse a otros que creíamos más lejanos y a distanciarse de otros, que estimábamos más cercanos.[40] El acercamiento o distanciamiento lo da la circunstancia de ratificar o no tratados internacionales de parte de los Estados, que impacta en las fuentes mediatas e indirectas de nuestro derecho constitucional, y en este sentido es probable que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos compartan el papel que tradicionalmente tuvieron los fallos de la Suprema Corte estadounidense como elemento interpretativo de nuestro más alto tribunal, aunque sin olvidar la observación de José Manuel Estrada, en la indispensable consulta a la historia de cada nación para apreciar en su significado sustancial la doctrina de las cláusulas constitucionales, ya que textos materialmente iguales no tienen el mismo significado ni responden a las mismas necesidades. En este sentido, aunque sin compartir la jerarquización normativa entre las normas del bloque de constitucionalidad federal, a que hace referencia Fayt, estimo importante destacar el necesario *margen de apreciación nacional* que este ministro adopta, por el cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión o de apreciación autónomo en la introducción de normas internacionales emergente del artículo 27 CN, sin que ello implique realizar interpretaciones de mala fe que desvirtúen la vigencia de las normas internacionales.

Estimo que el bloque de constitucionalidad federal está parcialmente integrado por normas rígidas, tales las emergentes del texto constitucional de 1853-60 con las reformas de 1866, 1898, 1957 y 1994, para cuya reforma es imprescindible el procedimiento del artículo 30 CN; y con normas dotadas de rigidez procedimental aunque no orgánica como son los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente con un procedimiento de modificación flexible en una suerte de mutación constitucional, tanto para disponer el egreso como el ingreso de normas con jerarquía constitucional. De tal modo que, como lo señala Horacio Rosatti, existen normas cuyo ingreso y egreso a la jerarquía constitucional se realiza por vía del procedimiento de reforma del artículo 30 CN; normas ingresadas mediante decisión del poder constituyente derivado pero con posibilidades de egresar de la jerarquía mediante el inciso 22 del artículo 75 CN; y normas cuyo ingreso y egreso a la jerarquía constitucional se dispone mediante el procedimiento de este inciso.[41]

---

[40] Rolando Gialdino: «Fuentes comparadas de la Constitución nacional en materia de derechos humanos. Acercamientos. Distanciamientos: el caso de los Estados Unidos de América», en diario *El Derecho*, 23.10.2003.

[41] Horacio Rosatti: «La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución nacional», en AA. VV.: Defensa de la Constitución. *Libro en reconocimiento al doctor Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 276.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

No se escapa la dificultad interpretativa frente a la aplicación de normas de fuente nacional e internacional de la misma jerarquía en los casos concretos. Especialmente, cuando la elevación al rango constitucional fue dispuesta por órganos constituidos en ejercicio de atribuciones constituyentes delegadas. Tal vez resulte necesario —en una próxima reforma constitucional— adoptar el sistema de control de constitucionalidad previo, extrínseco e intrínseco, a cargo de la CSJN en materia de tratados internacionales cuya jerarquización constitucional se pretenda.

La apertura de nuestra Constitución evidencia que esta ya no está en soledad y por ello no podemos considerarla como un universo cerrado y excluyente, sino como nos lo enseña Pablo Lucas Verdú, como un pluriverso basado en el pluralismo interno, internacional y comunitario,[42] dentro de —como lo afirma Ricardo Haro—[43] un proceso manifiestamente vigoroso de la incesante búsqueda de la humanidad, aunque parezca paradójico, de encontrarse con el hombre, centro de todo el quehacer cultural y de toda civilización.

---

[42] Pablo Lucas Verdú: *La Constitución abierta y sus «enemigos»*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid - Ediciones Beramar, p. 91.

[43] Ricardo Haro: «Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos», exposición en la Universidad de Talca, abril de 2003.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Carlos Fernando Machado*

La función preconstituyente del Congreso nacional

1. El artículo 30 de la Constitución nacional

La Constitución nacional argentina se encuadra según la unánime doctrina dentro de aquellas denominadas *rígidas* cuando se analiza la clasificación según el mecanismo que adopta para su reforma. En efecto, la cláusula constitucional específica que alude a la reforma de nuestra ley fundamental, textualmente expresa:

> Artículo 30: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Claro queda entonces que nuestra carta magna solo puede reformarse —en principio— mediante una convención reformadora *convocada al efecto* por el Congreso de la Nación, que ejerce así su rol preconstituyente. Decimos «en principio» debido a que algunos prestigiosos autores manifiestan que luego de haberse incorporado los tratados internacionales sobre derechos humanos al texto con idéntica jerarquía a la de la propia Constitución a través del artículo 75, inciso 22, esta *rigidez* se ha atenuado, pues al añadirse un nuevo tratado con jerarquía constitucional (siempre en un todo de acuerdo con el sistema previsto y con las mayorías parlamentarias exigidas),

---

* Abogado, docente de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue convencional constituyente en la provincia de Córdoba, en 2001.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

se estaría modificando el texto constitucional y esto significaría *stricto sensu* una reforma constitucional sin intervención de una convención.

Pero más allá de esta digresión, el objeto de este trabajo es analizar la función del Poder Legislativo en su tarea preconstituyente, concretamente al momento de declarar la necesidad y oportunidad de la reforma constitucional. En particular, queremos analizar si ella se cumplimenta solamente a través de una *ley declarativa de la necesidad de la reforma*, o bien si basta que el Congreso emita una simple declaración, en el marco de sus atribuciones.

Analizaremos en primer lugar exhaustivamente el artículo 30, ahondando en su origen, su interpretación auténtica y exegética, la opinión de la doctrina y alguna jurisprudencia existente.

1.1. El origen del artículo 30

Este precepto ha llegado hasta nuestros días prácticamente sin sufrir variantes sustanciales. La comisión redactora de la Convención Constituyente de 1853 (poder constituyente originario e *ilimitado*, en palabras de Bidart Campos)[1] modificó el esbozo que sobre este tema elaboró Juan B. Alberdi en su proyecto de Constitución. En efecto, el jurista tucumano había previsto que las dos terceras partes de las legislaturas provinciales avalaran la necesidad de la reforma,[2] inspirado seguramente en el texto del artículo V de la Constitución de los Estados Unidos.

De esta manera, el texto sancionado por la Convención del 53 era el mismo que permanece hasta la actualidad, pero con el agregado de que ella no podía ser reformada hasta tanto no operara al menos un plazo de diez años. Como es harto conocido, y con motivo de la organización nacional inconclusa y la imperiosa necesidad de unir y pacificar a la patria luego de la batalla de Pavón, se celebró la reforma constitucional del año 1860. Este acontecimiento histórico ha debido ser incluso motivo de una creación doctrinaria que reconoce al maestro Germán Bidart Campos como el autor, que consistió en denominar a este proceso como *poder constituyente originario abierto*.[3] Concretamente, el artículo 30 sancionado expresaba: «La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados *diez años desde el día en que la juren los pueblos* [...]» (el texto resaltado es que excluye la convención reformadora del año 1860, concretamente de su artículo 8.º).[4]

---

[1] G. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 375.

[2] Concretamente, el artículo 39 del proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, de Juan B. Alberdi, expresaba: «Es ineficaz la proposición de reforma que no es apoyada por dos terceras partes del Congreso o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales».

[3] G. Bidart Campos: *Manual*..., o. cit., pp. 375 y 376.

[4] Al respecto puede consultarse el texto *Asambleas constituyentes argentinas*, publicado en Buenos Aires bajo la dirección de Emilio Ravignani, por la editorial Peuser, 1939.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

1.2. Evolución hasta la actualidad

De todos modos, lo cierto es que desde 1860 hasta la fecha el artículo 30 de nuestra Constitución ha permanecido incólume y para el objeto de nuestro análisis —la necesidad o no de la sanción de una ley declarativa— podemos afirmar sin temor a equivocarnos que desde la misma sanción de la carta magna, el texto ha permanecido inalterable.

Posteriormente, ya sea a través de las reformas constitucionales o de aquellas que la doctrina ha bautizado como *mutaciones*, este texto no ha sido modificado en ninguno de sus aspectos y por lo tanto podemos escudriñar la voluntad del constituyente que ha permanecido inalterable en el tiempo desde el poder constituyente originario hasta nuestros días.

Incluso en la convención reformadora del año 1949 este artículo 30 fue modificado al sancionarse el siguiente texto:

> La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros presentes; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.
>
> Una ley especial establecerá las sanciones para quienes, de cualquier manera, preconizaren o difundieren métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se propongan suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos, y a quienes organizaren, constituyeren, dirigieren o formaren parte de una asociación o entidad que tenga como objeto visible u oculto alcanzar alguna de dichas facultades.

Nótese lo curioso de esta reforma para nuestro tema en análisis. Al artículo 30 se le agrega un segundo párrafo similar a lo que en la actualidad es el artículo 36, que versa sobre la defensa del sistema democrático y comienza prácticamente utilizando la palabra *ley;* y también se modifica el primer párrafo —que es, en definitiva, el texto del artículo 30 que conocemos— pero especificando lo concerniente al cómputo de la mayoría agravada necesaria para la declaración de la necesidad de la reforma, estipulando que los dos tercios de los legisladores deben ser contabilizados sobre los que se encuentren *presentes* en el recinto; pero nada dice acerca de si el pronunciamiento del Congreso en este tema deberá materializarse mediante una ley o no, manteniéndose en este aspecto. Cabe a esta altura preguntarnos: ¿por qué estos convencionales que estaban habilitados para reformar *integralmente* la Constitución no se avocaron a especificar este aspecto referido al instrumento necesario para habilitar el mecanismo de la reforma?

Evidentemente, para los convencionales constituyentes este tema ha sido siempre muy claro, pues de no ser así considerado se habría modificado el texto constitucional. Lo importante entonces es conocer cuál ha sido la interpretación auténtica en esta materia.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Si interpretamos literalmente el texto del artículo 30 de nuestra Constitución, veremos que en ninguna parte se incluye al término *ley* o incluso una acepción más amplia, como podría ser la palabra *reglamentación*, como sucede en otras disposiciones. A mero título ejemplificativo, podemos mencionar el artículo 17, que contiene el término *ley* repetido cinco veces; o el artículo 14, que dice: «[...] conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio». ¿Cuál habrá sido la razón por la cual los convencionales del 53 utilizaron esta terminología y que, al momento de reformarse este artículo, en el año 1860, no modificaron lo atinente a este tema? Sobre esto avanzaremos en los apartados siguientes.

2. La declaración de la necesidad de la reforma, ¿mera declaración o ley formal?

Intentaremos demostrar a partir de este punto nuestra tesis que afirma que para expresar la voluntad del Poder Legislativo actuando en su rol *preconstituyente* no es necesaria la sanción de una ley.

En efecto, siguiendo a Sagüés, diremos que el Congreso se manifiesta a través de distintos productos.[5] Así, este notable jurista expresa que el Congreso —en particular cada Cámara— puede emitir leyes, resoluciones, comunicaciones, decretos, sentencias (se refiere fundamentalmente a las resoluciones atinentes al juicio político) y *declaraciones*. Sobre estas últimas manifiesta:

> Se refieren, según el reglamento de Diputados a expresiones de la Cámara sobre cualquier asunto de carácter público o privado, o manifestar su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado, o de adoptar reglas generales referentes a sus procedimientos (artículo 99). Para el Senado tienen por meta «reafirmar las atribuciones constitucionales» de la Cámara o expresar una opinión suya (artículo 110, reglamento).[6]

Si tomamos al pie de la letra estas definiciones, podemos observar que no está impedido el Congreso de la Nación (ya sea sesionando cada una de sus Cámaras por separado o bien en Asamblea Legislativa) de expresar su voluntad referida a la necesidad de la reforma constitucional en los términos del artículo 30 de nuestra ley fundamental, a través de una *declaración*. En efecto, la reforma constitucional bien puede considerarse como «expresiones de la Cámara sobre cualquier asunto de carácter público o privado»; o también como manifestaciones de «su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado», para utilizar la terminología del reglamento de la Cámara de Diputados; o el modo de «reafirmar las atribuciones

---

5 Cf. lo que puede observarse en su obra *Elementos de derecho constitucional*.

6 Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 419.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

constitucionales o expresar una opinión» del Senado, en los términos de su reglamento interno, como hemos visto.

No sería inconstitucional, según nuestro parecer, que cada Cámara manifestara su postura favorable a una reforma de la Constitución a través de sendas declaraciones, emitidas eso sí cada una de ellas por la mayoría de dos tercios de sus miembros, al menos. Incluso, si ambas Cámaras se reunieran en Asamblea Legislativa y como tal aprobaran una declaración de necesidad de la reforma constitucional contando con ello con más de los dos tercios de votos.

Algunos autores se han expresado sobre este tema y a sus opiniones nos remitiremos a continuación.

3. Doctrina

Comenzaremos con el destacado constitucionalista mendocino Armagnague, quien a su vez actuó como convencional constituyente en la reforma del año 1994. Él dice:

> 1) La necesidad de la reforma, ¿debe ser por ley o basta una declaración? La doctrina se encuentra dividida. Montes de Oca, Ramella y Vanossi sostienen que debe ser hecha por ley pues las funciones del Congreso son esencialmente legislativas. Dicha tesis fue sostenida por el Partido Peronista en la Constitución de 1949. Abonan esta tesis los precedentes de reforma pues tanto en 1860, 1866, 1898, 1949 y en 1994 a través de la ley 24309, estableciéndose en esta última que la ley se denomina «ley de declaración», a los fines de cumplir con el artículo 30. Otro sector de la doctrina entiende que no es necesario reformar el texto constitucional mediante una ley, por los siguientes argumentos: que el texto del artículo 30 es claro, pues dice «declaración»; porque requiere el voto de las dos terceras partes, y la sanción de una ley no lo requiere en ningún caso, etcétera. Esta fue la postura sustentada por la Unión Cívica Radical en la convención de 1949, enrolándose en esta postura Estrada, González Calderón, Bielsa, Linares Quintana, Bidart Campos, Badeni, etcétera.[7]

La primera conclusión a la que arribamos es que una parte de la doctrina opina que bien puede expresarse el Congreso en su rol preconstituyente mediante una *declaración*, y que no es entonces imprescindible la sanción de una ley. En segundo lugar, podemos observar que muchos y muy prestigiosos autores han sostenido esta posición, entre ellos los más tradicionales. A continuación sondeamos en la opinión del maestro Germán Bidart Campos, quien afirma:

> [...] La de iniciativa está a cargo del Congreso, al que el artículo 30 le encomienda declarar la necesidad de la reforma. No dice la norma cómo debe trabajar el Congreso, ni qué forma debe revestir el acto declarativo; sólo fija un quórum de votos. a) Creemos extraer del derecho espontáneo —o sea, de la praxis ejemplarizada— lo que la norma escrita ha omitido expresamente; a') El congreso trabaja con cada una de

[7] Juan F. Armagnague: *Constitución de la Nación argentina. Comentada, anotada, concordada*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, p. 177.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> sus Cámaras por separado; a'') coincidiendo ambas, el congreso dicta una ley. El acto declarativo tiene, entonces, forma de ley ¿Está bien? Creemos que no; en primer lugar, ese acto tiene esencia o naturaleza política, y hasta preconstituyente; no es un acto de contenido legislativo y, por ende, no debe tomar la forma de la ley [...].[8]

Interesante es la postura asumida por la Dra. María Angélica Gelli (docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés, entre otras unidades académicas) sobre este tópico. Ella afirma:

> [...] el Congreso se expresa mediante la sanción de leyes materiales y formales; de reglamentos; de resoluciones y eventualmente, de declaraciones en las que podría expresar su opinión o voluntad institucional sobre actividades u omisiones de los otros organismos o personas. Dado que el artículo 30 de la Constitución nacional nada dice acerca del instrumento formal mediante el cual debe materializarse la declaración de necesidad de reforma, se discute si ella exige o no la sanción de una ley. La cuestión no es sólo académica pues plantea interrogantes político-institucionales. [...] sobre el punto, el ministro Fayt sostuvo en el caso *Polino* que era facultativo del Congreso federal elegir la forma de la declaración de la necesidad de la reforma, pero que si optaba por dictar una ley, debía ajustarse al procedimiento fijado por la Constitución nacional. No obstante, la atribución preconstituyente constituye —más allá de la forma en que se exprese— una facultad política exclusiva del Congreso en el que está representado el pueblo de la Nación y las provincias argentinas, sujetos del poder constituyente originario, según se anuncia en el Preámbulo.[9]

Otro gran autor y doctrinario, el Dr. Néestor Sagüés, al referirse a este tema afirma:

> Al Congreso de la Nación, según el artículo 30 de la Constitución, le toca declarar la necesidad de la reforma, facultad que para muchos autores (Sánchez Viamonte, Vanossi, etcétera), significa ejercer un «poder preconstituyente». Importa, en verdad, un *poder de convocatoria*. La norma constitucional suscita varios interrogantes. Uno es sobre el *modo* de declarar la necesidad de la reforma: ¿Debe hacerse por ley, mediante una resolución de cada Cámara o por medio de una decisión de la *Asamblea Legislativa* (las dos Cámaras reunidas)?[10]

Finalizamos con la opinión del Dr. Calógero Pizzolo:

> Algunos de los problemas de interpretación que, en la etapa preconstituyente, ha traído el procedimiento previsto en el artículo 30 (CN) son los que siguen. La «declaración» de necesidad de la reforma es una ley, o al contrario, debe instrumentarse por sendas resoluciones o declaraciones de cada Cámara.[11]

Como vemos, este tema es motivo de una polémica y presenta muchas aristas sobre las cuales profundizar.

---

[8] Germán Bidart Campos, *Manual...*, o. cit., p. 380.

[9] María A. Gelli, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 23.

[10] Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, t. I, o. cit., p. 322

[11] Calógero Pizzolo: *Constitución nacional comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, p. 387.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

4. La historia de las reformas en Argentina

Una de las maneras que tenemos para dilucidar sobre el tópico en análisis es adentrarnos en la historia constitucional argentina. Tal vez encontremos una respuesta a nuestros interrogantes estudiando cómo se ha resuelto este dilema a lo largo de todos estos años, para posiblemente coincidir con Sagüés, cuando afirma:

> El derecho consuetudinario argentino ha resuelto tal interrogante; en este caso, el Congreso se debe expedir por *ley*, ya que todas las reformas dispuestas, por gobiernos *de iure* así se decidieron (la de 1957 fue convocada por el gobierno *de facto*, mediante un decreto ley).[12]

4.1. La primera reforma constitucional

En nuestro país, la primera reforma constitucional fue convocada a través de la ley n.° 234, sancionada el 23.6.1860 y promulgada el 25.6.1860. Su texto es breve —solo tres artículos— y no establece ni lugar de asentamiento de la convención, ni plazos para su funcionamiento, ni tampoco temario. Es lo que podríamos denominar una *típica declaración* que coloca en cabeza del Poder Ejecutivo nacional todos los aspectos organizativos y operativos atinentes al funcionamiento de la convención reformadora. Citamos como ejemplo su artículo 2.°, que establece: «Autorízase al Poder Ejecutivo para dictar las medidas convenientes, a fin de que la Convención nacional ad hoc se reúna lo más pronto posible».

4.2. La reforma constitucional del año 1866

Esta reforma fue convocada mediante la ley n.° 171, sancionada por el Congreso con fecha 9.6.1866 y promulgada por el Poder Ejecutivo nacional el 14 de junio del mismo año. Lo curioso de esta reforma es que a través de la citada norma se «declaró la necesidad de la reforma», de tal suerte que su texto normativo se limita a solo un artículo, el que expresa: «Convóquese una Convención nacional con el único objeto de reformar la Constitución en el artículo 4.° e inciso 1.° del artículo 67, en la parte que limitan la facultad de imponer derechos de importación». Lo característico es que, a los pocos días, se sancionó la ley n.° 172 (13.6.1866), promulgada en el mismo acto que aquella declarativa de la necesidad de la reforma. A través de esta norma se establecen los temas específicos atinentes al funcionamiento de la Convención, como son: requisitos para ser convencional, número de convencionales a ser elegidos y remuneración a percibir por ellos, asiento y plazo de la Convención, etcétera.

---

[12] Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, t. I, o. cit., p. 323.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

4.3. La reforma del año 1898

La reforma de 1989 fue convocada a través de la ley n.° 3507, sancionada el 20.9.1897 y promulgada solo tres días después. Esta norma es una *mixtura* de la metodología utilizada en las dos reformas anteriores. Afirmamos esto debido a que en ella se declara la necesidad de la reforma parcial de la CN y que ella debe hacerse mediante una Convención *(artículos 1.° y 2.°);* pero simultáneamente convoca a elecciones para elegir los convencionales para el último domingo de enero de ese año y su fecha de comienzo (veinte días después) en su artículo 3.°, como todo lo atinente al funcionamiento de la Convención reformadora en las disposiciones subsiguientes.

4.4. La frustrada reforma constitucional de 1949

La reforma frustrada de 1949 estuvo teñida de polémica y cuestionamientos desde su inicio. En efecto, al considerarse en el seno del Congreso de la Nación el tratamiento de la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, se instaló un fuerte debate acerca de cuál era la mayoría necesaria que establece el artículo 30: si los dos tercios de los legisladores presentes o, por el contrario, como sostenía por entonces la Unión Cívica Radical, los dos tercios debían computarse sobre la totalidad de los miembros que componen cada Cámara. Finalmente el plexo normativo que dispuso la reforma constitucional fue integrado por la ley n.° 13233, de fecha 27.8.1948, la ley n.° 13262 (17.9.1948) y el decreto n.° 29196/48, dictado por el entonces presidente Perón, con fecha 25.9.1948, publicado en el *BON* el mismo día. A través de la primera normativa se declara «necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación» (artículo 1.°). A continuación, se fijan todos los aspectos atinentes a la elección de convencionales y funcionamiento de la Convención. Por la ley n.° 13262 se establece la simultaneidad de elección de convencionales con diputados nacionales y electores para senador nacional por Capital Federal. Por último, el decreto n.° 29196/48 estableció que esas elecciones se celebren el día 5.12.1948. Al respecto, manifestamos que la etapa preconstituyente llevada a cabo por el Congreso de la Nación fue muy ardua: en efecto, mucho se discutió acerca del cómputo de los dos tercios necesarios para aprobar la declaración de necesidad de la reforma, si debía tomarse en cuenta la totalidad de los miembros de cada Cámara (postura de los legisladores de la UCR) o sobre los legisladores presentes. A esto se refiere el Dr. Quiroga Lavié:

> No fueron menos tensos, ni menos vituperados por la oposición al gobierno, los prolegómenos que concluyeron con la denominada por el peronismo «Constitución de 1949». Reforma, esta, que contó con el repudio del radicalismo, por haberse declarado su necesidad sin respetar la mayoría de los dos tercios de la totalidad de los

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> votos de ambas Cámaras del Congreso, y por el contenido autoritario que se le había impreso a la misma: control cualitativo de los partidos políticos y suspensión de los derechos y garantías constitucionales por decreto del Ejecutivo, sin supervisión de ninguna naturaleza.[13]

Sagüés también se manifiesta sobre este controvertido tema cuando manifiesta:

> La Constitución de 1949 no tuvo un trámite fácil: fue objetada en su validez ya desde la convocatoria (donde se le imputó no contar con los dos tercios de votos de los miembros de cada Cámara, sino solo de los presentes, aunque tal presunto defecto había ya acaecido en anteriores reformas).[14]

Como puede verse, más allá de la polémica suscitada por entonces sobre el cómputo de los dos tercios, ambos partidos coincidieron en que el instrumento idóneo para la declaración de la necesidad de la reforma es una ley.

4.5. Mutaciones constitucionales de 1956 y 1957

Posteriormente, la trágica historia de interrupciones al orden constitucional en nuestro país nos muestra que en lo que la doctrina denomina «mutaciones constitucionales» de 1956 y 1957 (en virtud de que no podemos hablar estrictamente de reformas constitucionales), obviamente no se *declaró la necesidad de la reforma* mediante una ley, pues el Congreso estaba clausurado por la dictadura militar, que primero a través de una *proclama* fechada el 27.4.1956 y *publicada en el Boletín Público* del Ministerio de Ejército, con fecha 11.6.1956 declaró vigente la Constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, *excluyendo las enmiendas de 1949*, para posteriormente declarar la necesidad de la reforma y convocar a elecciones de convencionales para el día 28.7.1957 a través del decreto n.° 3838/57, suscrito por el entonces presidente de facto, general Aramburu, «en ejercicio de los Poderes Revolucionarios, en acuerdo general de ministros [...]».

4.6. La mutación constitucional del año 1972

Esta fue dispuesta a través de la autodenominada *ley* n.° 19608, dictada por la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el 3.5.1972, publicada en el *Boletín Oficial* en su edición del 11.5.1972, por encontrarse clausurado el Congreso de la Nación, los partidos políticos y toda actividad política por la dictadura militar que se conociera como «Revolución argentina», que depusiera al presidente Illia en

---

[13] H. Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 2000, p. 168.

[14] Néstor Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, t. I, o. cit., p. 186.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

1966, por lo que mal podemos analizar en este caso la declaración de necesidad de la reforma en los términos de este trabajo.

4.7. La ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional

Al finalizar el año 1993, el Congreso sancionó la ley n.° 24309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. La polémica fue importante acerca de si la reforma debía ser decidida por una ley o mera declaración. Así, en los días 21 y 22 del mes de diciembre del año 1993 comenzó su tratamiento en la Cámara de Diputados de la Nación. La base fue un proyecto de ley suscrito por los entonces presidentes de los bloques del Partido Justicialista, Jorge Matzkin y de la Unión Cívica Radical, Raúl Galván, que cristalizó el acuerdo suscrito por los presidentes de ambos partidos, los doctores Carlos Saúl Menem y Raúl Ricardo Alfonsín, respectivamente. El miembro informante por el bloque oficialista fue el diputado Rodríguez Sañudo, representante de la provincia de Santa Fe, mientras que resultó representante de la opinión de la UCR el diputado por la provincia de Córdoba, Dr. Antonio María Hernández (h). Respecto a nuestro tema en análisis, este último manifestó:

> La necesidad de prudencia y sabiduría para la tarea legislativa hizo decir a Rousseau que son necesarios dioses para dar leyes a los hombres. En esta instancia fundamental —cuando como legisladores tenemos que afrontar el ejercicio de la más importante misión que tiene el Parlamento argentino, que es la función de tipo preconstituyente— nosotros estamos convencidos de nuestras limitaciones y por eso, con la responsabilidad del caso, tenemos que decir que a nuestro juicio el ejercicio de la facultad del artículo 30 debe ser enmarcado dentro de los precedentes más importantes de la doctrina argentina, que señalan la necesidad de un quórum agravado de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
>
> Expresamos también que se ha designado a este proyecto como de ley declarativa porque conforme a los precedentes parlamentarios tiene la forma de ley, pero en esencia se trata de una declaración política y preconstituyente, insusceptible por lo tanto de ser vetada.[15]

Al tratarse este tema en el Senado de la Nación, la Cámara Alta lo trató en su 68.ª reunión, celebrada entre los días 28 y 29 de diciembre del año 1993. Resultó miembro informante por el Partido Justicialista el senador por Santiago del Estero, Dr. Carlos Juárez, quien enfatizó acerca de que lo que estaba en tratamiento era una ley y no una simple declaración del Congreso (sobre este tema volveremos posteriormente). Finalmente, este proyecto se aprobó con modificaciones —referidas al mandato de los senadores nacionales— y se sancionó así la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional n.° 24309.

---

[15] *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 32.ª, pp. 4109 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

4.8. Conclusión

Como hemos visto, prácticamente la totalidad de las reformas en nuestro país fueron dispuestas a través de leyes, o decretos leyes cuando las dictaduras militares decidieron convertirse en poder preconstituyente en ausencia del Congreso. Existe mayor controversia acerca del cómputo de la mayoría agravada de los dos tercios (si debe hacerse sobre la totalidad o sobre los presentes) que acerca de si el instrumento idóneo es una ley o si basta una declaración.

5. La polémica en torno a la ley n.° 24309 y su judicialización

Tal como hemos visto en el apartado 4.7, no pasó desapercibido el tema acerca de si la reforma constitucional de 1994 debía hacerse a través de una ley o de una mera declaración del Congreso en los términos del artículo 30 CN.

5.1. El tratamiento parlamentario

La Cámara de Diputados tomó como base un proyecto que ya tenía media sanción del Senado, le introdujo numerosas modificaciones —para adecuar su texto al «Pacto de Olivos»— y luego lo remitió al Senado para su aprobación. Esto se vio plasmado en el debate cuando el diputado Sergio Montiel (UCR, Entre Ríos) manifestó:

> En cuanto al proyecto en consideración, la primera duda que me surge se relaciona con la iniciativa que, con sanción del Senado de la Nación, se encuentra en esta Cámara y que se refiere a la reforma de la Constitución. No sé como se podrá resolver esta cuestión. Anteriormente pedí una aclaración —y no obtuve respuesta— porque existe una iniciativa que, si es rechazada como proyecto de ley, seguramente el Senado no podrá volver a considerarla por un largo período. Se pretende que en esta Cámara hay una resolución y allá un proyecto de ley, pero en el fondo institucionalmente se trata siempre del ejercicio de la facultad extraordinaria del artículo 30 de la Constitución nacional, llámese resolución o ley.
>
> Esto seguramente puede crear un grave problema institucional para el presente y para el futuro de la reforma y de la Convención. Quiero llamar la atención de los señores diputados porque entiendo que a la República hay que evitarle, cualquiera sea la resolución que aquí se adopte, males mayores para el futuro, y que hay que resolver con claridad y con la sensatez que la Constitución determina, este problema del proyecto que tiene sanción del Senado. Normalmente, cuando se discute un proyecto de ley referido a la facultad preconstituyente del Congreso como lo determina el artículo 30 de la Constitución, se plantean dos cuestiones: una es la oportunidad y otra la necesidad.[16]

[16] *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 33.ª, pp. 4172 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Como se ve, este tema fue bastante polémico y confuso. Para adecuar los tiempos que apremiaban con urgencia, dada la necesidad del Partido Justicialista de llevar a cabo la reforma a cualquier precio —impulsaba la reelección del entonces presidente Menem— se tomó en la Cámara de Diputados un proyecto aprobado por el Senado que nada tenía que ver con lo que el Acuerdo de Olivos planteaba y se lo «adaptó». Pero además, el punto más álgido de esa ley declarativa fue su polémico artículo 2.°, que plasmó el conocido «núcleo de coincidencias básicas».

La diputada Cristina Guzmán, representante de Jujuy, planteó:

> Desde ya adelanto a la Honorable Cámara que de ser sancionada esta norma como se proyecta plantearemos a todos los mecanismos judiciales para actuar ante la Corte planteando incluso la recusación de algunos de sus miembros para que esto se defina correctamente en la Justicia por magistrados que merezcan serlo.[17]

Luego de una maratónica sesión, que duró dos días, se logró aprobar en Diputados la necesidad de la reforma constitucional y posteriormente el Senado se aprestó a dar tratamiento al proyecto que venía aprobado por la Cámara baja. Recuérdese que la Cámara de Diputados había tomado una media sanción del Senado para modificarlo y adaptarlo al «Pacto de Olivos».

Es interesante recordar las palabras que pronunció el miembro informante del despacho de la mayoría —Partido Justicialista— en el recinto, el senador por Santiago del Estero, Carlos Juárez:

> Hace poco tiempo aprobamos un proyecto de ley de reforma de la Constitución como Cámara de origen. Y este proyecto fue a la Cámara de Diputados, donde mereció adiciones innovadoras, que si bien han ampliado las perspectivas que en su hora tuvimos nosotros, no le han quitado en ningún momento la pátina, el matiz, el espíritu y el objetivo que el proyecto buscaba y pretendía. Esta sanción que viene de Diputados ha suscitado intercambios de opiniones, que han trascendido a los medios de comunicación, en cuanto a la calidad y el carácter en que este Honorable Senado trata hoy este proyecto. Y es muy trascendente esclarecer y definir el carácter y la conducción con que esta Cámara se aboca hoy a la consideración de este proyecto, porque de ese carácter y de esa condición surgen las facultades y los atributos que le otorga la Constitución para terminar, o no, el tratamiento de esto que en esencia es un proyecto de ley. *No es una declaración. Digámoslo de una vez por todas y para los tiempos que vendrán: es un proyecto de ley sobre la reforma de la Constitución. No es una declaración, por más que la Constitución utilice este término.* La Constitución usa este vocablo en otros artículos, cuando habla de declarar la intervención o de declarar el estado de guerra. Pero estas declaraciones siempre tienen el carácter de leyes. Se trata de una forma de expresión que utiliza la Constitución. Pero en todas las reformas se utilizó el trámite de un proyecto de ley.
>
> Este es entonces un *proyecto de ley,* y es fundamental que caractericemos con inconclusa precisión la condición en que actuamos, a saber en segunda revisión. Porque si tenemos —como estoy seguro de que tenemos— el carácter de Cámara de origen, es desde ya obvio que podemos declarar con énfasis en este exordio que bastarían los

[17] *Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación,* año 1993, reunión 33.ª, p. 4201.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> dos tercios que prescribe la Constitución para terminar definitivamente con el procedimiento constitucional que conduce a la definitiva sanción de este proyecto de ley [...].
>
> Uno de los elementos de prueba que demuestran acabadamente nuestro carácter de Cámara iniciadora es que al pasar el proyecto a la Cámara de Diputados fue derivado a la Comisión de Asuntos Constitucionales de esa Cámara, la que produjo despacho en el proyecto que fue enviado desde el Senado de la Nación. Quiere decir que el impulso para el tratamiento de esta iniciativa por la Cámara de Diputados nació, obvia e indiscutiblemente, de este cuerpo, a tal punto que fue debatido por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, la que produjo dictamen. [...]
>
> Ese despacho después fue dejado de lado; fue sustituido aparentemente por otras iniciativas que respetamos pero que de ninguna forma pueden tener eficiencia para derogar, anular o abolir nuestra condición de Cámara iniciadora.[18]

Realmente la contundencia de las afirmaciones del senador Juárez nos asombra. Él, en su carácter de miembro informante del proyecto en el Senado nos dice que se trata de una ley y no de una declaración, como había manifestado el diputado Antonio Hernández al tratarse en el recinto de Diputados. Además, reivindica como Cámara de origen de este proyecto de ley al Senado, por lo que la Cámara de Diputados le habría efectuado enmiendas o adiciones. Pero no termina allí el tema: la Cámara de Senadores a su vez modificó la sanción de la Cámara de Diputados en lo referido al mandato de los senadores nacionales, extendiendo el término aprobado de cuatro años a seis, tal como finalmente se promulgó.

Resulta más interesante continuar analizando los dichos del senador Juárez sobre este tema:

> Por ello, si la Cámara de Senadores aprobó la necesidad de esta reforma, con todos estos títulos y estos capítulos, y la Cámara de Diputados la acogió para su consideración primero en la Comisión de Asuntos Constitucionales y luego dentro del recinto, con adiciones que no modificaban su objetivo, de ninguna manera la Cámara de Diputados puede por sí y ante sí erigirse en Cámara originaria iniciadora. No podemos aceptar este criterio porque la Constitución está de nuestro lado. Este es el procedimiento establecido por nuestra carta magna ante un proyecto sancionado por una de las Cámaras.
>
> La Cámara que recibe el proyecto en revisión tiene tres caminos a seguir para su consideración y decisión: rechazar in totum el proyecto remitido; rechazarlo parcialmente; o modificarlo parcialmente, incluso con adiciones. Este último camino es el seguido por la Cámara de Diputados: no lo rechazó, no lo aprobó pero sí lo consideró y lo modificó. [...] Estamos defendiendo, sí, el derecho que tenemos y que queremos que sea consagrado, de ser Cámara iniciadora, con todos los atributos que esa condición conlleva.
>
> Sería funestísimo para el decurso de la consideración de futuros proyectos de ley que una de las Cámaras pudiese dejar de lado una iniciativa que la otra le ha enviado sancionada, para considerar otro proyecto o formularle modificaciones. Y lo que es peor aún, con la excusa de que dichas modificaciones pueden tener alguna relevancia de acuerdo con el criterio y la óptica de la otra Cámara, transmutan el carácter

---

[18] *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación*, año 1993, reunión 68.ª, pp. 5292 ss. (el énfasis nos pertenece).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> de Cámara iniciadora, adjudicándose dicha condición en forma gratuita, arbitraria y discrecional. [...]
>
> Vale decir, entonces, que la expresión plenaria de la doctrina y la fuerza que emana de los precedentes parlamentarios que acabo de citar sucintamente llevan a la conclusión ineluctable de la calidad de Cámara iniciadora que el Senado ha tenido cuando sancionó este proyecto que Diputados consideró en su Comisión de Asuntos Constitucionales y luego remitió con agregados que nosotros podemos aceptar o no, como Cámara de origen. Y es menester que desde ya advierta, para que tampoco haya duda alguna, que si este cuerpo decidiera insistir con su sanción porque así lo considerara conveniente y sancionara este proyecto de reforma con los dos tercios estaría concluido el circuito del trámite parlamentario y la iniciativa pasaría al Poder Ejecutivo para su promulgación. Esto lo dejo sentado desde ya.[19]

Al momento de sancionarse esta ley, estaba vigente el artículo 71 de la Constitución nacional que, al tratar el mecanismo de formación y sanción de las leyes, establecía:

> Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año. Pero si sólo fuese adicionado o corregido por la Cámara revisora volverá a la de su origen; y si aquí fuesen desechadas, volverá por segunda vez el proyecto a la Cámara revisora, y si aquí fueren nuevamente sancionadas por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, pasará el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que esta reprueba dichas adiciones o correcciones, si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

La sanción del proyecto declarativo de la necesidad de la reforma de la Constitución en la Cámara de Diputados contenía una disposición —el artículo 2 de la media sanción— que estipulaba la elección directa de tres senadores nacionales en representación de cada provincia, *con la reducción de su mandato de nueve a cuatro años*. Al respecto, el miembro informante del despacho de la comisión de Asuntos Constitucionales por la Unión Cívica Radical, diputado Antonio María Hernández, manifestó:

> El derecho comparado, la evolución del derecho público provincial argentino y nuestra convicción nos indican que una reelección de sólo cuatro años no lesiona el sistema republicano; se requiere principalmente —como lo decía Aristóbulo del Valle— la posibilidad de que el pueblo, de tanto en tanto, pueda votar, porque en definitiva, el pueblo, como depositario del poder electoral, es el que resuelve este tipo de cuestiones. Insistimos en que esto no afecta al sistema republicano. Al contrario, pensamos que contribuirá a la eficacia del funcionamiento del régimen político argentino.
>
> Algo similar podemos decir sobre la elección directa de los senadores nacionales, *con la reducción de su mandato a cuatro años.* Somos de la idea de que la unificación de sus mandatos servirá para un funcionamiento más eficaz del régimen político de los argentinos.[20]

---

[19] Ibídem, pp. 5293 ss.

[20] *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1993, reunión 32.ª, pp. 4109 ss. (el énfasis nos pertenece).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Este proyecto, que alcanzó la media sanción, fue luego modificado por el Senado específicamente en este tema. Así, la Cámara alta sostuvo que no era conveniente que todo el Poder Legislativo se renovara conjuntamente, manteniéndose el sistema de renovación parcial que existía hasta entonces, acortando el término del mandato de los senadores de *nueve* años tal como era hasta entonces por un período de *seis* años, tal como sucede en la actualidad. Si consideramos que la declaración de la reforma era una ley y el Senado modificaba entonces este aspecto referido al término del mandato de los senadores nacionales, a través de su sanción actuando como Cámara revisora, lo que correspondía entonces era que el proyecto volviera a Diputados para que este tema fuera confirmado o, por el contrario, se insistiera con la sanción de esta Cámara, siguiendo entonces el procedimiento que contenía el artículo 71 de la Constitución nacional según su texto sancionado en las Convenciones de 1853-60, con la reforma de 1957.

El Senado también se refirió a este tema al momento de tratar la ley declarativa. De esta manera, al informar en el recinto el despacho de proyecto ley en nombre de la UCR, el presidente de ese bloque, senador Genaud (provincia de Mendoza), afirmó:

> Estoy de acuerdo con la elección directa de senadores. Y en esto me voy a permitir discrepar con algunos colegas que han expuesto con mucha vehemencia su sistema de elección indirecta.
>
> [...] Por otra parte —en esto hay coincidencia en nuestro bloque y por eso lo digo de un modo expreso— *pienso que la duración de los mandatos de los senadores debe ser de seis años.* Lo decía antes de conversar con las comisiones técnicas que elaboraron el proyecto y lo sostengo ahora con pleno convencimiento porque estoy fielmente animado del deseo de que la futura Constitución sirva para descentralizar efectivamente el poder y para fortalecer las facultades y atribuciones del Congreso de la Nación.
>
> Con el sistema de cuatro años de duración de los mandatos y la elección simultánea de presidente, diputados y senadores, se corre el riesgo de que un candidato por un «campanazo electoral» obtenga una victoria meramente coyuntural y se quede con la mayoría en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores. En este caso, ¿quién lo controlará, señor Presidente? [...]
>
> Acá no se está discutiendo el mandato de los senadores actuales, dado que *tanto en la sanción de la Cámara de Diputados como en la que originariamente aprobó el Senado* se estableció el respeto del mandato de los senadores actualmente en funciones. [...]
>
> Estamos diseñando un sistema para el futuro. Estoy autorizado para decir en nombre de todos los senadores de mi bancada que en acuerdo con el bloque justicialista hemos determinado que haya una reducción de los mandatos; la Convención Constituyente determinará si serán seis o cuatro años. Dejamos sentada nuestra posición en favor de seis años porque es el período que se compatibiliza con nuestra aspiración de tener un Poder Ejecutivo limitado en el ejercicio del poder en razón de la existencia de un Congreso que lo controla.[21]

[21] Ibídem, reunión 68.ª, pp. 5385 ss. (el énfasis nos pertenece).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Como vemos, está claro que existieron dos sanciones distintas en el tratamiento parlamentario de esta declaración de necesidad de la reforma. La sanción de Diputados contenía la reducción del mandato de los senadores nacionales de nueve a cuatro años, tal como afirmamos *supra*, y la del Senado, que quitó este término del texto de la ley, limitándose a recortar el mandato de los senadores pero dejando en cabeza de la convención reformadora la extensión de este, tal como surge sobre todo de la versión taquigráfica de la sesión de la Cámara alta.

Quien se expresó con contundencia acerca del tema de la sanción legislativa del proyecto de reforma fue el senador Eduardo Menem, quien a este respecto manifestó:

> *Estamos tratando ahora en segunda revisión un proyecto de ley por el que se declara la necesidad de la reforma de la Constitución, que ya contaba con la sanción del Senado;* por eso hablo de segunda revisión.
>
> [...] Es claro que este proyecto no es exactamente igual al que sancionáramos en octubre pero tampoco es tan distinto como creyeron verlo algunos, y me estoy refiriendo a los integrantes de la Cámara de Diputados, que prefirieron ignorar en una posición insólita la sanción del Senado y avanzar con otra iniciativa que luego enviaran en revisión a este cuerpo.
>
> Creo que en este recinto ya se explicó acabadamente por qué el Senado es la Cámara de origen. Se dieron los fundamentos y también se dijo, con toda propiedad, que sería totalmente improcedente admitir como precedente que una Cámara pueda alegremente ignorar la sanción de la otra y enviar sobre la misma materia otro proyecto, máxime cuando la iniciativa originaria había sido motivo de dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, como ocurrió con nuestro proyecto en la Cámara de Diputados.
>
> Si aceptáramos esto estaríamos admitiendo que una Cámara puede alegremente y de facto convertirse en iniciadora, pasando por arriba de claros preceptos constitucionales, que no establecen a simple título de competencia deportiva el carácter de Cámara de origen o revisora. Esto es así porque hay preferencias, privilegios y ventajas que tiene la Cámara iniciadora sobre la otra Cámara, sobre la Cámara revisora.[22]

Con esta intervención, el panorama queda aclarado y completo. El Senado dio media sanción en el mes de octubre del año 1993 a un proyecto que no tenía prácticamente ninguna coincidencia con la sanción que luego se aprobara en la Cámara de Diputados, tras el acuerdo denominado «Pacto de Olivos». Lo curioso es que esa sanción de Diputados (sesiones correspondientes a los días 21 y 22 de diciembre de ese año), en vez de considerarse por esta Cámara como revisora, extrañamente se le dio el tratamiento de «nueva Cámara de origen», soslayándose por completo la sanción remitida por el Senado. Esto es, de acuerdo con el texto del entonces artículo 69 (actual 78) de la Constitución nacional y del ex 71, la Cámara de Diputados efectuó «adiciones» o «correcciones» a la sanción del Senado, y por ello, al tratarse el proyecto de ley nuevamente por la Cámara Alta, esta actuó en «segunda revisión». Al modificarse o *adicionarse* la sanción del Senado, este debería haberse limitado

[22] Ibídem, pp. 5387 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

en su segunda actuación (28 y 29 de diciembre de 1993) solo a *aprobar las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados o —por el contrario— a insistir con el proyecto originariamente aprobado por ellos, que difería enormemente con el «Pacto de Olivos». El hecho de modificar las adiciones introducidas por la Cámara de Diputados fue contrario al mecanismo de formación y sanción de las leyes que contenía por entonces la Constitución nacional. Si se considera a la declaración de la necesidad de la reforma como una ley, el Senado se excedió en sus potestades, y por lo tanto su accionar fue inconstitucional.*

Ahora, este tema habría quedado saldado de considerarse —como es nuestra postura— a la declaración de la necesidad de la reforma constitucional como una mera «declaración», pues de esta manera no hay que someterse a los complejos mecanismos constitucionales, y considerar cada uno de los pasos necesarios para la formación y sanción de las leyes.

5.2. La judicialización: el caso Polino

La posibilidad de declararse inconstitucional una reforma constitucional siempre fue motivo de polémica en el derecho constitucional argentino. Si bien la Corte ha declarado inconstitucionales algunas reformas a las Constituciones provinciales en su carácter de máximo tribunal de la Nación y —en tal carácter— último y mejor intérprete de la letra de nuestra ley suprema, cuando se trata de analizar aspectos propios a la reforma de la propia Constitución nacional el tema toma un matiz espinoso. El fallo conocido como caso *Fayt,*[23] *en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucionales disposiciones constitucionales, ha aumentado el nivel de conflictividad en este tema.*

5.2.1. Antecedentes

Pero previo a analizarse el control judicial sobre las cláusulas constitucionales dictadas por una convención reformadora en ejercicio de su poder soberano, la Corte se pronunció acerca de la constitucionalidad de la ley declarativa de la necesidad de la reforma, n.º 24309, en el ya citado caso *Polino*.[24] Aquí se trató de dos diputados nacionales —Héctor Polino y Alfredo Bravo (Partido Socialista Democrático)— quienes ocupaban sus bancas en representación del Frepaso de la Capital Federal y en tal condición interpusieron formal acción de amparo con fecha 3 de enero de 1994, pretendiendo obtener la nulidad e invalidez del proceso preconstituyente, en lo referido a la sanción de la ley declarativa de la necesidad de la reforma n.° 24309 y al dictado de su decreto reglamentario, que además estableció la fecha del 10 de

---

[23] *Fallos,* 322: 1611

[24] *Polino, Héctor y otro c/Poder Ejecutivo Nacional, Fallos,* 317: 335.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

abril de ese año para la celebración de las elecciones de los convencionales constituyentes. Solicitaron asimismo el dictado de una medida cautelar de no innovar en el sentido de que se prohibiera al Poder Ejecutivo celebrar los actos preparatorios del acto eleccionario hasta tanto no estuviese resuelto el amparo con sentencia firme.

Los accionantes invocaron legitimación activa para obrar en el hecho de que actuaban en su calidad de diputados de la Nación, y como tal de representantes del pueblo, además de su condición de ciudadanos afectados en un derecho subjetivo: el ejercicio de sus derechos políticos. Como diputados manifestaron violación a sus derechos de formular, en el recinto de la Cámara que los contenía como miembros, los reparos pertinentes referidos a la violación al trámite previsto por la propia Constitución nacional para la formación y sanción de las leyes, dado que —sostuvieron— la mencionada ley se había sancionado de manera ilegal.

Recordemos que en el propio recinto del Senado este tema se admitió. Por ejemplo, el senador Menem manifestó:

> Por eso, señor Presidente, nuestro bloque insiste en su posición de octubre y va a votar afirmativamente, por unanimidad, por la reforma de la Constitución. Lo hará unánimemente por la sanción de este proyecto que, originariamente, fue sancionado por esta Cámara de Senadores y que ha ingresado aquí corregido por la Cámara de Diputados. Va a votar afirmativamente en forma unánime con excepción de los aspectos a que se refirieron los miembros preopinantes.
>
> Creemos que la reducción del mandato a cuatro años [se refiere al mandato de los senadores nacionales] es totalmente inconveniente. Lo hicimos saber oportunamente, antes de que se tomara la resolución. El equilibrio, la relación entre el mandato del presidente y de los senadores, la necesidad de que no haya una renovación total de las Cámaras cuando hay un cambio a nivel del Poder Ejecutivo son razones que avalan esta posición nuestra, que no es caprichosa, sectaria, que no tiende a defender ningún privilegio personal ni sectorial.
>
> [...] *Por eso, no vamos a aceptar esta modificación* (se refiere al acortamiento del mandato de los senadores de nueve a cuatro años que efectuó la Cámara de Diputados en su sanción). *Pero tampoco vamos a hacer, y no podríamos hacerlo reglamentariamente, aquello de dejar el término en seis años, como muchos creen. Es la posición que todos tenemos. No lo vamos a hacer porque en nuestra sanción anterior no habíamos puesto el plazo. Y, como Cámara de origen, no podríamos modificar nuestra sanción anterior. De tal manera que, estando habilitado el tema, lo tendrá que resolver la Convención Constituyente, que fijará seis o cuatro años. Nosotros pensamos que deberían ser seis. De todas maneras, será la Convención Constituyente, habilitada para tratar este tema, la que en definitiva fijará el plazo.*[25]

Por otra parte, sostuvieron que el mecanismo previsto por esta ley en su artículo 2.° referido al *paquete* denominado «núcleo de coincidencias básicas» —en el sentido de que debía votarse íntegramente por su aprobación o rechazo *in totum*— era manifiestamente inconstitucional, pero ello no es motivo de nuestro análisis.

---

[25] Ibídem, pp. 5390 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

En este caso, la Corte nuevamente debió inmiscuirse en el tema de la revisión judicial sobre actos emanados de los otros poderes del Estado, en el ríspido tema de las «cuestiones políticas no judiciables». Como se conoce, nuestro máximo tribunal construyó una doctrina basada en su jurisprudencia tendiente a no someter a su análisis estos temas. La excepción primera a esta tendencia la constituyó seguramente la sentencia pronunciada *in re Soria de Guerrero, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta S. A.*, dictada el 20.9.1963.[26] Allí se trató acerca de un caso de despido que sufrió la actora Juana Soria de Guerrero en manos de la demandada Bodegas y Viñedos Pulenta S. A. por haber participado en una huelga. Tras dos fallos en contra, en primera y segunda instancia, la demandada recurrió a la Corte a través del recurso extraordinario federal previsto en el artículo 14 de la ley 48 afirmando que en la reforma de la Constitución nacional llevada a cabo por la convención reformadora de 1957 (que incorporó el artículo 14 *bis*), no se había cumplido con el reglamento interno dictado por la propia Convención, porque «no se realizó una reunión posterior a la Convención Nacional en la que se debía aprobar el acta y la versión taquigráfica de dicha sanción».

La Corte, al tratar este tema, cita como precedente la jurisprudencia del caso *Cullen c/Llerena*,[27] *del año 1893, manifestando posteriormente que: «el examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes, sean ellas nacionales o provinciales, queda afuera como principio de las facultades jurisdiccionales del Tribunal». Lo novedoso del caso Soria de Guerrero* había sido que nuestro máximo tribunal decidió apartarse por primera vez —y de manera sutil— de esta teoría de las cuestiones políticas no judiciables, al expresar:

> Que reconocida, pues, la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión justiciable la consistente en el modo que aquel cumplió las prescripciones constitucionales atinentes al punto mencionado en el considerando 1.° *Tal principio sólo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley*.[28]

Como hemos visto, la Corte dice que podría efectuarse el control judicial sobre un acto legislativo si se demostrara claramente que no se han seguido los pasos que la Constitución manda para la formación y sanción de una ley. Al respecto, nos parece importante un comentario a esta sentencia efectuado por el Dr. Osvaldo Pérez Sammartino, en un artículo titulado «Poder reformador y control judicial»:

> Si, entonces, es materia de examen judicial la concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables para que una ley pueda considerarse tal, el procedimiento de formación y sanción de las leyes deja de ser una cuestión política no justiciable,

---

26 *LL*, 112,225 y *Fallos*, 256: 556.
27 *Fallos*, 53: 420.
28 *LL*, 112,225 y *Fallos*, 256: 556. (el énfasis nos pertenece)

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> por lo menos en la acepción más estricta de este concepto, que es la que antes hemos indicado.
>
> Con esta formulación, el tema adquiere matices que permiten el ejercicio de la apreciación judicial. Porque frente a la alegación de la inconstitucionalidad de una ley por violación al procedimiento por el que fue sancionada, los magistrados no deben abstenerse de analizar la cuestión, por política, sino que tienen la obligación de investigar si verificaron los requisitos mínimos e indispensables que la Constitución impone.[29]

De esto se trataba precisamente el fondo de la cuestión en la acción de amparo que interpusieron los diputados Polino y Bravo. Solo que, además, la ley cuya sanción se reclamaba inconstitucional era declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. De allí la trascendental importancia de este fallo para la vida institucional de la República.

5.2.2. El fallo

Como hemos mencionado *supra*, los diputados nacionales solicitaron la revisión del proceso de formación de la voluntad reformadora del Congreso nacional en su rol preconstituyente, exteriorizada a través de la sanción de la ley n.° 24309, y reclamaron su inconstitucionalidad.

La sentencia se dictó con el voto mayoritario de cinco de sus ministros, contabilizándose dos votos concurrentes y dos disidencias.

Lo primero que resolvió la Corte es que correspondía analizar si estaba frente a una *causa*, es decir, un caso controversial o contencioso, para así dilucidar si existía un interés concreto afectado a los accionantes. Sin inmiscuirse siquiera en el polémico tema de las cuestiones políticas no justiciables, rechazó la pretensión de los amparistas considerando que ellos no habían sustentado el interés que invocaron. De cualquier manera, al efectuar una lectura detallada y precisa de los votos concurrentes con la mayoría según su propio texto y las disidencias, podemos encontrar algunas consideraciones que se pronuncian sobre nuestro tema en estudio.

Así, parece que tanto las disidencias de los ministros Boggiano y Fayt como el voto de Moliné O'Connor de cierto modo ejercieron control sobre el proceso de formación y sanción de la ley n.° 24309. Precisamente el Dr. Fayt se pronunció por sostener el derecho elemental y fundamental de los ciudadanos a que la Constitución se preserve como pilar del sistema normativo, en la cúspide de la supremacía jerárquica de las normas, señalando que no estaba en juego el resultado de la práctica de las reglas constitucionales, sino ellas mismas.

Interesante resulta el voto del Dr. Moliné O'Connor, quien al evaluar la corrección del proceso de formación y sanción de la ley declarativa —actuando el Congreso

---

[29] Alberto R. Dalla Via: *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 118.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

en su rol preconstituyente— desestimó la acción por falta de agravio de los presentantes, pero no en razón de que ellos carecieren de un derecho comprometido en el caso, sino porque a su entender, ese derecho no se había vulnerado por el accionar de sus colegas legisladores. Este ministro encontró revisable el tema planteado, al admitir que la pretensión de los accionantes revestía el carácter de «gravedad institucional».

Adentrándonos específicamente en la forma y alcance de la declaración de necesidad de la reforma constitucional efectuada por el Congreso nacional, podemos afirmar que solo cuatro votos se inmiscuyen en este tópico. Los ministros Nazareno y Moliné O'Connor examinan los requisitos del artículo 30 de nuestra ley fundamental y ambos llegan a la conclusión de que solo se requiere lograr los dos tercios de los miembros del Congreso para «declarar la necesidad de la reforma». Moliné hace un pronunciamiento preciso sobre el tema de este trabajo; establece que, de acuerdo con lo prescrito por el artículo 30 de la Constitución nacional, *si bien el modo elegido por el Congreso históricamente ha sido mediante la sanción de una ley, bien podría no haber revestido esta forma, dado que este acto de declaración de la reforma es «preconstituyente» y no «legislativo»*. Respecto al tema de la diferencia entre las sanciones de la Cámara de Diputados y el Senado referido al término de la duración del mandato de los senadores nacionales, este vocal manifestó que esta irregularidad que contuvo la sanción de la ley n.º 24309 no traduce una contradicción insuperable, pues a futuro los convencionales constituyentes podían optar por el criterio de una u otra de las Cámaras, según su oportuno mérito, oportunidad o conveniencia.

El voto del Dr. Boggiano, por el contrario, manifestó que ambas Cámaras deben aprobar el mismo texto puesto a su consideración para que exista sanción legislativa. De esta manera, se pronuncia por declarar inconstitucional la sanción del artículo 2.° de la ley n.° 24309 pero solo en lo referido a la reforma del entonces artículo 48 de la Constitución, que se refería al mandato de nueve años de los senadores nacionales (hoy artículo 56 CN). Este voto considera entonces, primero, revisable el caso judicialmente —lo que no es menor— para luego admitir en este tema la pretensión de los diputados, no en lo referido al «núcleo de coincidencias básicas», pero sí respecto a este tema colateral (menor para ellos) pero eje fundamental de nuestro trabajo, que se refiere al proceso de formación y sanción de la ley declarativa de necesidad de la reforma.

Por último, el voto del ministro Fayt reafirma la prerrogativa del propio Congreso para decidir *per se* el modo por el cual se ha de declarar la necesidad y oportunidad de la reforma constitucional. En una postura muy clara —con la que coincidimos—, el Dr. Fayt dice que el artículo 30 de la Constitución no impone ni prohíbe la forma de ley pero, si se elige esta última alternativa, deben cumplirse las exigencias que la propia Constitución formula para la formación y sanción de estas normas, sobre todo en un tema como el que tenía bajo análisis, pues se trata ni más ni menos que de reformar la ley de leyes.[30]

---

[30] Cf. María A. Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., p. 243.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

5.2.3. Primera conclusión

Como puede observarse preliminarmente, el tema que hemos elegido para nuestro estudio es muy polémico y tiene implicancias institucionales profundas. Es claro, se trata ni más ni menos que de la reforma de la Constitución nacional y el método elegido para ello.

Quienes sostienen la necesidad de la sanción de una *ley declarativa*, lo hacen basándose principalmente en cuestiones histórico-tradicionalistas y no en una hermenéutica constitucional profunda. Esto anima más aún nuestra postura, basada en que es el propio Congreso el que debe decidir el método o modo mediante el cual se logrará plasmar la voluntad preconstituyente de los representantes del pueblo.

6. El veto presidencial

Si por un momento dejáramos de lado nuestra postura y aceptáramos que, para la declaración de necesidad de la reforma, el mecanismo previsto por el artículo 30 de nuestra Constitución exige la sanción de una ley, ¿podría ser esta norma vetada por el Poder Ejecutivo nacional?

En efecto, el artículo 80 de nuestra ley fundamental establece la facultad del presidente de la Nación de vetar las leyes sancionadas por el Congreso, al expresar:

> Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles. Los proyectos desechados parcialmente no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.

Como vemos, de la lectura del artículo 80 CN podríamos bien inferir que la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional puede ser pasible del veto parcial o total incluso del Poder Ejecutivo nacional. En efecto, si el constituyente no hubiese querido que esta facultad del presidente fuera tan amplia, la hubiese limitado (recuérdese que este actual artículo 80 fue reformado por la convención del año 1994, tomando como base el texto del antiguo artículo 70). Si los constituyentes hubiesen querido limitar la potestad presidencial en este tema bien podrían haberlo legislado, como hicieron en el nuevo artículo 39 cuando prohíbe que sea objeto de iniciativa popular un proyecto referido a reforma constitucional. De este modo se podría haber incluido en el artículo 80 un párrafo que expresara, por ejemplo: «El Poder Ejecutivo tiene expresamente prohibido vetar la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional». Pero ello no sucedió, a pesar de que una sencilla cláusula como esta habría terminado con la polémica objeto de este ensayo, dado que habría quedado establecido en la letra constitucional que el único modo de expresar la voluntad del Congreso en su rol preconstituyente es a través de la sanción de una ley y, por otro lado, se habría limitado la potestad del veto en este tema.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Pero esto queda sólo en el marco teórico de las suposiciones. Lo cierto es que el texto constitucional es el que tenemos y sobre esta base debemos realizar nuestras postulaciones.

Dentro de ellas, decimos al pasar que no solo el Poder Ejecutivo Nacional podría vetar total o parcialmente la ley declarativa, sino que además puede —dentro de sus facultades colegislativas— actuar como iniciador de un proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma, lo que está expresamente prohibido por algunos textos constitucionales.

Ahora, ¿qué sucedería si el presidente vetara una ley declarativa de la necesidad de la reforma? En principio, este veto sería estéril pues, de acuerdo con el mecanismo previsto por la propia Constitución, el texto sancionado debería volver al Congreso para que acepte el veto o insista con la sanción originaria, aplicando para ello una mayoría agravada de dos tercios, lo que no debería ser un obstáculo insalvable dado que para lograr la sanción de la ley declarativa ya se debería haber contado con ese número.

Dentro de este marco, ¿cabe la posibilidad del veto parcial? Creemos que sí, dado que la historia constitucional demuestra que las leyes declarativas de la necesidad de la reforma generalmente contienen algunos artículos específicamente «declarativos» (generalmente los primeros, en los que se utiliza la fórmula «Declárase necesaria la reforma de la Constitución nacional») y otros referidos a las cuestiones propias atinentes a la elección de convencionales y localización, término y presupuesto asignado para el funcionamiento de la convención reformadora.

Así, el presidente puede estar o no de acuerdo con alguna de estas disposiciones y, de esta manera, aplicar el veto parcial sobre ellas. Puede, por ejemplo, estar de acuerdo con la necesidad de una reforma y sobre los artículos a reformar, pero discrepar acerca del asiento elegido por el Congreso para que funcione la convención, o sobre el plazo para su funcionamiento, o viceversa. En este caso, debería vetar las disposiciones con las que discrepa y remitirlas a la Cámara de origen para su tratamiento, pudiendo promulgar parcialmente las disposiciones con las que concuerda, siempre y cuando ello tenga *autonomía normativa*, en los términos del artículo 80 CN.

Sobre este tema ha escrito mucho y bien la Dra. María Angélica Gelli:

> La potestad del veto es amplia y no está sujeta a otra condición que la de ser ejercida dentro del plazo de diez días útiles.
>
> En consecuencia el veto, sea total o parcial, no puede declararse inconstitucional, salvo que se efectúe fuera del plazo, en cuyo caso sería inexistente y no inconstitucional.
>
> Las observaciones parciales del Poder Ejecutivo podrían —a su solo criterio político— alterar el espíritu o la unidad del proyecto sancionado por el Congreso o, eventualmente, interferir en la autonomía normativa de aquel. Pero si el presidente utiliza esa atribución no debe promulgar el resto del texto normativo. Debe, inexorablemente, enviar todo el proyecto al Congreso para que este decida. Desde luego, el Poder Legislativo tiene la atribución de insistir en su proyecto originario, siempre que el Congreso obtenga dos tercios de votos en ambas Cámaras y, eventualmente, si ello no ocurre,

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> y en los casos concretos que se presenten, el Poder Judicial podría efectuar el control *sustantivo,* por el contenido que resulte de la norma promulgada parcialmente.[31]

Entonces, tal como hemos afirmado hasta aquí, si la única limitación a su potestad de vetar que tiene el presidente es la de que sea ejercida dentro del término de los diez días hábiles o *útiles,* tal como expresa la Constitución, bien puede ser vetada —total o parcialmente— la ley que declara la necesidad de la reforma constitucional. Así, también puede entonces promulgar parcialmente la parte no vetada, si considera que esta posee autonomía normativa y unidad. Mientras tanto, el Congreso se abocará a considerar —y eventualmente insistir en— la sanción vetada parcialmente.

7. La asamblea legislativa

Otra inquietud que nos surge es aquella que nos indica cuál es la forma que debe reunir la sesión en la que los legisladores nacionales manifiestan la voluntad del Poder Legislativo. Concretamente nos preguntamos si es posible que los dos tercios sean reunidos en una asamblea legislativa.

Recordemos que la asamblea legislativa es la reunión de todos los diputados y senadores de la Nación en una única sesión simultánea. La Constitución nacional establece, por ejemplo, en su artículo 99, inciso 8, que el presidente de la Nación «hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, *reunidas al efecto ambas Cámaras*».[32]

La primera conclusión que sacamos es que si la declaración de necesidad de la reforma toma el carácter de *ley,* para su sanción deben darse las formalidades que plantean los artículos 78, 79, 80 y 82 de la Constitución. De esta manera, es imposible que la voluntad reformadora se exprese a través de una asamblea legislativa, pues una ley para su sanción requiere que actúen una Cámara de origen y otra distinta revisora. Además, deberían cumplirse todos los pasos previstos para la sanción y formación de las leyes y en una asamblea legislativa habría un *único paso* legislativo.

Ahora, si retomamos nuestra idea primigenia de expresar la voluntad del Congreso a través de una mera *declaración,* bien entonces podrían reunirse en asamblea legislativa todos los senadores y diputados nacionales (obviamente en el recinto de la Cámara de Diputados, por una cuestión de espacio) y allí manifestar la voluntad soberana del Poder Legislativo de la necesidad y oportunidad de la reforma, a través de la mayoría de dos tercios de la totalidad de los legisladores. Esto le daría un

---

[31] María A. Gelli: *Constitución de la Nación argentina...,* o. cit., p. 561.

[32] Este artículo reemplazó al anterior artículo 86, inciso 11, que disponía que el presidente efectuaba la apertura de las sesiones ordinarias del Congreso «reunidas al efecto ambas Cámaras en la sala del Senado». Lo curioso es que, en la práctica, esta disposición últimamente no se cumplía, dado que el recinto de la Cámara de Senadores es muy pequeño para albergar allí a todos los senadores y diputados reunidos al mismo tiempo. Por ello, las asambleas legislativas siempre se llevaron a cabo en el recinto de la Cámara de Diputados.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

marco incluso de mayor solemnidad a un acto formal de suma trascendencia: el rol preconstituyente del Congreso nacional.

Esto también nos inclina a sostener nuevamente lo beneficioso de nuestra postura, en el sentido de que la declaración de necesidad de la reforma sea efectuada a través del mecanismo que decida el propio Congreso, manifestando que bien podría hacerse a través de una mera declaración.

8. El «contenido» de la reforma constitucional

La historia constitucional ha mostrado que, generalmente, toda declaración de necesidad de la reforma —que como hemos visto, hasta ahora ha sido siempre por ley— siempre ha estado compuesta de dos partes:

a) La declaración en sí misma. Esta es la que generalmente resuelve la necesidad y oportunidad de la reforma. Generalmente encabezan las normas a través de la fórmula: «Declárase la necesidad de la reforma de la Constitución nacional». Además, en esta parte procede que el Congreso en su actividad preconstituyente decida si la reforma de la Constitución será total o parcial y, en este último caso, cuáles serán los artículos a ser reformados. Esta declaración propiamente dicha fue efectuada en los artículos 1.°, 2.° y 3.° de la ley n.° 24309.

b) Las cuestiones atinentes a las elecciones de convencionales y funcionamiento de la convención reformadora. Aquí se estipulan aspectos propios de la tarea de los constituyentes y de la Convención en sí misma, tales como el lugar de asiento de la convención, el término de su funcionamiento, el número, la dieta y sistema electoral a ser utilizado para la elección de los convencionales, el presupuesto con el que funcionará la asamblea constituyente, etcétera.

Adelantamos nuestro criterio aquí: estos aspectos deben ser efectivamente reglados a través de una ley porque escapan al mero tema de una declaración, como la que requiere el artículo 30 de la Constitución nacional. Es más, algunos aspectos reglamentarios deberán incluso ser fijados a través de un decreto del Poder Ejecutivo, dictado en el ejercicio de las atribuciones que le fija la Constitución en el artículo 99, inciso 2.

9. Finalmente, nuestra postura

Llegado este momento parece oportuno plantear nuestra posición. Lo hacemos en este momento y lo relacionamos con el apartado 8 que acabamos de analizar. Proponemos que el Congreso sea quien elija en cada ocasión la forma más adecuada según su criterio para efectuar la declaración de necesidad de la reforma constitucional, en un todo de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución nacional.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

9.1. La declaración propiamente dicha

En lo que se refiere concretamente a la declaración propiamente dicha, tal como la explicitamos en el pasado apartado 8.*a*, creemos conveniente efectuarla a través de una *mera declaración del Congreso,* efectuada incluso a través de una asamblea legislativa reunida a tal efecto en el recinto de la Cámara de Diputados de la Nación, sancionada por la mayoría agravada de al menos dos tercios de la totalidad de la Asamblea Legislativa. Es decir, el cómputo debería ser el siguiente. Bastará entonces para aprobarse la necesidad de la reforma que voten en ese sentido al menos la cantidad de doscientos veinte legisladores, que es el cómputo de los dos tercios de trescientos veintinueve, que es la suma de doscientos cincuenta y siete diputados y setenta y dos senadores, que compondrían la Asamblea Legislativa. De seguirse el otro criterio (el de dos sesiones distintas), también se requeriría contar con la voluntad afirmativa de doscientos veinte señores legisladores, pues debe reunirse la suma de ciento setenta y dos diputados y cuarenta y ocho senadores, cada uno por separado. Como vemos, la calidad institucional de consensos necesarios no varía cualquiera sea el sistema adoptado.

Esto trae varias ventajas:

a) Se evitarían todas las disquisiciones propias de esta discusión acerca del tratamiento parlamentario, que tantos ríos de tinta ha gastado en la historia constitucional argentina, sobre todo como hemos visto en la última oportunidad, en ocasión de la ley n.° 24309.

b) Por otra parte, al celebrarse una asamblea legislativa, se le daría mayor solemnidad a un acto tan importante como es el Poder Legislativo de la Nación actuando *in totum* en su rol preconstituyente. El pueblo asistiría a un debate de jerarquía, en el que tanto sus representantes directos (diputados) como los representantes de las provincias (senadores) se pronunciarían sobre un tema tan importante como la reforma constitucional.

c) Así, si el Poder Legislativo decide declarar la necesidad de la reforma a través de una mera declaración, evitaría que ella pudiera ser obstaculizada por el presidente de la Nación, a través de la herramienta del veto, lo que jerarquizaría el sistema republicano de gobierno y fortalecería la división de poderes traída por Montesquieu.

d) Por otra parte, si la reforma se decide a través de una declaración, se le quitaría al Poder Ejecutivo la facultad de proponerla a través de la utilización de su facultad de iniciativa legislativa, enviando un proyecto de ley en ese sentido. Si igual pretende impulsar la reforma constitucional, podrá hacerlo a través de un legislador que pertenezca al bloque oficialista; pero esto sería importante pues le quitaría presión a los legisladores al momento de tratarse un tema tan trascendente como la reforma de nuestra ley fundamental.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

9.2. Aspectos reglamentarios

En lo referido a los *aspectos reglamentarios*, sostenemos que sí deben ser dispuestos por ley, la que debe por supuesto seguir el procedimiento ordenado por la Constitución nacional para su formación y sanción. El sistema electoral a adoptar, los aspectos presupuestarios y demás temas alusivos al funcionamiento de la Convención, parecen ser materia de legislación «ordinaria», por denominarlo de alguna manera.

Más aún, creemos que incluso algunos aspectos meramente reglamentarios deben quedar en el ámbito exclusivo de decisión del Poder Ejecutivo, materializados a través de un decreto. Estos temas pueden ser: la fecha en que se celebrarán las elecciones de convencionales, el monto de su dieta y otros aspectos menores.

Es obvio que para convocar a elecciones debe utilizarse una ley del Congreso y por eso defendemos la utilización de esta herramienta.

9.3. Declaración del Senado de la Nación

Citamos como antecedente válido una *declaración* efectuada por el Senado de la Nación reivindicándose como Cámara de origen de la ley declarativa de la necesidad de la reforma n.° 24309. En efecto, cuando se suscitó la enorme polémica acerca del trámite a seguir para la declaración de la reforma, luego de que el Senado aprobara un proyecto que no fuera respetado por la Cámara de Diputados, esta ignoró el precedente y actuó como si fuera Cámara de origen. Para aclarar definitivamente este tema, se presentó y se trató en el seno del Senado un proyecto de declaración que expresaba:

> El Senado de la Nación *declara:* Que en los términos de los artículos 68, 69, 70 y 71 de la Constitución nacional, es Cámara de origen o iniciadora del proyecto de ley declarativa de la necesidad de reforma de la Constitución nacional, sancionada por este honorable cuerpo el 21 de octubre de 1993, pasado en revisión a la Cámara de Diputados el 22 de octubre del corriente año (CD 186/93) y vuelto a este honorable cuerpo para su sanción definitiva el día 22 de diciembre de 1993 (CD 115/93).

Entre los fundamentos del proyecto puede leerse:

> En el caso, no se puede hablar de un proyecto nuevo, ya que cuando se proponen los mismos objetivos, aunque el texto y las palabras estén redactados de un modo distinto hay identidad de proyectos.
>
> De entender la Cámara de Diputados que se trata de un nuevo proyecto, presupone el rechazo total al proyecto mandado en revisión por esta Cámara, lo cual siguiendo el artículo 71 de la Constitución nacional: «Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año», no se podrá tratar en estas sesiones ordinarias.
>
> [...] De lo expuesto, consideramos que el proyecto remitido por la Cámara de Diputados 115/93, se trata del proyecto de ley que declara la necesidad de la reforma constitucional sancionado por este cuerpo el 21.10.1993 y remitido en revisión a la

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> Cámara de Diputados con el número 106-S-93 y al que dicha Cámara le ha introducido modificaciones.[33]

Ahora bien, si la Cámara de Senadores pudo emitir una declaración para reivindicarse como autora y Cámara de origen de un proyecto de necesidad de la reforma constitucional, también podría entonces declararse la necesidad de la reforma constitucional toda a través de este mecanismo, contando para ello con la mayoría prevista en el artículo 30 de la Constitución nacional de los dos tercios, tal como es nuestra postura.

Este tema tan manido de la sanción de la ley declarativa 24309 fue también abordado en la propia Convención Reformadora de Santa Fe, Paraná, de 1994. Allí, al tratarse el tema del reglamento de la Convención, el convencional por Córdoba Antonio María Hernández (h) manifestó:

> Sobre estos presupuestos teóricos, que naturalmente por la brevedad del tiempo no puedo analizar, voy a pasar ahora a referirme a cada una de las objeciones que he señalado inicialmente. La primera se refiere al artículo 2.° de la ley 24309. Al respecto, vengo a ratificar que el Congreso tiene distintas funciones. La mayoría de la doctrina sostiene que también le corresponde una función preconstituyente y de naturaleza política. Los autores en su gran mayoría sostienen que el proceso del artículo 30, referido a la declaración de necesidad de la reforma no se hace por medio de una ley sino a través de una declaración de carácter político y preconstituyente. Esta es la opinión de José Manuel Estrada, Joaquín V. González, González Calderón, Germán Bidart Campos, Jorge Reinaldo Vanossi y Carlos Sánchez Viamonte, entre otros. Pero es también la opinión histórica elaborada por la doctrina de la fuerza que tengo el honor de representar —la Unión Cívica Radical—, que en la Convención Reformadora de 1949 —permítaseme la lectura, señor presidente— dijo: «La ley y la declaración, aunque parecidas y próximas, no son ontológica ni jurídicamente idénticas. Tampoco se equivalen ni en el caso han podido sustituirse. Se trata de actos formalmente diversos, cuanto menos, dentro del sistema constitucional, porque las declaraciones, en cuanto pronunciamiento, pueden hacerse sin trámite alguno preestablecido y con prescindencia de la aprobación del Poder Ejecutivo, en tanto que las leyes está supeditadas a un proceso creador que se determina taxativamente en la propia Constitución y necesitan que las apruebe de modo implícito o explícito el Poder Ejecutivo, a quién además corresponde la facultad de vetar».
>
> Y más adelante decía el bloque de la Unión Cívica Radical: «Tiene importancia considerar que el constituyente de 1853, al exigir una declaración y no una ley, lo ha hecho con el inequívoco propósito de atribuir al Congreso una mayor libertad, no condicionada por los requisitos que se exigen para la sanción de las leyes, y de colocar ese mismo pronunciamiento fuera de la facultad de vetar que, sólo con respecto a aquellas, está concedida al Poder Ejecutivo».
>
> Entonces, señor presidente, *estamos en presencia de una declaración de naturaleza política y preconstituyente efectuada por el Congreso de la Nación que no sigue necesariamente los lineamientos de la sanción de las leyes*.
>
> Con respecto al tema de la distinta opinión del Senado y de la Cámara de Diputados sobre el artículo 29, debo decir que las habilitaciones se hacen por artículos o

[33] *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, año 1993*, reunión 68.ª, pp. 5393 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> por temas. En este caso no hay ninguna duda de que hubo una habilitación del tema, porque evidentemente en el artículo 3.°, punto *ñ*, se indicó que es facultad de esta Convención reformadora analizar todo lo conducente a la unificación de los mandatos.[34]

Creemos que esta opinión de un destacado constitucionalista —hoy presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional— y pronunciada en el propio seno del recinto de una convención reformadora, da por finalizado el debate que hemos propuesto, y con una postura bastante similar a la que hemos sostenido a lo largo de este ensayo. Para nosotros basta.

10. Conclusión

Hasta aquí hemos llegado con este trabajo que ha pretendido convertirse en un aporte para el debate de la ciencia del derecho constitucional.

Pretendimos echar algo de luz sobre un tema ríspido y que ha generado mucha discusión doctrinaria, más en un tema tan complejo y susceptible como es la reforma de nuestra Constitución.

Como se ha visto, no pretendimos ser originales sino más bien ordenados, y utilizar una sistemática que ordenara la discusión.

La propuesta que formulamos es la que nos pareció más razonable y útil. Es aquella que buscó acercar las posiciones encontradas con el objeto de lograr consensuar para el futuro, establecer un criterio único que sea autosuficiente y no sea necesario de aquí en más requerir la actuación del Poder Judicial para encontrar una solución.

Esperamos haberlo logrado.

---

[34] Antonio M. Hernández (h): *Reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Talleres de la imprenta del Congreso de la Nación, 1995, pp. 50-51.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Diego Hernán Armesto*

El Congreso y las reformas constitucionales

> La facultad de reformar la Constitución no puede pertenecer a ninguno de los poderes ordinarios: pertenece a la entidad en que reside la potencia inicial del gobierno, pertenece a la Nación.
>
> *José Manuel Estrada*[1]

1. Introducción

Para introducirnos en la presente temática consideramos pertinente recurrir a lo dicho por el gran ideólogo de la Constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, que en 1837 decía que a partir de la intimidad de nuestra conciencia, podemos buscar las leyes de nuestra determinación moral, donde el juego estriba en tres resortes:

— *la pasión*: fuerza instintiva de nuestra naturaleza;
— *el interés bien entendido*: que no es otra cosa que la pasión, el bien buscado y realizado por la razón;
— *la obligación*: motivo racional que nos determina la práctica del bien.[2]

Este triple móvil de la conducta humana se debe reflejar en la creación normativa de modo tal que —en lo que hace a nuestro análisis— la norma constitucional recoja estos resortes, que son la base de nuestra determinación moral, convirtiéndose en un producto común de la sociedad que, al fin y al cabo, es lo que debe ser toda Constitución.

---

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional Universidad Católica de Salta, Delegación Neuquén. Asesor del Senado Nacional.

[1] Cf. José Manuel Estrada: *Curso de derecho constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Cía. Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, pp. 27 ss.

[2] Véase Juan Bautista Alberdi: *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, Buenos Aires, Biblos, 1984, p. 176.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La idea del presente trabajo es simplemente la de buscar en los debates dados en las distintas reformas constitucionales operadas en toda nuestra historia (1866, 1898, 1949 y 1994) el sentido, la finalidad y la importancia que reviste el Congreso en referencia al proceso constitucional, y cómo, a nuestro juicio, deben operar los tres móviles de los que hablaba el ideólogo de la Constitución.

Siguiendo a Montes de Oca, y para brindar una idea de cómo es nuestro mecanismo de reforma de la Constitución federal podemos decir que:

> Con este sistema, que es el más generalmente preconizado, se llega a la distinción entre poder constituyente y poder legislativo, creados ambos por la Constitución, con facultades y prerrogativas diversas. El primero se encarga solo de las leyes fundamentales, el segundo se ocupa de las leyes secundarias.[3]

2. La Constitución y el proceso de reforma

En tren de aproximarnos a una idea más precisa de lo que debemos entender por Constitución, viene a tono acudir al valioso legado de la doctrina constitucionalista histórica de nuestro país. En tal sentido, una de las figuras más preclaras, quien por otra parte fue artífice de la que es hoy la segunda Constitución vigente más antigua de América, el convencional constituyente Juan María Gutiérrez, nos decía que: «La constitución no es una teoría, como se ha dicho; nada más práctico que ello; es el pueblo, es la Nación argentina hecha ley».[4] Por su parte, Ekmekdjian nos alecciona diciendo que: «La Constitución de un país es un instrumento para asegurar la libertad de sus habitantes, frente a los embates del poder (de los que lo ejercen), que permanentemente pretende reducirla»,[5] y además la configura como «un instrumento para garantizar el espacio de la libertad individual, frente a los permanentes embates del poder que pretende anularla».[6]

Con relación a los principios esenciales generalmente vigentes en todos los procesos de reformas, Brewer Carías nos dice que:

> [...] el constitucionalismo moderno, el que ha contribuido a configurar el régimen político de todos los Estados del mundo y particularmente el de nuestros Estados, está definido por los siguientes siete principios esenciales: la idea de Constitución y su supremacía; la soberanía del pueblo, el republicanismo y la democracia representativa como régimen político; la distribución vertical del poder público, sea mediante el federalismo, el regionalismo político o el municipalismo; la separación orgánica de poderes y los sistemas presidenciales y parlamentarios de gobierno; la declaración

---

[3] Cf. Manuel Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ed. La Buenos Aires, 1910, p. 495.

[4] Cf. Juan María Gutiérrez: *La Constitución y el Congreso general constituyente*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1943, p. 74.

[5] Cf. Miguel Ángel Ekmekdjian: «Breves reflexiones sobre la reforma constitucional», *LL*, 1994-E, Buenos Aires, p. 1128.

[6] Ibídem.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> constitucional de los derechos del hombre y sus garantías; el principio de legalidad y el rol del Poder Judicial como garante del Estado de derecho; y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.[7]

Si uno confronta esta afirmación con los procesos constitucionales argentinos, se verá que en la mayoría de los casos los procesos reformadores argentinos han estado en consonancia con dichos principios, y en ese sentido, el Congreso argentino como poder preconstituyente derivado puede decirse que, a lo largo de su historia, no ha perdido de vista que la eficacia de una Constitución está estrechamente ligada a su perdurabilidad y principalmente como esta logra adaptarse a la realidad social en su conjunto, es decir, en la faz económica y política y de los individuos que la integran. La capacidad de esta Constitución se encuentra entrelazada con la adecuación a los objetivos y las necesidades de la sociedad,[8] por ello es necesario tener presente que: «Cualquier enmienda puede afectar la coherencia o unidad del sistema constitucional predeterminado ya que puede contradecir otra disposición existente o infringir un límite».[9]

Linares Quintana nos enseña que:

> La Constitución debe responder fielmente a la realidad social y política del Estado, y como esta no constituye algo fijo e inmutable, sino que está sujeta a perennes variaciones, síguese la necesidad de la reforma constitucional para satisfacer nuevos ideales, nuevas exigencias o nuevas necesidades de la Nación.[10]

Por lo tanto, toda reforma constitucional constituye una acción esencialmente política pues pone en funcionamiento lo que se ha denominado faz arquitectónica (por oposición a la agonal o de construcción cotidiana del poder) de aquella. Esto, indudablemente, demanda reglas muy precisas emanadas del propio orden constitucional. Como observa Spota:

> El dato esencial para la existencia de ejercicio del poder constituyente o reformador: la durabilidad de resultado. Esa durabilidad es su efectiva validez y vigencia. [...] Durabilidad quiere simplemente decir y significa, validez y vigencia efectiva, en y por un tiempo razonablemente extenso.[11]

---

[7] Cf. Allan Brewer Carías: «Los retos de la reforma constitucional», en *La Revista*, vol. VIII, 14.8.2005, ‹www.conhist.org›.

[8] Cf. Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 145. Véase también Diego Hernán Armesto: «El poder constituyente derivado. La regla última de reconocimiento cuando los intereses políticos en pugna priman sobre un proceso de reforma», en *Revista de Derecho Público*, 2006-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 505.

[9] Cf. Raúl Gustavo Ferreyra: «Cien años en bastante soledad. A propósito del fallo "Sánchez Viamonte et al." sobre control del proceso preconstituyente», en *La Ley*, 2004-D, p. 66.

[10] Cf. Segundo V. Linares Quintana: *Gobierno y administración de la República Argentina*», tomo I, Buenos Aires, TEA, 1946, p. 215.

[11] Cf. Alberto Antonio Spota: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1993, pp. 98 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Al respecto, Hamilton nos decía que «no habrá entonces ninguna necesidad de manipulación ni componendas, nada de tomes y dacas con relación a cualquier otro punto»[12] propuesto a reformar, así el fundamento de la enmienda es el de «querer lograr el equilibrio de un gran Estado o de una sociedad importante [...] es necesario que participen las facultades críticas de muchos hombres, que los guíe la experiencia y que se dé oportunidad de tiempo para perfeccionarla».[13]

Queda, pues, clara la importante misión del Congreso de la Nación. A este poder de la democracia le compete en primer lugar (luego a la Convención) discernir la relevancia y la viabilidad institucional de una reforma. Estas consideraciones, como lo veremos a continuación, podremos observarlas en los distintos debates dados en el seno del Parlamento argentino, distinguiéndose desde los discursos de senadores y diputados, en los distintos momentos históricos en que se suscitaron iniciativas reformistas.

3. El sistema en la Constitución argentina

La Constitución Argentina se enrola dentro de las denominadas *Constituciones rígidas*. El artículo 30 de la Constitución federal dice:

> La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

Mediante este sistema, los engranajes del proceso de reforma solo pueden ser movidos por dos órganos: el Congreso, al cual atribuye el rol *preconstituyente*, que acaba cuando sanciona la norma que declara la necesidad de la reforma, y la convención constituyente, que estando investida del *poder constituyente derivado* (por oposición al de la convención primigenia, que es la que dictó el primer texto de la Constitución) es la definitiva operadora de la reforma en sí.

De modo tal, «la validez de la reforma constitucional depende de que el Congreso y la convención cumplan sus tareas dentro del ámbito de competencia que tienen asignado».[14]

Respecto del modo de expresarse el Congreso al declarar la necesidad de la reforma de la Constitución, se discute en doctrina si este debe hacer tal declaración en forma de ley o de declaración. Se puede observar que «la importancia práctica de la cuestión consiste en que la ley supone la participación del presidente,

---

[12] Cf. Madison, Jay y Hamilton: *El federalista*, LXXXV, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 337.

[13] Ibídem, p. 378.

[14] Cf. Juan Cianciardo, Miguel Berri: «Los límites de las facultades de los órganos encargados de la reforma de la Constitución nacional», en LL, 1996-C, p. 1368.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

principalmente a través del ejercicio de su facultad de promulgarla o vetarla, en tanto la declaración deja la decisión librada a la exclusiva voluntad del Congreso»,[15] pero además podemos agregar:

> [...] que en los fundamentos más importantes de la República se encuentra la limitación del poder. Y esa limitación se logra, principalmente, a través de los controles recíprocos de los órganos que ejercen dicho poder. El control garantiza un alto grado de legalidad del proceso político. Quizás sea posible sostener que hay una relación directamente proporcional entre la intensidad y eficacia del control y el grado de legalidad del proceso político.[16]

En referencia a la naturaleza del acto, sin lugar a dudas tiene una gran importancia, por cuanto se trata de la reforma de la carta fundamental, la ley más importante de un país. Así, el constitucionalista correntino Mario Midón dijo: «estamos en presencia de un acto institucional, de alta política, que se instrumenta bajo la forma de una ley y que importa la exteriorización de poder preconstituyente».[17]

Por último, es necesario recordar que la mayoría calificada de los dos tercios que exige el artículo 30 CN para declarar la necesidad de reforma debe ser entendida, definitivamente, en sentido restrictivo y que la mayoría alude al número total de miembros de cada Cámara. Como ser recordará, esto fue la piedra del escándalo en los debates de la reforma constitucional de 1948,[18] habiendo impuesto el gobierno de turno por fuerza de mayoría la interpretación contraria. La doctrina avala esta opinión, ya que se ha dicho que:

> las dos Cámaras del Congreso sesionarán para declarar la necesidad de la reforma del texto fundamental, debe integrarse por las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara, ya que como bien dice Bidart Campos, cada vez que la Constitución ha querido un quórum en particular se determina sobre los miembros presentes, así lo indica expresamente.[19]

4. Las reformas y el Congreso

El día 21 de mayo de 1866, el Congreso nacional debatió por vez primera en la historia constitucional argentina un proyecto de reforma constitucional bajo el mecanismo previsto en el artículo 30 de la Constitución. Recordemos que el proceso que culminó con los cambios constitucionales de 1860 no se basó en este sistema, con

---

[15] Cf. Carlos María Bidegain: *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 12.

[16] Cf. Juan Cianciardo, Miguel Berri: «Los límites...», o. cit.

[17] Cf. Mario Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 64.

[18] En el año 1948 se debatía tanto en Diputados como en Senadores la reforma de 1949.

[19] Cf. Eduardo P. Jiménez: *Derecho constitucional argentino*», Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 247.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

lo que —paradójicamente— la primera reforma constitucional no siguió las pautas que la propia Constitución se fijó originalmente. Ese dato histórico es una prueba palmaria de la gran dosis de política que tiene toda reforma.

Por entonces —me refiero a 1866— el diputado Zubiría dejaba por sentado que antes de debatir el proyecto era necesaria la presencia del ministro de Hacienda. Se pasó a un cuarto intermedio y posteriormente se retomó el debate y dijo el diputado nombrado:

> Como quiera que se trata de una cuestión demasiado debatida por la prensa, en el Senado, y sobre la que se ha pronunciado evidentemente la opinión pública, es de suponerse que la de mis honorables colegas esté formada al respecto; por lo tanto, poco tendré que decir para llenar el deber que me ha impuesto la comisión, de informar a la Cámara sobre el proyecto a leerse. Levantada la Constitución de la República de entre los escombros de la tiranía, cuando aún no había antecedentes constitucionales propios, ni los estudios indispensables para garantir el acierto e infalibilidad en todas sus disposiciones; reformada en una época en que las pasiones de los miembros disidentes de una misma familia estaban todavía en efervescencia y desconfiados el uno del otro, era de esperarse que no siempre todas esas disposiciones respondiesen al desenvolvimiento progresivo y futuro del país, y a los intereses bien entendidos de todos. Al amago de este riesgo, muy sabiamente, los constituyentes introdujeron un artículo en la carta, el 30, que puede llamarse una válvula salvadora, por medio del cual se la puede reformar en el todo o en parte, mediante el voto de dos tercios del Congreso que lo exijan así las conveniencias públicas. Tarde, por fortuna, ha llegado el caso de invocar esa previsora disposición constitucional, respecto del artículo que prohíbe para lo futuro los derechos de exportación, derechos de que urgentemente necesita el país para vivir.[20]

Posteriormente, el diputado comenzó a fundamentar la importancia que tenía la reforma propuesta.

A su turno, el diputado Ugarte dijo:

> El señor Diputado que ha informado a la Cámara en nombre de la Comisión de Negocios Constitucionales, ha dado poquísimo interés, precisamente a la parte del proyecto que constituye el interés principal de este debate. Él ha creído que la única cuestión que debe preocupar al Congreso, es la de saber si se ha de convocar o no a la Convención, dejando para que ella estudie lo que es deber del Congreso Argentino estudiar hoy —si los derechos de exportación deben mantenerse o no—. *El Congreso Argentino no tiene facultad de convocar convenciones cuando le dé la gana.* Sólo tiene la facultad de convocarlas cuando sea, a su juicio, necesaria una reforma constitucional».[21]

Y continuó:

> Yo sería, señor Presidente, un insensato, si pretendiera que una Constitución no debe ser jamás reformada. Una Constitución que quisiera hacerse inmutable, sería una barrera alzada contra el progreso: sería peor, porque a más de ser la abdicación en el presente, sería la usurpación del derecho que le pertenece a las generaciones futuras,

---

[20] Cf. Cámara de Diputados: *Diario de Sesiones*, 1866, pp. 19 ss.

[21] Ibídem, p. 23 (la cursiva nos pertenece).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> para disponer de sí mismas, según las ideas, las necesidades y los medios de su tiempo. Pero la movilidad constante de las Constituciones no es tampoco un ideal, ni la reforma continua de las leyes fundamentales es un medio apropiado para levantar su prestigio. [...] Constituciones que se están reformando a cada instante, no se arraigan jamás en el espíritu del pueblo, que no tiene tiempo de estudiarlas y que las aprende únicamente por la repetición de los actos que dan existencia sensible y material a sus disposiciones. Esas Constituciones a cada instante reformadas no son, por consiguiente, ensayos serios que marquen la fisonomía de una época, que desenvuelvan el carácter de un pueblo y dejen trazado en hechos positivos el progreso y el bien que tenían por objeto difundir. Pero dejan tras sí un mal muy grave, el mal del escepticismo.[22]

La segunda reforma constitucional que recuerda la historia (me refiero a la segunda bajo el mecanismo del artículo 30), se da el año 1898. En la 20.ª sesión ordinaria, del 9 de agosto de 1897, la Cámara de Diputados sancionó finalmente la ley de necesidad de la reforma, registrada con el n.º 3507. En los debates del recinto, el diputado Vedia decía:

> Considero oportuno, no obstante —y acaso fuera indispensable—, un ligerísimo análisis restropectivo. Él me ayudará a demostrar la procedencia de la reforma aconsejada, cuando hace más de cuarenta años que rige el instrumento definitivo de nuestra organización política, bajo cuyos auspicios la República ha crecido y prosperado, ampliando constantemente sus conquistas morales y materiales, salvando de duras pruebas y afianzando para siempre su destino.
>
> [...] A esta altura, señor presidente, nuestra Constitución, una Constitución que lleva alrededor de medio siglo de existencia, no podría ser, no es una obra acabada; pero ella da testimonio, con todo, de la alta razón, de la alta sabiduría de los constituyentes, tras largos y penosos ensayos, que se inician con los albores de la independencia y que traducen, en formas más o menos vagas o sustanciales, los anhelos y los instintos del patriotismo argentino, que buscaba la fórmula necesaria de su organización. [...] La Constitución de 1853 era el fruto ya sazonado y venía a su hora; pero aún entonces se discutía, con todo, y hasta en el mismo seno de la asamblea constituyente, la necesidad de la reforma —lo que no logró impedir que triunfase, en definitiva, el criterio de los patriotas que veían en ella el más poderoso elemento de la paz y el único medio, acaso, de salvar a la República de la anarquía y de la disolución.
>
> [...] Cofre precioso, sin duda, señor presidente; depósito sagrado, abrámoslo lo menos posible, y abrámoslo con cautela, con respeto y con la firme resolución de volver a cerrarle tan pronto. [...] Los errores que principalmente advertimos en nuestra Constitución no son errores de principios, no son errores fundamentales, por cierto, nacen en primer término de la inflexibilidad de algunas de sus reglas, inflexibilidad que solo el tiempo, el crecimiento de la población y el progreso general han venido a poner de manifiesto. Tal sucede con la base de proporcionalidad de la representación y con el número de los ministros que fija el Poder Ejecutivo, reglas movedizas, que debieron confiarse al legislador ordinario; y tal sucede también con algunas otras disposiciones, que solo tienen ya un valor histórico y que nuestra civilización política ha venido anulando de hecho.
>
> [...] Toda época es buena para reformar la Constitución, con tal de que la reforma sea realmente indispensable y de que se llenen todos los requisitos del caso. No hay razón para decir que tal período es inconveniente. Cuando se reconoce la necesidad

[22] Cf. Cámara de Diputados: *Diario de Sesiones*, 1866, p. 23.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> de la reforma, hay un deber en llevarla a cabo; porque en definitiva no se trata sino de evitar el mal que traería aparejada la aplicación de una regla perjudicial o injusta. En este caso, el pueblo tiene derecho a exigir la enmienda, y es el pueblo, en definitiva, el que va a pronunciarse sobre ella, por medio de sus legítimos representantes, en una convención nacional.[23]

A su turno, el diputado Mantilla dijo:

> Este proyecto de ley, señor presidente, escapa por su naturaleza al estudio doctrinario y principista que impone toda cuestión legislativa. Declarar la necesidad de la reforma de la Constitución es una atribución política excepcional de que está investido el Congreso; y no en los libros, en las teorías de especulación intelectual, en el fruto paciente de la laboriosidad de los hombres substraídos al movimiento del día, es donde está la razón o sinrazón que puede determinar el voto de un diputado, sino en la existencia misma de la colectividad política cuyos destinos preside la Constitución como poder supremo, al cual no llegan, ni debieran llegar jamás, las contiendas transitorias de los partidos y mucho menos el encono de sus pasiones y extravíos.[24]

La historia registra el cuarto proceso de reforma cincuenta años más tarde, en el año 1948, en plena hegemonía del peronismo en el poder. Allí se suscitó el más enconado debate en torno a la interpretación del artículo 30 CN. Desgraciadamente, este proceso empezó y terminó mal. Se inició bajo el cuestionable peso de los votos forzando, a nuestro entender, la voluntad de los constituyentes en torno al cómputo de los dos tercios requeridos, y terminó de la peor manera, ya que si bien la Constitución fue reformada y se dio la llamada Constitución de 1949, lo cierto es que esta fue dejada sin efecto *por un decreto,* algo nunca visto ni antes ni después en nuestra historia constitucional.

De más está decir que los debates reflejan las encendidas pasiones que esto despertó. Así, en las sesiones de los días 13 y 14 de agosto de 1948, el diputado Bagnasco expresó:

> [...] Debo declarar paladinamente que considero que la Constitución nacional, al expresar en su artículo 30 que la necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, ha querido establecer que esa necesidad debe ser declarada por ambas Cámaras reunidas en Asamblea.[25]

El diputado nombrado, luego de buscar antecedentes que avalaran su postura, expresó:

> Los constituyentes de 1853 adoptan un régimen ecléctico, que resulta enteramente distinto de los antecedentes examinados: adoptan la declaración de la necesidad de la reforma con el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso. [...] Sobre este aspecto hay tres teorías: la primera sostiene que la Constitución exige para declarar la necesidad de la reforma dos tercios de los votos de los miembros del cuerpo; es decir que estando compuesta la Cámara de 156 diputados, los dos tercios

---

23 Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, 1897, pp. 462 ss.
24 Ibídem, p. 470.
25 Ibídem, 13 y 14 de agosto de 1948, p. 2653.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> lo constituyen 106. [...] La segunda teoría es la que sostiene que la Constitución se refiere a los dos terceras partes de los miembros existentes, vale decir, que esta honorable Cámara, que se compone de actualmente de 152 diputados, los dos tercios lo compondrían 101 representantes de esta. [...] La tercera teoría es la que afirma que la Constitución solo exige las dos terceras partes de los miembros presentes en cada Cámara. Yo creo, señor Presidente, que esta es la buena tesis. En efecto, la Cámara forma quórum, según el artículo 56 de la Constitución, con la mayoría absoluta de sus miembros y es desde ese momento que pasa a funcionar, y nada puede impedir que sus sanciones tengan la fuerza que surge del ejercicio de sus facultades. [...] Es decir que con una interpretación errónea una minoría ínfima podría detener la voluntad de una gran mayoría, lo que es contrario al concepto puro de la democracia.[26]

Continuando con su exposición el diputado nombrado, explicó los motivos de las reformas de los años 1866 y 1898, pero volvió sobre el asunto del artículo 30, expresando:

> El proyecto de ley que estamos considerando no es repugnante a la Constitución nacional. Se aparta sí de los precedentes inmediatos. El artículo 30 de la Constitución nacional no instituye expresamente la obligatoriedad de la determinación del artículo sujeto a reforma, y debe, por lo tanto ser interpretado; lo fue en un sentido en 1866 y 1898; lo es hoy en otro. Como los hombres del sesenta, nuestra interpretación responde a una realidad nacional; esta reforma no es un producto de laboratorio, de seminario. No, señor presidente; ella nace en la calle, caldeada en el fervor de las masas que la reivindican como suya, que piden ver sus derechos reconocidos y garantizados en el presente y asegurado porvenir.[27]

Dada la palabra al señor diputado Vítolo, este expresó:

> Esta Cámara integra el Parlamento argentino; en él está representada la soberanía popular; en la otra Cámara están representados los Estados que integran la Nación. Una Cámara de Diputados no es solo la expresión de la soberanía popular; es también un cuerpo deliberativo, que debe llenar una función en representación del pueblo: deliberar en nombre de él. El país ha de ver con asombro, con estupor, cómo se ha realizado el proceso de reforma constitucional. Pareciera que hubiese un propósito de desprestigiar la vida parlamentaria. [...] Se va a realizar una reforma constitucional invocando un poder revolucionario, emanado del movimiento del 4 de junio. Lo ha dicho el señor diputado miembro de la mayoría de la comisión y yo pregunto: ¿Qué es y qué significa la revolución del 4 de junio? ¿Cuál fue su ideario, su programa, su doctrina? ¿Dónde se proclamó, dónde estuvo estructurado el día que los representantes de ese movimiento ocuparon la Casa Rosada en la Ciudad Capital de la República? Por el contrario, allí no se habló de programas de reformas, sino solo del respeto y acatamiento a la Constitución nacional. [...] De todos, la mayoría ha resuelto realizarla y nosotros tenemos el derecho, como el resto del país, de preguntar qué clase de reforma se intenta, qué es lo que se procura cambiar con las disposiciones constitucionales.[28]

A su turno, el diputado Vivar reseñó que:

---

26 Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, 1897, p 2655.
27 Ibídem, p. 2657.
28 Ibídem, pp. 2658 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> No somos nosotros, hombres, actores de este episodio, constreñidos por la dureza fundamental del combate, quienes estemos mejores para ensayar, con plena objetividad, un juicio de valor sobre este hecho. Es la historia la que habrá de decidir en definitiva quién acertó el camino que ha de conducir al pueblo argentino hacia una jornada de prosperidad.

El diputado Balbín, luego de hacer un desarrollo sobre la base que sustentaba supuestamente la reforma constitucional, los principios republicanos, el federalismo, expresó:

> Pero es que tenemos que manejarnos con la realidad actual, señor presidente, con los hechos producidos, con la legislación dada por este cuerpo y entonces puede suponerse con verdad que la reforma constitucional está inspirada en la conferencia del señor presidente de la República que diera al inaugurar los cuerpos de la cátedra de defensa nacional, ratificados por desgracia en los hechos y en la legislación. Puede suponerse con verdad que puede estar inspirada en el decreto ley que reprime los derechos contra la seguridad del Estado, rompe el hábeas corpus y crea una barrera dentro del país que llega a declarar delito la huelga. [...] La intimidación pública: otro signo de la época. Si el Parlamento dijera cuáles son las disposiciones constitucionales que habrán de modificarse, esta inquietud desaparecería porque habría de suponer que la nueva constituyente estaría a tono con las declaraciones de reforma que diera este Congreso; pero esta disposición que le somete sus facultades extraordinarias permite suponer que la reforma tendrá el signo de estas arbitrariedades argentinas.[29]

En el Senado de la Nación, en fecha 27 de agosto de 1948, al prestarse el debate sobre el proyecto de reforma constitucional, se destacó lo dicho por el senador Ramella, que en referencia a la necesidad de la reforma expresó que la idea era la de poner un dique al capitalismo, a la injusticia social, a la riqueza excesiva, para acotar:

> No creo, señor presidente, que este asunto tan extraordinario sea motivo de agitaciones ni de perturbaciones, porque si nos agitamos damos la impresión de que no tuviéramos razón; la tenemos en alto grado y creemos sinceramente que estamos sirviendo al país, al intentar la reforma de nuestra Constitución. El general Perón daba una norma admirable de gobierno. Decía que los gobernantes debían inspirarse en el amor y desechar todo egoísmo y todo odio. Y digo que es una norma admirable de gobierno porque el amor debe ser el sello distintivo de la nueva Constitución que se cree, por cuanto sólo el amor aduna, en tanto que el odio desparrama [...] Nuestra Constitución responde al llamado tipo individualista-liberal y es necesario incorporarle los conceptos de justicia social.[30]

El ministro del Interior dijo:

> Señor presidente, las Constituciones rigen la organización política y jurídica fundamentales de las naciones de la orbe, han sido generalmente creadas o renovadas bajo el influjo de una revolución triunfante. Por otra parte, todo movimiento revolucionario determinado por exigencias perentorias de reforma de los instrumentos

---

[29] Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, 1897, p. 2669.

[30] Cf. Cámara de Senadores de la Nación: *Diario de sesiones*, versión taquigráfica, 27 de agosto de 1948, p. 1372.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> políticos, sociales y económicos de gobierno y no solo por la necesidad de substituir unos gobernantes por otros, tiende a asegurar su éxito y lograr estabilidad mediante la cristalización en la ley fundamental del país, de los anhelos y propósitos que los alentaron y decidieron su triunfo.[31]

Continuó su exposición con reseñas al motivo que llevaron a la sanción de la Constitución de 1853, y la importancia que reviste la concepción universalista del peronismo, en referencia a la protección de los trabajadores y las masas laboriosas.

Luego de la intervención de los senadores Herrera y Tascheret, el ministro de Relaciones Exteriores y Culto dijo: «Las ideas de un movimiento como el nuestro, integrado en todos los aspectos, en lo que se refiere a la política, en lo que concierne a lo económico, a lo social, a la cultura y a la religión, evidentemente necesitan una concepción unitaria para su realización integral». Posteriormente, el ministro realizó un desarrollo sobre la problemática social, sobre la cultura y la importancia que tenía el movimiento en el desarrollo pleno de la sociedad, para concluir en una parte de su intervención que: «la masa popular quiere la reforma constitucional. Y podemos decir al respecto que el derecho evoluciona paralelamente con la vida de los pueblos. Esa es una verdad innegable, indiscutible y que nadie puede desconocer».[32]

Nuevamente el Congreso federal fue escenario del debate sobre una reforma constitucional, aunque este haya estado más que acotado en función del llamado «Pacto de Olivos». En los debates de la Cámara de Diputados de los días 20 y 21 de diciembre de 1993, el diputado por la provincia de Santa Fe, Rodríguez Sañudo, expresaba:

> Hace 45 años —exactamente el día 13 de agosto de 1948— en esta honorable Cámara de Diputados, en este mismo recinto y de esta misma banca, ocupada en aquel entonces por el señor diputado por la provincia de Buenos Aires, doctor Vicente Bagnasco, se iniciaba el último intento democrático de reforma de la Constitución nacional.[33]

Continuó su discurso con los homenajes correspondientes a la bancada justicialista de aquel entonces y a todos los que participaron de aquel debate. Sobre el tema de la reelección dijo el diputado citado:

> Seguramente, otra hubiera sido la historia si don Hipólito Irigoyen hubiese sido reelegido después de su primer mandato. La sociedad debe comprender que la garantía de la racionalidad, de incorporarse el instituto de la reelección, descansará en el ejercicio del derecho de votar que tienen todos los hombres que integran esta nación. Por último, refiriéndome ahora a una mayor eficiencia del sistema democrático, debemos tener presente que es la forma éticamente más aceptable y técnicamente más adecuada de legitimar un ejercicio eficiente del poder. Muchos años de ruptura institucional cívica han creado en la conciencia de numerosos argentinos el mito de que la democracia implica falta de eficiencia. Esta reforma tiende a optimizar el sistema en búsqueda de

---

31 Ibídem, p. 1376.
32 Ibídem, p. 1292.
33 Ibídem, versión taquigráfica, 20 y 21 de diciembre de 1993, p. 4109.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> una mayor excelencia. Así, introduce una serie de modificaciones que apuntan directamente a la búsqueda de la eficiencia del sistema democrático.[34]

Posteriormente, en la exposición se hace referencia de manera resumida a los puntos sujetos a reforma y cómo estos darán mayor eficiencia al sistema democrático.

El diputado Hernández dijo:

> La necesidad de prudencia y sabiduría para la tarea legislativa hizo decir a Rousseau que son necesarios dioses para dar leyes a los hombres. En esta instancia fundamental —cuando como legisladores tenemos que afrontar el ejercicio de las más importante misión que tiene el Parlamento argentino, que es la función de tipo preconstituyente— nosotros estamos convencidos de nuestras limitaciones y por eso, con la responsabilidad del caso, tenemos que decir que a nuestro juicio el ejercicio de esta facultad del artículo 30 debe ser enmarcado dentro de los precedentes más importantes de la doctrina argentina, que señala la necesidad de un quórum agravado de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Expresando también que se ha designado a este proyecto como de ley declarativa porque conforme a los precedentes parlamentarios tiene la forma de ley, pero en esencia se trata de una declaración política y preconstituyente, insusceptible por lo tanto de ser vetada.[35]

En torno a la importancia que reviste la política dentro de este proceso, el diputado —y constitucionalista de nota— expresó: «La política no puede ser siempre agonal, donde se pone el énfasis en la lucha o en la conquista del poder a través de ella. Hay que pensar en la política arquitectural, que significa tender puentes y mirar lejos en el futuro y en la historia».[36]

Desde los bloques minoritarios se expresaba sobre el artículo 5 de la ley declarativa, el denominado paquete cerrado, por el que la convención se encontraba obligada a votar libro cerrado. Así, por intermedio del diputado Folloni, se dijo:

> La pretensión de someter a consideración de la Convención Constituyente un capítulo respecto del cual no se podrá tener disidencias parciales, constituye una actitud peyorativa hacia el papel que los constituyentes habrán de desempeñar y discriminatoria para las fuerzas políticas que no participamos de los prolegómenos de ese acuerdo.[37]

El diputado Estévez Boero señalaba en su intervención que el proyecto de reforma constitucional era un «acuerdo de partes y no es de la Nación», realizando un desarrollo de la importancia que reviste el consenso de todos los actores sociales en un proceso de tal envergadura.

Huelga citar lo expresado por el diputado Álvarez, quien se expresó a favor de la necesidad de la reforma constitucional, la que se encontraba en el ánimo de la

---

34 Cf. Cámara de Diputados: *Diario de sesiones*, o. cit., p. 4114.
35 Ibídem, p. 4116.
36 Ibídem, p. 4118.
37 Ibídem, p. 4123.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

sociedad argentina, realizando sus críticas al proceso llevado a cabo por carecer o no haber tenido en cuenta

> las lecciones de la historia y los que nos pasó, creemos necesario producir este debate desmarcado de las hegemonías políticas coyunturales, que justamente fue lo que marcó las dificultades de nuestra vida institucional. Todas las reformas constitucionales fueron hechas al calor de las luchas y de las mayorías circunstanciales, y todas se dieron en un campo de forcejeo de relaciones de fuerza y de poder.[38]

En la versión taquigráfica del Senado de la Nación, se destaca lo expresado por el senador Juárez, quien luego de reseñar que la reforma es producto del acuerdo de los partidos mayoritarios que conducen el quehacer público de la Nación, resaltó la importancia de la Constitución de 1853, la de 1949 y el momento histórico que vivía la República en 1993, ya que la Argentina era un «país que atraviesa por una reforma fundamental de su estructura económica y política que ha entrado en una etapa de crecimiento que ha abierto las puertas para su desarrollo y para la comunicación internaciona».[39] Posteriormente esbozó una explicación sobre las *adiciones innovadoras* realizadas por la Cámara de Diputados y la función del Senado como Cámara de origen o iniciadora y cómo operan esas modificaciones realizadas por Diputados, argumentando que «el proyecto es el mismo cuando ostenta un mismo objetivo».

El senador Cendoya, quien tenía un dictamen en disidencia total elaborado con el senador Conrado Storani, dejó sentado que «para el radicalismo esto hace a la vigencia de sus esencias históricas. Incluso, Hipólito Yrigoyen solía decir su programa de gobierno era el programa de la Constitución nacional».[40] El senador por Corrientes Aguirre Lanari realizó una significativa exposición, concluyendo con una frase:

> *Alea jacta est.* 'La suerte está echada'. Deseo por mi patria y mis hijos que sea la mayoría, con la que disiento, la que esté en el acierto, y no andando el tiempo recorramos el camino de otros países hermanos que reformaron sus Constituciones y que hoy intentan revocar sus pasos.[41]

Fernando De La Rúa, senador por la Capital Federal, en su oportunidad se expresó contrario a la reforma y dejó por sentado que ella estaba «impregnada de los intereses circunstanciales».[42] El senador Cafiero se refería así al Pacto de Olivos:

> Lo que justifica el acuerdo o el pacto es su eficacia. Estamos seguros de que este flamante acuerdo, pacto, como quiera llamárselo, a través del tiempo deberá probar su eficacia. De cualquier manera, es un punto de partida distinto y mucho más positivo

---

38 Ibídem, p. 4135.

39 Cf. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de sesiones*, versión taquigráfica, 28 y 29 de diciembre de 1993, pp. 5291 ss.

40 Ibídem, p. 5302.

41 Ibídem, p. 5321.

42 Ibídem, p. 5350.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> que los argentinos tenemos en nuestro horizonte para poder afirmar la gobernabilidad del sistema democrático y sus necesarias bases de sustentabilidad popular.[43]

5. Conclusión

Es obvio que toda reforma constitucional, tanto parcial como total, debe preservar el espíritu de la norma fundamental que enmienda o reforma, es decir,

> la sustancia espiritual y permanente, tanto como las cosas humanas pueden serlo, integrada por el conjunto orgánico y sistemático de ideas, valores y principios históricos, filosóficos, morales, sociológicos, jurídicos, políticos, económicos, que hacen a la esencia inmanente e inmutable de la Nación.[44]

En tal sentido, las reformas por constituir de por sí un hecho de capital importancia política y social deben ser siempre visualizadas por los operadores políticos de turno como eventos singulares de alta política no contingente ni agonal, sino esenciales para la continuidad del Estado y la sociedad organizada. Schmitt decía:

> El Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. [...] El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de esta puede abandonarse a encargados especiales.[45]

Si tenemos en cuenta cada uno de los debates dados en el recinto del Congreso de la Nación, podremos contemplar que la Constitución es el pacto social que regla la vida en la comunidad, es el pueblo, y que nada mejor que el poder preconstituyente para definir la importancia que reviste un proceso de reforma.

De los discursos se desprende la gran relevancia que tiene para un legislador ser el motor que inicia un proceso de reforma constitucional; en él subyace el sentido y finalidad del quehacer histórico y el devenir de una sociedad.

En este sentido, y conforme al análisis efectuado precedentemente, las reformas constitucionales analizadas fueron realizadas bajo el mecanismo especial previsto en la Constitución argentina —más allá de las diferencias interpretativas que se dieron en el año 1948—, que se distingue claramente de cualquier otro procedimiento para sanción de las leyes, y distingue también la función del Poder Legislativo y la Convención Constituyente.

La importancia de una reforma constitucional se ve reflejada en el debate, en el consenso, en hacer primar el bien común y no los intereses sectoriales, o las

---

[43] Cf. Cámara de Senadores de la Nación, *Diario de sesiones*, versión taquigráfica 28 y 29 de diciembre de 1993, p. 5361.

[44] Cf. Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de interpretación constitucional*, n.° 2102/001203, ‹www.lexisnexis.com.ar›, 10.3.2005.

[45] Cf. Carl Schmitt: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 2001, p. 94.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

mezquindades de las autoridades de turno; en suma, debe ser el fiel reflejo y el producto de la comunidad toda, modernizando y profundizando las instituciones. Así podemos decir que «el prurito de legislar acompaña siempre a las inquietudes revolucionarias y a los estados dolientes de la sociedad, que soporta, cuando prevalecen opiniones y voluntades caprichosas, transformaciones profundas en la vida pública y privada».[46]

Huelga decir que es indispensable el equilibrio entre los poderes reformadores, como bien decía el jurista argentino del siglo XIX, José Manuel Estrada:

> [...] refuerzan la resistencia que la moral cívica y el respeto a la ley pueden oponerse a los espíritus novedosos y turbulentos, que desatan desastres sobre las naciones, tanto más terribles y trascendentes en países que comienzan a consolidar su orden legal, como la República Argentina. Nosotros no tenemos tradiciones serias de gobierno, no tenemos costumbres legales sólidas. ¿Qué nos quedaría si los Congresos y los partidos pusieran la mano sobre lo único que hay respetable en medio de las borrascas espantosas de pasiones y de intereses que arrastran estos pueblos? El día en que la ley fundamental sea alterada para servir los intereses de una facción, ¡ese día habrán muerto para siempre las libertades y el decoro de la República![47]

Por ello,

> un gobierno siempre inconstante en su marcha está próximo a la anarquía, y por otra parte, todo gobierno que no haya provisto por alguna disposición facilitar los cambios que se hayan hecho necesarios, quedará estacionario y, tarde o temprano, se hará impropio a las necesidades nuevas del país. Degenerará en despotismo, o las fuerzas de las cosas le arrojarán en las revoluciones. Un gobierno sabio, y sobre todo un gobierno republicano, deberá pues proveer a los medios de modificar su Constitución, según los tiempos y los acontecimientos, a fin de detenerla al nivel de las circunstancias nuevas. El objeto importante de esta materia es hacer practicables los cambios, pero no demasiado fáciles, y seguir las lecciones de la experiencia, más bien que las deducciones de la teoría.[48]

---

[46] Cf. José Manuel Estrada, *Curso de derecho constitucional*, tomo II, o. cit.

[47] Ibídem, p. 33.

[48] Cf. Manuel A. Montes de Oca: *Lecciones de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ed. La Buenos Aires, 1910, p. 494.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

María Cristina Serrano*

El rol del Poder Legislativo frente a las facultades legislativas del Poder Ejecutivo

1. Introducción

Nunca se insistirá demasiado en la apremiante necesidad de que los argentinos nos habituemos, como pueblo, a valorar el Estado de derecho, como marco natural para el ordenamiento de nuestra vida social. Así como los ciudadanos debemos observar la ley cuidadosamente, día a día, en todos los aspectos de nuestra actividad, la autoridad, por su parte, debe hacer cumplir las leyes establecidas sin obrar con arbitrariedad. Hay que tener siempre presente que la vigencia de la ley es garantía de justicia para todos, especialmente para los más indefensos, y que su debilitamiento afecta seriamente al cuerpo social. Por el contrario, el respeto de todos por el orden jurídico acorde con nuestra ley fundamental contribuirá a fortalecer la salud social y nos ayudará a trabajar unidos por el bien común.

Uno de los aspectos básicos de este orden jurídico que debemos valorar y respetar es el *principio divisorio del poder*. El Poder Legislativo contribuirá a que se lo respete si realmente cumple con la responsabilidad que tiene de controlar la facultad legislativa que el Poder Ejecutivo, a partir de la reforma constitucional de 1994, asume al dictar decretos delegados, de necesidad y urgencia, y de promulgación parcial de leyes,

---

* Profesora titular de Derecho Constitucional y de Teoría General del Derecho y del Estado en la Universidad Argentina de la Empresa. Profesora protitular de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina y profesora adjunta regular de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de acuerdo con las pautas establecidas en los artículos 76, 99, inciso 3.º, y 80, respectivamente, de la Constitución nacional. La misma Constitución señala que «el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo», de modo que no nos queda duda alguna de que el constituyente del 94 ha querido mantener en nuestro ordenamiento constitucional el principio divisorio del poder, al señalar que al Poder Ejecutivo no le corresponde como regla ejercer funciones legislativas, es decir, crear derecho nuevo, ya que esta es una facultad propia del Legislativo, y que sólo podrá hacerlo excepcionalmente.

2. El diseño de las facultades legislativas del presidente en la Constitución histórica

Nuestra Constitución histórica, respetuosa de la competencia de los distintos órganos y de la zona de reserva de la ley —dos nociones que se desprenden del principio divisorio del poder—, no habilitaba al titular del Poder Ejecutivo para ejercer funciones legislativas, es decir, para crear derecho nuevo. Esta era una facultad que le correspondía de manera exclusiva y excluyente al Poder Legislativo. Si analizamos las diferentes etapas a través de las cuales se lleva a cabo el proceso de formación y sanción de las leyes, observamos que el Poder Ejecutivo participa en dos de ellas: en la de iniciativa —enviando proyectos— y en la de eficacia —promulgando y publicando—; no participa, en cambio, en la etapa intermedia, la constitutiva o de sanción, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al Poder Legislativo: esta es la etapa en que se centra la función legislativa. Por eso entendemos que en el marco de la Constitución histórica no corresponde sostener, como es frecuente hacerlo, que el Ejecutivo actuaba como colegislador, ya que la Constitución lo autorizaba solo para ejercer una actividad impulsora de los proyectos de ley y una fiscalizadora de la actividad legislativa, mediante el veto. El Poder Ejecutivo no participaba en la creación normativa de carácter novedoso u originario. Cuando el presidente emitía las diferentes clases de decretos, se movía en un plano sublegal: no legislaba sino que administraba.

Cuando, en virtud de una habilitación conferida por el Poder Legislativo, le correspondía al Ejecutivo emitir un decreto delegado, nos encontrábamos en presencia de lo que podemos considerar una ampliación de su facultad reglamentaria; en ese supuesto, el margen de que disponía para pormenorizar los detalles de la ley era más amplio que aquel con que contaba cuando le tocaba dictar decretos reglamentarios o de ejecución de las leyes, siempre moviéndose dentro de los límites de la clara política legislativa que le fijaba el Congreso.

Con respecto a los denominados decretos de necesidad y urgencia —aquellos que el Ejecutivo dicta sobre materias propias de la competencia legislativa—, cabe señalar que nuestra Constitución histórica no los reconocía y que la doctrina, antes de la reforma constitucional de 1994, cuestionó su constitucionalidad pero la Corte Suprema de Justicia los convalidó en el fallo *Peralta*, del 27 de diciembre de 1990.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Desde 1860 hasta 1983 algunos presidentes recurrieron a esta modalidad legislativa en situaciones extremas, cuando estaba comprometido el interés nacional o peligraba la continuidad del Estado: Nicolás Avellaneda la utilizó para declarar el estado de sitio y trasladar la capital a Belgrano, en la crisis de 1880; Julio A. Roca, para ratificar el curso legal de las emisiones de moneda; Carlos Pellegrini, para imprimir títulos públicos durante la crisis de 1891 y para suspender el pago de depósitos en los Bancos de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires; Agustín P. Justo, para fijar el precio sostén de los granos; Arturo Frondizi, para declarar el estado de grave emergencia y establecer la jurisdicción militar para los delitos de intimidación pública y terrorismo, y María Estela Martínez de Perón, para reglamentar la opción constitucional de salida del país durante la vigencia del estado de sitio. En total, en ciento veintitrés años solo se dictaron unos veinte decretos de necesidad y urgencia.

Restaurada la democracia, Raúl Alfonsín dictó diez decretos de estas características, entre los cuales se destaca el que cambió la moneda y estableció el Plan Austral. Distinta actitud tuvo Carlos Menem, ya que hasta la reforma de 1994 recurrió a este instrumento en alrededor de cuatrocientas oportunidades, poniendo en evidencia con esa conducta que buscaba concentrar el poder en sus manos.

3. El diseño de las facultades legislativas del presidente en la actualidad

A partir de la reforma constitucional de 1994 el panorama que hemos señalado cambió sustancialmente, ya que el Ejecutivo fue autorizado a legislar —es decir, a crear derecho nuevo— mediante tres vías:

— La facultad de dictar decretos de necesidad y urgencia, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3.º del artículo 99 de la Constitución.
— La constitucionalización de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, normada en el artículo 76.
— La posibilidad de vetar parcialmente las leyes, pudiendo al mismo tiempo promulgar el resto de su contenido, establecida en el artículo 80.

Estos tres instrumentos, lejos de atenuar el presidencialismo —uno de los objetivos de la reforma constitucional definidos en el denominado Pacto de Olivos, a instancia de la Unión Cívica Radical—, contribuyeron en gran medida a fortalecerlo.

Con respecto al dictado de *decretos de necesidad y urgencia* por el Poder Ejecutivo, podemos recordar las siguientes observaciones:[1]

— Antes de la reforma de 1994, mi opinión coincidía con la de aquellos para quienes en ningún caso resultaba válido que el presidente los dictara,

[1] María Cristina Serrano: «Las facultades legislativas otorgadas al Poder Ejecutivo a diez años de la reforma de 1994», en *A una década de la reforma constitucional*, obra colectiva coordinada por Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Buenos Aires, Ediar, 2004.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

porque esto implicaba una clara violación al reparto de competencias efectuado por la Constitución y a la zona de reserva propia de la ley, por lo cual resultaba, con su dictado, seriamente lesionado el principio divisorio del poder.

— A partir de la reforma del 1994, he sostenido que para el dictado de decretos de necesidad y urgencia por el Ejecutivo es necesario que la emergencia haga *imposible* legislar de manera ordinaria —no basta que legislar resulte para el Congreso *inconveniente* o *dificultoso*—, en tanto que considero que la *emergencia pública*, que da fundamento en el artículo 76 de la Constitución a la delegación legislativa, no está sujeta a ese requisito de imposibilidad para seguir el trámite de la ley.

— Asimismo entiendo que para que el presidente pueda hacer uso de este instrumento, al requisito señalado anteriormente deben sumarse las condiciones de la *necesidad* y la *urgencia*. Con respecto a esto, es inquietante que la apreciación del estado de necesidad y urgencia dependa de una sola persona, el presidente. Considero que el acuerdo general de ministros y el refrendo ministerial, por el juego de nuestra dinámica política, funcionan entre nosotros como controles formales más que reales.

— Además, es importante aclarar que los artículos 99 (inciso 3.º) y 76 no tienen el sentido de ofrecer al Poder Ejecutivo la alternativa para elegir una u otra de las vías.

— He señalado que los cuatro temas excluidos de la posibilidad de legislar sobre ellos por medio de estos decretos —materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos— son insuficientes. A mi entender, deberían haber sido también contempladas todas aquellas materias que guardan relación con la parte dogmática de la Constitución, así como las diferentes cuestiones que por su naturaleza pudieran afectar el funcionamiento de los órganos que ejercen el poder del Estado, como con acierto lo establece, entre otras Constituciones, la española.

— Resulta preocupante que el constituyente del 94 no haya normado los efectos jurídicos de la intervención del Congreso. Hay que aclarar que el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente de ninguna manera puede resultar vinculante para el Congreso.

— En el supuesto de que el Poder Ejecutivo omita calificar a un decreto dictado por él como de necesidad y urgencia, evadiendo de esa manera el procedimiento prescrito por la Constitución, coincido con el Dr. Bidart Campos en que, además del control judicial que podría plantearse en una causa judiciable, el Congreso también puede intervenir para dejarlo sin efecto.

En lo que se refiere al instituto de la *delegación legislativa*, podemos señalar lo siguiente:

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

— Si bien no estaba previsto en la Constitución formal con anterioridad a la reforma, la Constitución material le había dado recepción y la jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir de la causa *Delfino,* de 1927, lo había convalidado, entendiendo con razón que se trataba de un supuesto de delegación *impropia* y no de delegación *propia,* la cual, según manifestaciones de la Corte, se reputaba como inconstitucional. Nuestra Corte, en todos sus fallos, se basó siempre en el viejo artículo 86, inciso 2.º, de la Constitución nacional para conferir validez a los diversos decretos objetados, aduciendo generalmente que en ellos se ponía en práctica la facultad presidencial de dictar decretos reglamentarios o de ejecución de leyes.

— Con respecto a la delegación legislativa habilitada por el artículo 76 de la Constitución luego de la reforma del 94, es la conocida con anterioridad a dicha reforma como delegación *propia;* no se refiere, en cambio, este nuevo artículo a la que se denomina como *impropia* y que a nuestro entender puede seguir ejerciéndose de acuerdo con lo establecido en los fallos dictados por la Corte Suprema, ya que esta implica tan solo un ensanchamiento de la facultad reglamentaria que el Poder Ejecutivo tiene con respecto a las leyes.

— Como ya he manifestado en otra oportunidad,[2] considero que la delegación legislativa habilitada en el artículo 76 solo puede ser efectuada por el Congreso a favor del presidente; nunca podrá ser concedida al jefe de gabinete, o a los ministros, o a organismos administrativos.

  En cuanto a las materias que, según el inciso 3.º del artículo 99, no pueden ser reguladas por medio de decretos de necesidad y urgencia, no hay duda alguna de que tampoco pueden serlo a través de la legislación delegada.

  Entiendo que tampoco es factible la delegación de facultades legislativas cuando, para su concreción normativa, la Constitución exige mayorías especiales para la conformación del quórum o para la aprobación de la ley, ni aun cuando la delegación se hiciera efectiva mediante las mayorías especiales establecidas por la Constitución. Por ejemplo, no sería viable la delegación para la sanción de las leyes reglamentarias de la iniciativa popular y la consulta popular —artículos 39 y 40—; los tratados de integración y de derechos humanos —incisos 22 y 24 del artículo 75—; la reglamentación de la Auditoría General de la Nación —artículo 85—; la ley declarativa de la necesidad de la reforma —artículo 30—, etcétera.[3]

---

[2] María Cristina Serrano: «El Congreso y la legislación delegada», en *El Derecho*, n.º 9768, Buenos Aires, 7.6.1999.

[3] Gregorio Badeni: «La delegación legislativa», comunicación en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

— Tampoco es procedente aplicar lo previsto en el artículo 76 cuando nuestra Constitución, para la sanción de una ley determinada, le otorga a una de las Cámaras del Congreso el papel de Cámara de origen.
— Según lo pautado por el artículo 76, la delegación debe ser efectuada estableciendo un plazo máximo, claramente determinado, para que el Poder Ejecutivo pueda, de manera válida, ejercer las facultades legislativas delegadas. Si la ley delegante no cumple con este requisito constitucional, podrá ser cuestionada en su validez y los decretos que en su consecuencia dicte el presidente podrán ser declarados inconstitucionales por el Poder Judicial.

En cuanto al instituto de la *promulgación parcial de las leyes*, hay que recordar que antes de la reforma del 94 fue objeto de discusión por la doctrina, teniendo también alguna definición esquemática en el derecho judicial de la Corte Suprema. En el fallo *Colella, Ciriaco c/ Fevre y Basset S. A.*, de 1967, nuestro más alto tribunal declaró la inconstitucionalidad de la promulgación parcial de la ley 16881, reglamentaria del contrato de trabajo, sosteniendo que el proyecto sancionado por el Congreso era un todo indivisible, de modo que no podía promulgarse la parte no observada sin detrimento de la unidad del texto. Lo normado en el artículo 80 de la Constitución reformada se basa en la misma pauta sentada por la Corte en el fallo citado.

El interrogante que nos planteamos con respecto a este tema se refiere a cuál es el órgano que tiene a su cargo decidir si la parte vetada tiene o no autonomía normativa. En principio, no hay duda de que es el Poder Ejecutivo, pero esa decisión es solamente provisoria, ya que el artículo en cuestión remite al mismo procedimiento que el artículo 99, en su inciso 3.º, prescribe para los decretos de necesidad y urgencia, conforme al cual el Congreso tiene capacidad de revisión y control.

Es indudable que el uso de estas tres vías por el Poder Ejecutivo es susceptible de ser sometido a control judicial posterior. El Poder Judicial está facultado no solo para controlar el cumplimiento de los parámetros o lineamientos constitucionales, sino también para verificar si el trámite formal posterior al dictado de los decretos de necesidad y urgencia, o de los delegados, o de los que promulgan parcialmente una ley, se ha cumplido correctamente. Sería positivo que el Poder Judicial estuviera facultado para evaluar de oficio la constitucionalidad de las medidas de esta clase tomadas por el Ejecutivo.

4. Las facultades legislativas presidenciales en la Constitución material

4.1. Dictado de decretos de necesidad y urgencia: uso y abuso del Poder Ejecutivo

Es importante señalar que, a diferencia de otros países, en la Argentina el Poder Ejecutivo ha recurrido y sigue recurriendo al dictado de esta clase excepcional de

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

decretos, independientemente del hecho de que cuente o no con el respaldo de la mayoría legislativa.

En general puede afirmarse que son tres las circunstancias que motivan al Poder Ejecutivo a dictar estas normas de carácter extraordinario:

— que el país esté pasando por un momento político o social excepcional o de crisis;
— que el tema que haya que regular por medio del decreto de necesidad y urgencia sea demasiado controvertido o resistido por la ciudadanía;
— que el Congreso se encuentre en receso o con una actitud adversa al presidente, que pueda llevarlo a no apoyar sus iniciativas.

Si nos ubicamos en el momento actual y pensamos en el Dr. Kirchner, se puede afirmar que el presidente no vivió, hasta el momento, ninguna de las tres circunstancias mencionadas, de ahí que llame mucho la atención el uso excesivo que hace de tales decretos, teniendo el Congreso a su favor; es indudable que muchos de los decretos firmados por él hubieran obtenido una rápida aprobación en el Congreso, donde el Partido Justicialista tiene una mayoría con la que no contaban los presidentes anteriores. En cuanto a la temática, Kirchner ha firmado decretos de necesidad y urgencia para regular las más variadas materias; entre otras, podemos mencionar las modificaciones a la ley de presupuesto, la fijación y aumento de salarios y de jubilaciones mínimas, la restitución a la AFIP de las facultades de control de la recaudación previsional, la prohibición a las empresas telefónicas de cortar el servicio por falta de pago en las zonas inundadas de la provincia de Santa Fe, la modificación de la ley de ministerios, la prórroga de los topes para los sueldos de los funcionarios, la prórroga de la emergencia sanitaria y ocupacional, la prohibición de efectuar despidos sin causa justificada junto a la aplicación de la doble indemnización, etcétera.

Es de interés recordar, para poner de manifiesto cómo se han ignorado las condiciones establecidas por la reforma constitucional de 1994 para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, el DNU 810/03,[4] ya que el presidente lo dictó cuando el Congreso se encontraba en pleno funcionamiento y sin que se dieran circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, conforme lo establece el artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución nacional.

Asimismo resulta necesario señalar que no siempre los distintos presidentes han utilizado los decretos de necesidad y urgencia como expresión de una desmesurada vocación de poder o cediendo a presiones externas, ya que en muchos casos son los legisladores, tanto del partido oficialista como de la oposición, quienes, ante un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, le hacen saber de inmediato que, por

[4] Publicado en el *Boletín Oficial* el 24.9.2003; artículo 1.º: «Trasládase, con carácter excepcional para el corriente año, el feriado nacional del 12 de octubre al lunes 13 de octubre de 2003».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

diversas razones, no están dispuestos a aprobarlo, generalmente por el costo político que dicha aprobación traería consigo, dejando de esa manera la responsabilidad de legislar sobre ese tema al presidente, que para ello debe echar mano del dictado de ese tipo de decretos.[5]

4.2 La posición de la Procuración del Tesoro de la Nación frente al dictado de decretos de necesidad y urgencia

El procurador del Tesoro de la Nación ha dictaminado fijando los presupuestos que deben darse para que el Poder Ejecutivo pueda dictar decretos de necesidad y urgencia, sosteniendo lo que ya hemos señalado:

> La competencia del Poder Ejecutivo para emitir esa clase de actos reconoce fundamento en el artículo 99, inciso 3.º, de la Constitución nacional y los presupuestos que justifican su dictado son los siguientes: a) Debe tratarse de una situación excepcional que, por su urgencia, impida seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes; b) No deben referirse a materias vedadas por aquella manda constitucional; y c) El control de estas medidas corresponde al Congreso de la Nación.

El dictamen también sostiene que

> siendo el control de mérito de este tipo de decretos del exclusivo resorte de la autoridad política, no corresponde expedirse sobre los motivos que imponen el dictado de medidas de excepción como la que se proyecta en autos, quedando limitado el presente asesoramiento a cuestiones de índole estrictamente jurídica.[6]

Este dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación confirma que los decretos de necesidad y urgencia deben ser necesariamente controlados por el Congreso, porque su dictado por el Poder Ejecutivo implica el ejercicio de una facultad legislativa que por el principio divisorio del poder es propia del Congreso.

4.3. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente al dictado de decretos de necesidad y urgencia

La Corte Suprema de Justicia ha sentado su posición sobre el dictado por el Poder Ejecutivo de los decretos de necesidad y urgencia. Nuestro más alto tribunal, en su última jurisprudencia al respecto, estableció que la ausencia de la Comisión Bicameral Permanente y de la ley especial que debía regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, no inhabilitaban al Poder Ejecutivo para asumir excepcionalmente facultades legislativas, de acuerdo con lo normado por el inciso 3.º del artículo 99 de la Constitución nacional.

---

[5] Adrián Ventura: «Los decretos de necesidad y urgencia: un salto a la vida aconstitucional», en *Revista de Derecho Público*: «La emergencia económica», Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, 1.

[6] Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, n.º 157, del 11.3.2003, pp. 244-673.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Durante los años de mayor fuerza política del ex presidente Menem, la Corte ejerció un control mínimo sobre los decretos, y declaró inconstitucionales unos pocos, en especial aquellos que establecían impuestos, ya que estos solo pueden ser creados por una ley del Congreso.[7] Pero no siempre se notó ni se nota el mismo empeño en cuanto a la regulación de otras materias.

Año tras año la Corte Suprema, a lo largo de alrededor de veinte fallos, fue asumiendo un papel más activo en el control de este tipo de decretos, estableciendo así mayores límites a la atribución presidencial de dictarlos.[8]

4.4. El Congreso nacional y la fiscalización de los decretos de necesidad y urgencia

De la redacción del inciso 3.º del artículo 99 de la Constitución surge claramente que los decretos en cuestión son válidos solo cuando se ha cumplido del todo con su procedimiento de sanción. No se puede desconocer que el dictado de un decreto de necesidad y urgencia supone el ejercicio de un acto de naturaleza compleja, cuya validez está supeditada a la intervención del Congreso. En relación con esto último, es de interés mencionar que en la causa *Müller, Miguel A. c/ PEN*,[9] del año 2003, el doctor Petracchi, en un voto en disidencia, expresaba su opinión favorable a esta doctrina sosteniendo que la inexistencia de la ley reglamentaria establecida en la última parte del artículo 99, inciso 3.º, impedía cumplir con la etapa legislativa, por lo que no era posible recurrir a los decretos de necesidad y urgencia. El mismo ministro, en la causa *Verrocchi*,[10] había hecho referencia también a la doctrina del acto complejo, para sostener la necesaria intervención del Congreso en el procedimiento de emisión de los DNU, y la imposibilidad de emitirlos mientras no se sancionara la ley encargada de regular la intervención del Poder Legislativo.

Parte de la doctrina no estaba de acuerdo con la posición del doctor Petracchi porque consideraba que la falta de sanción de la ley a la que se refiere el artículo 99 en su inciso 3.º no podía entenderse como una restricción a la posibilidad que el Poder Ejecutivo tiene de dictar decretos de necesidad y urgencia, y entendiendo que no era viable utilizar la omisión del Congreso como argumento para obstaculizar el

---

[7] Causas *Video Club Dreams* (1995, *Fallos*, 318: 1154), *Kupchik* (1998, *Fallos*, 321: 378) y *Berkley International ART S. A.* (2000, *Fallos*, 323: 3770).

[8] Entre otras causas: *Video Club Dreams* (1995, *Fallos*, 318: 1154), *Rodríguez* (1997, *Fallos*, 320: 2851; *La Ley*, 1997-F, 884), *Kupchik* (1998, *Fallos*, 321: 378), *Verocchi* (1999, *Fallos*, 322: 1726; *La Ley*, 2000-A, 88), *Guida* (2000, *Fallos*, 323: 1566; *La Ley*, 2000-C, 828), *Berkley International ART S. A.* (2000, *Fallos*, 323: 3370), *Risolía de Ocampo* (2000, *Fallos*, 323: 1934; *La Ley*, 2000-F, 133), *Pesquera Leal* (2000, *Fallos*), *Casime* (2001, *Fallos*, 324: 333), *Smith* (2002, *La Ley*, 2002-A, 770), *Müller* (*La Ley*, 2003-C, 293).

[9] *CSJN*, 4.10.2003; *La Ley*, 2003-C, 293.

[10] *Verocchi* (1999, *Fallos*, 322: 1726; *La Ley*, 2000-A, 88).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

dictado de estos decretos, porque de ser así podría configurarse un caso de omisión inconstitucional.[11]

Sin embargo, otro importante sector de la doctrina coincidía con la posición del doctor Petracchi, por entender que si las circunstancias que permiten dictar esos decretos no llegan a configurar el carácter de excepcionales, ellos carecen de validez, pero aunque las circunstancias que los originan fueran realmente excepcionales, también carecerían de validez al no poder ser ratificados por la Comisión Bicameral Permanente.[12]

5. Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes: análisis de la ley n.º 26122

La ley especial a la que se refiere el inciso 3.º del artículo 99, encargada de regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes que dicta el Poder Ejecutivo, en los términos de los artículos 99, inciso 3.º, 76, 80 y 100, incisos 12.º y 13.º, de la Constitución nacional —ley cuya sanción estuvimos esperando doce años—, fue sancionada el 20 de julio y publicada en el *Boletín Oficial* el 28 de julio de 2006.

5.1. Comisión Bicameral Permanente. Su composición y actuación

La Comisión Bicameral Permanente está integrada, según el artículo 3.º de la ley 26122, por ocho diputados y ocho senadores, designados por el presidente de cada una de las Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, debiéndose respetar en ella la proporción de las representaciones políticas. Sus integrantes durarán en el ejercicio de su función hasta la siguiente renovación de la Cámara a la que pertenecen, pudiendo ser reelectos. Anualmente se elegirán un presidente, un vicepresidente y un secretario, los que podrán ser reelectos. La presidencia es alternativa y corresponderá un año a cada Cámara.

Deberá actuar aun durante el receso del Congreso y tendrá que contar, para sesionar, con la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros; ese mismo quórum precisará para emitir dictámenes y, en el supuesto de que haya más de un dictamen con igual número de firmas, se considerará dictamen de mayoría el que lleve la firma del presidente de la Comisión. Para su actuación, la Comisión deberá dictar un reglamento de funcionamiento interno, y serán de aplicación supletoria los

---

[11] Cf. María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003; Federico Mariano Egea: «Intervención efectiva del Congreso de la nación y validez en los decretos de necesidad y urgencia. El fallo *Müller*», en *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Derecho Administrativo, 5.12.2003.

[12] Félix V. Lonigro: «No hay necesidad ni urgencia», en *La Nación*, Buenos Aires, 30.10.2003.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

reglamentos de las Cámaras de Diputados y Senadores: prevalecerá el reglamento de la Cámara que ejerce la presidencia durante el año en que es requerida la aplicación supletoria.

5.1.1. Intervención en relación con los decretos de necesidad y urgencia

La Comisión deberá expedirse acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar su dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento. Al emitir su dictamen deberá analizar si el decreto respectivo cumple o no con los requisitos tanto formales como sustanciales establecidos constitucionalmente, pudiendo consultar para ello a las comisiones permanentes competentes en la materia que funcionan en cada una de las Cámaras.

5.1.2. Intervención en relación con los decretos delegados

En este caso, la Comisión Bicameral Permanente dictaminará expresamente sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto delegado a la materia y a las bases de la delegación, así como al plazo fijado por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo regulado en el artículo 76 de la Constitución nacional. También podrá consultar a las comisiones permanentes establecidas en cada Cámara.

5.1.3. Intervención en relación con los decretos de promulgación parcial de leyes

Al pronunciarse en este caso sobre la procedencia formal y sustancial de los decretos de promulgación parcial de leyes, deberá indicar si las partes promulgadas parcialmente tienen o no autonomía y si la aprobación parcial hecha por el Poder Ejecutivo altera o no el espíritu o la unidad del proyecto de ley sancionado originalmente por el Legislativo.

5.1.4. Despacho de la Comisión Bicameral Permanente

La Comisión tiene un plazo de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete de Ministros, tanto para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración como para elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras.

5.2. Actuación del plenario de cada Cámara

Vencido dicho plazo sin que la Comisión haya elevado el correspondiente dictamen, las Cámaras deberán abocarse al expreso e inmediato tratamiento del decreto. No podrán introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Ejecutivo, sino que tendrán que circunscribirse a la aceptación o rechazo del decreto en cuestión, mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes. Asimismo, cada Cámara en forma inmediata le comunicará a la otra su pronunciamiento. Las resoluciones de las Cámaras aprobando o rechazando un decreto deben ser notificadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el *Boletín Oficial*.

La ley analizada, en su artículo 24, establece que el rechazo por ambas Cámaras del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.º del Código Civil, pero quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia.

5.3. Comisión Bicameral de Seguimiento

El artículo 27 de la ley 26122 establece que la denominada Comisión Bicameral de Seguimiento, creada en el seno del Congreso nacional por el artículo 20 de la ley 25561, de Emergencia Económica, solo mantendrá la competencia prevista por el artículo 4.º de la ley 25790 (renegociación de los contratos de obras y servicios públicos).

5.4. Análisis crítico de la ley 26122

Sin ninguna duda, la observación crítica más importante que puede hacérsele a la ley 26122 consiste en que, aunque la Comisión tendrá que expedirse sobre la validez de los decretos dentro de los diez días hábiles posteriores a su remisión al Poder Legislativo por el Jefe de Gabinete de Ministros, no se fija un plazo para que el plenario de cada una de las Cámaras trate los dictámenes de esa comisión, por lo cual el silencio del Congreso estaría respaldando la validez de los decretos. De esto se deduce que, sin que se lo exprese directamente, nos encontramos en presencia de la denominada *sanción ficta:* si bien no se especifica, por estar vedada expresamente por la Constitución nacional, en realidad se produce la sanción tácita del decreto sometido a examen, por el solo hecho de dejar transcurrir el tiempo sin que el Congreso tome decisión alguna, rechazando o aprobando los decretos en cuestión.

Resulta evidente que a pesar del énfasis del artículo 20 de la ley cuando señala que vencido el plazo sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate, tal afirmación no es nada más que simbólica, al no establecerse un plazo dentro del cual las Cámaras deberían expedirse ni afirmarse que en el supuesto de que las Cámaras no se expidieran dentro de ese plazo, ese silencio implicaría el rechazo del decreto por el Congreso. Esta era, en cambio, la consecuencia que establecía el proyecto anterior de la senadora Fernández de Kirchner, que contaba, a mediados de 2002, con dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Al afirmarse en el artículo 24 de la ley analizada que el rechazo por ambas Cámaras del decreto en cuestión implica su derogación, parecería que la aprobación por una sola de las Cámaras sería suficiente para otorgar validez a la norma; de ser así entendemos que se vulneraría lo normado en el artículo 81 de la Constitución nacional, que establece que «ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año».

También podemos señalar que, a nuestro criterio, al integrarse la Comisión tan solo con dieciséis miembros —ocho por cada una de las Cámaras—, no se respetaría adecuadamente la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara, según lo dispone el artículo 99 de la Constitución nacional en su inciso 3.º En cambio, si la cantidad de miembros de la Comisión fuera mayor, podrían estar representadas un mayor número de fuerzas políticas minoritarias. Debemos tener en cuenta, además, que una representación más pluralista aseguraría un mejor control, ya que es en los grupos minoritarios donde recae primordialmente la gestión de control en los órganos deliberativos, pues el sector mayoritario generalmente busca tanto apoyar la actuación del oficialismo como evitar la fiscalización de su actividad.

Con respecto a la elección de las autoridades de la Comisión Bicameral Permanente, hubiera sido más conveniente para asegurar su función de control que la presidencia de este cuerpo quedase en manos de un partido de la oposición, sobre todo teniendo en cuenta que si la Comisión no dictaminara en el plazo de diez días, las Cámaras, de oficio, podrían tratar el tema. Esta última situación ocasionaría que la oposición pudiera perder una instancia relevante de análisis, deliberación y control, oportunidad que se daría en caso de presidir la comisión.

6. Consideraciones finales

En este campo, de especial significación para la República, en el que la reforma constitucional ha avanzado acrecentando de manera excesiva y riesgosa las atribuciones presidenciales, es muy importante dar pasos concretos que nos acerquen a una restauración de la cultura de la legalidad, a consolidar el Estado de derecho. Para que puedan hacerse realidad estas aspiraciones, sería necesario:

— que el Poder Ejecutivo ejerza sus funciones respetando los límites y controles fijados por la Constitución;
— que la Corte Suprema de Justicia no quede comprometida en la lucha entre los poderes políticos del Estado, con lo cual perderían valor y credibilidad sus fallos;
— que el Congreso asuma de manera responsable su papel de legislador, en el escenario del poder del Estado, y que la facultad de delegar que le otorga la Constitución la utilice razonable y prudencialmente, y no de manera improvisada y carente del rigor necesario.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Es necesario que el Congreso se fortalezca, que se acrecienten su independencia y su sentido de responsabilidad, que se ponga a la altura de su misión, del mandato recibido del pueblo, de sus mejores antecedentes históricos, para que sea posible superar la crisis del sentimiento de representación que nos afecta como sociedad y adquieran plena vigencia en nuestro país los valores, principios y normas de la democracia representativa.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Luis Alberto Martínez*

La delegación de facultades legislativas

La historia institucional de nuestra República está plagada de *fenómenos* orientados hacia la centralización del poder en el Estado nacional y la concentración de ese poder en el Poder Ejecutivo nacional. El histórico y circunstancial consenso con respecto a la federación derivó en conductas jurídicas reñidas con la legalidad. Este derrotero lo confirma, entre otros, el incumplimiento del artículo 29 de la Constitución nacional por quienes tuvieron a su cargo el gobierno de la Nación y que a través de la doctrina judicial por vía de excepción, hoy emergencia, concluyó en la redacción del artículo 76 de nuestra carta magna.

Aquella norma constitucional proviene de la dolorosa experiencia vivida en nuestro período preconstituyente, especialmente durante la época de Rosas.

Como precedentes los historiadores citan, entre otros:

1) La resolución de la Junta de Representantes de Buenos Aires, acordando al gobernador Martín Rodríguez el lleno de facultades por tres meses:

> En Buenos Aires, a seis del mes de octubre de mil ochocientos veinte, reunidos en esta Sala de Sesiones los Sres. Representantes del margen, hallándose ya expeditos, para continuar el ejercicio de sus funciones por el esfuerzo de las armas comandadas por el Sr. Gobernador y Capitán General Electo D. Martín Rodríguez [...] Se trató

---

* Abogado, notario, UCC. Especialista en Derecho Público y de la Empresa, Universidad de Castilla La Mancha, España. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, UCASAL. Profesor de Derecho Político, Derecho Público Provincial y Municipal, y Derecho Constitucional, UCASAL y UNSA. Autor de varias obras publicadas por editoriales y universidades nacionales e internacionales.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

después con meditación sobre los sucesos ocurridos desde la noche del día 1.º hasta hoy, y las delicadas circunstancias en que se halla el país por los criminales conatos de los perturbadores del orden, y atentadores de las autoridades legítimamente constituidas, y considerando todo con la mayor detención, meditando los medios de poner el país en tranquilidad y libertar a esta benemérita ciudad de la repetición de horrores y sangre, como los que han precedido, se acordó por unanimidad facultar al Sr. Gobernador y Capitán General por el término de tres meses hasta fin del presente año con todo el lleno de facultades, y la mayor amplitud de ellas que sea necesario al logro de la única y suprema ley de los Estados que es la salud del pueblo, quedando expedito para cuantas ocurrencias puedan presentarse relativa a dicha suprema ley, y a la defensa y seguridad de la provincia [...].[1]

2) La ley del 6 de diciembre de 1829, «Facultades Extraordinarias al Gobernador y Capitán General de la Provincia de Buenos Aires»:

Artículo 1.º Se procederá con arreglo a la ley al nombramiento de Gobernador y Capitán General de la Provincia. (El mismo 6.12.1829 fue nombrado, para ese cargo, el coronel Juan Manuel de Rosas.)

[...]

Artículo 3.º Para los objetos expresados en el artículo anterior (arreglar la administración interior, proveer a sus necesidades, prevenir ataques que intenten los anarquistas y afianzar el orden y tranquilidad pública), se le reviste de las facultades extraordinarias que juzgue necesarias hasta la reunión de la próxima Legislatura, a la que dará cuenta del uso que haya hecho de esta especial autorización.[2]

3) El decreto del 25 de enero de 1830, que aprueba la conducta y le confiere títulos a Rosas:

Buenos Aires, enero 25 de 1830. La H. Junta de Representantes, considerando [...], tiene la alta satisfacción de acordar [...] el decreto siguiente:

Artículo 1.º Se aprueba en todas sus partes la conducta política y militar del ciudadano D. Juan Manuel de Rosas como Comandante General de Campaña, desde 1.º de diciembre del año 1828 hasta el 8 de diciembre próximo pasado, en que tomó posesión del gobierno de la Provincia.

Artículo 2.º Se declara que el ciudadano D. Juan Manuel de Rosas ha sido Restaurador de las leyes e Instituciones de la Provincia de Buenos Aires.

Artículo 3.º Se le confiere el grado de Brigadier de la misma Provincia, reservándose la Legislatura promover oportunamente se le reconozca bajo este carácter en toda la República.[3]

4) La ley del 2 de agosto de 1830. Robustece las facultades extraordinarias al gobernador Rosas:

Artículo 1.º Se autoriza al Gobierno con toda la plenitud de las facultades extraordinarias, para que haciendo uso de ellas, según le dicten su ciencia y conciencia, tome todas las medidas que considere conducentes a salvar la Provincia de los

---

[1] Citado por Helio J. Zarini en *Constitución de la Nación argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 68-71.

[2] Ibídem, cita 1.

[3] Ibídem.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

peligros que ha representado a la Honorable Sala amagan su existencia pública, y libertad civil...

Artículo 2.º La Sala continuará en su sesión ordinaria contrayéndola a los negocios constitucionales, y al despacho de los asuntos particulares, cuya resolución sea compatible con el poder discrecional que por el artículo anterior se otorga al Gobierno.[4]

5) La ley del 7 de marzo de 1835. Otorga la suma del poder público a Rosas:

Artículo 1.º Queda nombrado Gobernador y Capitán General de la Provincia, por el término de cinco años, el Brigadier General D. Juan Manuel de Rosas.

Artículo 2.º Se deposita toda la suma del poder público de la Provincia en la persona del Brigadier General D. Juan Manuel de Rosas, sin más restricciones que las siguientes:

1.º) Que deberá conservar, defender y proteger la Religión Católica Apostólica Romana.

2.º) Que deberá sostener y defender la causa nacional de la Federación que han proclamado todos los pueblos de la República.

Artículo 3.º El ejercicio de este poder extraordinario durará por todo el tiempo que a juicio del Gobierno electo fuese necesario.[5]

6) La ley del 20 de setiembre de 1851. Pone fondos, fortunas, vidas y fama a disposición de Rosas:

Artículo 1.º Los representantes del pueblo poseídos del más íntimo júbilo, aceptan el desistimiento que hace el excelentísimo señor gobernador [...] D. Juan Manuel de Rosas, de la renuncia que reiteradamente había dirigido a esta Honorable Junta [...].

Artículo 2.º Correspondiendo los representantes del pueblo hasta donde les es posible a este acto eminentemente patriótico de su excelencia, declaran solemnemente que todos los fondos de la provincia, las fortunas, vidas, fama y porvenir de los representantes de ella y de sus comitentes, quedan sin limitación ni reserva alguna a disposición de su excelencia hasta dos años después de terminada gloriosamente la guerra contra el loco traidor salvaje unitario Urquiza, y la que su excelencia sabia y enérgicamente ha declarado contra el Brasil [...].

Artículo 3.º Se declara igualmente que los representantes hacen suyas todas las consecuencias, sean las que fueren, de la declaratoria que contiene el artículo anterior; exonerando, como exoneran de todas las consecuencias al excelentísimo señor gobernador, general D. Juan Manuel de Rosas, porque el voto uniforme de la provincia y de la Nación es que se sepulte todo entre gloriosos escombros, antes que dejar impune la traición del loco salvaje unitario Urquiza, y los gravísimos ultrajes que ha hecho y hace el Brasil al honor y a la soberanía de los argentinos.[6]

Nuestra Constitución histórica, en el *artículo 29*, disponía *facultades extraordinarias; suma del poder público*. El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o*

---

4 Ibídem.
5 Ibídem.
6 Ibídem.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.

Después del primer cuarto del siglo XX, la doctrina jurídica derivada de esta histórica norma constitucional sostenía que:

> la tripartición de funciones del Poder del constitucionalismo clásico ha sufrido serio quebranto. La legislación delegada es hoy una realidad que debe computarse seriamente. Ha desaparecido, acaso, la distinción de *ley formal y ley material*. La abdicación parlamentaria en este aspecto es bien significativa y el Poder Ejecutivo se ha visto así llamado a cumplir una tarea legiferante en gran parte con grave deterioro de las seguridades y libertades de la persona. La declinación de las asambleas legislativas en general. Su falta de eficacia es patente y se han realizado esfuerzos para compensar ese déficit por medio de una transformación de los métodos de trabajo de los Parlamentos y por medio de una adaptación de los procedimientos. Pero hasta ahora su resultado ha sido bien relativo. La casi universalidad de la delegación del Poder Legislativo es el reflejo de esta situación. Se manifiesta —observa Meynaud— como el reconocimiento, por parte de las asambleas, de una cierta incapacidad para hacer frente a las necesidades del momento. Con respecto a algunos países, encuentra también su origen en la voluntad de los legisladores de conformidad con el criterio del Poder Ejecutivo para impedir medidas inevitables o impopulares.
>
> La antigua doctrina, expresa Root, recordado por Legón, que prohibía la delegación de poderes legislativos, se ha retirado virtualmente de la escena y ha renunciado a luchar.[7]

La jurisprudencia comparada de esa época estableció pautas. Corresponde citar la causa *USA v. Schechter Poultry Corporation:* «El poder delegado no ha sido canalizado entre taludes que impidan su desborde. Es ilimitado e impreciso». De donde se infieren:

> a) El objeto de la delegación debe ser claro y terminantemente definido; b) la Legislatura debe sentar y delinear definidamente una política para ser cumplida por la ley; c) la Legislatura debe establecer en la ley misma cierto criterio para limitar y guiar la discreción del Ejecutivo; d) la Legislatura no puede permitir o autorizar al Ejecutivo para imponer, a su única discreción, ninguna sanción penal. A ello corresponde agregar que la delegación debe ser, en principio, temporaria y con posibilidad para el Parlamento de reasumir, en cualquier momento, el uso de sus atribuciones constitucionales.[8]

El derecho constitucional europeo se encargó de difundir el vicio de la delegación, quebrantando la tripartición y equilibrio de los poderes del Estado, y fortaleciendo al Ejecutivo. Es el caso de la Constitución francesa, que determina el ámbito del Parlamento (artículo 34); lo demás es facultad reglamentaria (artículo 37). Basta que el asunto sea así resuelto por el Consejo de Estado para que el Ejecutivo lo

---

[7] César Enrique Romero, Víctor P. de Zavalía (eds.): *Derecho constitucional,* tomo I, Buenos Aires, 1975, pp. 204-205.

[8] Ibídem, cita 7.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

modifique (artículo 37, *in fine*). El artículo 38 de la ley fundamental de 1958 determina que *el gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento para adoptar, mediante órdenes ministeriales, durante un tiempo limitado, las medidas que corrientemente son del dominio de la ley.*

En Inglaterra existe la tendencia similar de trasladar al gabinete facultades legislativas, lo que se explica por la falta del tiempo de Parlamento ante la ingente tarea legislativa, el creciente tecnicismo de las normas, la mayor flexibilidad y capacidad de adaptación de la acción ejecutiva.

La Constitución italiana de 1948 es una de las primeras leyes fundamentales posteriores a la segunda posguerra que introduce la delegación legislativa en su articulado. Lo hace de la siguiente manera, en el artículo 76: «El ejercicio de la función legislativa no puede ser delegado en el gobierno sino con determinación de principios y criterios directivos y solamente por tiempo limitado y para objetos definidos». La interpretación jurisprudencial ha sido la encargada de completar el sentido de la norma y de darle su verdadero alcance.

El texto constitucional español de 1978 impuso límites a esta institución. Las materias contenidas en las *leyes orgánicas* no pueden ser delegadas. Se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, aprobación de autonomías regionales y régimen electoral. La delegación debe ser realizada en forma expresa, por tiempo determinado y sobre una materia en particular.

Con posterioridad a la mitad de la década de 1920, dice Mario Midón: «fue común que la Corte se alineara rechazando la figura de la delegación legislativa, pero tan pronto debía resolver una causa en la que se constataba su existencia apelaba al disfraz de encubrir ese acto con el rótulo de decreto reglamentario». Algunos casos: *Delfino, Bonevo, Comité Radical, Novich, Cernadas, Rajones, Anodia, Ufito*. En todos ellos «a pesar de configurarse manifiestas delegaciones, el alto tribunal confirió validez al decreto objetado aduciendo, generalmente, que el mismo había sido dictado en ejercicio de la atribución presidencial que habilitaba el antiguo artículo 86, inciso 2)». Los casos estudiados son sumamente representativos y comienzan con *Delfino*, de 1927, considerado un *leading case* en la materia, primera oportunidad en que la Corte da comienzo a esta suerte de jurisprudencia engañosa.

Por su parte, Vanossi, citado por Sabsay y Onaindia,[9] efectúa una síntesis de la línea doctrinaria de la Corte; para ello toma el caso *Domínguez, Luis c/ SAICF Kaiser Aluminio* (*Fallos*, 280: 25), en el cual el alto tribunal hace referencia a otras decisiones suyas tomadas con anterioridad. El citado jurista extrae las siguientes partes del mencionado fallo:

---

[9] Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia: *La Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, pp. 230-244.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

a) [...] ciertamente el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos;
b) [...] desde luego, no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándola sobre ella;
c) [...] existe más distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido, aún en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución;
d) [...] no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. Y ello habida cuenta de que, en tales puestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (artículo 86, inciso 2)», cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo.

Vanossi considera que para la Corte solo está prohibida la delegación que implique «el traspaso total del poder en sí, pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial, en los que un poder —el Legislativo— comisiona al otro —el Ejecutivo— para la implementación o complementación de un determinado régimen legal». Poco tiempo antes de la reforma parcial de 1994, la Corte dictó el fallo n.º 92220 del 21.12.1993 (publicado en *La Ley*, 30.5.1994, caratulado *Cocchia, Jorge D. c/ Estado nacional y otro*. Ha sido considerado como referencia para la delegación legislativa, un equivalente de lo que significó el caso *Peralta* en materia de reglamentos de necesidad y urgencia. Se trató de un fallo dividido (cinco votos contra tres —los de los doctores Fayt, Belluscio y Petracchi—, mientras que el doctor Levene no se pronunció).

Esta sentencia declara parcialmente constitucional el decreto 817/92 en sus partes relativas a la modificación del régimen laboral portuario. La norma había suspendido la aplicación del convenio colectivo 44/89 firmado entre el Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos y el Centro Coordinador de Actividades Portuarias. Frente a tal situación, el secretario general del citado gremio interpuso una acción de amparo que obtuvo satisfacción en primera y segunda instancias. En los considerandos del decreto se invocan las leyes 23696 de reforma administrativa y 23697 de emergencia económica. El Ejecutivo señala allí que a través de dichas normas «el Poder Legislativo puso en marcha un proceso de transformaciones económicas, para cuyo cumplimiento facultó al Poder Ejecutivo nacional a adoptar decisiones tendientes a materializar las pautas allí fijadas». El acto del órgano administrador encontraba su justificación en la necesidad de reducir los sobrecostos económicos que

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

ocasionaba el régimen laboral portuario en vigencia, derivado de un convenio colectivo de trabajo. Debe destacarse que tanto el fallo de primera instancia como el de alzada hicieron lugar al amparo, en razón, principalmente, de que «las disposiciones del decreto no guardaban relación alguna con la reforma del Estado ni la situación de emergencia y que, por lo tanto, el Poder Ejecutivo nacional había excedido sus facultades constitucionales».

Así las cosas, la Corte considera que en la especie se encuentran reunidas las exigencias que ella ha impuesto para que la delegación legislativa sea constitucional; en esta ocasión se habla de *reglamentos de ejecución sustantivos.* El alto tribunal manifiesta que el Poder Ejecutivo se encontraba habilitado para ello. Parte de la no existencia en nuestro sistema de la delegación legislativa en sentido estricto para luego reconocer validez a los supuestos de delegación impropia, fundada en el artículo 86, inciso 2, de la Constitución. Luego, en sus fundamentos, repite los argumentos más importantes de los anteriores fallos dictados por ella. En lo que hace a la habilitación del Ejecutivo y a la razonabilidad de las medidas tomadas por este en la especie, se considera allí que —solo tomamos los considerandos que nos parecen más relevantes—:

> La ley 23696 se presenta como un estatuto para las privatizaciones, con el fin de reubicar al Estado en el lugar que le reserva su competencia subsidiaria, estableciendo, para llevar a cabo tal política de privatizaciones, el procedimiento decisorio y el control de su ejecución.
>
> [...] El Congreso no solo se abstuvo de adoptar decisiones diferentes a las del decreto 817/92, sino que él es consecuencia de decisiones previstas del legislador y de absolutamente claras decisiones coincidentes posteriores.
>
> [...] El Congreso no renuncia a la competencia legislativa sobre la materia que fue objeto de la delegación, por lo que podría en todo momento cambiar la directiva política, lo cual excede las posibilidades del Ejecutivo, y deja sin efecto las disposiciones que este hubiera adoptado.
>
> [...] La enorme conmoción institucional que supondría la declaración de inconstitucionalidad del mecanismo elegido por el Congreso [...] para llevar a cabo el plan de privatizaciones, solo se vería razonablemente justificada si mediara una sustancial afectación, manifiesta o demostrada, de derechos personales de raigambre constitucional o una violación indudable del reparto de competencias dispuesto en la carta magna para organizar las instituciones que integran el Gobierno de la Nación.
>
> [...] Las medidas dispuestas en el decreto 817/91 con relación al régimen laboral se ajustan a lo dispuesto en la ley de reforma administrativa, pues no es razonable interpretar que la autorización conferida se limita estrictamente a las normas que regulan la actuación de los a privatizar, dejando afuera de esa potestad las posibilidad de excluir reglamentaciones ajenas a tales entes estrechamente vinculadas con el servicio.
>
> [...] En ejercicio del poder de policía de emergencia, el Estado puede interferir en el ámbito de las relaciones laborales entre grupos de empresarios y trabajadores.
>
> [...] En los regímenes de Ejecutivo de origen presidencialista, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan —aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general— la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no obtiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo, es evidente que ha muerto el Estado constitucional de Derecho (disidencia de los doctores Fayt y Belluscio).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

El doctor Petracchi en su disidencia considera la admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de normas generales en un proceso de amparo, cuando la invalidez de estas reviste carácter manifiesto.

Las exorbitantes facultades que el coto de la mayoría le está reconociendo al Ejecutivo importan de hecho el otorgamiento de la delegación legislativa propia. Pues quedan trastrocadas todas las exigencias que tanto el derecho comparado como la jurisprudencia anterior de la Corte establecía en esta materia. Así, como normas habilitantes se hace alusión a leyes generales sancionadas tres años antes del dictado del cuestionado decreto, en las cuales, por otra parte, no se hace referencia alguna a la materia objeto de este. De modo tal, se ha permitido el traspaso de una importante porción de la competencia del Legislativo. Se trata nada menos que de la potestad de reglamentar derechos reconocidos en el artículo 14 *bis* de la Constitución. Facultad que el Congreso recibe por expresa mención del constituyente. Ello, sin que exista un patrón o estándar de política legislativa que sustente el poder que se le confiere al Ejecutivo, el cual por otra parte lo recibe por tiempo indeterminado y de manera implícita. En realidad, es la emergencia a la que tan sabiamente aluden los votos de los doctores Fayt y Belluscio el verdadero fundamento del voto de la mayoría. Quien habla de emergencia de manera indiscriminada en realidad acerca su argumentación a la de la razón de Estado que siempre ha sido el motivo de justificación de los actos del poder político en los sistemas de tipo autocrático. No por casualidad en la ya citada disidencia se habla del riesgo de muerte que se hace correr al Estado de derecho con actos jurisdiccionales de estas características.

> Con tal comportamiento jurisdiccional, las impugnaciones fundadas en la existencia de una delegación se parecían más a una conversación de sordos que una infracción a la Ley fundamental. En presencia de esta anomalía por la cual la Corte acogió la ley delegada con el nombre de decreto reglamentario, dimos en llamar a los decretos delegados, como reglamentos con nombre prestado y falsa identidad.[10]

La herencia recibida por la nueva e incipiente democracia, en 1983, superó las expectativas y tornó insuficientes los planes de gobierno. El pueblo de la Nación argentina legalizó y legitimó su gobierno representativo, republicano y federal, sin *auditorías* previas, pero con *beneficio de inventario,* que hasta la fecha seguimos practicando en orden a la posibilidad e identidad de cada uno de nuestros gobiernos. Por su parte, los partidos políticos, convertidos en *maquinarias* electorales, renunciaron a sus competencias fundamentales y, por supuesto, a sus fines orientados hacia el bien común. Los quebrantos económicos financieros del Estado, como *renovada teoría de facto* en nuestro país, ha requerido desde 1983 sucesivamente de gobiernos *condicionados* (1983-1989), *incondicionales* (1989-1999), de

[10] Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, pp. 501-508.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

legitimación (transitorios hasta 2003) y, actualmente, de *administración discrecional con superávit fiscal*.

Lo cierto es que el *Estado de necesidad*, la emergencia o necesidad del gobierno y la crisis constitucional, inspiró a los autores del Pacto de Olivos a incluir dentro del *núcleo de coincidencias básicas* de la ley que declaró la necesidad de la reforma parcial de nuestra Constitución nacional de 1994, el actual artículo 76, complementado por los incisos 1 y 3 del artículo 99 y el artículo 100, inciso 12, con su respectiva cláusula transitoria octava.

Con acierto, el Dr. Mario Midón sostiene:

> Esta y otras reformas son parte del proverbial y riquísimo campo de artísticas creaciones destinadas a satisfacer la angurria del poder, porque mientras las cláusulas que acrecen facultades de quienes mandan son operativas, muchas de las conquistas esperan con paciencia que el Congreso y sus mayorías dicten las leyes reglamentarias que dan vida a las instituciones de control.

La nueva Constitución nacional establece, en su artículo 76:

> Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.
>
> La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

El artículo 99, incisos 1 y 3, de la Constitución nacional establece:

> El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:
> 1) Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.
> [...]
> 3) Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.
>
> El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.
>
> Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros.
>
> El Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Por su parte, el artículo 100, inciso 12, CN:

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> El Jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.
>
> Al Jefe de Gabinete de Ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde:
>
> [...]
>
> 12. Refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente.

Cláusula transitoria n.º 8 CN:

> Dado que hasta ahora el Poder Ejecutivo ha ejercido facultades legislativas delegadas que son expresamente prohibidas por el artículo 76, se dictó esta cláusula transitoria a fin de que en un plazo de cinco años caduquen a menos que el Congreso las ratifique con una nueva ley. Esto demandará una tarea de investigación para detectar las normas dictadas mediante este procedimiento.

Este articulado fue agregado como un nuevo sistema de competencias del poder del Estado nacional, cuyo surgimiento el maestro Alberto Spota fundamenta en una lenta evolución de las instituciones que ha importado un cambio significativo, en el tiempo, del rol del Parlamento. El siglo XX trajo aparejados grandes cambios. Las dificultades económicas, las contiendas bélicas y el cambio en la naturaleza de las decisiones que se esperan del Estado tienen como rasgo común la necesidad de prontitud en la toma de decisiones, una naturaleza preponderantemente administrativa y gran contenido técnico. Ello actuó como una causa principal en la conversión de la función de los Parlamentos y de los Congresos en el mundo contemporáneo.

Dicen Sabsay y otro:[11]

> Debemos tener en cuenta que el desequilibrio en el principio de separación de poderes, debe de algún modo reajustarse. El mismo, como veremos, proviene de la determinación del tipo de delegación admisible en el Estado de derecho y del control que por vía de diferentes exigencias y de la intervención de otros órganos, debe rodear a la institución en su conjunto. Cullen nos aporta un primer elemento para la resolución de este problema, con su clara diferenciación de los conceptos *de delegación propia y de delegación impropia.* Sostiene el profesor santafecino que «la necesidad de evitar la concentración del poder, por un lado, y de permitir una flexibilización y eficacia de ejercicio, por el otro, llevaron a distinguir entre delegación propia e impropia. La primera, importa transferir pura e incondicionalmente la función atribuida a un órgano, hacia otro. La segunda, significa no transferir la función sino solo las particularidades de esta que, por su naturaleza, no pueden ser ejercidas por el Congreso. La delegación propia no resulta aceptada y sí, en cambio, la impropia».

Entrando en el análisis del marco constitucional previo a la reforma, Vanossi expresa:

> Este punto no está expresamente contemplado en la Constitución nacional, pero es del caso buscar en ella las normas de competencia que establecen límites o

[11] Sabsay y Onaindia: «La Constitución de los argentinos...», o. cit.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

prohibiciones expresas en materia de relaciones entre los poderes. Desde este punto de vista, estimamos que es aplicable al caso la norma marco o norma límite del artículo 29.

Según Bielsa, para que la delegación legislativa se ubique en un marco jurídico adecuado debe ser llevada a cabo de conformidad con los siguientes extremos:

1.º La delegación es válida cuando se limita a la determinación de normas legislativas generales que conciernen al poder u órgano que debe reglar la materia en principio, pero que dada la extensión de las normas requieren la anuencia legislativa.
2.º Cuando por la delegación no se transfiere un poder, sino que se encarga a una autoridad dictar normas que prosiguen la actividad legislativa dentro de una materia y de límites determinados. En consecuencia, el Poder Legislativo puede derogar las normas delegadas en cualquier momento.
3.º Cuando por el acto de la delegación no se renuncia al ejercicio del deber de contralor que la Constitución ha atribuido a un Poder sobre los actos de otro, como el de aprobar o rechazar la cuenta de inversión que tiene el Congreso.
4.º Cuando no se atribuye una facultad discrecional en materia penal o fiscal o relativa a los derechos civiles, a un Poder de modo que este pueda crear o suprimir responsabilidad de las personas, o privarlas de la protección judicial.

En resumen, para estos autores, las exigencias para que pueda operar la delegación legislativa sin afectar de manera irremediable a las instituciones republicanas son:

— que la delegación sea impropia;
— que el órgano delegante no pierda sus facultades de control sobre el órgano delegado, fiscalización que incluye la posibilidad de dejar sin efecto el reglamento resultante de la delegación;
— por ende, el delegante no pierde tampoco su competencia sobre la materia delegada;
— ciertas materias que hacen a los derechos fundamentales de las personas, entre otras, deben quedar fuera de la esfera de la delegación;
— el órgano delegante debe determinar en el acto de delegación los principios de política legislativa en la materia (expresión que la jurisprudencia estadounidense encierra en el concepto de *standards* a patrones legislativos). Es decir que ella no será una suerte de *cheque en blanco* concedido a favor del Ejecutivo sino que este último debe completar una norma ya *planteada* por el legislador a través de todos los contenidos emparentados por su naturaleza con el tipo de tareas que él desarrolla;
— que no sea implícita, es decir, supuestamente derivada de otro acto del Legislativo; por el contrario, ella debe ser expresa y para el caso o situación en cuestión;
— que sea por tiempo determinado;

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

— que exista un control jurisdiccional a posteriori, además del que le compete al propio órgano delegante.

Por la trascendencia que tiene para la vida y bienes de los argentinos, y que podría constituir el objeto de otro análisis, voy a hacer una breve referencia a los llamados *superpoderes* o delegaciones presupuestarias del artículo 37 de la ley n.º 24156, que son una de las mejores herramientas de atomización de la institución presupuestaria como instituto constitucional de gobierno y control de la República. El presupuesto ha sido objeto de una mutación y reducción que ha desembocado en su desconstitucionalización. Pasó de ser un sistema constitucional de órdenes, de límites, de garantías, de competencia y de responsabilidad, necesariamente inserto en el orden político, orgánico y económico del país, que en sí mismo es la imagen del Estado, a ser una mera reducción de aquel, que tiene por objeto un mayor superávit fiscal primario y reglas macroeconómicas. Dejó de ser el plan anual de gobierno y se transformó en el instrumento de la política económica para un mayor superávit primario, el cierre de caja, para licuar responsabilidades políticas de las principales autoridades y para la concentración del poder en el Ejecutivo nacional, el Jefe de Gabinete o ministros.[12]

El artículo 37 de la ley n.º 24156 establece:

> La reglamentación establecerá los alcances y mecanismos para efectuar las modificaciones a la ley de presupuesto general que resulten necesarios durante su ejecución. Quedarán reservadas al Congreso nacional las decisiones que afecten el monto total del presupuesto y el monto del endeudamiento previsto, así como los cambios que impliquen incrementar los gastos corrientes en detrimento de los gastos de capital o de las aplicaciones financieras, y los que impliquen un cambio en la distribución de las finalidades.

Sin perjuicio de otras sabias reflexiones doctrinales, a las que me adhiero y que el maestro G. Bidart Campos las sintetizó como pautas de limitación y control:

— Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia.
— Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad.
— Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable.
— Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia.

---

[12] Fuente: Cra. Lea Cristina Cortes de Trejo, profesora de la Universidad Nacional del Salvador.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

— Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser judiciable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Ana María Bestard*

Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo

1. Introducción. Planteo del tema. Su problemática

El tema de la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo reviste enorme importancia en el ámbito político institucional, pues se vincula estrechamente con la función y atribuciones del Poder Legislativo y con el principio constitucional de la división de poderes, cuyo *telos* último consiste en la protección de las libertades individuales. En definitiva, el tema es central porque se vincula con el Estado de derecho y, por ende, con la libertad de los particulares y la seguridad jurídica.

Hecha la precedente e ineludible aclaración, la doctrina ubica históricamente el instituto de la delegación durante la Primera Guerra Mundial. En verdad, su práctica se agudiza en la famosa crisis de 1929 y se consolida en el nivel constitucional luego de la Segunda Guerra Mundial, sin perjuicio de reconocer antecedentes en tiempos muy anteriores.

Quizás la cuestión del aumento del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo no esté originada solamente en la complejidad y celeridad de la vida política, económica y financiera, ni en las realidades tecnológicas de nuestro tiempo, sino —también— en el rol que la sociedad ha asignado, en cada momento histórico, al Poder Legislativo. Ello sin dejar de reconocer —acrecentando la complejidad

---

* Profesora adjunta regular de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesional principal, CONICET.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

del tema— la incidencia, en la materia, del comportamiento de otro de los poderes centrales de la tríada clásica, el Poder Judicial y, en especial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al ejercer el control de constitucionalidad respecto de los actos de delegación del Poder Legislativo (leyes) como de los actos delegados del Poder Ejecutivo (reglamentos o decretos).

Recordemos que el Parlamento durante la Edad Media ejercía la función de tribunal de justicia; no hacía la ley. El Parlamento como hacedor de la ley aparece en Inglaterra, en el siglo XVII.

> No hay que olvidar que las normas básicas que estructuraron la Gran Bretaña moderna, esto es el Bill de Derechos, el Bill de Habeas Corpus, el Acta de Establecimiento y toda normativa que convierte en norma jurídica la victoria del Parlamento inglés sobre la Corona, es la primera verdadera obra legislativa del Parlamento en el mundo y fundamentalmente, en Inglaterra.[1]

El afianzamiento en el pueblo de la concepción de que el poder político reside en él y no en el monarca hace que el Parlamento se vea no solo como hacedor de la ley, reglamentaria de nuestros derechos, sino como órgano legítimo para crear y establecer las líneas de conducción de la sociedad en el orden político, económico y social. Dicho afianzamiento se produce en un proceso que comienza, en términos generales, en el siglo XVIII y se desarrolla especialmente durante el siglo XX, cuando el Poder Legislativo resulta «una pieza vital del sistema político democrático, cuya estabilidad depende, por lo tanto, en gran medida de la funcionalidad del órgano legislativo [...] el ajustado funcionamiento y una amplia representatividad del Parlamento son imprescindibles para la consolidación de la democracia».[2] En su seno, entonces, se debaten y establecen los lineamientos rectores de nuestra convivencia social. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, el principio de división de poderes, un principio básico del Estado de derecho, representa el respeto al reparto de funciones estatales sobre la base de que la función legislativa es propia y exclusiva del Poder Legislativo.

Delegar, como ha hecho el Congreso argentino en los últimos años, facultades extraordinarias en el Poder Ejecutivo significa resignar su rol esencial de establecer las políticas estatales.

Nuestra postura pudiera parecer tradicional o conservadora frente a quienes avalan la delegación, en virtud de la necesidad de tomar decisiones de carácter técnico, rápidamente, para resolver los problemas urgentes. Quienes así piensan sostienen que la acción es propia de la unidad y que el Parlamento es un cuerpo colegiado, con lentos procedimientos, mucho más ineficaz para la toma de dichas decisiones que el Poder Ejecutivo. Si bien pareciera innegable, no solo en Argentina, la tendencia al

---

[1] A. A. Spota: «La delegación legislativa en el Ejecutivo y el cambio de rol de los Parlamentos y Congresos en la vida política de los pueblos de Occidente en el siglo XX», en *La Ley,* 18.10.1989.

[2] Félix R. Loñ: *Constitución y democracia,* Buenos Aires, Lerner, 1987. p. 441.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

aumento de facultades del Ejecutivo, pasando revista a nuestra traumática historia nacional (no podemos dejar de señalar aquí que los constituyentes del 53 sabiamente incorporaron el artículo 29 de la Constitución nacional a causa de la experiencia sufrida por un gobierno que se arrogó facultades extraordinarias y la suma del poder público), estimamos necesario defender el principio de división de poderes como instrumento válido, filosófico y jurídico-constitucional, establecido para evitar la concentración de poder en el órgano ejecutivo, vicio en el que los argentinos incurrimos reiteradamente en perjuicio de la República y de nuestras libertades personales.

Agregamos, como adelantamos al comienzo, que en esta ardua y difícil tarea de vivenciar el Estado de derecho, o mejor hoy, el Estado social y constitucional de derecho, no solo el Parlamento desarrolla un papel preponderante en el sistema sociopolítico, sino que asimismo el Poder Judicial, y en especial la Corte Suprema, lo hacen. El control de constitucionalidad ejercido por todos y cada uno de los jueces del sistema se convierte en el reaseguro final del rol que debe jugar el Congreso, conforme lo venimos describiendo. Bien que consideramos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un verdadero *órgano de poder* del Estado.

La pérdida de elaboración y control de la política legislativa por el Parlamento, y la consiguiente convalidación de ello por el Poder Judicial, importan la destrucción del sistema plasmado en la Constitución nacional y la inmersión de la República en las graves crisis que parecieran endémicas en nuestra realidad nacional. No está demás apuntar que no nos referimos a la delegación técnica normativa vinculada a la confección de leyes de complejidad técnica y cuya redacción conviene destinar a expertos, como por ejemplo las referidas a los textos ordenados de las leyes o a los digestos jurídicos; ni tampoco a la delegación administrativa, propia de la necesidad de la administración, centralizada y descentralizada, de regular en forma permanente y ordinaria las actividades indispensables para el logro de sus fines. Nuestra preocupación central se dirige a la delegación política o gubernamental, es decir, aquella que hace el Poder Legislativo, en época de emergencia, a favor del Poder Ejecutivo para que dicte las normas que la situación requiera, generalmente, de manera amplia, temporal o transitoria (a veces) y a efectos de concretar un determinado programa de gobierno.[3]

2. La delegación en la Argentina

Haremos una referencia a la normativa constitucional argentina, que difiere de la norteamericana, pues en esta última el presidente norteamericano no cuenta

[3] Las diferentes denominaciones de los reglamentos enunciados en el presente párrafo siguen la doctrina de Alfonso Santiago y Valentín Thury Cornejo en *Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional.* Buenos Aires, Ábaco, 2003.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

con una atribución expresa de reglamentación de los derechos, como sí posee el argentino, conforme al artículo 86, inciso 2, de la Constitución nacional de 1853-60, actual artículo 99, inciso 2. Sin perjuicio de reiterar que lo que verdaderamente nos preocupa es el ejercicio de las precitadas facultades, especialmente, en épocas de emergencia, como una forma de la delegación política o gubernamental aludida *ut supra* (punto 1), situación receptada por la reforma constitucional de 1994 en el artículo 76, al que nos referiremos más adelante.

La Constitución histórica, sujeta a los principios del liberalismo individualista de su época, no contemplaba la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. Así, en virtud de los artículos 14.1 y 67,[4] solo el Congreso tenía por competencia la de reglamentar los derechos constitucionales. Estos se limitaban o restringían exclusivamente mediante ley. Cabe agregar a este esquema normativo el artículo 28,[5] basamento constitucional del principio de razonabilidad, también denominado garantía implícita de razonabilidad (artículo 33). A su vez, el precitado artículo 86, inciso 2, de nuestra ley fundamental, asignaba al presidente la competencia reglamentaria para aplicar las leyes, manteniendo la prescripción de no alterar su espíritu al reglamentarlas.[6]

De lo expuesto surge un esquema normativo claro, descriptivo de una gradación jerárquica, que concuerda con la pirámide jurídica kelseniana. No es casual que la competencia expresa y exclusiva de hacer la ley fuera asignada al Congreso, que debía respetar los derechos constitucionales al reglamentarlos, de forma tal de no «alterarlos». En primer lugar, entonces, se encontraba la Constitución, como cúspide de la pirámide, y luego las leyes reglamentarias de los derechos. A su vez, el Poder Ejecutivo estaba habilitado para ejercer la competencia reglamentaria o legislativa, aunque en un nivel infra o sublegal y al único efecto de aplicar la ley. En este caso, el marco o límite infranqueable de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo era doble: la Constitución, en primer término, y la ley, en segundo término. Sin desconocer que, además de la competencia reglamentaria del artículo 86, inciso 2, por la que

---

[4] Artículo 14. «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio».

Artículo 1.º «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución». Una de las características de la forma republicana es el principio de división de poderes.

Artículo 67. «Corresponde al Congreso [:..] [y luego de asignar diferentes competencias en los precedentes 27 incisos] Inciso 28: Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina».

[5] Artículo 28. «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio».

[6] Artículo 86. «El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [:..] 2: Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

emitía decretos reglamentarios o ejecutivos, el Presidente sólo poseía la del inciso 1.º del precitado artículo, por la que dictaba decretos autónomos.

La jurisprudencia fue flexibilizando la normativa constitucional mediante su interpretación. En el caso *Delfino* (1927), la Corte determinó que el Poder Ejecutivo estaba habilitado para reglamentar (establecer una multa) si la ley determinaba los límites dentro de los cuales debía hacerlo. Pero basó dicha facultad en el artículo 86, inciso 2, de la CN. El *holding* del caso fue que «existe una distinción fundamental entre la delegación del poder de hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo sí». Más tarde, el caso *Prattico* (1960) representó otro hito en materia de delegación. En este, el tribunal convalidó «el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida». Se pasó, entonces, de la exigencia de no violar parámetros fijos de la ley delegante a no transgredir su política legislativa clara. Esta *evolución* culmina con el caso *Cocchia* (1993), por el que la validez constitucional de las facultades reglamentarias del Ejecutivo se reducen a no violentar el bloque de legalidad que conforme un programa de gobierno. Consideramos que el último merece nuestra crítica.

3. El caso *Cocchia* (2.12.93)

El Sindicato de Encargados Apuntadores Marítimos presentó un amparo contra el Estado nacional y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con el objeto de lograr la declaración de inconstitucionalidad del decreto 817/92 que derogaba el convenio colectivo de trabajo 44/89 y el marco legal del trabajo portuario. La norma determinaba nuevas negociaciones con las limitaciones que ella misma establecía en el artículo 36, interviniendo irrazonablemente —según la actora— en la actividad que regulaba, competencia exclusiva, por otro lado, del legislador.

La Corte decidió que la norma atacada era constitucional pues reglamentaba un bloque de legalidad, *sin apartarse del programa de gobierno establecido por las leyes que conformaban el mencionado bloque.*[7] *Resulta interesante destacar que el máximo tribunal citó como precedentes a Delfino* y *Prattico,* aunque, en realidad, no lo eran. Asimismo, no podemos dejar de mencionar que creó una categoría nueva de decretos ejecutivos o reglamentarios, dentro de la cual ubicó al impugnado y, de esta manera, lo justificó constitucionalmente. Desde nuestra óptica, la Corte fuerza la inclusión del decreto 817/92 en la precitada categoría para luego aplicar el estándar de *Prattico,* más amplio que el de *Delfino,* aunque a este también lo cita en refuerzo

[7] Sólo declara la inconstitucionalidad del artículo 36 del decreto cuestionado en su correlación con el artículo 35 inciso K, por derogar una convención colectiva de trabajo —en abierta violación del artículo 14 *bis* de la CN, dejando en pie el resto del articulado.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de su postura. Ambos estándares, en *Cocchia*, se ven totalmente excedidos tanto por los hechos del caso como por el marco jurídico aplicado.

Corresponde analizar al respecto el considerando 14, en el cual el más alto tribunal estudió si el decreto 817/92 se encontraba afectado en su constitucionalidad, en razón de su origen orgánico. Esto es lo importante para nuestro análisis: ¿el decreto cuestionado era un decreto delegado —en el sentido que la doctrina había interpretado en los casos *Delfino* o *Prattico*?, ¿o era un decreto de necesidad y urgencia, conforme lo resuelto por la Corte en el caso *Peralta*? Y en cualesquiera de estos casos ¿respetaba la Constitución? Desde lo jurídico, la Constitución histórica —vigente al momento de dictar el aludido fallo— no admitía los decretos delegados o la delegación total, pero sí —aplicando la doctrina judicial de *Delfino* y *Prattico*— únicamente la delegación impropia o parcial.[8] En cuanto a los decretos de necesidad y urgencia, debe recordarse que la Corte había dictado el fallo *Peralta* en diciembre de 1990, avalando la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia con enorme amplitud, prácticamente sin límite alguno, lo que había ocasionado serias discusiones y profundas críticas de la doctrina en materia constitucional. A pesar de que el Poder Ejecutivo había hecho referencia a las leyes 23696 (reforma del Estado) y 23697 (emergencia económica) —entre otras—, el último considerando del decreto 817/92 expresaba que este decreto se dictaba en uso de las facultades que surgían de los incisos 1.º y 2.º del artículo 86 de la Constitución nacional y del artículo 10 de la ley 23696. Con ello parecía que la propia Administración consideraba que se trataba de un decreto reglamentario pues, aunque hablaba del inciso 1.º del artículo 86, que hubiera podido interpretarse como basamento constitucional de los decretos de necesidad y urgencia, ya constitucionalizados por el fallo *Peralta* citado,[9] agregaba el inciso 2.º del artículo 86, en el que descansa la competencia de emitir decretos reglamentarios o ejecutivos. Este hecho desvirtúa la supuesta fundamentación en los decretos de necesidad y urgencia. Corresponde agregar, por nuestro lado, que la situación de hecho que justificó, en opinión del superior tribunal, la emisión del decreto 36/90, cuya tacha de inconstitucionalidad origina el amparo que plantea *Peralta*, tampoco era similar a la del momento en que se interpone la acción que da lugar a la sentencia del caso *Cocchia*. La hiperinflación había sido contenida y se encontraba en plena ejecución el proceso de privatizaciones aprobado, final y rápidamente, por las leyes del Congreso nacional antes mencionadas.

---

[8] «Es en razón de sus caracteres propios, precisamente, que en nuestro sistema no puede considerarse la existencia de reglamentos delegados o de delegación legislativa en sentido estricto, entendiendo por tal al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere —aun con distintos condicionamientos— en beneficio del Ejecutivo, determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales (cf. *Fallos*, 148: 430)». *Delfino*, considerando 14, segundo párrafo.

[9] Para nosotros, el inciso 1.º del artículo 86 CN constituye el basamento constitucional de los decretos autónomos.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La Corte consideró que el decreto 817/92 era un decreto ejecutivo sustantivo. Para ello dividió los decretos reglamentarios o ejecutivos, con base constitucional en el artículo 86, inciso 2, de la Constitución histórica, en dos categorías: los decretos ejecutivos adjetivos y los ejecutivos sustantivos. Creó, de esta manera, una nueva clasificación de reglamentos del órgano ejecutivo. Resulta decisivo el tercer párrafo del considerando 14, que transcribimos a pesar de su extensión, a fin de evitar la más mínima tergiversación de los conceptos allí vertidos por el voto mayoritario del tribunal:

> Se encuentran así claramente identificados los tradicionalmente denominados «reglamentos de ejecución», es decir aquellos que se sancionan para poner en práctica las leyes cuando estas requieren de alguna determinada actividad del Poder Ejecutivo para su vigencia efectiva. Es así que la mayoría de la legislación no precisa, para su efectiva vigencia en la realidad, de decretos ejecutivos —pensemos en la casi totalidad del articulado del Código Civil—, lo que sí ocurre cuando, para la aplicación práctica de la ley, resulta necesaria la actividad de cualquiera de las dependencias de la Administración Pública. En este caso, inevitablemente el Poder Ejecutivo deberá disponer cómo se llevará a cabo tal actividad, siempre cuidando de no contradecir la ley así reglamentada. Se trata, en definitiva, de normas de procedimiento para la adecuada aplicación de la ley por parte de la Administración Pública: son reglamentos de ejecución adjetivos. Distinto es el supuesto de lo que es posible denominar «delegación impropia» —por oposición a la antes indicada delegación en sentido estricto, donde existe una verdadera transferencia de competencia o dejación de competencia— la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador. No existe aquí transferencia alguna de competencia. El legislador define la materia que quiere regular, la estructura y sistematiza, expresa su voluntad, que es la voluntad soberana del pueblo, en un régimen en sí mismo completo y terminado, pero cuya aplicación concreta —normalmente en aspectos parciales— relativa a tiempo y materia, o a otras circunstancias, queda reservada a la decisión del Poder Ejecutivo que, en nuestro caso es, junto con el Legislativo y el Judicial, Gobierno de la Nación Argentina. El Poder Legislativo, muy por el contrario de transferirla, ejerce su competencia, y dispone que el Ejecutivo aplique, concrete o ejecute la ley, según el estándar inteligible que el mismo legislador eligió, es decir, la clara política legislativa, la lógica implícita o explícita, pero siempre discernible, que actúa como un mandato de imperativo cumplimiento por parte del Ejecutivo. Estos reglamentos también se encuentran previstos en el artículo 86 inciso 2, de la Constitución —una norma que, no puede dejar de ser advertido, no se encuentra en su similar norteamericana, lo que refuerza aún más la constitucionalidad, en nuestro sistema, de este tipo de decretos— por lo que, en realidad, son también decretos de ejecución de la ley, aunque con un contenido diverso que los analizados bajo este nombre en primer término. Se trata de reglamentos de ejecución sustantivos ya que no tienen como finalidad establecer el procedimiento según el cual la Administración aplicará la ley —aunque también pueden hacerlo— sino regular, por mandato del legislador, la concreta aplicación de la ley en la sustancia misma del objeto o finalidad por ella definidos. Esta segunda especie de reglamentos de ejecución —que solo impropiamente pueden denominarse delegados— también, por supuesto, encuentra el límite del citado artículo 86 inciso 2.º, *in fine*, no pueden alterar el espíritu de la ley, es decir, la política legislativa que surge del texto aprobado por el Congreso. Pero ello

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> no solo con relación a la norma reglamentada, sino con respecto a todo el bloque de legalidad que conforma, con dicha ley, un sistema, un «programa de gobierno aprobado por el Congreso».

Nosotros nos preguntamos, luego de la lectura del considerando 14, qué significa ejecutar la ley. Si —como dijo la Corte— ya no se trata de reglar los detalles y pormenores, o el procedimiento para poder aplicar la ley y, ahora, a partir de los decretos ejecutivos sustantivos, el presidente se encuentra habilitado para reglamentar la materia delegada en su objeto o finalidad, pensamos que este tipo de medidas emitidas por el Poder Ejecutivo son decretos delegados y no «impropiamente así denominados» —como expresó la Corte— sino decretos *delegados propiamente dichos*.

Si la Constitución histórica los prohibía, es obvio que la Corte debió forzar la interpretación constitucional del artículo 86, inciso 2, CN para lograr legitimarlos. Estando los decretos delegados prohibidos y los decretos de necesidad y urgencia desacreditados, la salida que eligió la Corte estuvo representada por decretos ejecutivos sustantivos.

En uno de los votos que conformaron la mayoría, el del Dr. Boggiano, se encuentra una consideración sobre el particular respecto de la cual no podemos evitar expresar una reflexión. Boggiano dijo:

> Que es necesario, entonces, examinar el artículo 10 de la ley 23696 a la luz de la jurisprudencia del tribunal sobre la materia, ya que no existe en la Constitución una prohibición expresa de la delegación legislativa que permita colegir su repudio por parte del constituyente —que tampoco surge de los debates suscitados en las asambleas—, sin perjuicio de los límites dispuestos en el artículo 29. (Considerando 20)

3.1. Disidencias

Nos enrolamos en la postura de la disidencia, representada por dos votos, uno firmado en forma conjunta por los doctores Fayt y Belluscio, y el otro por el doctor Petracchi.

El primero de los votos en disidencia determinó que la pretensión del Estado nacional importaba «una delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este Tribunal» (considerando 6.º, último párrafo). A su vez, la directiva del mencionado artículo 10 de la ley 23696 aparecía «notoriamente insuficiente como norma habilitante para que el Poder Ejecutivo suspenda la vigencia de los convenios colectivos de trabajo y deje sin efecto "todo acto normativo" que establezca "condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de dirección y administración empresaria conforme lo dispuesto por los artículos 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo", tales como las que menciona el artículo 35 del decreto 817/92, disposición aplicable a todas las "actividades portuarias, conexas y afines"» (considerando 6.º, primer párrafo).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> Que el fundamento de tal negativa reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual —como en su fuente, el constitucionalismo americano— tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituidos, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del Estado de derecho. En efecto, en los regímenes de Ejecutivo de origen presidencialistas —que recibe su legitimación del pueblo soberano—, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan —aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general— la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no tiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el Estado constitucional de derecho (considerando 7).

Petracchi, en la otra disidencia, luego de aclarar que no se puede privatizar lo ya privatizado, porque la actividad a la que se aplicaba el decreto cuestionado, conforme a las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo nacional por el artículo 10 de la ley 23696, ya se encontraba en manos privadas. Agrega que tampoco el decreto cuestionado se hallaba en la órbita de la ley 23697: «Resulta claro que esta ley no avala, ni por asomo, la revisión de un régimen totalmente ajeno al indicado ámbito de aplicación, como lo es el del convenio colectivo 44/89». Tampoco constituye marco legal del decreto 817/92 la ley de puertos n.º 24093, pues es posterior; nunca podría haber sido su sustento.

> Un elemental principio del sistema republicano de gobierno prohíbe aceptar que el Poder Ejecutivo esté facultado —por la mera invocación del artículo 86, inciso 2, de la Constitución nacional— a efectuar per se una reglamentación de derechos constitucionales, como ocurre en el caso, con el derecho reconocido en el artículo 14 *bis* de la ley fundamental, cuando el Congreso no ha querido regular legislativamente la materia. (Considerando 14)
>
> [...] no puede soslayarse que el progreso de las defensas del Estado en este caso, importaría hacer tabla rasa del principio de división de poderes o división de funciones resguardado por esta Corte desde los inicios de la organización nacional (*Fallos*, 1: 32). Aunque parezca innecesario precisarlo, el problema central que subyace en este litigio interesa sustancialmente a la preservación y deslinde de las facultades que poseen los Poderes Legislativo y Ejecutivo, esto es: a la esencia misma del régimen representativo republicano. (Considerando 15)

Además, al criticar al Estado, por su defensa del decreto 817/92: «las normas de todo tipo deben ceder ante ese programa de gobierno», esta disidencia replica:

> Si la República está organizada como un Estado de derecho, en el que gobierno y gobernados se encuentran sometidos a la ley, y no al mero voluntarismo de uno u otros, el aserto transcripto es insostenible, pues presupone la negación, entre otros principios de la Constitución nacional, del relativo a su supremacía y a la estructura jerárquica de las normas jurídicas dictadas en su consecuencia (artículo 31). Ninguna norma cede ante «programas de gobierno», sino ante otras normas, y, en primer lugar, ante la Constitución, la cual —a su vez— no cede ante nada ni nadie [...]. La actividad del Poder Judicial [...] tampoco ha de regirse con arreglo a los citados programas, sino de conformidad con la ley fundamental. Es menester comprender el precio de estos principios, pues los jueces no están llamados por la ley fundamental a acompañar o secundar las políticas escogidas por los poderes a quienes les están confiadas estas. Tampoco, por

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

cierto, están aquellos convocados a oponerse a tales decisiones. La función judicial es muy otra. Se trata, en suma, de resolver las contiendas traídas a su conocimiento de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y, en su caso, contrastar la validez de este, no por su adecuación a «programa» alguno, sino por su conformidad con la Constitución nacional y las leyes que en su consecuencia se dictaren. Los «programas de gobierno» no son normas jurídicas; pero las normas jurídicas pueden, sí, entrañar dichos «programas» (considerando 16).

4. Reforma constitucional de 1994

Poco tiempo después de dictado el fallo *Cocchia* se sancionó la reforma de 1994. En cuanto al tema que especialmente nos preocupa, la reforma de 1994 introdujo el artículo 76[10] en la Constitución nacional y, además, incluyó el artículo 99, inciso 3,[11] referido a los decretos de necesidad y urgencia. La ley 24309 de necesidad de la reforma señaló, entre sus objetivos, el de reducir el presidencialismo. ¿Constituyen las prescripciones de los artículos precitados medidas eficaces para lograr el objetivo?

Si bien las razones de carácter práctico que surgen de las discusiones en el seno de la convención apuntan a limitar la competencia del órgano ejecutivo en estas

---

[10] Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.

La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

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

[11] Artículo 99. El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

[...]

3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente, con el jefe de gabinete deministros.

El Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

materias, extralimitada en los hechos, el marco jurídico plasmado en las normas no produjo los resultados esperados.

5. Análisis del artículo 76 de la Constitución nacional

Del artículo referido a la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo nacional surgen dos pautas claras: en primer lugar, una prohibición, la de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, que —según la redacción constituye una regla— y, en segundo término, una competencia, la de delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que establezca el Congreso de la Nación. Esta competencia significa una excepción a la regla, introducida luego de esta y con el término *salvo*, lo que ratifica el carácter de excepción.

La prohibición está referida a la delegación total o propia, porque la misma norma establece la posibilidad de delegación de *determinadas* materias de administración o de emergencia, *dentro de las bases* y *del plazo* que determine el Congreso de la Nación para su ejercicio. Con ello aceptaría la delegación parcial o impropia.

¿En quién se delega y qué se delega? El Congreso de la Nación debe delegar en el presidente de la Nación, de acuerdo con la correcta hermenéutica constitucional que surge de relacionar el artículo 76 con el artículo 87 CN. Por el último, el Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano con el título de presidente de la Nación. Asimismo hay que tener en cuenta que el artículo 100, inciso 12, CN establece que el jefe de gabinete refrenda los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso.[12]

En cuanto al objeto de la delegación, la Constitución habilita la delegación de determinadas materias de administración, no de todas —como quedó aclarado—, sin perjuicio de la amplitud del término *administración*. Gelli aclara que no podrán delegarse aquellas materias de administración «que requieran un procedimiento de aprobación especial o mayorías agravadas o constituyan un mecanismo de control».[13] En lo referido a la delegación en situaciones de «*emergencia*, no se podrían eludir las prohibiciones del artículo 99, inciso 3, CN —materias tributaria, penal, electoral y de partidos políticos—, aunque no figuren expresamente en el artículo 76 CN. La explicación resulta obvia: constituyen zona de reserva del Poder Legislativo.[14]

---

[12] María Angélica Gelli: «Cuestiones de la delegación legislativa», en *ED Derecho Constitucional*, del 7 de junio de 1999 y en el *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, n.º 158, junio de 1999, p. 8. Con cita de G. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 344.

[13] Ibídem, p. 8. Con cita de Néstor Rubén Fera.

[14] Criterio ratificado por la Corte Suprema in re *Selcro S. A. c/ Jefatura de Gabinete de Ministros*, del 21.10.2003, por el que resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Por otro lado, nos preguntamos: ¿cómo debe interpretarse la palabra *bases*? ¿Qué significa que la delegación (excepcional, debido a que debe hacerse en materias determinadas de administración o de emergencia) debe, además, respetar las bases que determine el Congreso de la Nación? Creemos que *las bases* de la delegación resultan más amplias que los *detalles y pormenores necesarios para aplicar la ley*, conforme el *holding* de Delfino, y, a la vez, más restrictivas que el *bloque de legalidad* de Cocchia.

El último punto que trata la norma constitucional regula la caducidad del plazo, que limita el ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo. Expresa: «La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa». No admite dudas de que la revisión prohibida se refiere a la del Congreso, pues siempre queda la posibilidad de la revisión judicial.

A su vez, la cláusula transitoria octava habla de que la legislación delegada que no contenga plazo caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, a excepción de la que el Congreso ratifique por ley. ¿A qué legislación se refiere? Consideramos correcto interpretar que se refiere a la elaborada por el Poder Ejecutivo, de acuerdo con las bases de la delegación confeccionadas por el Congreso, y no a las propias leyes de delegación del Congreso. Todo ello, a pesar de la poca claridad del texto.

6. La ley 26122

Por último, y después de más de diez años de mora, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26122 (*BO*, 28.07.2006). Esta norma regula el trámite y alcance de la intervención del Congreso de la Nación en los decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial que dicte el Poder Ejecutivo nacional. Reglamenta, asimismo, la Comisión Bicameral Permanente, que debe tener intervención tanto en los decretos delegados (artículo 100, inciso 12, CN) como en los decretos de necesidad y urgencia (artículos 99, inciso 3, y 100, inciso 13, CN) y de promulgación parcial (artículos 80, y 100, inciso 13, CN).

El capítulo II se refiere a la *delegación legislativa* y sus *límites*. El Poder Ejecutivo debe remitir el decreto de delegación legislativa dentro del plazo de diez días a la Comisión Bicameral Permanente (artículo 12). Dicha comisión debe expedirse acerca de la *procedencia formal* y la *adecuación del decreto a la materia y a las*

---

párrafo del artículo 59 de la ley 25237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas a percibir por la Inspección General de Justicia sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución, pues la facultad de crear cargas tributarias o definir o modificar los elementos esenciales de un tributo es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación. *La Ley*, 2004-D-230.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

bases de la delegación, y al plazo fijado para su ejercicio, pudiendo solicitar informes a las comisiones permanentes competentes en función de la materia (artículo 13). Las bases a las cuales debe sujetarse el poder delegado no pueden ser objeto de reglamentación por el Poder Ejecutivo (artículo 11).

En el capítulo IV de la ley se encuentra lo relacionado con el trámite parlamentario de los decretos aquí estudiados. Si el Jefe de Gabinete no remitiera el decreto en diez días, la Comisión debe avocarse de oficio a su tratamiento. Por esa razón, los diez días hábiles que, a su vez, la comisión tiene para expedirse se cuentan desde el vencimiento del plazo precitado en primer término (artículos 18 y 19). En caso de que la comisión no se expida dentro del plazo para ello estipulado (diez días hábiles), las Cámaras se avocarán al «expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3, y 82 de la Constitución nacional» (artículo 20). Si, en cambio, la comisión se expide, eleva su dictamen al plenario de ambas Cámaras y estas deben darle inmediato y expreso tratamiento (artículo 21).

En realidad, la Constitución nacional en su artículo 76 no preveía la intervención de las Cámaras para los decretos delegados. Sin embargo, el capítulo de la ley referido al trámite, al menos en el título, los incluye. Consideramos ineludible la intervención de las Cámaras cuando la Comisión Bicameral no se expida en el término precitado sobre los decretos delegados. De lo contrario, quedarían sin control.

Las Cámaras deben pronunciarse mediante resolución. En consecuencia, entendemos que no procede respecto de ella el veto ni la promulgación del Ejecutivo.

La aprobación o el rechazo de los decretos debe ser expreso, «conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución nacional». Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento en forma inmediata (artículo 22).

Está vedado a las Cámaras introducir modificaciones o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo limitarse a la aceptación o rechazo del decreto mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 23). El rechazo de ambas Cámaras implica su derogación, quedando en pie los derechos adquiridos durante su vigencia (artículo 24).

Por último, cabe agregar que la propia ley aclara que sus disposiciones no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo dictadas por el Poder Ejecutivo nacional (artículo 25).

Advertimos la dudosa constitucionalidad del artículo 22 de la ley 26122. El artículo 82 de la Constitución nacional, introducido por la reforma constitucional de 1994 expresa: «la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta». El texto significa que si el Congreso no se manifiesta expresamente no hay ley, tampoco hay aprobación de medida alguna del Poder Ejecutivo. El silencio de la Administración, o mejor del Estado, debe interpretarse como negativa, nunca en forma positiva, principio este de derecho público ligado al concepto de Estado de derecho y a los principios de legalidad y

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de competencia. La nueva ley exige que tanto la aprobación como el rechazo sean expresos, pero además el artículo 17 de la misma determina que los decretos «tendrán plena vigencia, de conformidad con el artículo 2 del Código Civil». En verdad, esta situación resulta conveniente al Ejecutivo, porque si no logra la mayoría en el Congreso para aprobar el decreto delegado, este sigue vigente. Con ello revierte el principio incorporado a la Constitución por la Convención Constituyente de 1994, en el precitado artículo 82 (si el Congreso no se expide en forma expresa no quedan aprobadas las disposiciones de carácter general).

Por otro lado, para rechazar la medida del Poder Ejecutivo se requiere la mayoría absoluta de los presentes de ambas Cámaras.

La doctrina del silencio del Congreso como afirmativa fue duramente criticada en la Convención Constituyente de 1994, criterio ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *Verrocchi* —en el que se trató la derogación de derechos sociales mediante decretos de necesidad y urgencia— del 19 de agosto de 1999, en especial por el voto del doctor Petracchi. En su desarrollo, el ministro del máximo tribunal explicó su postura, a favor de la nulidad de todos los decretos de necesidad y urgencia mientras no se sancionara la ley especial mentada en el artículo 99, inciso 3.º, que considera exigencia imprescindible —siguiendo el artículo 86 de la Constitución española, que le sirvió de guía— la intervención de la Comisión Bicameral Permanente, en el trámite de los precitados decretos. Y continúa aclarando, con relación al silencio, que la doctrina española coincide en atribuir al silencio efectos similares a la desaprobación expresa del decreto español.

A su vez, transcribe de la Convención Constituyente la intervención de los convencionales Natale y Ortiz Pellegrini, en la 19.ª reunión del 28.7.1994, por la que quedó claro que:

> [...] derogamos para siempre la triste doctrina sentada en el caso *Peralta*, que le dio valor positivo al silencio como expresión del Congreso. No hay más silencio del Congreso que pueda interpretarse como un consentimiento al Poder Ejecutivo, si no se lo indica expresamente. El caso *Peralta* ha fenecido, ha muerto. Y, en este sentido, no dudo de que prestamos un enorme servicio a la Argentina y al funcionamiento democrático de mi país (Ortiz Pellegrini, loc. cit.). Por fortuna, pues, la reforma constitucional desplazó la doctrina del caso *Peralta* [...] que hipotecaba el porvenir de la jurisprudencia republicana. (Considerando 15, voto Petracchi)

Otro reparo a la ley 26122 es que no establece plazo para que las Cámaras se expidan, si bien habla de que «elevado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, estas deben darle inmediato y expreso tratamiento» (artículo 21, ley 26122). Esta situación también despierta la sospecha de especulación del poder político.

7. Conclusiones

1. La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo constituye un hecho incontrastable de la realidad, con antecedentes en el derecho comparado.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2. Ha tenido recepción constitucional en nuestro país, en 1994, luego de un desarrollo paulatino y creciente de la jurisprudencia a su favor, alcanzando su punto máximo con el fallo *Cocchia*.

3. El análisis del tema nos conduce a un replanteo del concepto de ley y del principio de división de poderes, como asimismo del sistema de frenos y contrapesos entre los poderes del Estado y del control de la ciudadanía frente al avance del poder político.

Las leyes ya no son solo órdenes, dirigidas desde la razón, o el pacto, por quien monopolizaba el Estado a quienes debían obedecerlas. Tampoco tienen por objeto central la protección de la propiedad de los hombres. Hoy, la ley, como parte del derecho, exige una comprensión inter y multidisciplinaria, pues se concibe como una construcción social, humana, intersubjetiva y comunicativa, que no debe resignar el respeto por la dignidad y la libertad del hombre. El Estado constitucional y social de derecho, que poseemos en la letra de la Constitución y que pretendemos se instaure en la realidad, no comprende el principio de legalidad (debido proceso adjetivo) sino conjugado con el de razonabilidad (debido proceso sustantivo).

Quizás contribuya a encontrar respuestas al instituto de la delegación de facultades legislativas, la opinión consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta opinión, la Corte Interamericana por unanimidad determinó que *ley* significa 'norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados para la formación de las leyes' (OC 6/86, del 9.5.1986).

Recordemos, en primer término, que la Convención Americana de Derechos Humanos posee jerarquía constitucional, conforme el artículo 75, inciso 22, CN, incorporado por la reforma de 1994. En segundo término, que esta opinión consultiva, que surge a pedido de la República Oriental del Uruguay con el propósito de especificar el contenido de *ley* en el artículo 30 de la precitada Convención, resulta obligatoria para los Estados partes de la Convención.[15] El aludido artículo se refiere a las restricciones de los derechos consagrados en la Convención, que no podrán efectivizarse sino mediante leyes dictadas con base en el interés general y con el fin para el que han sido dictadas.

> Destaca la Corte [Interamericana] el papel del Poder Legislativo en varios aspectos que se unifican en la necesidad de que toda limitación al ejercicio de los derechos debe provenir de leyes formales, fundamentando esa posición en estos términos: «[...] A través de este procedimiento no solo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad,

[15] CC, *Horacio D. Giroldi y otro;* CS, 7 de abril de 1995.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente.[16]

Y, sobre nuestro tema, reza la OC 6/86 en su párrafo 36:

> Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

En ejercicio de sus competencias, los órganos del Estado no pueden avasallar los derechos de los habitantes dado que la consagración expresa de dichas competencias obedece, precisamente, a la finalidad de protección de los mencionados derechos. Lo expuesto debe tenerse en cuenta para las situaciones de normalidad, época en que el Poder Legislativo podrá delegar materias determinadas de administración. En situaciones de emergencia, la delegación podrá revestir otras características, pero nunca podrá eludir los límites del artículo 76, ni las materias excluidas para los decretos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3, CN), ni los cuatro requisitos establecidos por la jurisprudencia de la Corte para declarar la constitucionalidad de las leyes de emergencia.

4. El avance del derecho internacional de los derechos humanos, guiado por el principio *pro homine* y el principio de irreversibilidad de los derechos humanos, es otra realidad incontrastable que, también, ha tenido recepción en la Constitución nacional (artículo 75, inciso 22).

En consecuencia, si bien se ha modificado el principio de división de poderes, en beneficio del Poder Ejecutivo, y desde lo fáctico o sociológico ha pasado a lo jurídico;[17] si bien el Poder Legislativo ha renunciado al ejercicio de sus facultades legislativas, si bien el Poder Judicial, reaseguro del sistema, ha acompañado el acrecentamiento de facultades reglamentarias en cabeza del Ejecutivo, sin desconocer los importantes precedentes de Smith y San Luis, con algunas salvedades, ni la buena doctrina sentada en *Video club Dreams* y *Selcro*, respecto de la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo, con decretos de necesidad y urgencia o delegados —respectivamente— regule materia tributaria, aun en la emergencia. Por otro lado, se ha producido —como contrapartida al exceso o concentración del poder— la recepción del derecho internacional de los derechos humanos.

---

[16] Susana Albanese: *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1997, p. 60.

[17] Leyes de delegación y de emergencia, luego incorporación del instituto en el artículo 76 CN, con el objeto de circunscribir dichas facultades del Ejecutivo. Por último, leyes de delegación y emergencia que no se atienen a las prescripciones del precitado artículo 76. Finalmente, la ley reglamentaria 26122, cuya constitucionalidad hemos atacado.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

5. Frente a esta tensión dialéctica entre poder del Estado —en el caso, facultades legislativas del Poder Ejecutivo— y los derechos de los habitantes, no avizoramos otra respuesta, entonces, que el aumento de los controles: mayor efectividad y funcionalidad en el ejercicio de sus competencias, de la Comisión Bicameral Permanente, y de las Cámaras del Congreso, en definitiva. Mayor control del Poder Judicial, que en su tarea no debe soslayar la realidad ni los cuestionamientos morales o éticos que susciten los temas a resolver. Mayor control de los ciudadanos, en forma individual o colectiva, frente a los actos del poder político lesivos, a través de la solicitud del control jurisdiccional nacional y supranacional, como de otras formas de participación: manifestaciones en y de los medios de comunicación, integración y trabajo en organizaciones no gubernamentales, sin olvidarnos del ejercicio del voto.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Pablo Luis Manili*

Establecimientos de utilidad nacional (artículo 75, inciso 30, Constitución nacional)

1. Intento de definición[1]

La definición de qué es un establecimiento de utilidad nacional no es una tarea sencilla. Como ocurre con muchos otros institutos del derecho que engloban varias realidades distintas resulta más sencillo hacer una enumeración casuística de cuáles son, que esbozar una definición genérica de qué son. Empezaremos, pues, por esto último para luego intentar definirlos.

Según el viejo artículo 67, inciso 27, de la Constitución nacional, las fortalezas, arsenales y almacenes son establecimientos de utilidad nacional. Según la jurisprudencia de la Corte, se encuentran amparados por las previsiones de esa norma (hoy artículo 75, inciso 30, CN), además de aquellos: los cuarteles,[2] los puertos,[3] las penitenciarías nacionales,[4] los asilos de inmigrantes,[5] los aeropuertos internacionales,[6]

---

* Doctor en Derecho, UBA. Profesor de Derecho Constitucional en grado, posgrado y doctorado de la UBA. Profesor invitado de numerosas universidades nacionales y extranjeras.

1 El presente trabajo es un resumen de nuestro libro *Establecimientos de utilidad nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2004.

2 *Fallos*, 103: 403.

3 *Fallos*, 155: 104 entre otros.

4 *Fallos*, 138: 147.

5 *Fallos*, 27: 144.

6 *El Derecho*, 47: 340.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

los aeródromos nacionales,[7] las escuelas nacionales,[8] las agencias federales de impuestos (AFIP),[9] las usinas eléctricas, las plantas depuradoras de agua, los aprovechamientos hidroeléctricos,[10] los yacimientos hidrocarburíferos,[11] los parques nacionales,[12] las sedes o dependencias de los bancos nacionales,[13] de las universidades nacionales,[14] de los tribunales federales, de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), de la Policía Federal Argentina, de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina, de la Policía Aeronáutica, de la Dirección General de Aduanas, de la Dirección de Migraciones, etcétera.

Con esa base, proponemos la siguiente clasificación de los establecimientos de utilidad nacional según la función de cada uno y correlacionados con la normativa constitucional que les da sustento:

a. Defensa nacional (Preámbulo: «Proveer a la defensa común»; artículo 75, incisos 25, 26, 27 y 28; artículo 99, incisos 14 y 15, y artículo 126): arsenales, cuarteles, campos de ejercicios militares.
b. Transportes y comunicaciones: puertos, aeropuertos, aeródromos nacionales (artículo 75, inciso 10), dependencias del Correo (artículo 75, inciso 14).
c. Medio ambiente (preámbulo «Promover el bienestar general» y artículo 41 CN): parques nacionales, áreas protegidas, monumentos naturales.
d. Energía (Preámbulo: «Proveer a la defensa común y promover el bienestar general» y artículo 75, incisos 18 y 19): yacimientos hidrocarburíferos, aprovechamientos hidroeléctricos.
e. Seguridad: penitenciarías, dependencias de la Policía Federal Argentina (Preámbulo: «Consolidar la paz interior»), de la Gendarmería Nacional, de la Prefectura Naval Argentina (artículo 75, inciso 16), Dirección de Migraciones (artículo 25), de la Policía Aeronáutica.
f. Justicia (Preámbulo: «Afianzar la justicia» y artículo 75, inciso 20): sedes de los tribunales federales.
g. Educación (Preámbulo: «Promover el bienestar general» y artículo 75, inciso 19): escuelas nacionales, universidades nacionales.
h. Economía: agencias federales de impuestos (AFIP) (artículos 4, y 75, inciso 2); bancos nacionales (artículo 75, inciso 6, y 126); dependencias de

---

7 *Fallos*, 201: 536.
8 *El Derecho*, 47: 341.
9 *Fallos*, 122: 5.
10 *Fallos*, 302: 1461.
11 *El Derecho*, 47 329.
12 Cf. Pedro J. Frías: *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 336.
13 *El Derecho*, 2: 143.
14 *Fallos*, 308: 647, donde incluso consideró como establecimiento de utilidad nacional a un campo de propiedad de la UBA cuyo producido se destinaba a esa universidad.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

la Dirección General de Aduanas (artículos 9; 75, inciso 1; y 126); Casa de la Moneda (artículos 75, inciso 11, y 126).

i. Salud pública: hospitales nacionales, asilos de ancianos (artículo 75, incisos 18, 19 y 23).

j. Seguridad social (Preámbulo: «Promover el bienestar general», artículos 14 *bis;* 75, incisos 20 y 23; y 99, inciso 6): Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES).

La enumeración precedente no es exhaustiva, puesto que cualquiera de los fines establecidos en la Constitución nacional, que son numerosos y variados, puede motivar la creación de un establecimiento de utilidad nacional.

Con estas bases creemos que lo más apropiado es definir los establecimientos de utilidad nacional como *aquellos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos* ***destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución nacional coloca en cabeza del Gobierno federal***. Todas aquellas funciones o atribuciones que hayan sido delegadas al Gobierno federal en el texto constitucional y que requieran la ocupación de una determinada porción de suelo, constituyen un establecimiento de utilidad nacional, sea que en él se construyan edificios (como en los tribunales, agencias de impuestos, escuelas, hospitales, universidades, etcétera), se instalen otro tipo de dispositivos (como en los yacimientos de hidrocarburos, puertos y aprovechamientos hidroeléctricos) o que simplemente se deje el suelo tal como está (campos militares o parques nacionales). No se trata necesariamente de lugares cerrados, ya que la palabra *establecimiento* no está utilizada en la Constitución en sentido físico, sino funcional.

2. Normativa constitucional aplicable

Comenzaremos estudiando la normativa constitucional argentina anterior a la reforma de 1994, a los efectos de determinar, luego, la influencia de esta en la regulación del tema. La norma aplicable al tema bajo estudio establecía:

> Artículo 67, inciso 27: «Corresponde al Congreso [...] ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre todos los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional».

También es necesario colacionar aquí una norma cuyo análisis fue omitido por toda la doctrina que se ocupó de los establecimientos de utilidad nacional: el artículo 4 de la Constitución, que prevé la facultad del Congreso Nacional de crear *empresas de utilidad nacional* y de imponer contribuciones a la población o contratar empréstitos y operaciones de crédito para ese fin. Es evidente que cuando el Congreso crea una empresa de utilidad nacional y esta necesita, para el cumplimiento de sus fines, establecer algún establecimiento en las provincias, este queda encuadrado en el artículo

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

67, inciso 27 (hoy artículo 75, inciso 30). Así ocurría antes de las privatizaciones que desguasaron al Estado argentino, con las siguientes empresas: Agua y Energía Eléctrica (AyE), Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), Yacimientos Carburíferos Fiscales (YCF), Gas del Estado, Obras Sanitarias de la Nación (OSN), Empresa Nacional de Correos y Telégrafos (EnCoTel), etcétera.

El inciso 27 del artículo 67 fue tomado de la Constitución norteamericana, cuyo artículo I, sección 8, cláusula 17 establece:

> El Congreso tendrá facultad [...] para ejercer el derecho exclusivo de legislación en todas las materias concernientes a un distrito (cuya superficie no exceda de diez millas cuadradas) que en virtud de cesión de determinados estados y aceptación del Congreso, se convirtiere en la sede del gobierno de los Estados Unidos; y ejercer igual autoridad sobre todas aquellas tierras compradas con el consentimiento de la Cámara legislativa del estado en que se encontraren, con el fin de construir fortalezas, almacenes, arsenales, astilleros y otras edificaciones necesarias.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación anterior a 1994

3.1. Introducción

En cuanto a la jurisprudencia que durante casi un siglo y medio se fue gestando sobre este tema, debemos realizar una advertencia previa a su análisis. Esa jurisprudencia resulta, a nuestro criterio, ideológicamente inoponible al Estado nacional por cuanto este no participó, como parte en el pleito, en su gestación. En efecto: tal como sagazmente señalara en la década de 1960 el profesor Robredo Albarracín,[15] la Nación siempre se encontró en un estado de indefensión sobre este punto, ya que su jurisdicción:

> ha sido cuestionada y a veces menoscabada, con absoluta y total prescindencia en el entredicho de la intervención del Gobierno de la Nación, titular exclusivo de esa jurisdicción de acuerdo con la norma constitucional [...]. En resumen: desconocida o discutida la jurisdicción exclusiva de la Nación en los lugares de marras, el asunto se ha debatido, dilucidado y resuelto entre el estado provincial que niega esa jurisdicción o intenta compartirla, y el particular sobre el cual o sus intereses la autoridad local pretende ejercitar sus poderes. El Estado Nacional, titular de la jurisdicción negada o amenguada, ha quedado al margen de cualquier intervención o tan siquiera noticia.

Agrega el referido autor que han sido los abogados de los particulares que se defendían de los intentos de las provincias de ejercer su jurisdicción en detrimento

[15] Alberto Robredo Albarracín: «Jurisdicción exclusiva de la Nación», en *Jurisprudencia Argentina*, 1968-V, pp. 912 ss., esp. 914.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de la jurisdicción de la Nación, quienes, en la práctica, defendieron los intereses de esta, que jamás fue parte en esos juicios.

3.2. Primer período: legislación y jurisdicción nacionales exclusivas y excluyentes

En los primeros fallos sobre el tema, dictados en 1876,[16] la Corte sentó el principio según el cual *legislación exclusiva*, en los términos del artículo 67, inciso 27, significa *jurisdicción exclusiva*, y las provincias no pueden, en esos territorios, ejercer facultad alguna. En el primero de ellos sostuvo que las provincias carecen de facultades para imponer contribuciones a los objetos o instituciones creadas por el Congreso Nacional en ejercicio de sus poderes. En *Fallos* 21: 491, el máximo tribunal sostuvo que no es indispensable que la Nación ejerza el derecho de propiedad para que surja la jurisdicción federal, sino que basta con que la cosa se emplee en beneficio de la Nación. Esta doctrina sigue vigente en nuestros días.

En 1884, la Corte[17] sentó el criterio de la jurisdicción exclusiva de los jueces federales para juzgar delitos cometidos en un establecimiento de utilidad nacional (en el caso, un asilo de inmigrantes). En 1893[18] sostuvo que no basta que el establecimiento sea de propiedad de la Nación sino que es necesario, además, que esté afectado a un fin de utilidad nacional para que exista la jurisdicción federal.

En 1906[19] sostuvo: «es la destinación de los lugares [...] lo que determina y justifica el ejercicio de la legislación exclusiva del Congreso, o sea la jurisdicción de las autoridades federales». Reiteró así el principio según el cual el interés general (o *utilidad nacional*) perseguido justifica el recorte de las potestades provinciales. También se ratifica en este fallo que la facultad de *legislación* comprende la de *jurisdicción* sobre ese territorio.

En 1929, en el caso *Marconetti Boglioni y Cía. c/ Municipalidad de Santa Fe*[20] se discutía la procedencia de un tributo municipal sobre una empresa privada ubicada en el predio correspondiente a un establecimiento de utilidad nacional. La Corte, luego de destacar las diferencias entre la Constitución argentina y la norteamericana (que exige consentimiento de la legislatura estadual para la creación de esos establecimientos), decidió que el impuesto era válido porque la ley del Congreso Nacional[21] por la cual se otorgó la concesión a la provincia de Santa Fe para la construcción del puerto, no reservó para el Gobierno nacional la jurisdicción absoluta sobre este.

---

16 *Fallos*, 18: 340 y 19: 368.
17 *Fallos*, 27: 144.
18 *Fallos*, 53: 254.
19 *Fallos*, 103: 403.
20 *Fallos*, 154: 312:
21 Ley n.° 4269.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Dos meses más tarde se ratificó la postura exclusivista en un fallo trascendente. En autos *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires*,[22] en los cuales la empresa accionante, por el solo hecho de estar radicada en el predio perteneciente al puerto de La Plata, fue eximida de impuestos provinciales, ya que la Corte consideró que se encontraba sujeta exclusivamente a la jurisdicción de la Nación. Téngase en cuenta asimismo que la actora desarrollaba actividades exclusivamente privadas con fines de lucro y no afectadas a un servicio público. La Corte sostuvo que «la disposición del artículo 67, inciso 27, es lógica con el sistema de la Carta Fundamental que ha proveído al gobierno de la Nación de las facultades indispensables para hacer efectiva su autoridad en todo el territorio de la República». Agregó que dicha autoridad, ejercida sin el consentimiento de las legislaturas provinciales, no importa «peligro para la autonomía de los estados» ni un «posible acaparamiento sin fiscalización de la propiedad pública o privada» dado que lo primero a tener en cuenta es que los legisladores que componen el Congreso Nacional provienen de todas las provincias «y es absurdo suponer en ellos un propósito tan desleal, encubierto por un afán de progreso general», y en segundo lugar, que la facultad a que se refiere el artículo 67, inciso 27, se relaciona con la compra de los terrenos indispensables para la construcción de obras o establecimientos de utilidad nacional, y por lo tanto, limitada a ellos. Y agrega:

> No hay que perder de vista un solo momento el hecho fundamental de que la unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución y *que nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias el ejercicio legítimo por la Nación de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquella* por más que deban ejercitarse en el propio territorio de los estados autónomos.

Asimismo, este fallo aclara cuál es la relación entre dominio y jurisdicción en los siguientes términos:

> La facultad de legislar exclusivamente que se estudia, no significa la de hacerlo respecto de todos los inmuebles adquiridos por el Gobierno nacional, sino solo en aquellos destinados a objetos de bien general, de manera que dominio y jurisdicción no son siempre conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien puede existir uno sin la otra y viceversa.

Es decir que el simple dominio de la Nación no implica jurisdicción, pero el dominio adquirido para establecimientos de utilidad nacional genera la jurisdicción exclusiva de la Nación, por aplicación del artículo 67, inciso 27, CN.

En *Tunkievicz, José c/ Frigorífico Swift S. A.*,[23] de 1931, la Corte consideró competente a la justicia provincial en lo laboral, pero aclaró:

> Corresponde al Congreso elegir, en cada caso, el carácter y extensión con que ha de legislar sobre los territorios adquiridos y debe por lo mismo razonablemente

[22] *Fallos*, 155: 104.
[23] *Fallos*, 160: 354.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> entenderse que al no ejecutar sus facultades en tal sentido lo ha hecho para mantener inalterado el orden existente en materia de competencia judicial.

Creemos que esta es la buena doctrina: el Congreso elige hasta dónde ejerce su competencia pero, en lo no legislado, la provincia mantiene un poder residual.

La Corte mantuvo la misma postura, con cita del caso anterior, en el fallo *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires,*[24] de 1930, donde expresó:

> La facultad del Congreso para legislar exclusivamente elimina toda otra legislación concurrente y *no puede admitirse lógica ni legalmente que una legislatura provincial pueda establecer impuestos sobre territorios nacionales*. La autonomía de los Estados cede ante la soberanía única de la nación amparada por la Constitución como principio fundamental de la unidad de la República, dentro de su régimen federativo (artículo 31 de la Constitución nacional).

En 1943, en *Provincia de Buenos Aires c/ Swift de La Plata,*[25] la Corte reiteró la doctrina de los dos casos recién citados en la convicción que «las razones de orden jurídico detenidamente expuestas en aquellos pronunciamientos son definitivas». Una vez más declaró la improcedencia de gravar con impuestos provinciales la actividad de una empresa privada radicada en un establecimiento de utilidad nacional. También aclaró que el hecho de haber reconocido excepcionalmente competencia judicial a la provincia en estos territorios, en modo alguno implicó la modificación de la doctrina.

La misma interpretación amplia de los poderes federales fue mantenida por la Corte en *Gazzolo c/ Provincia de Buenos Aires,*[26] del mismo año.

3.3. Segundo período: tesis de la no interferencia con la finalidad del establecimiento

Hemos descartado en este título la denominación de *poderes concurrentes* o de *competencias compartidas,* que generalmente usa la doctrina, por cuanto creemos que no es eso lo que la Corte sostuvo en los fallos que incluimos en este período. Una cosa es sostener que la Nación y las provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas y otra muy distinta es afirmar que las provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera a los fines nacionales. La denominación que descartamos llama a confusión y resulta imprecisa, por cuanto da la idea de dos poderes de igual jerarquía, cuando no es así, por mandato del artículo 31, que consagra la superioridad jerárquica del derecho nacional sobre el local.

---

[24] *Fallos,* 168: 96.
[25] *Fallos,* 197: 292.
[26] *Fallos,* 197: 507.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Existen dos fallos[27] dictados durante la vigencia de la Constitución de 1949, que había mantenido en su artículo 68, inciso 26, la norma bajo estudio, con pequeñas variantes formales. En uno de ellos, la actora era una línea aérea privada con sede en un aeródromo, que impugnaba un impuesto provincial que gravaba los combustibles utilizados por ella. La Corte sostuvo que las facultades de las provincias no quedan excluidas «mientras su ejercicio no interfiera en la realización de la finalidad de la obra nacional y la obste o pueda obstarla directa o indirectamente». En el otro caso se aclaró que el dominio privado del Estado nacional no justifica el ejercicio de la legislación exclusiva, sino que *es la destinación de los lugares lo que determina y justifica el ejercicio* de esa legislación. Concluyó que el impuesto con que la provincia pretendía gravar las naftas adquiridas en aeródromos nacionales con destino a aviones de líneas (privadas) que prestaban un servicio público era inconstitucional porque recaía directamente sobre la actividad con la cual se prestaba el servicio e interfería en esta; «en tales circunstancias, el principio de la legislación exclusiva del Congreso Nacional [...] adquiere una preeminencia extrema». Y agregó que «Sólo la legislación nacional [...] podría establecer y delimitar la compatibilidad de dicho ejercicio con las atribuciones excluyentes de la Nación en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales han de desenvolverse las actividades con las que se preste el servicio público de carácter nacional».

En 1951, la Corte volvió a tratar el tema en una causa laboral iniciada contra una empresa privada ubicada en el puerto de Mar del Plata y sostuvo que la competencia de los jueces federales en los establecimientos de utilidad nacional no se funda en la adquisición del lugar por la Nación sino solo en la existencia de esos establecimientos.[28] La misma solución adoptó al año siguiente en una causa similar pero enderezada contra una empresa mixta.[29] Otro tanto ocurrió en 1954 y en 1955.[30]

En 1958[31] y en 1960[32] la Corte, en sendos fallos, se limitó a reconocer la jurisdicción de los jueces provinciales a los fines del juzgamiento de un despido dispuesto por una empresa privada en un lugar sometido a jurisdicción nacional (puertos de la provincia de Santa Fe). La Corte sostuvo que «las facultades legislativas y administrativas de las provincias no quedan excluidas [...] *sino en tanto y en cuanto su ejercicio interfiera con la realización de la obra nacional y la obste directa o indirectamente*». Es decir que el principio aplicado, en la práctica, es el mismo de los

---

[27] Fallos *Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda. c/ Provincia de Buenos Aires* y *Provincia de Buenos Aires c/ Pan American Airways Inc.*, publicados en *Fallos*, 215: 260.

[28] *Fallos*, 220: 1354.

[29] *Fallos*, 224: 642.

[30] *Fallos*, 230: 608 y 231: 398.

[31] *Cardillo, José c/ Marconetti Ltda.*, publicado en *Fallos*, 240: 311. Según Luqui, con este fallo se inicia una nueva etapa (Juan C. Luqui: «La jurisdicción federal», en *La Ley*, 1976-B, p. 548).

[32] *Quesada, Urbano c/ Martínez y Cía.*, publicado en *Fallos*, 248: 824.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

casos anteriores, solo que en este la Corte entendió que el juzgamiento de un despido no obstaculizaba el ejercicio de la jurisdicción nacional.

En 1964 [33] la Corte debió resolver un caso en el cual un municipio pretendía aplicar impuestos a una empresa privada radicada en un puerto. En el fallo sostuvo «la subsistencia de la jurisdicción provincial, *en cuanto no interfiera directa ni indirectamente la satisfacción del servicio de interés público* que requiere el establecimiento nacional», aclarando que:

> incumbe a la ley o a la reglamentación supletoria, tanto la determinación de la existencia del fin de utilidad nacional a cumplir por el establecimiento del caso, *cuanto a la forma de su satisfacción y los medios de ella*. Y se sigue de esto que aparte del ámbito específico peculiar de cada establecimiento, susceptible de derivarse racionalmente de su naturaleza, es también óbice a la jurisdicción provincial *el campo deslindado como propio por la normación nacional* dictada para la administración y gobierno de cada instituto. Porque, en definitiva, se trata del cumplimiento de objetivos comunes a toda la nación, cuya gestión no admite la participación [...] de una [...] provincia, con la sola base de la ubicación territorial del servicio.

En el caso, la Corte sostuvo categóricamente que:

> no es dudoso que la municipalidad actora *carece de derecho para exigir los gravámenes* que motivan la causa. En presencia de [...] las atribuciones fiscales reservadas a la autoridad nacional, no cabe argüir con la inexistencia de cesión conforme a la Constitución provincial ni con la falta de interferencia con el fin específico del establecimiento nacional.

Este fallo introduce un criterio nuevo para la delimitación de los poderes nacionales y locales, que es el que denominamos *principio de reserva de ley federal* o *principio de la jurisdicción local residual*, según el cual la provincia y el municipio solo serán competentes en todo aquello no alcanzado por la legislación federal. Creemos que en caso de tener que compartir facultades de legislación y jurisdicción la Nación y los entes locales, este es el criterio más acertado en lo teórico, por cuanto compatibiliza, en el marco del artículo 67, inciso 27, el principio de la supremacía del derecho nacional con la autonomía provincial. Y es también el más útil en la práctica porque evita la diversidad de criterios que en su aplicación genera el principio de la no interferencia.

En *Frigorífico Armour de La Plata S. A. c/ Poder Ejecutivo*,[34] de 1965, ratifica los principios sentados en la sentencia recién referida, pero, como lo reclamado a la empresa no eran tasas retributivas de servicios sino un impuesto al consumo de energía eléctrica, se consideró que este no era incompatible con los fines del puerto que la Nación administraba porque —en palabras del procurador general— «la ubicación del establecimiento frigorífico [...] en la zona portuaria obedece al interés de la propietaria, pero ello no basta [...] para considerarlo parte integrante del dispositivo de

---

[33] *Municipalidad de Santa Fe c/ Marconetti Ltda.*, publicado en *Fallos*, 259: 413.
[34] *Fallos*, 262: 186.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

dicho puerto». La diferencia de este caso con los anteriores es evidente: el frigorífico tenía la sede de su explotación en el puerto por conveniencia y no porque prestara un servicio inherente al puerto; en otras palabras: la *función* que ejercía la empresa privada era totalmente *ajena* a la del establecimiento de utilidad nacional, por eso se admitió que la provincia la gravara.

El fallo dictado en 1965 en autos *Provincia de Misiones c/ Nación Argentina*[35] reitera el principio por el cual «la afectación de un bien al dominio público requiere, además de la norma que la imponga, su *consagración efectiva al uso o servicio general o común*, debiendo asimismo ser susceptible para tal uso o servicio» siendo insuficiente la mera declaración legal. También reitera el principio según el cual «las facultades de las provincias, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás Estados autónomos y de la Nación toda».

3.4. Tercer período: nuevamente legislación y jurisdicción nacionales exclusivas y excluyentes

En *S. A. Marconetti Ltda.*,[36] del 9 de agosto de 1968, la Corte volvió, con mayor explicitud que antes, a la senda que venía transitando durante el primer período. La actora cuestionaba multas impuestas por la policía del trabajo de la provincia de Santa Fe, y la Corte, en fallo unánime, sostuvo la incompetencia de la provincia para ello, fundándose en varios de los antecedentes colacionados más arriba (publicados en *Fallos*, 103: 408, 154: 312 y 155: 104). Al expresar sus fundamentos, la Corte aclaró expresamente que se apartaba de la doctrina de los fallos *Cardillo* (240: 311), *Quesada* (248: 824) y *Municipalidad c/ Marconetti* (259: 413), ya analizados. Por último, concluye que el artículo 67, inciso 27, al atribuir competencia exclusiva al gobierno federal, «implica *la negación del ejercicio simultáneo de poderes provinciales en esos lugares*, máxime si se considera que los establecimientos de utilidad nacional han sido colocados por dicha cláusula en un pie de igualdad con los arsenales y fortalezas, lugares estos en los que, por razones obvias, *nunca podría aceptarse injerencia de ninguna especie por parte de las provincias*».

El tribunal mantuvo la misma postura en *Sollazo Hnos. c/ Pcia. de Tucumán*,[37] de 1969, ordenando la devolución de impuestos provinciales abonados por la actora y aclarando que no se requiere el consentimiento provincial para que la Nación «absorba toda la potestad legislativa, administrativa y judicial en dichos lugares».

---

[35] *Fallos*, 263: 437. Puede verse nota de Benito Pérez «La Jurisdicción Fiscal en la zona del Puerto de La Plata» en *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 11 de Junio de 1966.

[36] *Fallos*, 271: 186 y *El Derecho*, 24: 5. En el mismo sentido falló, el 23 de agosto del mismo año, en autos *Municipalidad de Avellaneda c/ Agencia Marítima Numeriani SRL*, rechazando la demanda del municipio.

[37] *Fallos*, 273: 348.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

En agosto de 1969 se sancionó la *ley de facto 18310*, con la que se intentó introducir por vía legislativa el criterio de la no interferencia, en momentos en que la Corte sostenía la doctrina de los poderes nacionales exclusivos.[38] Esta ley se apartaba del texto constitucional en el artículo 1.°, que establecía que los poderes nacionales solo serán exclusivos en los casos en que se hayan seguido «los procedimientos constitucionales que producen la desmembración del territorio con pérdida del dominio eminente; o en los casos de transmisión [...] de lugares destinados a fines de defensa nacional». El artículo 2.° establecía que regirían la legislación y jurisdicción nacionales únicamente en lo afectado o inherente a la utilidad nacional aun cuando la actividad de utilidad pública se efectuase por gestión privada en virtud de concesiones; y el artículo 3.° establecía que, en todo lo no comprendido en ese uso, las provincias podrían mantener su jurisdicción en tanto no interfirieran directa o indirectamente con las actividades del establecimiento. La doctrina casi unánimemente entendió que esta ley no pondría fin al debate que se venía llevando a cabo desde hacía un siglo,[39] y así fue: en dos fallos dictados en 1971, la Corte ratificó la competencia de los jueces federales para juzgar conflictos laborales[40] o causas criminales[41] originados en establecimientos de utilidad nacional, declarando la inconstitucionalidad[42] del decreto ley 18310 porque: «la competencia que en el (artículo 67, inciso 27, CN) se le confiere al Estado nacional es exclusiva y excluyente y no puede ser prorrogada por actos legislativos».

En *Servicios Técnicos Atlas c/ Provincia de Santa Cruz,*[43] de 1972, la Corte analizó el caso a la luz de la ley 14773 que regía al tiempo en que ocurrieron los hechos bajo juzgamiento, y sostuvo, con cita del artículo 1 de esa ley, que los yacimientos de hidrocarburos quedaban incorporados al dominio exclusivo de la Nación por estar *estrechamente vinculados* a los intereses del gobierno federal, por lo cual se hallaban regidos por el artículo 67, inciso 27, de la carta magna. A tal fin reiteró lo dicho en *Frigorífico Armour de La Plata,* de 1928, y en *Marconetti,* de 1968, en el sentido de que no es la compra o la cesión la que genera la jurisdicción nacional sino que es el mandato constitucional, y reiteró que «no hay que perder de vista [...] que la unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución y que nunca puede ser atentatorio al régimen autónomo de las provincias el ejercicio legítimo por la Nación

---

38 Cf. Juan C. Bruzzón: «Algo más sobre los tributos locales sobre establecimientos de utilidad nacional», en *El Derecho,* 84: 817, que contiene una recopilación sintética de jurisprudencia sobre esta materia.

39 Raúl A. Ramayo: «La jurisdicción nacional en los lugares adquiridos por la Nación en las provincias y la ley 18310», en *La Ley,* 136: 1210.

40 *Causa De Luna, Rosa c/ International Air Catering* (*Fallos,* 281: 407).

41 *El Derecho,* 47: 341; véase también *Fallos,* 281: 433.

42 Es obvio que también era inconstitucional por el solo hecho de haber sido sancionada por un gobierno de facto y no por el Congreso nacional.

43 *El Derecho,* 47: 330, con nota al pie de Carlos M. Giuliani Fonrouge: «El poder de establecer tributos en explotaciones petrolíferas».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquella, por más que estas deban ejercitarse en el propio territorio de los Estados autónomos».

3.5. Cuarto período: vuelta a la tesis de la no interferencia con la finalidad del establecimiento

En 1975,[44] la Corte decidió que no habiéndose cumplido, en el caso, el procedimiento de los artículos 3 y 13 CN, el lugar no queda federalizado y por lo tanto «la jurisdicción provincial queda excluida en la medida que su ejercicio interfiera, directa o indirectamente» con la finalidad del establecimiento. Entendió que la competencia provincial para juzgar una demanda laboral no interfería en esa finalidad.

A fines de 1976, la Corte de facto volvió a la postura de la no interferencia en una causa[45] en la que consideró que la demanda laboral entablada contra esa empresa privada instalada en la zona del puerto era de competencia de los tribunales provinciales, ya que ello no interfería con el fin del establecimiento. En la misma fecha decidió un caso análogo,[46] y en 1977,[47] otro similar. A fines del mismo año, en autos *Sade S. A. c/ Provincia de Santa Cruz,*[48] la Corte entendió que la provincia no podía aplicar el impuesto de sellos a un contrato celebrado entre una empresa particular con YPF, relativo a las actividades en establecimientos hidrocarburíferos existentes en ella, porque ese gravamen atentaba contra la ley federal de hidrocarburos.

En marzo de 1978, en *Cía. Swift de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires,*[49] en voto dividido la Corte decidió que la jurisdicción provincial solo quedaba excluida en los casos en que su ejercicio interfiriera en la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional. Lo que aquí se quiso excluir de la jurisdicción federal exclusiva fue el caso de una empresa que aprovechaba su ubicación geográfica, dentro de un puerto, para eludir los impuestos provinciales, cuando la actividad que desarrollaba podría ser ejercida perfectamente fuera de él.

Pocos meses más tarde, en autos *Casullo c/Provincia de Buenos Aires,*[50] la Corte volvió a aplicar la tesis de la no interferencia.

En abril de 1978 se dictó la *ley de facto n° 21778* sobre contratos de riesgo en materia de hidrocarburos, cuyo artículo 15 establece que las empresas estatales podrán incluir, en los contratos de riesgo, cláusulas que establezcan el reajuste de los precios pactados con las empresas contratistas, en la medida que sobre estas incidan la creación, supresión, aumento o disminución de *los tributos nacionales y*

---

44 *Fallos*, 293: 287.
45 *Fallos*, 296: 432, y en *El Derecho*, 70: 357.
46 *Fallos*, 296: 449.
47 *Fallos*, 297: 421 y en *El Derecho*, 73: 314.
48 *Fallos*, 299: 442 y en *El Derecho*, 76: 396.
49 *Fallos*, 300: 328 y en *El Derecho*, 78: 167.
50 *Fallos*, 301: 856.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

provinciales. Esa norma barría lisa y llanamente el artículo 67, inciso 27, entonces vigente, cualquiera fuera la interpretación que de este se hiciera, ya que consagraba el derecho de las provincias de gravar —sin salvedades— a las empresas que cumplían actividades de utilidad pública en yacimientos hidrocarburíferos. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esta ley en el fallo *Técnica Patagónica* al que nos referiremos más adelante.

En *YPF c/ Provincia de Mendoza*,[51] la Corte decidió que el Congreso nacional —y no las autoridades provinciales— era competente para adjudicar la concesión de un yacimiento petrolífero en territorio provincial, con fundamento en los incisos 11 y 27 del artículo 67 CN (hoy incisos 12 y 30 del artículo 75). El voto de la mayoría hacía hincapié en su carácter de establecimiento de utilidad nacional y en el mandato de *proveer a la defensa común* contenido en el preámbulo.

En el fallo *Vialco*,[52] de 1979, la Corte sostuvo que:

> La exclusividad de la legislación a dictarse por el Congreso [...] ha de entenderse condicionada a los fines de utilidad nacional y limitada a ellos; no implica el total aniquilamiento de los poderes provinciales si el ejercicio de estos no irroga un *obstáculo real y efectivo* a la consecución de aquellos fines.

Con esa base argumental confirmó la constitucionalidad de un impuesto por entender que no significaba un *obstáculo real a los fines* de utilidad nacional.

La *ley de facto n° 22006*, de 1979, sobre coparticipación federal de impuestos,[53] establecía que las provincias podrían gravar con el impuesto a los ingresos brutos «las actividades cumplidas en lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a jurisdicción del Estado nacional (puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y todo otro de similar naturaleza) en tanto la imposición no interfiera con ese interés o utilidad».

Con referencia al impuesto de sellos, también lo consideraba procedente en el caso de concertaciones que debieran cumplir sus efectos en la provincia o en lugares de dominio público, «incluidos puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y demás lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a jurisdicción del Estado nacional en tanto esa imposición no interfiera con tal interés o utilidad».

En el mismo año se sancionó la *ley de facto n° 22016* cuyo artículo 1.° derogaba todas las exenciones de origen nacional, provincial o municipal de que gozaban las empresas total o parcialmente del Estado, entidades financieras, contratistas y subcontratistas.[54] A mayor abundamiento, el artículo 2 establecía que los sujetos

---

[51] *El Derecho*, 83: 392, con nota de Germán J. Bidart Campos, «Las provincias y las minas».

[52] *Fallos*, 301: 1122.

[53] Modificatoria del artículo 9 inciso *b* de la ley 20221.

[54] Véase un breve comentario a esa ley en Alberto Verón y Carmen Cragno de Reynoso: «Sistema rentístico de la Constitución nacional. Distribución de poderes tributarios. Aspectos conflictivos», en *Impuestos*, XLII-A, 1984, p. 615.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

referidos «estarán sujetos a la potestad tributaria provincial y municipal». Evidentemente, la norma de facto atentaba contra el artículo 67, inciso 27, al establecer lisa y llanamente la sujeción de empresas (aun las estatales creadas en el marco del artículo 4 de la Constitución) que operaban en establecimientos de utilidad nacional a la potestad tributaria provincial y municipal. También violaba el artículo 31, ya que establecía la superioridad jerárquica de las normas tributarias provinciales o municipales sobre la propia Constitución nacional, en la cual las provincias habían delegado en el Congreso federal la competencia de legislar sobre estos lugares.

En dos fallos simultáneos, *Montarsa c/ Provincia del Neuquén*[55] y *Técnica Patagónica c/ Provincia de Chubut,*[56] de 1980, la Corte ratificó el criterio según el cual las provincias no pueden gravar de ningún modo los establecimientos hidrocarburíferos. La única disidencia, del doctor Pedro J. Frías, entendió que esa prohibición solo se aplicaba cuando el impuesto *condiciona, menoscaba o impide* la ejecución de las obras relativas al establecimiento.

En un tercer caso fallado el mismo día,[57] los doctores Guastavino y Rossi (que en el fallo anterior formaron la mayoría), entendieron que el impuesto no interfería con el objeto del establecimiento y rechazaron la demanda de repetición. Esta disparidad de criterios entre los dos primeros fallos y este es citada por Giuliani Fonrouge[58] como la demostración palmaria de que es imposible sostener en la práctica la postura teórica del finalismo, siendo necesario, a su criterio, adoptar la tesis de los poderes exclusivos del gobierno federal.

3.6. Quinto período: tesis de la no interferencia y de los poderes provinciales residuales

En los autos *Hidronor S. A. c/ Provincia del Neuquén,*[59] de 1980, la Corte volvió a rechazar la pretensión de una provincia de crear un municipio que antes no existía, en un lugar donde funcionaba un establecimiento de utilidad nacional. Ni siquiera en los votos en disidencia se llega a convalidar el accionar de la provincia, por cuanto, si los leemos cuidadosamente, advertimos que la causa tramitó como de puro derecho y que la actora desistió de todas sus pruebas. Ninguno de los dos ministros disidentes llegó a afirmar que la creación del municipio no interfería con el establecimiento, sino que ello no se probó en autos, lo cual es radicalmente distinto.

---

[55] *El Derecho,* 91: 360, con nota al pie de Juan C. Bruzzon: «Lógico epílogo de un problema centenario».

[56] *Fallos,* 302: 1236 y en *El Derecho,* 91: 368.

[57] *Vial Hidráulica S. A. c/ Provincia de Río Negro,* en Fallos, 302: 1252.

[58] C. M. Giuliani Fonrouge: «Integración de la Corte Suprema y potestad tributaria en lugares federalizados», en *Impuestos,* tomo XXXIX, 1981, p. 155.

[59] *Fallos,* 302: 1461 y en *El Derecho,* 92: 311 con nota al pie de Germán J. Bidart Campos: «Muncipio provincial en lugares del artículo 67 inciso 27 de la Constitución».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

No podemos entonces inferir una doctrina, ni siquiera minoritaria, de un fallo que fue decidido de ese modo por orfandad probatoria y no por principios jurídicos: ni siquiera la minoría sostuvo que un municipio puede interferir con el establecimiento de utilidad nacional. Por nuestra parte creemos que la provincia se excedió al pretender instalar un municipio que incluyera la zona de un aprovechamiento hidroeléctrico que ya estaba en funcionamiento.

Luego de este fallo, la Corte siguió aplicando la tesis de la no interferencia hasta la reforma constitucional de 1994. Pueden compulsarse, por ejemplo, los siguientes fallos: *Marconetti S. A. c/Provincia de Santa Fe*,[60] *Impresit Sideco S. A. c/ Provincia de Santa Fe*[61] y *Ramognino*,[62] de 1982; *Tagsa S. A. c/ Provincia de Neuquen*[63] y *BJ Service S. A. c/ Provincia de Neuquen*,[64] de 1983.

La Corte instalada en 1983 introdujo un matiz que junto con el fallo *Hidronor* analizado más arriba justifican el título de *poderes provinciales residuales* que adjudicamos a esta etapa. En efecto, en los autos *BJ Service S. A. c/ Provincia de Mendoza*,[65] de 1984, la Corte, si bien rechazó la postura de los poderes nacionales exclusivos y excluyentes, introdujo la siguiente doctrina unánime, con la firma de los doctores Carrió, Caballero, Fayt, Belluscio y Petracchi: «*es la ley nacional la que determina* su marco concreto de protección, precisando [...] *el alcance del ejercicio de la jurisdicción federal* en los establecimientos comprendidos en aquella norma constitucional».[66] Y agregó:

> Resulta procedente [...] que el Gobierno nacional libere a determinadas entidades o actividades del pago de gravámenes nacionales y locales siempre que lo estime adecuado al mejor desempeño y funcionamiento de un servicio de la aludida naturaleza [...]. Tales decisiones importan el ejercicio de las facultades que el artículo 67, incisos 16 y 28 le confieren para promover la prosperidad y el bienestar general.

Aquí, por fin, encontramos una interpretación de la Corte que nos conforma. Creemos que la interpretación del inciso 27 es inseparable de los incisos 16 y 28 que confieren amplios poderes al gobierno federal,[67] y del artículo 31, que la Corte aquí no menciona pero sí aplica al reconocer al Congreso la competencia para determinar «el alcance del ejercicio de la jurisdicción federal». Una vez fijado por la Nación ese alcance —para lo cual puede hacer uso de todas las competencias que le confieren los incisos 16, 27 y 28 del artículo 67— recién allí las provincias podrán ejercer las competencias residuales que quedaren disponibles. Si, por ejemplo, el Congreso

---

60 *Fallos*, 304: 730.
61 *Fallos*, 304: 1129.
62 *Fallos*, 304: 1381.
63 *Fallos*, 305: 214.
64 *Fallos*, 305: 1381 y *La Ley*, 1984-A: 232.
65 *Fallos* 306: 1883 y en *La Ley* 1985-B: 199.
66 El destacado nos pertenece.
67 El artículo 67 inciso 28 es actualmente el artículo 75 inciso 32.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

nacional estableciera que las empresas que intervienen en la explotación del establecimiento están exentas de impuestos nacionales y provinciales, las provincias deberán abstenerse de gravarlas, porque su competencia puede ser ejercida en todo aquello que la nación le permita (inciso 27), porque ello es necesario para el progreso de toda la nación (inciso 16 y preámbulo) y porque el derecho nacional es la ley suprema del país y las autoridades de provincia deben conformarse a él (artículo 31).

En varias causas posteriores la Corte mantuvo el mismo criterio: *Ambros Palmegiani S. A.*,[68] de 1986, *Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires*,[69] del mismo año; *Dirección General de Fabricaciones Militares c/ Provincia de Buenos Aires*,[70] de 1988, entre otros.[71]

Finalmente, en el fallo *Sade S. A. c/ Provincia de Mendoza*,[72] de 1989, la Corte introduce una frase que deseamos destacar porque refuerza nuestra postura de descartar la doctrina de concurrencia:

> Como el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal [...] incide siempre en aquellos, la pauta para aceptar o rechazar las facultades locales no es la *incidencia* sino su *compatibilidad* con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional, en el sentido que esta no se vea condicionada menoscabada o impedida.[73]

Aquí la Corte reconoce que todo ejercicio de competencias locales *incide* en el establecimiento, entonces abandona ese criterio y adopta el de la *compatibilidad*. Es decir: aunque el accionar local incida, estará permitido mientras sea compatible con la finalidad nacional.

Volvió a usar esa terminología en 1991, en autos *Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Santa Cruz c/ YPF*,[74] en que concluye que el criterio de la compatibilidad implica que la facultad provincial no puede menoscabar, condicionar ni impedir el interés nacional. Ese criterio fue completado con el siguiente:

> El principio de supremacía nacional, válido para dirimir situaciones de conflicto [...] traduce un claro pensamiento político vinculado con aspectos cardinales de la forma federal de gobierno [...]. Ya Alberdi en *Las Bases* [lo] expresaba así: las resoluciones del Poder Nacional «deben tener supremacía sobre los actos de los gobiernos provinciales, y su acción en los objetos de su jurisdicción no debe tener obstáculos ni resistencia» por cuanto «de otro modo su poder no será general sino en el nombre» (capítulo 24).

---

68 *Fallos* 308: 403.
69 *Fallos* 308: 647.
70 *Impuestos* XLVI-A: 543.
71 *Fallos* 307: 613, 307: 1268, 310: 1567, etcétera
72 *Impuestos* 1990-A: 221.
73 Considerando 5.°, énfasis agregado.
74 *Fallos*, 314: 1796.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

De ese razonamiento la Corte concluye que «es procedente que el gobierno nacional libere a determinadas entidades o actividades del pago de gravámenes nacionales y locales siempre que lo estime adecuado».

En *Satecna Costa Afuera S. A. c/ Provincia de Buenos Aires*,[75] de 1993, la Corte, con nueva integración, aplicó la tesis de la no interferencia, entendiendo que el impuesto a los ingresos brutos en cuestión era inconstitucional por interferir con la finalidad del establecimiento.

4. La reforma constitucional de 1994

El artículo 67, inciso 27, pasó a ser el 75, inciso 30, con el siguiente texto:

> Corresponde al Congreso [...] ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

Las diferencias entre el nuevo texto y el anterior son las siguientes:

a. Se cambia «ejercer una legislación *exclusiva* [...] sobre» esos lugares, por «dictar la legislación *necesaria* para el cumplimiento de los *fines específicos*» de los establecimientos.
b. Se sustituye la enumeración de «fortalezas, arsenales, almacenes y otros establecimientos de utilidad nacional» por una referencia genérica a «los establecimientos de utilidad nacional».
c. Se agrega el párrafo final, referido a que provincias y municipios «*conservarán* los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, *en tanto no interfieran* en el cumplimiento de aquellos fines».
d. Se elimina la referencia a «compra o cesión».
e. Hay una coincidencia entre ambos textos que también debe ser resaltada: la Constitución, antes y después de la reforma, no exige el consentimiento de la legislatura provincial. En consecuencia, ya no quedan dudas que esa conformidad no es necesaria dado que el constituyente pudo —pero no quiso— introducir esa variante.
f. Se declara la autonomía municipal (artículo 123).
g. Se adjudica a las provincias el dominio originario de los recursos naturales (artículo 124).

Analizaremos uno por uno esos cambios:

---

[75] *Fallos*, 316: 2206.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

a) *Legislación necesaria* en lugar de *legislación exclusiva*. Según apunta Bidart Campos,[76] la reforma «ha *reajustado* la letra del anterior inciso 27» (el destacado nos pertenece). Agrega que como ya no se habla de legislación *exclusiva* sino de legislación *necesaria*, esta «queda circunscripta a los *fines específicos* del establecimiento» (destacado en original). Nos preguntamos: ¿Ese cambio de léxico implica o no un cambio conceptual? Nótese que el citado autor no habla de *reforma* ni de *modificación al régimen jurídico* de los establecimientos, sino que se limita a constatar que hubo un *reajuste de la letra* del inciso. Para contestar la pregunta debemos partir de una base: ¿antes de la reforma podía el Congreso dictar leyes destinadas a ser aplicadas a esos establecimientos, que no tuvieran relación con el fin de estos? Claro que no. La referencia que la Constitución de 1853 hacía a *legislación exclusiva* implicaba que solamente el Congreso federal podía dictar las leyes que regularan tales establecimientos, los cuales por sus fines de utilidad nacional —y no local— no podían ser regulados por entes locales. Era obvio, antes de la reforma, que esa legislación era solo la necesaria para la regulación de los hechos, actos y relaciones jurídicas que se desarrollaran en esos establecimientos *siempre y cuando estuvieran relacionados con su finalidad*. En otras palabras, la exclusividad no significaba universalidad de materias a ser legisladas; la exclusividad apuntaba al sujeto competente para legislar, que era —y es— el Congreso nacional, con exclusión de las provincias, pero siempre en el marco de lo necesario para el cumplimiento de los fines que motivaron la instalación del establecimiento.

b) Referencia genérica en lugar de ejemplificación. El artículo 67, inciso 27, contenía una enumeración de *fortalezas, arsenales, almacenes y otros establecimientos de utilidad nacional*, que fue sustituida por una referencia genérica a *los establecimientos de utilidad nacional*.

c) Los poderes *conservados* y el criterio finalista. La tercera diferencia apuntada tiene su inspiración en el texto del artículo 121 (antes 104, y que no fue reformado en 1994) que reza: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación». Con el mismo léxico, el nuevo inciso 30 del artículo 75 reitera que provincias y municipios *conservarán* los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos *en tanto no interfieran con el cumplimiento de aquellos fines*. Por lo tanto, para dilucidar en qué medida la reforma de 1994 incidió en el régimen anterior, es necesario analizar si esos poderes de policía e imposición habían sido o no delegados por las provincias antes de la referida reforma. Si ya estaban delegados, la reforma no alteró nada sino que simplemente explicitó en el texto lo que antes era implícito; caso contrario, deberemos analizar el alcance de la modificación al régimen anterior. En otras palabras: ¿podía

[76] Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 360.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

entenderse, antes de 1994, que las provincias no conservaban poderes semejantes? Por aplicación de los razonamientos antes expuestos debemos concluir que sí los conservaban, pero con un límite claro: en todo aquello que la legislación federal no regulara y siempre y cuando el ejercicio de esos poderes no interfiriera ni afectara el cumplimiento de los fines de utilidad nacional que el Gobierno federal persigue con esos establecimientos.

En el seno de la Convención Constituyente de 1994 hubo diversos proyectos de reforma del artículo 67, inciso 27, que diferían muy poco entre sí en cuanto a su redacción, según relata Hernández.[77] Algunos se referían a «que no se afecte la finalidad para la que fueron creados»[78] los establecimientos, otros se referían a las competencias locales «cuando no interfiera el interés federal».[79]

d) La eliminación de la referencia a *compra o cesión.* Esta innovación introducida en 1994 no entraña, a nuestro criterio, cambio sustancial alguno, ya que sea por compra, cesión, alquiler, comodato, usufructo, uso o cualquiera otra forma de adquirir el derecho a ocupar el lugar, el efecto de la instalación de un establecimiento de utilidad nacional, en cuanto a las competencias, es el mismo. Tal como sostuvo la Corte, «La facultad de legislar exclusivamente que se estudia, no significa la de hacerlo respecto de todos los inmuebles adquiridos por el Gobierno nacional, sino solo en aquellos destinados a objetos de bien general».[80] Y asimismo: «es la destinación de los lugares lo que determina y justifica el ejercicio de la jurisdicción federal».[81]

e) La autonomía de los municipios (artículo 123 CN). Esta modificación genera una adición de sujetos a nuestro análisis: todo lo que antes afirmábamos que era competencia (o no) de las provincias ahora lo será de las provincias y los municipios. En consecuencia, a los problemas derivados de la competencia judicial y la potestad impositiva se suman los problemas relativos al poder de policía municipal (de faltas, sanitario, edilicio, urbanístico, de planeamiento, etcétera) y a la aplicación de tasas comunales por servicios.

f) Los recursos naturales (artículo 124 CN). La regulación de estos recursos por la reforma de 1994 concluye con la duda preexistente en cuanto a la titularidad de esos recursos. La inclusión de esta previsión por una asamblea constituyente demuestra, por sí misma, que los órganos federales que ejercen el poder público (en este caso, el poder constituyente) no son monstruos perversos que pretenden

---

[77] Antonio Hernández: *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 162 ss.

[78] Proyecto de los convencionales Bava, Muruzábal y Etchenique: *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Santa Fe-Paraná 1994*, tomo III, p. 3166.

[79] Proyecto de los convencionales Llano, Natale, Saravia Toledo y Harvey: *Diario de Sesiones de la Convención...*, cit., tomo III, p. 3172.

[80] *Fallos*, 155: 104.

[81] *Fallos*, 215: 260.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

avasallar las autonomías locales, como a veces intentaron describirlos varios autores que se ocuparon de los establecimientos de utilidad nacional.

g) La jurisprudencia posterior a la reforma de 1994. En *Hidroeléctrica el Chocón S. A. c/ Provincia de Buenos Aires*,[82] de 1997, referido a la generación, transporte y consumo de energía eléctrica, el procurador general dictaminó que:

> [e]n materia de competencias para regular esas actividades no cabe aceptar el criterio puramente territorial pues esta única condición no solo no faculta a ejercer esa potestad sino que [...] desde los tiempos de la Convención de Filadelfia y de *El Federalista* y de Marshall, así como desde los de nuestros constituyentes y Alberdi, Montes de Oca y González, se sabe que no pueden los estados provinciales invocar, por ejemplo, la titularidad territorial para poner trabas de índole alguna a las actividades que, en su esencia, se vinculan al tráfico interprovincial e internacional.

La Corte, por su parte, entendió que es competencia del Congreso nacional «dictar la legislación destinada a establecer pautas generales y ordenar la política energética [...]. A la luz de tales principios es que debe resolverse si el régimen impositivo provincial [...] pone en crisis ese régimen federal».

En 2004, la Corte[83] sostuvo que una ley que fijaba los límites entre dos provincias solo regía en todo cuanto el territorio no perteneciera al establecimiento de utilidad nacional que existía en la misma zona (en el caso, un parque nacional), reforzando esa interpretación con el siguiente argumento:

> Máxime cuando todas estas tierras, lugares y ríos pertenecían al Estado nacional ya que el parque y la reserva son *anteriores en el tiempo* a la creación de los estados provinciales. De ello se deduce que *estos poseen el dominio y ejercen jurisdicción «en la medida de lo permitido por la legislación sobre Parques Nacionales»*, tal como señala el dictamen de la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales, que resolvió varios conflictos de ese tipo producto de la decisión de elevar a la categoría de provincias a los ex territorios nacionales del Neuquén y Río Negro, y que dio origen a la ley en cuestión.[84]

El fallo no solo discrimina entre los establecimientos anteriores y los posteriores a la creación de las provincias sino que además aplica claramente el criterio residual en cuanto a las competencias provinciales ya que las provincias solo podrán ejercer su jurisdicción en aquello que la ley federal les permita hacerlo.

---

[82] *Fallos*, 320: 1302.

[83] CSJN *in re Administración de Parques Nacionales c/ Provincia de Neuquen s/ Amparo*, de 9 de marzo de 2004.

[84] El destacado nos pertenece.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

5. Conclusiones

5.1. Autoridad competente para erigir un establecimiento de utilidad nacional

En este punto nunca se dudó que era competencia del Gobierno federal la definición de cuándo debe crearse un establecimiento de utilidad nacional, cuáles son sus fines y cuáles son los medios por los cuales lograrlos. Esa decisión está regida por consideraciones de oportunidad, mérito y conveniencia y por lo tanto no es susceptible de control judicial, el cual solo podría ejercerse sobre la razonabilidad de los medios dispuestos para la consecución del objetivo.

La pregunta que cabe formularse, especialmente después de la reforma de 1994, es si esa decisión es delegable en los términos del artículo 76 CN. Consideramos que es necesario distinguir dos casos:

1. Cuando se trata de establecer nuevas dependencias o nuevos establecimientos de utilidad nacional pertenecientes a instituciones u organismos públicos ya existentes, la decisión puede ser tomada por el Poder Ejecutivo.
2. Distinto es cuando se trata de erigir establecimientos de utilidad nacional que antes no existían, por ejemplo puertos, aeropuertos o aeródromos, parques nacionales, usinas hidroeléctricas, etcétera. En estos casos, la decisión acerca de su instalación, el lugar adecuado, el momento oportuno, el espacio que ocuparán, etcétera, debe estar decidido en una ley del Congreso. También en este caso, una vez decidida por ley la instalación del establecimiento de utilidad nacional y el lugar físico donde se ubicará, el Congreso puede delegar en otros órganos la instrumentación de los detalles atinentes a esa instalación.

5.2. Legislación y jurisdicción

Se ha dicho que la legislación exclusiva trae aparejada la jurisdicción exclusiva, es decir, la competencia de los jueces federales con exclusión de los provinciales. Nadie lo ha discutido, pero nadie tampoco ha explicado por qué ello es así. Intentaremos contestar esa pregunta del siguiente modo: es así porque la legislación que se dicta para estos establecimientos no es nacional sino federal. Si fuera legislación nacional o común, no habrían existido tantos problemas de interpretación, ya que esa legislación común podría ser aplicada por tribunales locales, según surge del artículo 75, inciso 12, CN. En cambio, tratándose de leyes federales, solo pueden ser aplicadas por jueces federales y por eso se generan los problemas que hemos analizado. Pero solo son federales aquellas normas que se dicten para el cumplimiento de los fines de utilidad nacional a que está consagrado el establecimiento, y no las otras, ya que las que excedan esa finalidad serán legislación nacional o común, susceptible de ser aplicada por jueces locales.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Es decir: la aplicación del derecho común (civil, comercial, penal, laboral, etcétera) será competencia de los jueces provinciales, dado que una inscripción de nacimiento, un homicidio o un despido difícilmente puedan afectar el fin de utilidad nacional que se persigue en el establecimiento, pese a que en algunas oportunidades fue decidido así por la Corte, según vimos. En otras palabras, el inciso 30 no es una excepción al inciso 12.

También es preciso mencionar que el Poder Ejecutivo nacional tiene competencia administrativa en estos lugares.[85]

5.3. Consentimiento de la legislatura provincial

Después de la reforma de 1994 no cabe duda de que no es necesario tal consentimiento. Si así fuera, el constituyente lo habría incluido expresamente. Pero también estamos convencidos de que antes de la reforma tampoco era necesario.

Debe aclararse que el consentimiento provincial y el alcance de las atribuciones del gobierno federal son elementos independientes que no se influyen mutuamente. El Congreso nacional es la única autoridad que interviene para decidir la oportunidad, mérito y conveniencia de la instalación de un establecimiento de utilidad nacional. También es competente para decidir el alcance de la jurisdicción federal, dentro de los parámetros de razonabilidad genéricos que surgen del sistema federal de Estado adoptado por nuestra carta magna.

5.4. Poderes tributarios de las provincias

La potestad tributaria requiere un tratamiento especial y diferenciado del resto por cuanto, como expresó la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica: «el poder de imponer implica el poder de destruir»,[86] por lo cual no sería contradictorio sostener que el ente local es competente para el juzgamiento de un despido pero no para crear impuestos, como había expresado la Corte en 1949 con referencia a las naftas en los aeropuertos. En materia tributaria creemos necesario distinguir tres supuestos que son claramente diferentes según la especie de tributo de que se trate: impuestos, tasas y contribuciones.

i) *Impuestos.* La doctrina ha definido al impuesto como «el tributo que se establece sobre los sujetos en razón de la valorización política de una manifestación de la riqueza objetiva [...] o subjetiva».[87] Para diferenciarlo de las otras especies de tributos se ha dicho que el impuesto «nace puramente del poder de imperio y sin

---

[85] Cf. *Fallos,* 197: 292 y 271: 186.

[86] *Mc. Culloch vs. Maryland,* 4 Wheat 316 (1819).

[87] Dino Jarach: *Finanzas públicas y derecho tributario,* 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 252.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

un criterio inspirador determinado, salvo la exclusión de la contraprestación y del beneficio diferencial que caracterizan a la tasa y a la contribución».[88] Empero, en palabras de Jarach, esa definición dice lo que el impuesto no es, pero no dice lo que es, por lo cual, «cada vez con mayor aceptación se caracteriza el impuesto por su naturaleza de tributo que responde al principio de la capacidad contributiva».[89]

Sobre esa base, creemos necesario distinguir en materia de impuestos tres casos:

1. Cuando el Estado nacional ejerce la actividad de utilidad nacional. Tal como afirmaba Moreno Quintana, las provincias carecen de toda competencia impositiva cuando es la Nación la que en forma directa o a través de una empresa total o parcialmente estatal ejerce actividades en establecimientos de utilidad nacional. Ello es obvio por cuanto no hay norma constitucional alguna que autorice a las provincias a gravar a la Nación, y además por lo que surge claramente del artículo 31 CN, que consagra la supremacía del derecho nacional sobre el local. En ese sentido, consideramos aún vigente la doctrina sentada por la Corte en 1876 y explicitada notablemente en autos *Banco de la Nación Argentina c/ Provincia de Córdoba*,[90] de 1961, en que sostuvo:

> Que por amplios que sean los poderes impositivos provinciales conforme a los artículos 104 y 105 de la Constitución nacional (Fallos, 7: 373, 114: 283, 105: 273, 137: 212, 150: 419 y otros) no es pertinente sostener que en principio, puedan extenderse hasta gravar los medios y actividades del Gobierno Nacional. Por lo contrario, se ha reconocido desde antiguo que «las provincias no pueden gravar los medios o instrumentos de que, para el desempeño de sus funciones, se vale el Gobierno nacional, pues de otro modo sería ilusoria la supremacía de la Nación, que la Constitución establece en el artículo 31» (*Fallos*, 23: 580), doctrina que concuerda con la sostenida por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos.

El doctor Boffi Boggero, en voto separado, sostuvo que:

> Aun cuando del artículo 1 de la Constitución nacional resulta un equilibrio entre el federalismo y el unitarismo, y el poder impositivo constituye una facultad provincial no delegada, debe decirse que las provincias carecen de potestad para controlar el funcionamiento de las leyes constitucionales dictadas por el Congreso para efectivizar los poderes del Gobierno nacional.

Y el doctor Oyhanarte afirmó que: «Las provincias no pueden, en retención de su poder impositivo, ejercerlo en forma tal que obste a la consecución de los fines propios del gobierno nacional». Cabe aclarar que en el juicio se discutía la constitucionalidad de una exención impositiva dispuesta por el Congreso para los inmuebles del Banco de la Nación Argentina. El fallo no solo cita abundantes antecedentes en el mismo sentido, sino que fue dictado en un período durante el cual la Corte aplicaba

---

[88] Otto Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.ª ed., 1914, p. 316, citado por D. Jarach, en Finanzas públicas..., o. cit.

[89] Ibídem.

[90] *El Derecho*, 2: 143.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

la doctrina de la no interferencia (y no la exclusivista) con relación a los establecimientos de utilidad nacional, lo que significa que, aun reconociendo la potestad impositiva de las provincias en los establecimientos de utilidad nacional, estas carecen de competencia para gravar al Estado nacional.

A mayor abundamiento diremos que, si aplicamos a este caso el concepto de *impuesto* estudiado más arriba, y siendo que el único fundamento del impuesto es el *imperium*, carece de sentido que una entidad inferior grave a otra superior: en primer lugar, porque el *imperium* de la primera no puede superponerse al de la segunda; y en segundo, porque la capacidad contributiva del Estado federal se conforma, a su vez, del aporte de los entes federados, con lo cual el mismo sujeto que con sus aportes al presupuesto nacional ayuda a conformar esa capacidad contributiva, sería el que luego la evalúa para gravarla, y esta idea es muy extravagante para ser sostenida.

2. Cuando dentro de los establecimientos de utilidad nacional se radican empresas privadas que realizan actividades que no son imprescindibles para la realización del fin de utilidad nacional que inspira la creación del establecimiento. En este caso, las provincias conservan sus competencias tributarias porque las empresas privadas se radican allí por mera conveniencia geográfica, pero ello no puede generar una exención impositiva ni la aniquilación (o reducción) de la competencia provincial. Muchas veces se han suscitado causas judiciales —estudiadas más arriba— en las cuales se discutían los derechos de los particulares que habían instalado sus emprendimientos en establecimientos de utilidad nacional y las facultades de las provincias de gravarlos con tributos o de ejercer jurisdicción a su respecto: el caso más común fue el de los frigoríficos instalados en los puertos. En nuestra opinión, aplicar la normativa que rige los establecimientos de utilidad nacional a estas empresas, que se han instalado en ellos por razones de mera comodidad o conveniencia, desvirtúa el fin de la normativa constitucional: por ejemplo, un quiosco de diarios y revistas en una estación de ferrocarril no cumple ningún fin de utilidad nacional.

En estos casos, la situación geográfica de esas empresas dentro de un establecimiento de utilidad nacional es una cuestión meramente circunstancial, que no debe generar la aplicación de las normas que rigen a estos: la empresa no es un establecimiento de utilidad nacional sino que es obra de la iniciativa privada que aprovecha la existencia de este para instalarse allí, salvo, claro está, aquellos casos en que la empresa cumpla una función inherente al funcionamiento del establecimiento de utilidad nacional, que se analizan en el punto siguiente.

3. Cuando las empresas privadas radicadas en establecimientos de utilidad nacional realizan actividades que son necesarias o complementarias para el funcionamiento de ese establecimiento. Este es el supuesto más problemático de los tres: el caso típico es el de las concesionarias de servicios públicos o actividades de interés público para los cuales se creó el establecimiento.

Aquí se impone el criterio según el cual las provincias y municipios podrán gravar las actividades de dichas empresas siempre y cuando el gravamen no afecte el fin

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de utilidad nacional. Y en este sentido debemos ser muy estrictos en la apreciación de esa *afectación:* si el gravamen aumenta el precio del servicio o producto, así sea mínimamente, ya está afectado el fin de utilidad nacional. Por ejemplo: un impuesto local que grave hechos o actos cumplidos por una empresa que participa en la explotación de una usina hidroeléctrica o de un yacimiento hidrocarburífero o de una planta depuradora de aguas, inevitablemente será trasladado al precio del servicio o producto, con lo cual todo el resto de la población del país que se beneficia con esa actividad deberá abonar un *plus* debido al impuesto local, y ello es decididamente inadmisible.

El motivo de ello es el siguiente: en los pliegos de licitación, el Estado nacional debe establecer —y así lo hace— cuál es la carga impositiva que esas empresas tendrán que sobrellevar durante la vigencia de la concesión; por lo tanto, las empresas tienen en la mira *esas* cargas, y no otras, al momento de cotizar el costo de sus servicios. Si se permitiera que, una vez adjudicada la concesión, un ente local agregue un impuesto a los que ya se habían previsto, se rompería la ecuación económica que justificó el precio de la licitación, y eso puede generar un derecho para la empresa concesionaria de rescindir el contrato por culpa de la contraparte, con el consiguiente perjuicio para la finalidad de utilidad nacional o servicio público y para las arcas del Estado nacional que seguramente deberá responder por los daños y perjuicios que la rescisión ocasione al concesionario.

ii) *Tasas.* La tasa ha sido definida como «la prestación pecuniaria que se debe a un ente público de acuerdo con una norma legal, y en la medida establecida por ella, por la realización de una actividad del propio ente que concierne de manera especial al obligado».[91] Fácilmente se advierte que la contraprestación especial es el elemento definitorio de la tasa. En ese sentido, el tema de las tasas y su aplicación en los establecimientos de utilidad nacional ha adquirido vital importancia a partir de 1994 en virtud de la consagración de la autonomía municipal, ya que son los municipios quienes prestan la mayor cantidad de servicios a los bienes inmuebles, tales como alumbrado, barrido, limpieza, conservación de la vía pública, etcétera.

En el caso de las tasas creemos que solo se puede exigir su pago al Estado nacional o a particulares instalados en establecimientos de utilidad nacional cuando estos *efectivamente* se benefician del servicio público provincial o municipal al que corresponde ese tributo y *en la medida* de ese beneficio. Así, no cabría cobrar la tasa de alumbrado barrido y limpieza a un establecimiento que no goza de esos servicios ni en su interior ni en su perímetro.

iii) *Contribuciones.* Estas «hallan su justificación en los beneficios o ventajas obtenidos por personas o grupos sociales como consecuencia de la realización de

[91] Definición elaborada por Giannini y adoptada por Carlos M. Giuliani Fonrouge: *Derecho financiero*, 7.ª ed. actualizada por Susana C. Navarrine y Rubén O. Asorey, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 1070.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

obras públicas o de especiales actividades estatales». Su medida «es proporcional precisamente a la ventaja o al gasto» y, a diferencia de las tasas, las contribuciones «no se fundan [...] en los beneficios o ventajas derivados de la prestación de servicios estatales».[92]

La solución, en este caso, es la misma que en el anterior: solo es procedente la contribución impuesta por el ente local si el establecimiento de utilidad nacional se beneficia *efectivamente* con esas obras, y *en la medida* de ese beneficio.

5.5. Significado actual del término federalización

Queda expresado entonces que la *federalización* de los lugares destinados a establecimientos de utilidad nacional no es absoluta sino en cuanto a las funciones relativas al funcionamiento del establecimiento.

A ello debemos agregar que el término *federalización* debe ser interpretado de distinto modo después de la reforma constitucional de 1994. En efecto, antes de ella era común distinguir entre la *federalización* de la Ciudad de Buenos Aires como capital de la nación y la *jurisdicción exclusiva* del Congreso sobre esos lugares: la primera era absoluta y la segunda era solo funcional (aun cuando había quienes identificaban ambos regímenes). Pero después de 1994, al haberse consagrado la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en el artículo 129, la «federalización» de esta ya tampoco es absoluta, sino que guarda cierta analogía con el régimen de los establecimientos de utilidad nacional: la competencia federal solo tiene el alcance requerido para el cumplimiento de los fines tenidos en la mira al «federalizar» ese territorio, pero el resto de las materias son competencia local.

Nótese que en la última oración del párrafo anterior hemos utilizado el mismo término para ambos territorios sin que ello sea discordante: por supuesto que la *intensidad* de la *federalización* es superior en la ciudad capital que en los establecimientos, pero no es absoluta. Ello implica que el término *federalización*, con el agregado introducido en el artículo 75, inciso 30, y con la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, ha mutado su significado anterior y ya no es absoluta en ningún caso.

5.6. Terminología utilizada

A lo largo de este trabajo hemos descartado la denominación de *poderes concurrentes* o de *competencias compartidas* que generalmente usa la doctrina, por cuanto no creemos que esa sea la interpretación correcta del artículo 67, inciso 27, ni del artículo 75, inciso 30.

En efecto, una cosa es sostener que nación y provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas, y otra muy distinta es afirmar que las

[92] C. Giuliani Fonrouge, o. cit., pp. 1088-1091.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera con los fines de utilidad nacional.

Pero además, también es impreciso afirmar que la Corte haya sostenido ese criterio, ni usado ese vocabulario, ya que, aun los miembros del máximo tribunal que mayor extensión reconocieron a las competencias provinciales, sostuvieron que las facultades de estas se limitan a todo aquello que *de ningún modo interfiera* con los fines del establecimiento nacional, cosa que es muy diferente a afirmar que existen poderes concurrentes o compartidos.

Es más preciso hablar de la *no interferencia* en el sentido de que —en estos lugares— las competencias nacionales se encuentran en una jerarquía superior a las de las provincias y tienen preeminencia sobre ellas, lo cual —desde 1994— no puede ser interpretado como la aniquilación de las últimas.

5.7. A modo de colofón

En este trabajo hemos analizado un tema conflictivo que dividió a la doctrina y a la jurisprudencia nacional durante más de un siglo. Se han escuchado de él opiniones diametralmente opuestas: desde la mayor amplitud de los poderes federales hasta la mayor impenetrabilidad de la autonomía provincial. Incluso se había gestado la costumbre de clasificar a los autores y a los fallos que opinaban en uno u otro sentido.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Efraín Rodolfo Gastesi*

El anterior artículo 67, inciso 27, y el nuevo artículo 75, inciso 30, de la Constitución nacional

1. Formulación del tema

En este trabajo se procura abordar en forma abreviada las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales sostenidas en torno del ex artículo 67, inciso 27, de la Constitución nacional, con el objeto de determinar el sentido de la norma, su alcance, extensión y adaptación a los casos concretos, y, al mismo tiempo, discurrir sobre la real inteligencia y contenido del nuevo artículo 75, inciso 30, introducido por la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994, y su incidencia en la práctica federal de las competencias provinciales y municipales.

Se aclara que no se hace referencia a las potestades del Congreso sobre el territorio de la Capital Federal y se difiere su análisis para otra oportunidad. Como hombre del interior del país, el autor se interesa más por un tema complejo: el ejercicio por el Congreso nacional de una legislación necesaria sobre los establecimientos de utilidad nacional que están enclavados en el territorio de la República, y los poderes de policía e imposición que conservan las autoridades provinciales y municipales, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines específicos de aquellos establecimientos.

---

* Docente de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La precisión sobre el alcance de la atribución del Congreso en los establecimientos de utilidad nacional situados en territorio provincial constituyó una cuestión de insuperables disputas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Como bien asevera Rosatti,[1] la interpretación de la norma contenida en la última parte del antiguo artículo 67, inciso 27, se encontraba incidida por las vicisitudes propias de la historia institucional argentina antes que por principios jurídico-políticos claramente establecidos.

2. Interrogantes que plantea la temática elegida

— ¿Cuáles son las fuentes del ex artículo 67, inciso 27, de la Constitución nacional?
— ¿Cuál es el contenido del ex artículo 67, inciso 27, según la doctrina de los autores, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ley 18310?
— ¿Cómo se pergeñó el nuevo artículo 75, inciso 30, en la Convención Constituyente de 1994?
— ¿Qué aspectos sobresalen en su actual redacción?

3. Texto constitucional de 1853-1860: artículo 67, inciso 27

3.1. Fuentes del artículo 67, inciso 27

Como sostiene Seisdedos, parece haber consenso en señalar que la norma carece de antecedentes en los ensayos constitucionales anteriores al dictado de la carta de 1853-1860, no figura tampoco en el proyecto que acompaña a las *Bases*, su fuente inmediata es el artículo 1, sección 8, cláusula 17, de la Constitución de Filadelfia.[2]

El precepto fue aprobado por unanimidad y sin mediar ningún debate. Su introducción se debe a José Benjamín Gorostiaga, que redactó principalmente la parte orgánica, según enseña Vanossi.[3]

---

[1] Horacio D. Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, tomo I, 2.ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1997, pp. 189-190.

[2] Cf. Segundo V. Linares Quintana: *Gobierno y administración de la República Argentina*, tomo II, Buenos Aires, TEA, 1959, p. 30; Ricardo M. Zuccherino: *Derecho público provincial y municipal*, tomo I, La Plata, Lex, 1976, p. 284; Felipe Seisdedos: «Los establecimientos de utilidad nacional en la doctrina constitucional», en Pérez Ghilhou y otros: *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 425; citados por María Gabriela Ábalos: «Consideraciones sobre los establecimientos de utilidad nacional en la Constitución nacional», en Pérez Guilhou y otros: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 44.

[3] Jorge R. Vanossi: *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y su jurisprudencia*, Buenos Aires, Pannedille, 1970. Lo prueba acabadamente el inciso 26 del manuscrito

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Se observan notorias diferencias con el modelo. Así, el cuerpo patrio no incluye expresamente la necesidad del consentimiento de los estados locales,[4] añade a la cesión como medio de adquisición y, por último, emplea la locución *establecimiento de utilidad nacional* ausente en la Constitución de 1787.[5]

3.2. Contenidos del artículo 67, inciso 27

Esta cláusula congregaba dos tipos de cuestiones interpretativas que se pueden plantear con los siguientes interrogantes: a) ¿cuáles eran las facultades atribuidas al Estado federal en los establecimientos aludidos en el inciso?, es decir, si lo otorgado era la capacidad de legislar o si también comprendía la administración y la jurisdicción federales; y b) ¿cuál era la medida de estas atribuciones?, o sea, si la jurisdicción federal en esos lugares anulaba todo otro poder jurisdiccional, legislativo o administrativo concurrente (provincial o municipal) o si, por el contrario, podían coexistir distintos niveles públicos para el tratamiento de diversas temáticas.

En términos generales, Rosatti sostiene que el precepto que se analiza había funcionado a lo largo de nuestra historia constitucional como una norma de depósito para justificar la aplicación de la ley nacional en desmedro de las potestades provinciales y municipales, aun en aquellos puntos no alcanzados por la competencia material delegada por las provincias a la Nación.[6]

3.2.1. Soluciones doctrinarias

Respecto a la delimitación de las facultades asignadas al Estado federal en los establecimientos de utilidad nacional, Seisdedos dice que:

> desde Joaquín V. González para acá se acepta que «legislación exclusiva» es sinónimo de «jurisdicción exclusiva». No es otra cosa que la aplicación del remanido principio de que «la atribución de una facultad significa, asimismo, el otorgamiento de otras necesarias para ponerlas en movimiento», tal como lo sostiene la Corte Suprema en uno de los tantos casos a que ha dado lugar la interpretación del artículo 67, inciso 27, CN».[7]

---

de Gorostiaga (véase José Armando Seco Villalba: *Fuentes de la Constitución argentina,* Buenos Aires, Depalma, 1943, p. 272), citado por Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 426.

[4] Con relación al tema del consentimiento provincial de las legislaturas locales, véase un detallado estudio de Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., pp. 425-430.

[5] Ibídem, p. 425.

[6] Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal,* o. cit., p. 190.

[7] Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 431. El fallo a que se refiere es el caso *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires, Fallos,* 155: 104.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Por consiguiente, además quedan comprendidas la función judicial y la administrativa, o sea que, en síntesis, legislación exclusiva connota jurisdicción exclusiva, es decir, ejercicio de las funciones legislativas, administrativas y judiciales.[8]

a. Tesis extensiva o exclusivista de la Nación[9]

Según este punto de vista, el artículo 67, inciso 27, de la carta nacional confería al Congreso una atribución exclusiva de legislar, administrar y juzgar en los lugares a que se refiere la norma, sin que pudiera admitirse ningún tipo de concurrencia de los poderes provinciales y municipales.

La investigadora mendocina María Gabriela Ábalos[10] ha condensado los argumentos que abonan esta posición de la siguiente manera:

a. Según Joaquín V. González, el ejercicio de la *legislación exclusiva* por el Congreso equivalía a *jurisdicción exclusiva* de las autoridades nacionales. De esta forma, tal atribución privaría a las provincias de toda potestad política sobre los lugares cedidos o vendidos a la Nación, y sus habitantes dejarían de ser vecinos de la provincia y de ejercer derechos civiles o políticos bajo las leyes de la provincia cedente o vendedora.[11]

b. Cuando dicha norma descarta la posibilidad de concurrencia jurisdiccional, lo hace sin distinguir que se trate de *fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional*.[12]

c. El consentimiento formal y expreso de las legislaturas provinciales en los casos de venta o cesión de territorios solo lo requiere la Constitución para los destinados a la capital de la República y a la formación de nuevas provincias con otras de las ya existentes (artículos 3 y 13 CN); en el primer caso se trata de la federalización de un territorio y en los demás, de desmembraciones políticas, supuestos distintos de los contemplados por el artículo 67, inciso 27.[13]

d. Además corresponde señalar que si la Constitución ha reservado al Estado federal la potestad de legislar que implica la de administrar y juzgar en los lugares

---

8 Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 431.

9 Esta tesis ha sido sostenida entre otros autores por Joaquín V. González, José N. Matienzo, M. A. Montes de Oca, Carlos M. Giuliani Fonrouge, Jorge Tristán Bosch, Alberto Robledo Albarracín, Lino E. Palacio y Jorge M. Gronda.

10 María Gabriela Ábalos: «Consideraciones...», o. cit., pp. 46-48.

11 Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1983, p. 457.

12 Esta fue la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*, 168: 96; 197: 507; 271: 186.

13 CSJN, *Fallos*, 155: 104 *(Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires)* y 271: 186 *(Marconetti S. A. Ltda.)*.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

afectados a establecimientos de utilidad nacional en las provincias, resulta inaceptable que estas puedan ejercer en ellos la misma jurisdicción.[14]

Héctor L. Manchini entiende que la interpretación extensiva encuentra su más amplia expresión en el fallo de la Corte Suprema en autos *Hidronor S. A. - Hidroeléctrica Norpatagónica S. A. c/ Provincia del Neuquén*, del 4 de diciembre de 1980, por el cual se declara la inconstitucionalidad de la ley n° 769 de la provincia del Neuquén, en cuanto dispuso la creación del municipio de tercera categoría en el pueblo Villa El Chocón, departamento de Confluencia, dentro de los límites de las tierras sujetas a jurisdicción nacional.[15]

Concluye Luqui que llevada al extremo esta tesis conduce a pensar que aun cuando el establecimiento de utilidad nacional no se haya construido o no funcione, la jurisdicción federal será siempre exclusiva y excluyente, produciéndose el caso típico de federalización.[16]

b. Tesis restrictiva o de las competencias concurrentes o federalista[17]

Explica Antonio M. Hernández que, de acuerdo con esta postura, en los establecimientos nacionales no se debía excluir la jurisdicción provincial o municipal en sus respectivas competencias, siempre que su ejercicio no interfiera con el fin de utilidad nacional perseguido.[18]

Bidart Campos destaca que la expresión *exclusiva* utilizada en la segunda parte del inciso 27 alude a que sobre esos lugares y para los *fines* del establecimiento allí ubicado, solo puede legislar el Congreso, pero subsistiendo la jurisdicción provincial en todas las demás materias y cuestiones que no guarden relación con dichos fines.[19]

---

[14] CSJN, *Fallos*, 197: 292.

[15] Héctor L. Manchini: «Jurisdicción de la Nación y las provincias en lugares adquiridos para establecimientos de utilidad nacional (artículo 67 inciso 27 CN)», en *JA*, 1982, IV, p. 741, citado por María Gabriela Abalos, o. cit., p. 47.

[16] Juan Carlos Luqui: «Medio siglo y un tema que no se agota (A propósito de la sentencia de la Corte Suprema Nacional en el caso *Frigorífico Swift de La Plata*)», en *La Ley*, 1978-D, p. 1201.

[17] Entre sus defensores se pueden mencionar: Arturo M. Bas, Juan González Calderón, Benjamín Villegas Basavilbaso, Guillermo Galli, Hugo Alsina, Ramiro J. Podetti, Edmundo J. Carbone. Ítalo A. Luder, Germán Bidart Campos, Pedro J. Frías, Ricardo Haro, María Gabriela Ábalos, Antonio M. Hernández, Felipe Seisdedos y Horacio D. Rosatti.

[18] Antonio María Hernández (h): *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 154-155.

[19] Germán J. Bidart Campos: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 207.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Seisdedos comparte este concepto cuando afirma que, en definitiva, «la jurisdicción provincial solo se excluye en lo concerniente a los fines del establecimiento, mientras la federal únicamente será exclusiva con relación a aquel objeto».[20]

Pedro J. Frías expresa que:

> para una interpretación integrativa, algo debe tener que decir la realidad: por ejemplo, la jurisdicción federal sobre los parques nacionales, fundada en el dominio, no tiene otro objetivo básico que el que hoy se define como «conservacionista»: del paisaje natural, del medio ambiente, de flora y fauna. No excluye ni tendría sentido excluir el régimen municipal de la provincia, ni la jurisdicción policial o electoral.[21]

En el mismo orden de ideas, Manchini cita el fallo de la Corte Suprema del 30.3.1978 recaído en los autos *Compañía Swift de La Plata S. A. c/ Provincia de Buenos Aires,* donde se manifestó que:

> [...] la facultad del Congreso que prevé el mencionado inciso 27 del artículo 67 aparece referida al ejercicio de una legislación exclusiva en los lugares que esa cláusula indica, sin que ello autorice a concluir que se ha pretendido federalizar esos territorios en medida tal que la Nación atraiga —por el hecho de la adquisición de lugares para establecimientos de utilidad nacional— toda potestad, incluida la administrativa y judicial, de manera exclusiva y excluyente.[22]

Horacio D. Rosatti dice:

> Esta inteligencia, al par de respetar el texto constitucional mencionado, sería la única que se compadecería con nuestra forma de ser federalista expresada en el artículo 104 de la Constitución originaria (hoy artículo 121), en cuanto establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal.[23]

Pablo Luis Manili descarta la denominación de *poderes concurrentes* o de *competencias compartidas,* por cuanto no cree que:

> esa sea la interpretación correcta del artículo 67, inciso 27, ni del artículo 75, inciso 30. En efecto: una cosa es sostener que Nación y provincias tienen poderes concurrentes o compartidos en estas zonas y otra muy distinta es afirmar que las provincias pueden actuar en todo lo que no afecte o interfiera con los fines de utilidad nacional.

Considera que:

> es más preciso hablar de la *no interferencia* en el sentido de que —en estos lugares— las competencias nacionales se encuentran en una jerarquía superior a las de las provincias y tienen preeminencia sobre ellas, lo cual —desde 1994— no puede ser interpretado como la aniquilación de las últimas.[24]

---

[20] Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 433.

[21] Pedro J. Frías y otros: *Derecho público provincial,* Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 336.

[22] Héctor L. Manchini: «Jurisdicción de la Nación...», o. cit., p. 739, citado por María Gabriela Ábalos, «Consideraciones...», o. cit., p. 49.

[23] Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal,* o. cit., p. 194.

[24] Pablo Luis Manili: *Establecimientos de utilidad nacional. Artículo 75 inciso 30 de la Constitución nacional,* Buenos Aires, Universidad, 2004, pp. 111-112.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

3.2.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Si bien se ha hecho alusión a algunos fallos de la Corte Suprema, cabe ahora pasar revista a las distintas etapas que ha recorrido su jurisprudencia. El autor sigue en el desarrollo de este tema a María Gabriela Ábalos[25] y Horacio D. Rosatti.[26]

Período 1862-1929

En este lapso, la Corte adoptó la tesis exclusivista. Así en 1929, en ocasión de fallar en autos *Frigorífico Armour de La Plata c/ Provincia de Buenos Aires* (*Fallos*, 155: 104), el máximo tribunal expresó que la palabra *exclusiva* a que se refiere el inciso bajo examen quería decir *única y no compartida*, resultando en consecuencia que el Estado federal poseía sobre esos territorios las potestades de legislar, juzgar y ejecutar, con independencia de cualquier poder provincial.

Período 1929-1967

La Corte fue morigerando lo sostenido en el caso *Armour*, elaborando una doctrina interpretativa tendiente a limitar la exclusividad del Estado federal; es decir que fue incorporando progresivamente la tesis de la concurrencia.

Así, en los pronunciamientos *Swift* (*Fallos*, 160: 342) y *Tunkieviez* (*Fallos*, 180: 157) admitió los poderes provinciales para suplir la negligencia legislativa del poder central. Igualmente en este sentido, en las causas *Caminos S. A.* (*Fallos*, 201: 536) y *Cruzeiro do Sul* (*Fallos*, 215: 260), reconoció que la atribución del Congreso era exclusiva, pero solo en lo concerniente a la realización de la finalidad de utilidad nacional del establecimiento de que se tratara.

Período 1968-1972

En 1968, la Corte, al juzgar la causa *Marconetti S. A. Ltda.* (*Fallos*, 271: 188) volvió a adoptar la tesis exclusivista, afirmando que:

> la cláusula del artículo 67 inciso 27 de la Constitución nacional importa reservar al Estado federal, de modo exclusivo y excluyente, la potestad de legislar, ejecutar y juzgar en los lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para instalar establecimientos de utilidad nacional, exclusividad que, consecuentemente, implica la negación del ejercicio simultáneo de esos lugares de análogas funciones provinciales.

Cabe aclarar que con posterioridad al año 1968 la Corte volvió a receptar en diferentes fallos la teoría de la concurrencia —pero no en forma definitiva— con distintos argumentos que llegaron incluso a declarar la inconstitucionalidad de la

---

[25] María Gabriela Ábalos: «Consideraciones...», o. cit., pp. 50-55.
[26] Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., pp. 194-200.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

ley 18310 que, como se verá más adelante, intentaba poner fin a este problema interpretativo.

Período 1973-1975

En este lapso la Corte sostuvo que los poderes del Congreso nacional eran exclusivos en cuanto a los fines de utilidad común del establecimiento, pero no excluyente del poder local en tanto este no interfiriera con los mencionados fines. Esto último fue expresado en las causas *Provincia del Neuquén* (*Fallos*, 293: 26) y *González Zugasti* (*Fallos*, 294: 80), en donde rescató el criterio de la ley 18310 que antes había declarado inconstitucional.

Igual tesitura acogió, aunque con matices, en las causas *Municipalidad de Santa Fe* (*Fallos*, 259: 413) y *Armour* (*Fallos*, 262: 186), en donde aprobó la tesis concurrente de las provincias ante la falta en estos lugares de legislación federal específica.

Período 1975 en adelante

A partir de 1975, la Corte retorna a la tesis *finalista* o de la *interferencia* en la causa *Pucci, Jorge y otro c/ Braniff* (*Fallos*, 293: 287) en la que dijo:

> [...] la sujeción de un lugar al artículo 67, inciso 27, no implica su federalización. (cons. 3.°)
>
> Que la jurisdicción provincial queda excluida en la medida en que su ejercicio interfiera directa o indirectamente en la satisfacción del servicio de interés público que requiere el establecimiento nacional. (Considerando 5.°)
>
> Que en el presente caso no se advierte en qué podría obstaculizar, interferir o frustrar, aun indirectamente, la intervención de los tribunales provinciales en las actividades del aeropuerto, si se trata de un pronunciamiento sobre una demanda laboral de ex empleados de una empresa privada dedicada al transporte aéreo internacional. (Considerando 6.°).[27]

Ratifica el fallo precedente en la causa *Brizuela, Pablo C. c/ Cía. Swift* (*Fallos*, 296: 432).[28] Sigue en la misma línea en la causa *Carlos Liguori* (*Fallos*, 297: 121), en la que reafirmó que «para excluir la jurisdicción provincial debe circunscribirse a los casos en que su ejercicio interfiera en la satisfacción del propósito de interés público que requiere el establecimiento nacional».[29]

Posteriormente se puede indicar el caso *SADE S. A. c/ Provincia de Santa Cruz* (*Fallos*, 299: 442), en el cual no obstante aceptar el criterio de las facultades concurrentes falla en contra de la provincia de Santa Cruz por considerar que la legislación de esta provincia se encontraba interfiriendo con la legislación expresa de la Nación (Ley de Hidrocarburos y Ley de Sellos).

---

[27] Véase Claudio Daniel Gómez: *Competencia federal. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Córdoba, Mediterránea, 2003, p. 449.

[28] Véase Ricardo Haro: *La competencia federal. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, 2.ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, p. 470.

[29] Claudio Daniel Gómez: *Competencia federal...*, o. cit., p. 449.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Se repite la tesis finalista en las causas: *Cía Swift de La Plata c. Provincia de Buenos Aires* (*Fallos*, 300: 328), *Vialco S. A. c/ Nación Argentina* (*Fallos*, 301: 1122),[30] *Montarsa Montajes Argentinos S. A. c/ Provincia del Neuquén* (*Fallos*, 302: 1223), *Marconetti Ltda. S. A. c/ Provincia de Santa Fe* (*Fallos*, 304: 730), *Impresit Sideco S. A. c/ Provincia de Santa Fe* (*Fallos*, 304: 1129), *Luis Antonio Ramognino* (*Fallos*, 304: 1381), *Tagsa Transportadora y Almacenadora a Granel S. A.* (*Fallos*, 305: 214), *B. J. Service Argentina S. A. c/ Provincia del Neuquén* (*Fallos*, 305: 1381), *Ambros - Palmegiani S. A.* (*Fallos*, 308: 403), *Municipalidad de Laprida c/ Universidad de Buenos Aires s/ ejecución fiscal* (*Fallos*, 308: 647), *Irazú, Margarita c/ Copetro* (*Fallos*, 311: 75), *Provincia de Santa Cruz c/ YPF* (*Fallos*, 314: 1796) y *Satecna Costa Afuera S. A. c/ Provincia de Buenos Aires* (*Fallos*, 316: 2206).

3.2.3. Solución legislativa: ley 18310

Con el propósito de superar los problemas interpretativos que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se presentaban, el 8 de agosto de 1969 se dictó la ley 18310. Apunta Rosatti[31] que el texto se asemeja al enviado al Congreso por el presidente Agustín P. Justo el 22 de setiembre de 1934 y que, no obstante ser aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado, no fue finalmente sancionado, lo que también ocurrió con otros proyectos referidos al mismo tema que presentaron Samuel Alperín, Emilio J. Hardoy y Juan E. Sola.

---

[30] El juez Pedro J. Frías en la ampliación de sus fundamentos dijo: «[...] que el criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en lugares sometidos a la jurisdicción federal por interés nacional, es precisamente el de la compatibilidad con dicho interés. Como el ejercicio de una facultad por la provincia en los enclaves de jurisdicción federal incide siempre en estos, la pauta no es la incidencia sino su compatibilidad con lo afectado o inherente a esa utilidad nacional. Debe concluirse que si esa facultad provincial no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él» (cons. 1.°). Agrega más adelante: «[...] es esencial al sistema federal tanto la asignación de competencias como la interrelación de las mismas. Es marco seguro de interpretación que resume el que de antiguo ha establecido esta Corte, el de no entenderlo como un régimen de subordinación de los Estados particulares al gobierno central, sino de convergencia de todos al bien común que declara la Constitución. Esa convergencia supone asociación y concertación de funciones en áreas cada vez más numerosas y delicadas, porque la dinámica de la república federal actual es de participación y no de aislamiento desdeñoso o de supremacías excluyentes. En definitiva, nuestra forma federal de Estado se traduce en un sistema de poderes y relaciones en que la misión augusta del gobierno central es la de presidir "la unión indestructible de estados indestructibles" y prestar los servicios territoriales indivisibles y los demás que puedan habérsele atribuido. La sociedad política provincial, configurada según la autonomía de la Constitución, no se agota en la prestación de los servicios jurisdiccionalmente divisibles —algunos también expresión de la unidad de destino de nuestro pueblo, como los educativos—, sino que al participar en el gobierno central testimonia la destinación nacional de todo el sistema federativo» (cons. 3.°).

[31] Horacio Rosatti: *Tratado de derecho municipal*, o. cit., p. 196.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

A pesar de que esta ley fue expedida durante un gobierno de facto, aparecía como aconsejable no solo por el grado de inseguridad jurídica que la cuestión arrastraba sino además por sus implicancias institucionales.

En la nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto se expresa entre sus fundamentos:

> A los fines de una solución definitiva del problema que plantea el deslinde entre las jurisdicciones federal y provincial en los lugares adquiridos por la Nación en cualquiera de las provincias que se debate desde hace más de 50 años en nuestro país [...]. Tiende mediante la precisa determinación de la jurisdicción federal y la provincial a poner punto final a conflictos que se repiten con cierta frecuencia y con mayor o menor intensidad en los distintos lugares que el Estado federal ha adquirido en las provincias con establecidos fines de utilidad pública, creando inútiles rozamientos en el regular desenvolvimiento de las relaciones entre el Gobierno federal y el de las provincias. La confusa situación actual, al no estar fijados claramente el alcance y efectos de la transferencia de tierras ubicadas en las provincias al Estado Federal, ha provocado cuestiones dudosas y litigiosas, que no siempre han sido resueltas con igual sentido en sede jurisdiccional. Nada obsta para que el Gobierno federal, ejercitando en forma razonable su potestad legisferante, señale los alcances de la jurisdicción federal para estos casos, eliminando todas las dudas y evitando conflictos.[32]

La norma pretende resolver estos conflictos mediante sus artículos 2.°, 3.° y 4.°, en los que prescribe:

> Tratándose de adquisiciones hechas por la Nación, de tierras situadas en las provincias para establecimientos de utilidad nacional, imperará la jurisdicción y leyes nacionales únicamente en lo afectado o inherente a esa utilidad nacional destinados a servir objetos expresamente encomendados al Gobierno federal por la Constitución y leyes nacionales. También imperarán la jurisdicción y leyes nacionales en aquellos casos en que ese uso de utilidad pública nacional se efectúa por gestión privada en virtud de una concesión otorgada por la Administración nacional. (Artículo 2.°)
>
> En lo no comprendido en ese uso, las provincias mantendrán su jurisdicción y podrán ejercer los actos que de ella se deriven, en tanto no interfieran directa o indirectamente en las actividades normales que la utilidad nacional implique, siempre que no hubieren hecho renuncia expresa de ese poder mediante el procedimiento establecido en la respectiva Constitución provincial. (Artículo 3.°)
>
> A los fines de solucionar los problemas de hecho que se pueden presentar en la aplicación de la presente ley, la Nación celebrará con las provincias involucradas los convenios que fueren necesarios. (Artículo 4.°)

Raúl Alberto Ramayo consideró que la ley podía ser objeto de críticas tanto de orden constitucional como práctico, y que no eliminaba la posibilidad de controversias al reservar a los tribunales la decisión sobre la interferencia o no de los actos provinciales en relación con la utilidad nacional, no obstante las pautas del artículo 2.°.[33]

---

[32] *ADLA*, XXIX-C, p. 2611.

[33] Raúl Alberto Ramayo: «La jurisdicción nacional en los lugares adquiridos por la Nación en las provincias y la ley 18310», en *LL*, tomo 136, sección «Doctrina», p. 1216.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Efectivamente, el 29 de diciembre de 1971, en el caso *Rosa de Luna c. International Air Catering Aeropuerto Ezeiza y otro* (*Fallos,* 281: 407), la Corte declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 de la ley, no obstante lo cual —afirma Rosatti—[34] «el criterio interpretativo *finalista* cobró relevancia en lo que se refiere a la evaluación por parte del máximo tribunal de cuándo un acto provincial debe considerarse que interfiere en las actividades que la utilidad nacional implica».

En el período posterior, como en ningún otro, los votos de los integrantes de la Corte variaron la línea jurisprudencial con llamativa asiduidad, dando lugar a múltiples confusiones y aun a soluciones a veces inicuas.[35]

Confirma lo señalado Jorge Tristán Bosch[36] al aseverar:

> De tal manera, en esta etapa de la vida de la Corte el resultado de los pleitos dependió de la opinión de los jueces [...] acerca de la existencia o inexistencia de interferencia en cada caso particular [...]. Esto agravado por las sucesivas alteraciones en la composición de la Corte que revivieron la alternancia entre las tesis exclusivista y de la concurrencia y entre los jueces que adoptaban la tesis de la concurrencia, acerca de si interferían o no interferían.

Así, los jueces Gabrielli y Black «se alinearon en la tesis de los poderes absolutos, exclusivos y excluyentes del gobierno federal», mientras que los jueces Rossi, Guastavino y Daireaux, en la tesis de los poderes concurrentes. Dentro de este grupo, los jueces Guastavino y Daireaux

> discrepaban en cuanto al criterio a aplicar para determinar si el ejercicio de poderes locales interfería directa o indirectamente con los fines propios del establecimiento nacional. Para Guastavino había interferencia no solo cuando la legislación provincial menoscababa físicamente la finalidad nacional, sino también cuando la perjudicaba desde un punto de vista económico, no siendo necesario que la imposibilitara, bastando que la enrareciera o dificultara.
>
> [Para el juez Rossi] no era necesario analizar si la legislación provincial menoscababa, perjudicaba, encarecía, dificultaba o condicionaba el fin de utilidad nacional (cuestiones de carácter fáctico, reconocidas como de imposible o muy difícil determinación, sobre todo con anterioridad a que aquellas situaciones se presentaran) sino cuando la legislación provincial incidiera o afectare el objeto mismo de utilidad nacional del establecimiento.
>
> El juez Frías, colocado como los anteriores en la tesis de las facultades concurrentes, votó siempre a favor de las provincias, al igual que el doctor Mario Justo López cuando integró el tribunal, aunque aportando otros fundamentos basados en la interpretación integral y armónica de las normas constitucionales.

El doctor Bosch formula el siguiente resumen jurisprudencial de aquel período:

---

[34] Horacio D. Rosatti: *Tratado de derecho municipal,* o. cit., 197.

[35] Carlos María Bidegain: *Cuadernos del Curso de Derecho Constitucional,* tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 40.

[36] Jorge Tristán Bosch: «El artículo 67 inciso 27 de la Constitución nacional», en *LL,* 1984-A, sección «Doctrina», pp. 988 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

— *Fallos*, 299: 442, caso *SADE c/ Provincia de Santa Cruz*, que resultó favorable a SADE: el juez Rossi se manifestó por la interferencia, y Daireaux y Frías por la no interferencia.
— *Fallos*, 300: 328, caso *Swift*, favorable a la Provincia de Buenos Aires: Rossi y Daireaux por la no interferencia.
— *Fallos*, 301: 856, caso *Casullo*, favorable a la Provincia de Buenos Aires: Rossi, Guastavino y Daireaux por la no interferencia.
— *Fallos*, 301: 1122, caso *Vialco S. A.:* Daireaux, Frías y López por la no interferencia y Rossi por la interferencia.
— *Fallos*, 302: 436, caso *Municipalidad de Esteban Echevarría:* Rossi, Guastavino y Frías por la no interferencia.
— *Fallos*, 302: 1223, caso *Montarsa:* Rossi y Guastavino por la interferencia, y Frías por la no interferencia.
— *Fallos*, 302: 1236, caso *Técnica Patagónica:* Rossi y Guastavino por la interferencia, y Frías por la no interferencia.
— *Fallos*, 302: 1252, caso *Vial Hidráulica:* Rossi, Guastavino y Frías por la no interferencia.
— *Fallos*, 302: 1461, caso *Hidronor:* Rossi por la interferencia, y Frías y López por la no interferencia.
— *Fallos*, 304: 730, caso *Marconetti:* Rossi, Guastavino y Renom por la interferencia.
— *Fallos*, 304: 1381, caso *Ramognino:* Rossi, Guastavino y Renom por la interferencia.

Esta cuestión, suscitada entre jueces que aceptan la tesis de la concurrencia, se ve empeorada por la cíclica interpretación de ministros que antes no la admitían (v. g.: los jueces Gabrielli y Black), pero que en el caso *Supercemento SAIC y Dragados y Obras Portuarias c/ Provincia de Entre Ríos*, resuelto el 8 de julio de 1982, adhirieron a la concurrencia.

El estado de incertidumbre que presidía la interpretación del artículo 67, inciso 27, inclinó a la doctrina decididamente por la necesidad de su reforma constitucional.[37]

4. Reforma constitucional de 1994: artículo 75, inciso 30

La ley 24309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993, dispuso en su artículo 2 que la

[37] Pedro J. Frías: *Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 208-209 y *Derecho público provincial*, o. cit., pp. 336-337; Felipe Seisdedos: «Los establecimientos...», o. cit., p. 439; Raúl Alberto Ramayo: «La jurisdicción nacional...», o. cit., p. 1216; Carlos María Bidegain: *Cuadernos...*, o. cit., p. 40.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Convención Constituyente podía modificar el artículo 67, inciso 27, y en su artículo 3.A, inciso *c*, puntualizó lo atinente a jurisdicción provincial en los establecimientos de utilidades nacionales.

El artículo 7 del despacho en mayoría de la comisión de redacción expresó:

> Sustitúyese el texto del inciso 27 del artículo 67, el que quedará redactado como sigue: Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital de la Nación, y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.[38]

Dicho despacho fue firmado por los siguientes convencionales: Carlos V. Corach, Juan C. Hitters, María C. Bercoff, Augusto C. Acuña, Oscar R. Aguad, César Arias, Rodolfo Barra, Claudia E. Bello, Antonio T. Berhongaray, Ricardo R. Biazzi, Elisa M. A. Carrió, Guillermo De Sanctis, Rodolfo Díaz, Alberto M. García Lema, Rafael A. González, María del Pilar Kent, Juan C. Maqueda, Héctor Masnatta, René S. Orsi, Enrique Paixao, Eduardo J. Pettigiani, Hugo N. Prieto, Humberto Quiroga Lavié, Juan C. Romero, Ester Schiavoni, Carlos G. Spina, Pablo Verani, Jorge R. Yoma y Horacio D. Rosatti. En disidencia parcial lo hicieron María Cristina Figueroa, Marcelo Guinle[39] y Antonio María Hernández.[40]

El convencional Guinle propuso la siguiente redacción:

> Ejercer una legislación exclusiva en los lugares afectados a la actividad de las fuerzas armadas y de seguridad de la Nación. Sobre los demás establecimientos de utilidad nacional, la legislación será específicamente limitada a los fines de interés nacional. Cesada la causa que diera origen a la declaración de utilidad nacional, los bienes se retrotraen a su dominio anterior.[41]

La convencional María Cristina Figueroa no presentó proyecto con relación a este inciso.[42]

Hubo cuatro despachos de minoría que eran compatibles en cuanto a vigorizar las potestades provinciales y municipales dentro de los establecimientos de utilidad nacional. En efecto, el de los convencionales Eugenio R. Zaffaroni, Carlos A. Álvarez, Guillermo E. Estévez Boero, Aníbal Ibarra, Alicia Oliveira y Juan P. Cafiero formuló el siguiente

---

[38] *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Santa Fe, Paraná, Imprenta del Congreso de la Nación, 1994, p. 3158.

[39] Ibídem, pp. 3158-3159.

[40] Hernández no concordaba con la redacción de la primera parte de la norma y propuso la siguiente: «Dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines. Véase Antonio M. Hernández: *Federalismo...*, o. cit., p. 162.

[41] *Diario de Sesiones...*, o. cit., pp. 3159-3160.

[42] Ibídem, p. 3160.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

párrafo dentro de un nuevo artículo destinado a las provincias: «Ejercer los poderes de imposición y policía sobre los establecimientos de utilidad nacional o transferidos por cualquier título conforme lo establece el artículo 67, inciso 27, de esta Constitución.[43]

El despacho firmado por la convencional Cristina Fernández de Kirchner expresó:

> Ejercer la legislación para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en todo el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos en tanto no impidan el cumplimiento de aquellos fines.[44]

El despacho de los convencionales Pablo J. Bava, Hilario R. Muruzábal y Roberto A. Etchenique dispuso:

> Ejercer una legislación exclusiva en la Capital Federal y reglar las potestades del gobierno federal sobre los lugares afectados, bajo su administración, a un interés nacional dentro de las provincias, las que podrán ejercer simultáneamente con la Nación, el poder de policía e imposición en dichos lugares siempre que no se afecte la finalidad para la que fueron creados.[45]

El despacho de los convencionales Gabriel J. Llano, Alberto A. Natale, Fernando Saravia Toledo y Ricardo J. C. Harvey determinó:

> Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional, sin perjuicio de la competencia local cuando no interfiera el interés federal.[46]

El debate se circunscribió a la disidencia planteada por el convencional Antonio María Hernández con respecto a la supresión de la palabra *exclusiva* en el primer párrafo de la norma en análisis.[47]

El despacho mayoritario emitido por la Comisión de Redacción fue aprobado con elevado grado de consenso: alcanzó 185 votos afirmativos, 69 negativos y ninguna abstención.[48]

El nuevo artículo 75, inciso 30, quedó redactado de la siguiente forma:

> [Le corresponde al Congreso] ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

---

43 Ibídem, p. 3163.
44 Ibídem, p. 3164.
45 Ibídem, p. 3166.
46 Ibídem, p. 3172.
47 Ibídem, pp. 3854-3859.
48 Ibídem, pp. 3986-3991.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

De su composición surgen nítidamente dos cuestiones: la legislación exclusiva del Congreso sobre el territorio de la capital de la Nación —materia de la cual no se ocupa este estudio— y la necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República.

Con relación a la segunda, cabe formular el siguiente interrogante: ¿qué aspectos se destacan en su nueva redacción ? Veamos: Antonio María Hernández[49] señala que se distingue legislación exclusiva para la Capital de la necesaria para los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República, a diferencia del texto anterior que no lo hacía, lo que posibilitó la tesis exclusivista que excluía el ejercicio de competencias provinciales y municipales.

Roberto Dromi y Eduardo Menem[50] dicen que la antigua Constitución no contemplaba ni el requisito de la necesidad ni el requisito del fin específico. Que la necesidad como causa y el fin específico como motivo final están marcando dos límites concretos de razonabilidad a esta determinación de la legislación excluyente o exclusiva. Se podrá legislar en tanto y en cuanto esa legislación sea necesaria y lo justifiquen los fines específicos de la utilidad común. De lo contrario, lo que se estaría permitiendo sería una grosera invasión de la Nación en los territorios provinciales, promoviéndose una *sucursalización generalizada* de dependencias nacionales en esos territorios. Consecuentemente, la Constitución ahora preserva a las autoridades provinciales y municipales, el poder de policía y el poder impositivo.

Humberto Quiroga Lavié[51] subraya que la circunstancia de que no se haga referencia al origen de los establecimientos —compra o cesión— no debe servir para consolidar un pensamiento unitario que legalice la *apropiación* del Estado nacional de estos por la sola voluntad del Congreso de la Nación, como se ha venido haciendo hasta ahora. Al contrario, se debe recordar el claro texto del artículo 124, última parte, donde se sostiene con énfasis que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Esta es la norma específica aplicable al supuesto de nacionalización de recursos provinciales, y no el silencio proveniente de una supresión normativa que, por otra parte, antes no había producido ningún efecto en el sentido indicado.

María Gabriela Ábalos[52] agrega como un acierto la supresión de la enunciación de establecimientos a que hacía alusión la vieja cláusula *(fortalezas, arsenales, almacenes)*, pues se trataba de una terminología antigua que encerraba una casuística que en nada ayudaba a la interpretación del texto.

---

[49] Antonio María Hernández: *Federalismo*, o. cit., p. 165.

[50] Roberto Dromi y Eduardo Menem: *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 274.

[51] Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, pp. 484-485.

[52] María Gabriela Ábalos: «Consideraciones...», o. cit., p. 57.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Por último, Germán Bidart Campos[53] realiza un juicio de valor positivo —que comparte el autor— sobre la redacción actual de la norma examinada, al afirmar que supera en mucho a la anterior y se adecua a los parámetros del derecho judicial emanado de la Corte Suprema, impidiendo que su jurisprudencia pueda retornar a interpretaciones que juzgamos equivocadas por no compadecerse con nuestro federalismo.

5. Conclusión

La distribución de competencias tal vez sea el tema más intrincado que se presente a un Estado federal. Es innegable que se deteriora la vigencia auténtica del federalismo, si no se respeta el deslinde de competencias entre cada uno de los centros de autoridad que lo conforman.

El esclarecimiento de competencias en los establecimientos de utilidad nacional constituyó en el pasado una de las más controvertidas problemáticas de la historia constitucional argentina. En efecto, asomaban escollos interpretativos a partir de la redacción confusa del ex artículo 67, inciso 27, de la ley fundamental —hoy artículo 75, inciso 30—, que hicieron imperiosa su corrección en la reforma constitucional operada en 1994. La Asamblea Constituyente de Santa Fe-Paraná, con el iluminado objetivo de revitalizar el federalismo y el municipalismo, que fue una de las ideas fuerza de la reforma, y conociendo las dificultades observadas en la doctrina, legislación y jurisprudencia, escogió claramente la tesis de la concurrencia de facultades sobre la base de un criterio finalista, que no frenara el ejercicio de los poderes de policía e imposición provinciales y municipales dentro de aquellos establecimientos. Así, esta definición eclipsó la proposición exclusivista de carácter centralizante. La competencia del Estado nacional quedó limitada a la materia específica del establecimiento, y la potestad regulatoria y el poder de policía de la autoridad local subsisten en tanto su actuación no obstaculice directa o indirectamente el fin de utilidad nacional que le fue asignado a aquel. La regla para determinar si tal interferencia se produce consiste en examinar si el ejercicio de la autoridad local mengua, enrarece o entorpece el cumplimiento del interés nacional tenido en mira.

Además de ponerse término a una larga discusión, se receptó un criterio sugerido por el federalismo de concertación o cooperativo que reconoce que los poderes y funciones que ejercitan las distintas entidades de gobierno —nacional, provincial y municipal— pueden ejecutarse en forma compartida o concurrente con equilibrio y armonía, facilitando el logro del bienestar general promovido por la Constitución.

---

[53] Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada,* tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 458.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

José Raúl Heredia*

El comportamiento del Congreso ante las cláusulas constitucionales del juicio por jurados

Nos proponemos un recordatorio breve acerca del comportamiento institucional, especialmente aquí, del Congreso nacional a lo largo del tiempo, hasta nuestros días, en relación con las previsiones constitucionales que se refieren a la implantación del juicio por jurados en el país.

Debe entenderse que no haremos un juicio de valor acerca de las bondades o fracasos de la institución del jurado en los países en que imperó o impera, ni nos detendremos en la antigua, larga e inacabada discusión en la que se enfrascaron autores en diversos tiempos y en diversos países, también en el nuestro y también en nuestros días. Solo nos interesa hacer reparar, en principio, en la proyección vinculante para los poderes públicos que las cláusulas constitucionales pudieran contener y sus alcances respecto de nuestra forma *federal* de gobierno.

1. Introducción

No reiteraremos, por conocidas, las tres previsiones de la Constitución sobre el jurado. Pero podríamos adoptar la siguiente síntesis: de ellas se derivan *una garantía para los ciudadanos* —artículo 24 CN, ubicado en la parte dogmática—, *un mandato al legislador* —en el inciso 12 del actual artículo 75, en tanto le ordena legislar el

* Académico correspondiente en Comodoro Rivadavia, Chubut, Argentina, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

juicio por jurados— y *un imperativo al Poder Judicial* —en el artículo 118 actual, porque dispone la conclusión por tal sistema de todos los juicios criminales.

Conviene añadir inmediatamente que el diseño constitucional del proceso penal es *adversarial-acusatorio, oral-público y por jurados* (artículos 18, 24, 67 [11], 102, CN [1853-60], hoy 18, 24, 75 [12], 118; véanse también los artículos 53 y 59).[1] Es nítido que la intervención del jurado popular hace al proceso penal necesariamente oral y público, y de base acusatoria. Efectivamente, es impensable que el jurado pudiera actuar en un procedimiento escrito y no controversial.

2. Antecedentes extranjeros y nacionales

Otra aproximación nos permite señalar que el modelo seguido por el constituyente nacional es el del juicio anglosajón,[2] devenido de Inglaterra[3] y adoptado y adaptado en los Estados Unidos de Norteamérica. En rigor es un elemento esencial de la garantía constitucional del debido proceso, tal como esta se entendió en su desarrollo histórico.[4]

---

[1] «[...] Que, por su parte, en lo que aquí interesa, nuestra Constitución nacional *(sic)* aun antes de la reforma de 1994, estableció principios al respecto. En efecto, la separación entre las funciones jurisdiccional y requirente también se encuentra ínsita respecto de otras instituciones que ella estatuye. Así al regular el juicio político el constituyente separó claramente el órgano que tenía la función de acusar (Cámara de Diputados, antiguo artículo 45, Constitución nacional), y de juzgar (Senado, artículo 59, Constitución nacional), separación que hoy es más clara al establecer el nuevo artículo 114 de la Constitución nacional como atribución del Consejo de la Magistratura la decidir el procedimiento de remoción de magistrados y, en su caso, ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente, mientras que en el artículo 115 de la Constitución nacional se dispone que los jueces de los tribunales inferiores de la Nación pueden ser removidos por un jurado de enjuiciamiento. Finalmente la elección del sistema de juicio por jurados (artículo 118) también implica la división de las funciones requirentes y jurisdiccional, dejando la primera de ellas en manos del Ministerio Público Fiscal y la de juzgar, en las del jurado (artículo 120)» (del considerando n.° 14 del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *Quiroga*, de 23 de diciembre de 2004).

[2] En crítica a la proyectada ley orgánica para la justicia penal nacional, sobre la base del conocido como «Proyecto Maier» de Código Procesal Penal (1986), José Severo Caballero señaló: «[...] no regla el jurado anglosajón que es el que tiene en vista la Constitución nacional en los artículos 24; 67, inciso 11; y 102, es decir el jurado puro que sólo se expide sobre la culpabilidad con alcance tanto para la jurisdicción penal como civil sino lo que de manera general puede denominarse sistema del jurado mixto continental europeo en el que, esencialmente, se integran tribunales penales colegiados compuestos por jueces técnicos permanentes y jurados legos que se expiden sobre la culpabilidad y la pena. Este es el escabinato o escabinado» (Véase «Algunas reflexiones sobre lo proyectado en materia de Código Procesal Penal de la Nación», en *JA*, 1988-II, pp. 455-483).

[3] «[...] un modo de proceso inventado en torno al año mil en Normandía y que, pasando por Inglaterra, ha dado la vuelta al mundo» (de la conferencia del doctor Jacques Nunez, presidente del Tribunal de Apelación de Ruãn, Francia, el 20 de junio 2006, en el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires).

[4] «El debido proceso legal constituye una institución de la más antigua raigambre jurídica. Se ha estimado que en el capítulo 39 de la carta magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos, frente al rey Juan sin Tierra a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. El pasaje

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Si bien el debido proceso adjetivo no exige siempre, para ser tal, la intervención del jurado popular, es cierto que esta institución se ha considerado una garantía para el acusado;[5] así, las enmiendas introducidas en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: de las diez de 1791, tres de ellas se refieren al jurado popular (la V, la VI y la VII).

Respecto del artículo 118 (99 [1853], 102 [1860]), suele decirse que fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos, como se aprecia en la comparación.[6] Sin embargo, parece asistirle razón a Néstor Sagüés, quien cita como fuente inmediata el artículo 111 de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811.[7] [8]

---

pertinente de la carta magna mencionada decía: "Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación". Esta norma fue una proscripción del castigo arbitrario y de las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Garantizaba, en suma, el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. No se pretendía tanto configurar una forma particular de juicio, sino más bien resaltar la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión de bienes e ilegalidades que el rey Juan había cometido o tolerado. En este mismo sentido, el año 1776, la Declaración de Derechos de Virginia desarrolló el concepto del debido proceso al exigir que: "VIII. En toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y la naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a su favor y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial, [...] que no puede ser impelido a declarar contra sí mismo; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares". En términos muy similares, la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, en su parte final, estableció que a ninguna persona "se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial"» (del fallo de la Corte de Chile sobre el desafuero del senador Pinochet, cuya pretensión fue rechazada por la mayoría del Tribunal).

[5] La Corte de los Estados Unidos señaló: «[...] el propósito del juicio por jurado es impedir la opresión ejercida por el gobierno, al establecer una salvaguarda contra el fiscal corrupto o excesivamente celoso, y contra el juez dócil, prejuicioso o excéntrico» (*Apodaca vs. Oregón*, 406 US, pp. 404 ss., 1972). «El propósito del jurado es prevenir contra el ejercicio del poder arbitrario; facilitar el juicio de sentido común de la comunidad como una valla contra el fiscal excesivamente celoso o errado, y de preferencia a la respuesta profesional o quizá excesivamente condicionada o prejuiciosa de un juez» (*Taylor vs. La.*, 419 US, pp. 522 ss., 1975). «[...] la participación de la comunidad en la aplicación del derecho penal no solo concuerda con nuestra herencia democrática, sino que también es un aspecto fundamental de la confianza pública en la equidad del sistema» (ibídem).

[6] «El juzgamiento de todos los delitos, excepto en los casos de juicio político, se hará por jurados, y tal juicio se realizará en el Estado donde hayan sido cometidos dichos delitos, pero cuando no hubieren sido cometidos dentro de ningún Estado, el juicio se realizará en el lugar o los lugares que el Congreso designe por ley».

[7] «Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Representantes por el artículo 44, se terminarán por jurados luego [de] que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal, cuya actuación se hará en la misma Provincia en que se hubiere cometido el delito; pero cuando el crimen sea fuera de los límites de la Confederación contra el derecho de gentes, determinará el Congreso por una ley particular el lugar en que haya de seguirse el juicio».

[8] Incluso es posible citar a la Constitución de Cádiz, en su artículo 307: «Si con el tiempo creyeran las Cortes que conviene que haya distinción entre los jueces de hecho y de derecho, la establecerán en la forma que juzguen conducente».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Puede detenerse el examen en los diversos proyectos de Constitución y aun en las Constituciones de 1819 y 1826, que se inspiraron en el modelo anglosajón del juicio penal, con participación ciudadana. Y ello significa, conforme lo hemos dicho ya, porque así lo exige la intervención del jurado popular, un juicio oral, público y de base acusatoria.

Así, en el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de la comisión especial nombrada el 4 de noviembre de 1812, cabe destacar las disposiciones contenidas en el capítulo XXI «Del Poder Judiciario» ([22]: El proceso criminal se hará por jurados y será público. [23]. Los jueces de lo criminal aplicarán la ley después que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales. La ley determinará la forma de este juicio, la fuerza de sus sentencias y el lugar en que deben pronunciarse, según convenga mejor al interés del Estado).

A su vez, en el proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, de 27 de enero de 1813, en la «Sesión» tercera del capítulo 10, puede apreciarse una prescripción semejante, lo mismo que en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813 (capítulo 22 «Del Poder Judicial de cada Provincia»).

El proyecto de Constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud, de 1813, no aludió al juicio por jurados pero contuvo una notoria norma de anticipación al disponer que «en todos los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial de la Provincia o distrito, en que el crimen se haya cometido» (artículo 50). Se enfatizaba en esa norma la jurisdicción provincial para el juzgamiento de los delitos. Ella reconocía indudable influencia de la enmienda VI (1791).

Resulta de interés destacar que en la Constitución monárquica de 1815 se decía: «[...] se establecerán los Jueces del hecho, llamado Jurado en la forma más adaptable a la situación de los Pueblos» («Del Poder Judicial... [12]).

La Constitución de 1819 atribuyó al Congreso «reglar la forma de todos los juicios; y establecer Tribunales inferiores a la Alta Corte de Justicia» (capítulo IV «Atribuciones del Congreso», XXXVII). Y en la sección V, capítulo II «Derechos Particulares», estableció que «El cuerpo Legislativo cuidará de preparar, y poner en planta el establecimiento del juicio por Jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias» (CXIV).

Ambas disposiciones fueron repetidas en la Constitución de 1826, sección IV «Del Poder Legislativo», 49, y artículo 164 —este con leve alteración de redacción—, respectivamente.

El proyecto de Constitución para la República Argentina redactado por don Pedro de Angelis contuvo esta disposición: «125. En las causas criminales el proceso será público; y cuando la Corte Suprema de Justicia crea que pueda introducirse el juicio por jurados, lo propondrá al Congreso para que lo discuta y autorice».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Y arribamos a la Constitución de 1853, en que aparecen las conocidas tres previsiones sobre el juicio por jurados. Según se sabe, en la reforma de 1860, a pedido del «Estado de Buenos Aires» en su revisión de la Constitución, enmienda aceptada así por la Convención ad hoc reunida en Santa Fe, se modificó la atribución 11 del Congreso en el artículo 64, que pasó a ser el 67 —hoy 75, inciso 12—, quedando las otras dos disposiciones con el tenor original, artículo 24 y artículo 102, respectivamente, según su ubicación en el texto constitucional de 1860, hoy 24 y 118.

3. El primer gran debate en el seno del Congreso

De lo que hemos reseñado se desprende sin dificultad que los antecedentes constitucionales en que abrevaron los constituyentes argentinos auspiciaban la implantación del juicio por jurados.

En 2 de junio de 1870,[9] los senadores Nicasio Oroño (Santa Fe) y Daniel Aráoz (Jujuy) presentaron un proyecto de ley cuyo artículo 1.° disponía que «[A] datar del 1.° de enero de 1872, ningún delito del fuero civil, sea de la jurisdicción federal o provincial, podrá ser penado en la República, sin previo juicio por jurados» (artículo 1.°). En su artículo 2.° mandaba que el Poder Ejecutivo nombrara una comisión de «dos personas idóneas para que redacte el proyecto de ley de procedimientos para el jurado, en las causas de jurisdicción federal, sometiéndolo a la aprobación del Congreso en las sesiones de este año». El tercer artículo se refería a la remuneración de la comisión y el cuarto era de forma.

Oroño tomó la palabra para señalar que en la Cámara de Diputados se había presentado otro proyecto con el mismo fin, aclarando que el que presentaban debió leerse en la anterior sesión, que no tuvo lugar. Agregó que él formaba una de sus aspiraciones desde el año 1864, y que difería «un tanto» del de Diputados.

Esa diferencia habría de desencadenar el primer debate sobre los alcances de la ley de jurados en Argentina. En efecto, la Comisión de Legislación aconsejó la adopción del proyecto de los senadores Oroño y Aráoz, pero con exclusión del artículo 1.°, propiciando agregar la palabra *criminales* después de *causas*, en el artículo 2.°, y que en el artículo 3.° se aclarara que la remuneración sería determinada por el Congreso.

La supresión del artículo 1.° —en línea con el proyecto de Diputados— implicaba sostener que el Congreso no podía imponer a las provincias una sola ley de jurados. El miembro informante del despacho de la citada comisión —senador Wenceslao Colodrero (Corrientes)— sostuvo en uno de los pasajes de su intervención (17.ª reunión, 14.ª sesión ordinaria, de 28 de junio de 1870):[10]

---

9 7.ª reunión, 4.ª sesión ordinaria del Senado (Véase *Diario*, pp. 38-39).

10 Véase *Diario*, pp. 145 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> Por lo que hace a la jurisdicción provincial, la Comisión cree que el Congreso debe abstenerse de dictar medida alguna al respecto, y dejar a la discreción, sensatez y discernimiento de las provincias el establecer en sus respectivas provincias esta institución, toda vez que ellas la crean útil y conveniente.
>
> Parece, señor presidente, que la Constitución lo ha querido así a juzgar por la prescripción de los artículos 104 y 108 (hoy, 121 y 126), que reserva a las provincias el más pleno y perfecto derecho para establecer el jurado en sus respectivas jurisdicciones, sin anuencia del Congreso, y toda vez que ellas lo crean conveniente para mejorar su sistema de administración de justicia y su régimen interno.

Intervino Oroño para señalar que él no había encontrado ninguna disposición en los artículos citados de la Constitución que «autorice la supresión que los señores senadores creen que la Cámara debe hacer. [...] Por el contrario, esos artículos no vienen sino a robustecer el derecho del Congreso para dar la ley general sobre jurados para toda la República».

Es importante destacar todavía, por su proyección en la actualidad, que Oroño, luego de insistir en que la atribución conferida al Congreso le concedía el derecho de establecer el juicio por jurados en toda la República, sobre la base de las previsiones de los artículos 24, 67 (11) y 102, CN, aclaró lo siguiente:

> […] nosotros no hemos querido ir tan lejos: no hemos querido que el Congreso, usando la facultad plenísima que la Constitución le da, aconseje la ley, para el establecimiento del juicio por jurados en toda la República; nos hemos limitado únicamente a establecer el principio, la garantía de que todos los delitos sean juzgados por jurados, dejando a las provincias la manera de dar esa ley, la terminación de sus condiciones y la ley de organización que les corresponde exclusivamente por la Constitución.

Salustiano Zavalía (Tucumán) adujo por su lado, interpretando el artículo 24, CN, que había «dos cosas [...]: promover el establecimiento de los jurados y organizarlos. El Congreso argentino no tiene atribución para organizar en el fuero provincial, pero sí tiene, en virtud del artículo 24, la facultad de promover en toda la República Argentina el establecimiento del juicio por jurados». Antes había enfatizado que «en el artículo 108 no está enumerada la atribución de organizar el juicio por jurados, luego es una atribución que la Constitución ha reservado a las provincias».

En el célebre debate acaecido en el Senado, en el que no podemos detenernos más por razones de espacio,[11] participaron también Aráoz, Villafañe (Tucumán), Navarro (Catamarca), Quintana (Buenos Aires), Mitre (Buenos Aires), Granel (Santa Fe). Es interesante observar que la discusión tuvo como eje central la interpretación de los artículos 5.°, 24, 67, 102, 105, 108 y 67 (27) de la Constitución de 1853-60, en relación con el reparto de competencias entre la *Nación* (gobierno federal) y las

[11] Está referenciado con algún detenimiento en nuestro libro *El devenir del enjuiciamiento penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003 (véanse primera parte, II, pp. 19-31, y apéndice I «Estudio sobre el jurado», pp. 409-433).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

provincias. Semejante debate tuvo lugar en el mismo Senado en oportunidad de sancionarse a libro cerrado el Código Civil preparado por Vélez Sársfield.[12]

Después de una brillante intervención de Quintana, este logró que se reinsertara el artículo 1.° suprimido por la comisión. A la postre resultó apoyado por doce votos contra diez, lo que evidencia lo ceñido de la aprobación. Ello significaba entender entonces que la atribución del Congreso (artículos 24 y 67 [11], CN) era la de dictar una ley general con imperio también en las provincias.

Apréciese que los senadores coincidieron allí en la conveniencia de la implantación en el país del juicio por jurados —al que en diversos tramos y con diferentes palabras calificaron como *el complemento del sistema democrático*— pero se dividieron en estos aspectos: a) el alcance de la ley en cuanto a su ámbito de aplicación —general (para jurisdicción *nacional* y provincial) o solo *nacional*—; b) el alcance respecto de las causas en que debía imperar el jurado —penales y civiles, o solo las primeras—; c) el contenido de la ley, entendida ya como general, en orden a establecer si ella debía regular la institución y así imperar también en las provincias, o, por el contrario, si el Congreso debía solo establecer la obligación de que las causas terminaran por jurados en toda la República, como una garantía para todos los habitantes del país, dejando la regulación de los demás aspectos a las provincias. Como lo dijo Zavalía: *una ley es la que manda el establecimiento del juicio por jurados, y otra la ley que organiza ese mismo juicio*.

Pasado en revisión, Diputados, a instancias de su comisión de Legislación, lo sustituyó aprobando un solo artículo —el segundo era de forma— por el que se ordenaba al Poder Ejecutivo crear una comisión de personas idóneas *que proyectaran la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal*, que se debería someter al Congreso en las primeras sesiones del próximo período legislativo. Informó el despacho de la comisión el diputado Ocantos —quien coincidió en la importancia del jurado, aunque criticó el proyecto del Senado que, en caso de aprobarse tal cual estaba concebido, dejaría sin juzgamiento, dijo, los delitos a partir de 1.º de enero de 1872 si por cualquier razón no estaba sancionada la ley que preveía— y se aprobó sin discusión.[13]

El Senado no aceptó inicialmente las enmiendas, pero finalmente aprobó el proyecto de Diputados en 30 de setiembre de 1871.[14] En virtud de esta ley fueron nombrados, en noviembre del mismo año, los doctores Florentino González y Victorino de la Plaza, quienes culminaron la labor en abril de 1873.[15]

---

[12] Nos hemos referido a él en «Vélez, el codificador, su obra y la Constitución nacional» (véase AA. VV.: *Libro de homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, IV, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, pp. 209-233).

[13] Véase *Diario*, sesión del 9 de setiembre de 1870, pp. 584 ss.

[14] Véase *Diario*, pp. 221-222. La ley llevó el número 483.

[15] Nos hemos detenido en la labor que cumplieron los citados y en la valoración que ella mereció en la doctrina especializada, así como en las fuentes en que abrevaron, en *El devenir…*, o. cit., apéndice I, pp. 407 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

4. El comportamiento posterior

Pese a ese impulso por implantar el juicio por jurados nacido en su propio seno, y a las brillantes palabras vertidas para prohijarlo durante el debate memorado, el Congreso abandonó muy pronto la idea, a punto de que terminó por sancionar el conocido como Código Obarrio, inscripto en una filosofía anterior y antagónica a la que inspiró el diseño del enjuiciamiento penal en la Constitución de la Nación.[16] Baste decir que no era oral sino escrito y, obviamente, ni público ni por jurados, ni acusatorio.

El argumento que empleó Obarrio fue que la Constitución no había impuesto plazo al Congreso,[17] el que sirvió a la Corte para desechar un planteo concreto de inconstitucionalidad en contra del sistema de enjuiciamiento adoptado por el Código de Obarrio. Declaró entonces la Corte, ante una defensa de falta de acción, que los artículos 24, 67, inciso 11, y 102 de la Constitución nacional no habían impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados y que especialmente el artículo 24 no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todas sus ramas.[18]

Agregó que del artículo 102 CN no se desprendía que la creación del jurado fuera obligatoria en la Capital Federal y que, en todo caso, la ley regulatoria de los procedimientos penales (ley 483) había aceptado implícitamente las organizaciones judiciales preexistentes. El 22 de marzo de 1932, la Corte reiteró la doctrina[19] señalando solo que no pesaba sobre el Congreso el deber de proceder de inmediato a establecer el juicio por jurados, e insistió en ello en 1947.[20]

Esta fue la doctrina que se enseñoreó como la predominante en la cátedra, la legislación y la jurisprudencia,[21] a tal punto que se consideró el mandato constitucional al Congreso norma derogada por desuetudo.[22] [23] La Constitución de 1949

---

[16] Véase *El devenir…*, o. cit., primera parte, pp. 19 ss.

[17] Ibídem.

[18] En fallo de 7.12.1911. Véase *Fallos*, 115: 92.

[19] *Fallos*, 165: 258.

[20] *Fallos*, 208: 21 y 225.

[21] El senador E. del Valle Iberlucea había dicho, por el contrario: «Desde que la Constitución impone el juicio por jurados, el Congreso no debe discutir la bondad o conveniencia de la institución, sino dictar las leyes necesarias para su establecimiento».

[22] Este último argumento ha quedado superado luego de la reforma constitucional de 1994, aceptado así incluso por sus sostenedores antes de ella, y claramente ahora luego de la media sanción del proyecto Yoma por el Senado (2004), aunque haya caído, y por el nuevo impulso hacia su sanción que indicaremos enseguida en el texto, que hoy parece decisivo.

[23] En nuestros días se ha repetido el histórico y gastado argumento: «Los tres preceptos constitucionales que aluden al mencionado tipo de juicio, "revelan el afán de los autores de nuestra organización institucional, de que en la República se adoptará el juicio por jurados que ha sido uno de los firmes baluartes de las libertades anglosajonas". Pero lo cierto es que, por un lado, no se ha concretado el propósito de la ley fundamental "por falta de tradiciones propias, de ambiente y de cultura pública

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

eliminó las previsiones sobre juicio por jurados, entendiéndose que se trataba de normas procesales.

Pueden citarse algunos intentos posteriores a aquel debate de 1870, como el proyecto del senador E. del Valle Iberlucea (1920)[24] y, muy especialmente, los que se sucedieron en la etapa iniciada en 1983 hasta nuestros días. Solo destacaré el proyecto del senador Jorge Yoma, que fue aprobado por el Senado en diciembre de 2004 pero que perdió estado parlamentario.[25] En estos días ha sido retomado por la senadora Cristina Fernández y ya cuenta con despacho favorable de la Comisión de Asuntos Constitucionales.

Se trata de un proyecto que retoma la idea originaria del Senado, conforme con la cual el Congreso puede imponerle a las provincias el juicio por jurados.

---

para incorporarlo a nuestras prácticas judiciales", en tanto que, por otro, la Constitución nacional no ha fijado al Congreso plazo alguno para la regulación del instituto. Así se ha señalado, desde ese último aspecto, que con sabia previsión la Constitución nacional "ha dejado a criterio de los legisladores, la determinación de la época en que debe ser establecida. Esto es lo que resulta de los términos literales del artículo 118"» (Del voto en mayoría del Dr. Repetto, en la causa n.º 9267 caratulada *Valicenti, Abel y otros s/ Contrabando - CNPE - Sala A*, 22.3.2005). Sin embargo, dijo el Dr. Hendler en la misma causa: «[...] el carácter programático de las cláusulas de la Constitución nacional que se refieren al juicio por jurados no implica que carezcan de obligatoriedad o que el Congreso pueda decidir discrecionalmente proceder o no al dictado de las leyes necesarias para su instrumentación». Por esta última razón, a su vez, el juez, Dr. Bonzón, aunque coincidió con la mayoría, estimó «conveniente, entonces, dirigir un oficio a la Corte Suprema de la Nación para que, por su intermedio, el Poder Legislativo agilice la sanción de la norma que corresponda para el efectivo establecimiento de esa forma de enjuiciamiento, tal como lo ordena nuestra carta magna».

[24] El proyecto de E. del Valle Iberlucea consagraba en su artículo primero que todas las causas criminales o correccionales, ya sean de jurisdicción común o federal, serían juzgadas con intervención de jurados en todo el territorio del país. Es decir, interpretaba la atribución del Congreso devenida de los artículos 24, 67 (11) y 102 CN (1853-60) con tal alcance, cuestionado en aquel debate del Senado —y en Diputados—. Aclaró, sin embargo, que, aun teniendo esta facultad el Congreso, corresponde a las provincias la de dictar las leyes de forma entre las que se hallan las relativas a la formación y el procedimiento de los jurados, en las causas de la jurisdicción común. Aunque entendió que las leyes provinciales no podían desnaturalizar la institución del jurado al implantarla y a eso obedecía, dijo el senador, la redacción del artículo 2.º de su proyecto, según el cual en todo proceso seguido en la República deberían intervenir los jurados de acusación y de enjuiciamiento, pues ambos son esenciales en el funcionamiento de la justicia popular. Véase *El devenir*…, o. cit., pp. 412 ss.

[25] En 21 y 22 de abril de 2004 se realizó un seminario de juicio por jurados, organizado por el Honorable Senado de la Nación, en cuyo ámbito se examinó el proyecto del senador Yoma. Se desarrolló en el imponente Salón Azul del Congreso nacional; fuimos invitados a disertar junto a los doctores Maier, Hendler, Cavallero, Bruzzone, Castex, Da Rocha y la diputada provincial Fagetti de Mansuti. Se presenció una videoconferencia dictada por el doctor Peter Messitte, juez por el distrito de Maryland, en los Estados Unidos.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

5. Reflexiones finales

Si se sancionara el proyecto que tiene ya despacho de comisión en el Senado —en lo que no debería dudarse demasiado atento las circunstancias que rodean hoy la cuestión, en que un amplio y variado espectro de opinión, con repercusión mediática, se ha declarado partidario del juicio por jurados—[26] creemos que generará una ardua controversia, porque hay provincias, como Chubut (ley 5478, de abril de 2006) y Córdoba (ley 9182, noviembre de 2004), que han avanzado ya en un diseño de juicio por jurados. La ley del Congreso, ¿derogará estas, y otras, normas provinciales?

A propósito, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba, en lo que puede entenderse como *obiter dictum*, ha sostenido recientemente por mayoría la constitucionalidad de la ley cordobesa, en cuanto al reparto de competencias que hizo la Constitución nacional entendiéndola como una facultad conservada.[27]

---

[26] Conste que esa adhesión no viene inspirada asumiendo al jurado como una garantía para el acusado, sino con el afán de endurecer en su contra el proceso penal. Por eso suele observarse a antiguos antijuradistas adherir ahora a la institución y, contrariamente, a enfáticos juradistas apartarse de su tradicional postura.

[27] Dijo el tribunal: «[...] 4.a) En cuanto a la competencia de la Provincia de Córdoba para legislar en esta materia, cuadra señalar sucintamente las diferencias entre la Constitución de la Provincia de 1923 y la reforma de 1987.

Según el artículo 134 de la carta magna local de 1923, que solo alteró el numeral mas no el texto de su antecesora (artículo 134, 1870), "Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, y aun los que se deriven, siempre que versen sobre delitos comunes, se determinarán por jurados, luego que se establezca por el Gobierno Nacional esta Institución en la República", salvo aquellos que concernieran a empleados o funcionarios públicos no sometidos a juicio político por delitos cometidos en sus funciones, los que "se terminarán ante los Tribunales de Justicia creados por esta Constitución y de conformidad con la ley penal". Como puede apreciarse, el juzgamiento por jurados se condicionaba para los delitos comunes a que se hubiera establecido en el orden federal y nacional, en sintonía con las disposiciones de la Constitución nacional de 1853. Estas reglas aluden a que el Congreso promoverá "el establecimiento del juicio por jurados" (artículo 24), teniendo entre sus atribuciones la de dictar las leyes "que requiera el establecimiento del juicio por jurados" (artículo 67.11), con el objetivo de que, una vez que se cuente con estos instrumentos, "los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados" (artículo 102).

En cambio, la Constitución de la Provincia reformada en 1987 no reprodujo la norma de su antecesora a la que se ha hecho referencia, sino que introdujo el siguiente texto: "La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados" (artículo 162). En la Convención Constituyente se interpretó que mientras que la disposición reemplazada (artículo 134 Constitución Provincial, 1923) se refería al "jurado popular" conforme al modelo anglosajón compuesto totalmente por legos, la norma propuesta era "una institución para Córdoba" basada en la intervención de los tribunales técnicos que se integraría también con particulares especialistas o no, que podía implementarse no solo para la justicia penal, sino también en otras competencias, tal como rigiera en 1940 para la de menores (conv. Cafferata Nores, del bloque que presentó el proyecto aprobado, citas del *Diario de Sesiones* reproducido en Carlos F. Ferrer, Celia A. Grundy: *El nuevo juicio penal con jurados de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, Mediterránea, 2005, pp. 82, 83 y 90). Y ese parecer también fue compartido en tanto se expresó que la incorporación "no es el juicio por jurados, tal cual lo pensó el

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Nosotros nos hemos expedido, con conciencia de que estamos en un terreno muy movedizo, en contra de la interpretación amplia de la atribución doce del Congreso (artículo 75 CN) en opinión inspirada en el sostenimiento de nuestra forma federal de gobierno.[28] Sin embargo, es notorio que las provincias han visto limitada su zona de reserva en materia de leyes adjetivas, específicamente procesal penal, luego de la incorporación al derecho interno de pactos y convenciones de derechos humanos y, muy particularmente, a partir de su jerarquización al mismo nivel de la Constitución por obra de la reforma de 1994, según la interpretación que viene desarrollando la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Repárese, entre otros,[29] en este pronunciamiento del cimero tribunal del país:

> [...] Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.
>
> Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal [...] se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno

---

constituyente del 23, tal cual lo pensaron los constituyentes del 53" (conv. Del Barco, de otro bloque que votó en favor del proyecto, o. cit., p. 92).

Entonces, es claro que los constituyentes de 1987 incorporaron una habilitación diferenciada con su precedente, que condicionaba los jurados a su instauración por el Congreso y que se entendió que mientras que todas estas reglas se referían al jurado popular, la novel norma local prevé un tribunal mixto que puede incluso no estar limitado a los juicios criminales. *Tal decisión legislativa tiene engarce, a su vez, en el cuadro constitucional nacional conforme a la distribución de competencias dentro del Estado federal en el que las Provincias conservan todo el poder no delegado y se dictan su propia Constitución (artículos 121 y 123 CN).*

En síntesis, cabe hasta aquí concluir que la reglamentación por la Legislatura del tribunal mixto, sea con menos —tal como es el sistema vigente desde 1998— o más ciudadanos —conforme la regulación efectuada en la ley n 9182—, de una disposición de la Constitución de la Provincia que ejercita su competencia conservada dentro de la forma federal de Gobierno, no tiene tacha constitucional alguna» (in re *Navarro, Mauricio Orlando p.s.a. homicidio en ocasión de robo. Recurso de inconstitucionalidad* (expediente N, 14/05), de 12 de octubre de 2006; el resaltado es nuestro).

[28] Véase *El devenir…*, o. cit., apéndice I, citado.

[29] Nos hemos ocupado de anotar algunos fallos de la Corte: por ejemplo, en «De *Jáuregui* a *Marcielese*», en *El Devenir…*, o. cit., apéndice II; «¿Casación o un nuevo recurso? De *Jáuregui* a *Casal*», en página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, dirigida por D'Alessio y Bertolino, 2, febrero de 2006, Lexis-Nexis, pp. 285-293.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio.

Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptaría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal.[30]

[30] In re «Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*», de 3 de mayo de 2005.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Oscar R. Puccinelli*

El Congreso nacional frente al mandato (¿vigente?) del constituyente histórico de establecer el juicio por jurados

1. Introducción

Desde su versión originaria, la Constitución nacional trata el juicio por jurados siguiendo el molde norteamericano —aun con ciertas simetrías con la Constitución venezolana de 1811—, en tres ocasiones:

a) en el artículo 24, ubicado en la primera parte, capítulo 1 «Declaraciones, derechos y garantías», que lo prevé para las causas criminales;

b) en el artículo 67, inciso 11 (renumerado como 75, inciso 12, por la reforma constitucional de 1994), ubicado ya en la segunda parte, título 1 «Gobierno federal», sección 1 «Del Poder Legislativo», capítulo 4 «Atribuciones del Congreso», que adjudica al Congreso federal la atribución de regular el instituto para toda la República; y

c) en el artículo 102 (renumerado a 118 y reformulado aparentemente por error por la convención constituyente de 1994), ubicado en la segunda parte, título 1, sección 3 «Del Poder Judicial», capítulo 2 «Atribuciones del Poder Judicial», que complementa al anterior y en conjunto definen, como veremos, las facultades federales para su implementación.

---

* Doctor en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires), profesor de Derecho Constitucional I, Derecho Constitucional II y Derecho Procesal Constitucional y Transnacional (Universidad Nacional de Rosario) y en diversos posgrados del país. Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario. Conferencista y autor de numerosas obras en el país y en el exterior.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Sobre las razones que llevaron al constituyente federal a ordenarle al Parlamento la incorporación del juicio por jurados se ensayaron básicamente dos teorías justificatorias, para nada antagónicas: la primera, cuyo principal exponente fue Joaquín V. González —coincidente con el carácter asignado al instituto por la Corte norteamericana—, es la que ve en el juicio por jurados una garantía de libertad y de recta administración de justicia, al estilo de los sistemas inglés y norteamericano, en opinión que comparte Claría Olmedo, quien lo califica como garantía individual y manifestación del régimen democrático;[1] la segunda, expuesta por Aristóbulo del Valle, se vinculaba con la necesidad de promover la inmigración, a través de la adopción de institutos que, como el jurado, son altamente valorados por los pueblos a cuya atracción se apuntaba.[2]

Ahora bien: más allá de las motivaciones que provocaron su regulación, no cabe duda, como lo expresa Sagüés, de que si el instituto es tratado tres veces en el documento constitucional, resulta evidente que hubo un énfasis notorio en afirmar la futura vigencia del juicio por jurados, y que tal reiteración importa un decidido mandato del legislador constituyente al legislador ordinario, para que se implemente.[3]

En idéntica inteligencia, destacan Lemon y Mooney que la Constitución le da al instituto una notoria importancia, porque de lo contrario:

> resulta inexplicable que se hayan puesto tres artículos como un mero acto literario y barroco, porque ello no condice con la técnica ni el estilo de sus redactores; ejemplos y exponentes de un verdadero aticismo jurídico, que estructuraron cláusulas antológicas en sus modos verbales y adverbios, de sobrio y recatado estilo, lejos de los

---

[1] Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, 24.ª ed., Buenos Aires, Estrada, 1951, p. 203, y Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1962, p. 55, citados por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución nacional», en *ED*, t.° 92, pp. 906 ss.

[2] Según recuerdan Lemon y Mooney, para Aristóbulo del Valle «había entrado en la mira de los constituyentes atraer la inmigración inglesa y norteamericana, educada en la mejor escuela de gobierno libre, por lo que al crear un artículo de esta naturaleza en la Constitución, había sondeado el carácter, las costumbres y las leyes de los pueblos anglosajones. ¿Cómo se podría hacer llegar esta notable inmigración a nuestras playas solitarias? ¿Bastaría acordar la libertad civil con la justicia criminal ordinaria como garantía suficiente?».

Estas eran, según él, las preguntas que se formularon los constituyentes. «Ellos pensaban que estos pueblos con hábitos especiales y propios, con la independencia peculiar de su carácter, que forman el tipo de una nacionalidad bien organizada, habiendo vivido con leyes sabias y con las mayores seguridades, sin duda no se trasladarían a nuestras ricas tierras fértiles si les faltase el ambiente de la vida, si les faltase el "jury", que era fuente de su libertad política y civil». Luego agregaba: «En la República existen varias ciudades en las que se encuentra una masa de hombres ilustrados, y bueno sería entonces practicar y observar sus ventajas e inconvenientes. Nada más a propósito que realizar el pensamiento en Buenos Aires y en Rosario, las mayores ciudades de entonces, porque ellas reunían los elementos y los resortes indispensables. Y esta innovación en las prácticas judiciales podría extenderse paulatinamente al resto de la República» (Alfredo Lemon y Alfredo Mooney, *Juicio por jurados*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1990, pp. 60-61).

[3] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> énfasis y de la grandilocuencia de las asiáticas Constituciones actuales, que tienen casi siempre jurisdicción sobre todo y competencia sobre nada.
>
> Estos autores, a contrario sensu, huyeron de la peste de la demagogia jurídica de prometer lo que se sabe que no se va a cumplir […].
>
> Por ello, pensar que juristas escrupulosos hayan puesto tres normas de rango «fundamental-fundacional» en la Constitución, una en la parte dogmática como deber estatal y dos en la parte orgánica como articulaciones instrumentales de aquel principio, como esquemas puramente teóricos o volátiles, no se compadece con la técnica que utilizaron y aplicaron. No puede pensarse que tres artículos y tres veces el valor justicia consagrado en el Preámbulo —que es la usina ideológica de la Constitución—, hayan sido puestos por mera retórica o ejercicio lingüístico.[4]

Y en el mismo sentido, indica Vanossi:

> II. Resulta elocuente que para la Constitución nacional esta institución tenga una significación muy particular; esto demuestra la importancia que le ha merecido al constituyente de 1853 el hecho de que varias normas se hayan referido a ella, las que han sido reiteradas en la reforma de 1994.
>
> Podemos decir que esta institución representa la cumbre de la participación popular en una democracia moderna, afianzada en los principios de la libertad y de la *participación;* entendida esta no solo como la intervención del pueblo en la elección de sus gobernantes sino, también, en la toma concreta de decisiones.
>
> El juicio por jurados significa que el pueblo cierra su proceso participativo, que comienza cuando elige a los gobernantes que han de ocupar los órganos ejecutivos; a los legisladores que han de dictar las leyes y ahora también integra los órganos de la administración de justicia interviniendo en la aplicación de la misma.
>
> Es bien conocido el arreglo que esta institución ha ganado en el curso de los años en países como Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, aunque ya había sido practicada desde la antigüedad. En tal sentido y por lo elocuente de las palabras, me permito reproducir un párrafo de la Comisión Especial, nombrada por las Cortes de España en 1821, encargada de redactar el proyecto de Código de Procedimiento Penal, cuando al señalar la conveniencia de implantar el juicio por jurados dijo que: «La historia nos lo ofrece como inseparable de los pueblos libres y del sistema representativo. Grecia y Roma y todos los pueblos que han tenido algún respeto a sus libertades lo han reconocido, y lo han conservado más o menos puro en razón del mejor o peor estado de su libertad política. Degenera y se vicia con el poder absoluto; se perfecciona y fructifica con la fuerza e independencia del poder judicial».
>
> La instrumentación del jurado asegura entonces la plena participación popular no solo eligiendo, sino también decidiendo. Perfecciona de esta manera la independencia del Poder Judicial y despierta el interés del pueblo en su administración de justicia, con la consiguiente valorización de la misma y además, fundamentalmente, orienta el camino hacia una justicia eficiente y rápida.
>
> Queda de esta manera integrado en plenitud el *proceso de control.*
>
> Así como el pueblo controla los actos de gobierno, y la creación de las leyes, a través de la periodicidad de los mandatos y la posibilidad de recambio de los hombres que integran los órganos del Estado, también tiene el derecho de controlar la marcha de su administración de justicia que lo tiene por destinatario.[5]

---

[4] Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., pp. 64-65.

[5] Jorge R. Vanossi: prólogo a la obra de Alberto B. Bianchi: *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, pp. 13-14.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

El mandato constitucional resultó tan claro que los constituyentes locales lo siguieron casi al pie de la letra, especialmente en las primeras Constituciones dictadas luego de producida la unión nacional,[6] e incluso en reformas posteriores de estas y

---

[6] Así merecen destacarse: la Constitución de San Juan (1878), que en su artículo 6 indicó: «Las causas a que diere lugar el abuso de la libertad de imprenta se decidirán por jurados conforme a la presente ley. [...] No se consideran comprendidos en la disposición del párrafo precedente y quedan por consiguiente sujetos a la legislación ordinaria, los actos de la prensa que afecten a personas que no desempeñen función o empleo público o que no se refieran a su conducta durante el ejercicio de la función o empleo, aunque hayan cesado en ellos»; la Constitución de Catamarca (1895), que en su artículo 9 dispuso: «La legislatura no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta, debiendo conocer en los juicios de este género el jurado que se establecerá por la ley de la materia, sin perjuicio de la jurisdicción ordinaria en los delitos comunes»; la Constitución de Buenos Aires (1889), a tenor de cuyo artículo 15 se estableció: «La legislatura dictará oportunamente la ley que organice el juicio por jurados en materia criminal. En tanto que este no se establezca, la jurisdicción criminal será ejercida por los tribunales que crea esta Constitución»; la Constitución de Santa Fe (1900), que en su artículo 101 dispuso: «El poder judicial de la provincia será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, en la Capital, una Cámara de Apelaciones en Rosario y demás tribunales, jueces o jurados que establezca la ley»; la Constitución de Entre Ríos (1903), que regula el instituto en varios sectores, en concreto, en sus artículos 12 («La libertad de la palabra escrita o hablada es un derecho asegurado a los habitantes de la Provincia. Todos pueden publicar por la prensa sus pensamientos y opiniones, sin que en ningún caso la legislatura pueda dictar medidas preventivas para el uso de esta libertad, ni restringirla ni limitarla de manera alguna. /Los que abusen de esta libertad, son responsables ante el jurado que conocerá del hecho y del derecho o ante la justicia ordinaria, si cualquiera de las partes optara por esta jurisdicción. /En los juicios a que diera lugar el ejercicio de la libertad de la palabra y de la prensa, el jurado o el juez admitirán la prueba, siempre que se trate de la conducta oficial de los empleados o de la capacidad política de los funcionarios públicos»); 225 («En cada ciudad, asiento de juzgado de crimen y con la misma jurisdicción de este, funcionará un jurado, que conocerá y resolverá aplicando el Código Penal, en todas las causas que se promuevan por delitos de injuria o calumnia cometidos por medio de la prensa, y salvo el caso de opción, que se refiere el artículo 12 de esta Constitución»); 226 («El jurado se compondrá de ocho personas designadas en la forma en que en esta Constitución se establece, presididas por el juez del crimen»); 227 («Para ser miembro del jurado se requieren las mismas condiciones que para ser juez de paz»); 228 («El cargo de jurado es obligatorio para todas las personas que reúnan las condiciones de ley»), y 229 («El jurado se compondrá de la manera siguiente: Una junta formada por el juez de primera instancia en lo civil, el presidente de la municipalidad y dos vecinos respetables que elegirá el mismo Consejo Deliberante y será presidida por el primero, formará una lista de treinta vecinos que reúnan las condiciones requeridas, la que debe remitirse al Superior Tribunal de Justicia en la forma que determine la ley. El Superior Tribunal de Justicia designará a la suerte de entre los de la lista, ocho titulares y ocho suplentes para cada jurado, debiendo publicarse la composición de cada uno de ellos y comunicarse al juez del crimen respectivo»); la Constitución de Salta (1906), que en su artículo 13 expresó: «Se asegura para siempre a todos el juicio por jurados, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución»; la Constitución de Jujuy (1910), cuyo artículo 35 indicó: «Será asegurado para siempre el juicio por jurados, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a las leyes que se dictaren al respecto», y la Constitución de Córdoba (1923**)**, cuyo artículo 134 dispuso «Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, y aun los que se deriven, siempre que versen sobre delitos comunes, se terminarán por jurados, luego que se establezca por Gobierno Nacional esta institución en la República [...]».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

en las originarias de las nuevas provincias,[7] y es precisamente en el ámbito de los estados federados donde el mandato constitucional federal en definitiva caló y provocó la implementación de este tipo de procesos (v. gr., Córdoba).

[7] Entre ellas, la Constitución de San Juan (1927), que en su artículo 120 dispone: «Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la sala primera de la Cámara de Representantes o que, derivándose persigan delitos comunes, se resolverán por jurados luego de que se establezca esta institución en la provincia» la Constitución de Entre Ríos (1933), que se ocupa de la temática en varios artículos, en concreto, en sus artículos 10 («La libertad de la palabra escrita o hablada es un derecho asegurado a los habitantes de la provincia, sin que en ningún caso puedan dictarse medidas preventivas para el uso de esta libertad, ni restringirla ni limitarla en manera alguna. /Los que abusen de esta libertad serán responsables ante la justicia ordinaria o ante el jurado, en la forma que lo prescriba la ley. /El procedimiento será siempre sumario y la ley que lo reglamente fijará un término máximo para su duración»), 11 («La legislatura dictará la ley especial sobre los delitos de imprenta, estableciendo las penas, procedimientos ante el jurado o la justicia ordinaria, según los casos, y la procedencia de la apertura a prueba, debiendo admitirla siempre que se trate de la conducta oficial o de la capacidad de los funcionarios públicos»), 81 («Corresponde al Poder Legislativo: [...] 24. El poder de dictar las leyes de organización y de procedimientos de los tribunales ordinarios y la de juicio por jurados»); 147 («El poder judicial será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia y demás tribunales y jurados que las leyes establezcan») y 230 («Mientras no se dicte la ley de los delitos de imprenta, regirá el Código Penal y el procedimiento ordinario. /Cuando se opte por el jurado, su composición y el funcionamiento se regirán por lo dispuesto por la actual Constitución y la ley de imprenta de 1887, en lo que fuera aplicable»); la Constitución del Chubut (1958), que trata la temática en sus artículos 117 («El poder judicial será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, jueces letrados de primera instancia, fiscales defensores de menores e incapacitados y demás tribunales letrados o jurados que las leyes establezcan») y 177 («La ley organizará los jurados para los delitos de imprenta o de cualquier otro medio de difusión del pensamiento como asimismo, tribunales para el juzgamiento o corrección de menores, que estarán sujetos a un régimen especial en el que se dará participación a la mujer»); la Constitución de Misiones (1958), cuyo artículo 12 dispuso: «Los habitantes de la provincia gozaran de la libertad de expresar sus pensamientos y opiniones por cualquier medios y recibir o suministrar toda clase de informaciones. Los abusos de estos derechos serán reprimidos por la justicia ordinaria o el jurado conforme a la ley que dicte la provincia. /Esta no podrá dictar leyes y otras medidas que, so pretexto de sancionar los abusos restrinjan o limiten tales derechos, como tampoco tendientes a coartar la difusión o libre expresión de las ideas; ni impedir o dificultar el funcionamiento de los talleres de imprenta, difusoras radiales y demás medios idóneos para la propagación del pensamiento, ni clausurar los locales en que ellos funcionen»; la Constitución de Corrientes (1960), que trató el tema en el artículo 138, que dispone: «El poder judicial será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, Cámara de Apelaciones y demás jueces letrados de primera instancia o inferiores y por jurados cuando se establezca esta institución»; la Constitución de San Luis (1962), que regula la institución en los artículos 24 («El poder judicial de la provincia será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia integrado por cinco miembros que podrá dividirse en salas, y por los demás tribunales inferiores y jurados que se establezca») y 116 («Una vez que en el orden nacional se establezca el juicio por jurados, la legislatura dictará las leyes necesarias para el funcionamiento de esa institución en el ámbito de la provincia»); la Constitución de La Rioja (1986), que en su artículo 129 dispuso: «Composición: La función judicial será desempeñada por un Tribunal Superior de Justicia, Cámaras, jueces, jueces de paz letrados o legos, miembros del Ministerio Público y demás tribunales y funcionarios que establezca la ley. Los miembros del Tribunal Superior prestarán juramento ante el gobernador. /En la Provincia se aplicará el sistema oral en toda clase de procesos judiciales. Se promoverá la instalación del juicio por jurado en la medida y oportunidad que la ley establezca»; la Constitución de San Luis (1987), que regula la cuestión en sus artículos 191 («El

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

De todos modos —destaca Bianchi—,

> el inequívoco mandato de cuño anglosajón del viejo artículo 102 («Todos los juicios criminales […] se terminarán por jurados»), no hizo sentir su peso constitucional en el momento de la redacción del Código de Procedimientos en lo Criminal, que se inspiró en el sistema procesal español. En efecto, a pesar de la existencia del proyecto elaborado en 1871 por Florentino González y Victorino de la Plaza, la codificación procesal penal finalmente no dio cumplimiento a lo establecido en la Constitución. Las razones de este apartamiento están explicadas con detalle en la nota del 15 de julio de 1882 que Manuel Obarrio —autor del proyecto que luego en 1888 se convirtió en el Código de Procedimientos en lo Penal (ley 2372)— remitió al entonces ministro de Justicia, Eduardo Wilde, donde sostuvo que, pese a la expresa disposición constitucional

---

Poder Judicial de la Provincia es ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, integrado por cinco o más miembros, y por los demás tribunales inferiores y jurados que la ley establezca. /El Ministerio Público es órgano del Poder Judicial y es ejercido por el procurador general, fiscales de Cámara, agentes fiscales y defensores, en el modo y la forma que la ley determine») y 215 («Una vez que en el orden nacional se establezca el juicio por jurados, el Poder legislativo dictará las leyes necesarias para el funcionamiento de esa institución en la Provincia»); la Constitución de Córdoba (1987), en su artículo 162, dispuso: «Jurados: La ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados»; la Constitución de Río Negro (1988) estableció en su artículo 197: «El Poder Judicial de la Provincia es ejercido por un Superior Tribunal, demás tribunales y Jurados que establecen la ley, la que también determina su número, composición, sede, competencia, modos de integración y reemplazos»; la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996) regula la temática en sus artículos 81 («Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros: [...] 2. Sanciona los códigos Contravencional y de Faltas, Contencioso Administrativo, Tributario, Alimentario y los procesales, las leyes general de educación, básica de salud, sobre la organización del Poder Judicial, de la mediación voluntaria y las que requiere el establecimiento del juicio por jurados») y 106 («Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca»); la Constitución del Chubut (1997), que trata la cuestión en sus artículos 135 («Corresponde al Poder Legislativo: [...] 27. Legislar sobre organización de los municipios y policía, planes y reglamentos generales sobre enseñanza, organización del Registro Civil de las Personas, organización de la justicia provincial y juicios por jurados; autorizar la ejecución de obras públicas y, en general, dictar las leyes y reglamentos necesarios para poner en ejercicio los Poderes y autoridades que establece esta Constitución y para todo asunto de interés, público que por su naturaleza y objeto no ha sido delegado a la Nación»); 162 («El Poder Judicial es ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, un Procurador General, un Defensor General, Jueces Letrados, Jurados y demás funcionarios judiciales, con la denominación, competencia material, territorial y de grado que establecen esta Constitución y las leyes orgánicas. / Constituye un poder autónomo e independiente de todo otro poder, al que compete exclusivamente la función judicial»), 171 («La ley organiza los jurados para los delitos de imprenta o de cualquier otro medio de difusión del pensamiento, como asimismo Tribunales de Menores y de Familia») y 172 («Gradualmente se propende a la implantación de la oralidad en todo tipo de proceso y a la organización del juicio por jurados. /En la etapa de plenario el proceso es, en todos los casos, oral y público»), y la Constitución de Santiago del Estero (1997), que en su artículo 190 expresa: «Participación de los ciudadanos. Las leyes fomentarán la participación de los ciudadanos en la administración de justicia mediante la institución de jurados en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> existente, había optado por jueces de derecho y no por jurados, en la convicción de que la Constitución delegó en el Congreso la determinación del momento en el cual el juicio por jurados debería ser establecido, momento este que, según Obarrio, no había llegado todavía. Asimismo, si bien Obarrio manifestó en esa nota haber «tenido a la vista las legislaciones más adelantadas en la materia», la doctrina especializada apunta que, en realidad, el modelo seguido por él fue la *Compilación* española de 1879 que preveía prácticas inquisitivas, pese a que en 1882 España ya había puesto en vigencia su Ley de Enjuiciamiento Criminal —hoy todavía vigente— basada en el sistema oral y público. Así, el Código Procesal Penal argentino fue criticado por haber tenido origen en una legislación que ya estaba derogada en el momento de ser sancionado.
>
> La Corte Suprema, a su turno, entendió, en forma reiterada, que la Constitución no había impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados ni existía un término perentorio para ello, y los tribunales inferiores sostuvieron que el actual artículo 118 era una cláusula programática.
>
> Fue así que el juicio por jurados en la Argentina ha sido, hasta ahora, una expresión teórica que, no obstante, ha despertado el interés casi constante de la doctrina, generando también algún reclamo de los jueces.[8]

Esta realidad, en definitiva, contrasta con los claros y reiterados antecedentes que culminaron con la incorporación de las tres normas constitucionales referidas. Así, como lo recuerda Vanossi, el proyecto de Constitución de la comisión especial nombrada en 1812, en su capítulo XXI, artículo 22, decía que el «proceso criminal se hará por jurados y será público»; el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, capítulo 22, artículo 175, sostenía que: «el juicio criminal se establecerá por jurados», y la Constitución de 1826, sección VIII, artículo 164, disponía que: «Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados».[9] Inclusive, la incorporación constitucional de esta institución se caracterizó por no generar, al momento de su tratamiento, ni reparos ni manifestaciones expresas respecto de su trascendencia, característica que incluso llevó a cierta doctrina a otorgar al silencio ciertas connotaciones negativas.[10]

---

[8] Alberto B. Bianchi: *El juicio por jurados...*, o. cit., pp. 24-29.

[9] Jorge R. Vanossi: prólogo a la obra de Alberto B. Bianchi, *El juicio por jurados...*, o. cit., p. 15.

[10] En este sentido, destaca Nazareno: «Adentrarse en el estudio del juicio por jurados en nuestra República, y por expresarlo de un modo eufemístico, en su evolución desde las épocas posteriores a Mayo hasta la actualidad, invita apasionadamente a encontrarse con una situación que no dudo en calificar de paradójica, pues está enmarcada en una coherente línea de silencios, dogmas y contradicciones como escasas instituciones de nuestro derecho pueden exhibir.

Esta historia atípica comienza desde los albores de la independencia, pues el juicio por jurados fue incluido en las Constituciones de 1819 y 1826, bien que con una característica que lo acompañará continuamente como un sello indeleble que despierta toda clase de conjeturas.

En las asambleas constituyentes que aprobaron la incorporación de este instituto no se registra debate alguno ni expresión de los fundamentos que sostuvieron los textos, a pesar de que las circunstancias históricas e institucionales harían sospechar todo lo contrario en la medida en que el juicio por

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2. Las normas constitucionales en juego

2.1. El artículo 24

Esta regla, aprobada por unanimidad en la sesión del 25.4.1953,[11] establece: «El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados».

---

jurados era extraño a las reglamentaciones vigentes en la época colonial y, por lo tanto, pareciera de la mayor razonabilidad que los constituyentes expresaran los fundamentos que sostenían la significativa innovación que incorporaban para el juzgamiento de los delitos.

Ciertamente, las sorpresas no se detienen allí. Soslayado en el proyecto que Alberdi acompañó a las *Bases,* el juicio por jurados renace prolíficamente en la Constitución sancionada en 1853, al aprobarse sin tratamiento el proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales elaborado en base al anteproyecto o esbozo ideado por el eximio constituyente y jurista Don José Benjamín Gorostiaga, en el cual para no dejar lugar a la duda sobre el sitial emblemático que le corresponde al juicio por jurados en la organización institucional de la República, es contemplado no solo en la parte orgánica de la Constitución cuando se precisan las facultades del Congreso de la Nación (artículo 67, inciso 11) y la naturaleza de la actuación del Poder Judicial en el juzgamiento de los delitos (artículo 102), sino que además —y con el énfasis que ha resaltado Joaquín V. González— en la parte dogmática regulatoria de las declaraciones, derechos y garantías, como un implícito pero inequívoco instrumento garantista en favor de los ciudadanos. No deja de ser sugestivo que a pesar de haber tenido una generosa oportunidad de explayarse sobre este instituto, el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales mantuvo un silencio absoluto sobre el tema y los constituyentes dejaron pasar las tres disposiciones en juego sin exponer las razones que, no obstante los aislados regímenes sancionados en pocas provincias, carecía de arraigo en nuestra organización jurídica e institucional y, por ende, representaba una trascendente innovación para la administración de justicia.

La milimétrica revisión de 1860 efectuada por la Provincia de Buenos Aires, que se materializó en la reforma constitucional de ese año, dejó al margen de toda controversia el juicio por jurados previsto en el texto de 1853; como una constante, la comisión soslayó toda referencia al juicio por jurados.

[…]

El doctor José Benjamín Gorostiaga (uno de los padres de nuestra Constitución, esclarecido jurista y profundo conocedor —y admirador sin retaceos— del sistema constitucional norteamericano) es fundadamente sindicado —dada su intervención en la Comisión de Negocios Constitucionales y miembro informante del proyecto ante el Congreso— como el autor de mayor protagonismo en la redacción de la parte orgánica de nuestra carta magna, al extremo de que el texto sancionado siguió casi literalmente el anteproyecto que había elaborado, en el cual dos disposiciones —que ya hemos citado— contemplaban expresamente el juicio por jurados.

En cuanto a la fuente de los textos, más allá de la similitud que los autores de la doctrina han señalado con relación a la Constitución venezolana, Gorostiaga admitió que "[...] el proyecto está vaciado en el molde de la Constitución de Estados Unidos de América, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo".

La discordancia en el pensamiento y actuación de este constituyente [se refiere a Gorostiaga] queda patentizada cuando, diez años más tarde, tomó intervención como diputado nacional en el debate parlamentario de la ley 50 (*ADLA*, 1852-1880, 391) —de procedimientos de los tribunales nacionales, en lo civil y criminal y reconocida por los legisladores como reglamentaria de la Constitución nacional—, oportunidad en la cual ante un proyecto para las causas criminales que solo atribuía facultades decisorias en cabeza de un juez (título XXX, artículo 362) prescindiendo abiertamente de las disposiciones constitucionales atinentes al juicio por jurados, ninguna objeción fue presentada por el —en dicha

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

El proyecto de Constitución para la Confederación Argentina, de Juan B. Alberdi, no traía una disposición similar, ya que se limitaba, en el artículo 31 (capítulo IV), a establecer que «La Constitución garantiza la reforma de las leyes civiles, comerciales y administrativas, sobre las bases declaradas en su derecho público».[12]

Explica sobre esta norma Gelli que:

> El juicio por jurados implica que un grupo de ciudadanos —del pueblo— sin formación jurídica alguna, determinen la culpabilidad o inocencia del acusado, expidiéndose sobre los hechos, no sobre el derecho que se ha de aplicar. Por ello el jurado actúa conducido por un magistrado experto en leyes […]. En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha sostenido que la persecución penal por medio del juicio por jurados estaba garantizada a los procesados, contra los estados locales, constituyendo, en consecuencia, un privilegio de las personas que estas pueden rehusar. De tal doctrina surgen dos reglas: a) el juicio penal a cargo de personas imparciales, integra el conjunto de garantías del debido proceso penal —un derecho subjetivo de los imputados—; y b) la organización y reglas de los jurados y la competencia corresponde a los estados, salvo para los delitos federales.
>
> En cambio, la disposición de la Constitución argentina ha atribuido al gobierno federal el establecimiento del juicio por jurados, en lo que constituiría una excepción a las atribuciones provinciales en materia de administración de justicia. Así, la ley del Congreso debería establecer la organización del juicio por jurados, sus características, alcance e instrumentación dejando, no obstante, la aplicación de esa ley, a los estados locales.[13]

El mandato, como se observa, es programático y requiere de la indispensable intervención reglamentaria del Congreso, la que está delimitada por otras reglas, como ahora veremos.

---

oportunidad— legislador y mereció la aprobación del cuerpo culminando con la vigencia de dicho procedimiento supuestamente infractor de la carta magna que se pretendía reglamentar.

Similar es la discordancia que presenta la actuación pública del doctor Salvador María del Carril. También constituyente, contribuyó con su intervención para la introducción del juicio por jurados en nuestro sistema judicial; en cambio, cuando fue nombrado juez de la primera Corte Suprema en 1863 redactó, junto con el resto de los magistrados, el proyecto de la ley 50 citada con anterioridad, que desconoció el mandato constitucional que había votado favorablemente en el Congreso de 1853. Empero, las vicisitudes del doctor Del Carril no culminaron allí, pues la sorpresa no puede ser mayor cuando en su trabajo sobre "El jurado" —de 1866— pareció olvidar su proyecto de ley que había redactado tres años antes, pues se interrogaba sobre las causas que influyeron para que la institución del jurado, recomendada por nuestros constituyentes, no haya sido establecido en ningún punto de la República, concluyendo que, precisamente, la falta de costumbres democráticas y la indiferencia por la cosa pública que se observaban en el país, constituían una razón de mayor importancia para que nos apresuremos a ponerlo en práctica» (Julio S. Nazareno: «El proceso penal abreviado y el juicio por jurados», en *LL*, 1997-E, pp. 1432-1435).

[11] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

[12] Helio Juan Zarini: *Constitución argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 121.

[13] María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 834.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2.2. El artículo 75, inciso 12 (original 67, inciso 11)

Indica la disposición apuntada:

> Artículo 75. Corresponde al Congreso:
> […]. 12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

La norma habilita al Congreso para establecer el juicio por jurados en todo el país, en la materia delegada por las provincias a la Nación en el artículo 118, esto es, para los juicios criminales, y al referirse a regular *el establecimiento* del juicio por jurados, le está dando al Congreso competencias legislativas tanto sobre la *forma* del pleito, como sobre la *estructura* del tribunal pertinente,[14] con lo cual puede ingresar en la regulación de todo el sistema de su funcionamiento, lo que incluye casi todo lo relativo a la institución y el procedimiento (cantidad de jurados, mayorías necesarias para la adopción de la decisión, división del juzgamiento entre cuestiones de hecho y de derecho, etcétera).

En definitiva, como lo indica Gelli:

> La ley del Congreso debe organizar las reglas de composición y número de los jurados; el funcionamiento de estos, los requisitos necesarios para integrarlos; las mayorías exigidas para obtener la decisión. Pero la aplicación de la ley, la instalación de los jurados, el examen de los requisitos que deben tener los ciudadanos que integren el jurado, son de competencia local y deben funcionar bajo el control de los magistrados locales y con la actuación del ministerio público también local en cada una de las respectivas jurisdicciones, según dónde se hubiere cometido el delito.[15]

A tenor de lo expuesto, entonces, estamos en presencia de una excepción al principio general establecido por el mismo inciso 12 del artículo 75, respecto de las materias que no puede normar el Congreso y, en consecuencia, por la delegación que realizan las provincias al respecto en la Nación, aquellas solo conservan competencias legislativas sobre aspectos no legislados por esta, aunque se encuentran habilitadas para dictar regulaciones sobre los aspectos delegados mientras la Nación no regule el instituto.

---

[14] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.
[15] María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación Argentina...*, o. cit., p. 240.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

2.3. El artículo 118 (original 102)

Precisa la disposición, en su versión original de 1853-60:

> Artículo 118. Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

El texto sigue casi literalmente al esbozo de Gorostiaga, que se nutre a su vez de los lineamientos trazados en el artículo 117 de la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811,[16] y de su antecedente inmediato, el artículo III, sección 2, inciso 3, de la Constitución de los Estados Unidos. Fue modificado en cuatro oportunidades: en 1860, cuando se sustituyó el término *Confederación* por el de *República* y *Nación*, en 1949, que fue suprimido; en 1994, cuando además de renumerárselo se modificó su redacción —para lo cual la Convención no se hallaba habilitada por la ley 24309—, y en 1995, por vía de una altamente cuestionada ley 24430, que ordena la publicación de un texto oficial de la Constitución nacional, y, como lo indica Zarini: «En el *Boletín Oficial* del 23.8.1994 decía «deriven del despacho», «concedido en la Cámara de Diputados» y «se hubiera cometido». Más allá de que estos errores materiales fueron subsanados por la ley 24430 (*BO*, 10.1.1995),[17] coincidimos con Bidart Campos en que las correcciones que en esta ley se introdujeron al texto oficial originariamente sancionado y publicado en 1994 no son válidas, por no estar el legislador habilitado a modificar el texto de la Constitución.[18]

Como consecuencia de esta previsión, el juicio por jurados solo es aplicable, cuando el Congreso lo reglamente, a los procesos penales, con excepción de los que deriven del juicio político, abanico de supuestos que quedó teóricamente ampliado luego de la reforma de 1994 respecto de los magistrados inferiores a la Corte Suprema, que ya no son removidos por este sistema, sino vía jurado de enjuiciamiento. Sin embargo, parte de la doctrina está conteste en que esta supuesta ampliación no es tal, por cuanto los fundamentos que dieron lugar a la exclusión siguen incólumes.[19]

---

[16] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

[17] Helio Juan Zarini: *Constitución argentina...*, o. cit., p. 447.

[18] Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, primera reimpresión, Buenos Aires, Ediar, 1998, p. 13.

[19] En concreto, Gelli, apoyándose en Quiroga Lavié, sostiene que «la exclusión del artículo 118 tiene como fin no politizar el juzgamiento penal de los miembros del poder, removidos de sus cargos por procesos especialmente reglados en la Constitución nacional; mantener la máxima objetividad en la apreciación de la conducta penal de los magistrados y prevenir rigurosamente las presiones politizadas. Puede argumentarse que el fundamento supone cierta desconfianza en la neutralidad del pueblo, juzgando a quienes fueron jueces por delitos comunes. Sin embargo, una remoción de magistrados judiciales puede producirse por motivos político-partidarios —el Consejo de la Magistratura y el Jurado

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

3. Sentido y alcances de las tres cláusulas constitucionales

De las prescripciones constitucionales revistadas se desprende principalmente:

a) que la Constitución propició tribunales compuestos por jurados, aunque no indicó su grado de actuación o sus modalidades, que pueden variar sensiblemente;

b) que el Poder Legislativo debía dictar una ley con vigencia en todo el país, al estilo, por ejemplo, de la ley de ciudadanía o de concursos, para juzgar por jurados las causas penales. El artículo 75, inciso 12, incluso parece programar una ley federal, con tribunales eventualmente también federales, sobre dichos jurados;

c) que el juzgamiento del caso se debía, en principio, realizar en el territorio provincial donde se hubiese cometido el delito;[20]

d) con relación a la naturaleza jurídica del instituto, a nuestro entender se trata —atendiendo a la ubicación otorgada por el constituyente originario al artículo 24 y a la interpretación realizada por la Corte norteamericana respecto de aquella—, de una garantía de la libertad que se entronca con la regla del debido proceso;

e) en cuanto a la distribución de competencias entre la federación y las provincias, que la Nación puede establecer en todo el país el juicio por jurados en materia criminal —por tratarse de uno de los poderes delegados al Gobierno federal—, mientras que las provincias pueden ejercer sus facultades legislativas sobre la materia en los aspectos no reglamentados por la Nación mientras esta no asuma tal competencia;

f) que en la regulación se deberán tener en cuenta diversos topes constitucionales que rigen para la implantación de los jurados, provenientes no ya de las tres reglas referidas a ellos, sino a otras que deben ser consideradas a la hora de la reglamentación, que refieren específicamente a los jueces técnicos permanentes (v. gr., los requisitos constitucionales para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia y el procedimiento para su designación, las competencias originarias y exclusivas de esta, etcétera);[21]

---

de Enjuiciamiento tienen un fuerte componente político en las respectivas integraciones— por lo cual es preferible extremar las precauciones» (María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., p. 834, con cita de Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación argentina. Comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996, p. 687).

[20] Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997, tomo 1, p. 515.

[21] Apunta al respecto Sagüés: «por un lado se fomenta al juicio por jurados, pero al mismo tiempo la Constitución instituye jueces técnicos permanentes. Con esto debe concluirse que el mecanismo de los jurados, si se instrumentase alguna vez, debe serlo sin perjuicio del Poder Judicial erigido por la Constitución, siendo de advertir que los jueces que la misma Constitución prevé (amparados por la garantía de inmovilidad), tienen que ser propiamente tales, y no meros autómatas de los jurados (Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 911-912, con cita de Jorge A. Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1962, pp. 63-65).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

g) que la frase contenida en el artículo 118 y que indica que los juicios criminales ordinarios «se terminarán por jurados», no significa que la Corte Suprema deba dar intervención a un jurado cuando resuelve un recurso extraordinario, por las razones expresadas en el ítem anterior, y

h) que no puede achacarse una supuesta falta de idoneidad respecto de los jurados con base en el artículo 16 de la Constitución nacional, por cuanto es la propia Constitución de 1853 la que en su artículo 24 ordena al Congreso promover el juicio por jurados, y

> de lo contrario habría que llegar a conclusiones ciertamente inadmisibles. Si por la idoneidad de que habla el precepto constitucional se hubiere de entender capacidad técnica, ¿quienes podrían ser presidente de la Nación?, ¿y quiénes concejales, diputados, senadores? La idoneidad para todas esas funciones públicas no es la que deriva de tales o cuales títulos académicos, sino la que otorga la ciudadanía, unida a los requisitos de edad, capacidad civil o política, alfabetismo, conducta, etcétera. Ni siquiera sirve el argumento de que la función judicial es eminentemente técnica por estar basada en la aplicación del derecho que constituye la competencia de los juristas, porque otro tanto pudiera decirse respecto a la función legislativa, ya que parece evidente que solo se pueden dictar leyes conociendo la legislación del país y los principios del derecho universal. Con ello se habría destruido el sistema democrático o se habría creado la República de los abogados.[22]

3.1. Acerca del carácter de su programaticidad (¿discrecional o imperativa?)

Sagüés indica que la primera duda que suscitan los tres artículos constitucionales referidos al juicio por jurados es «respecto del *mensaje* que en ellos depositó el constituyente; esto es, si transportan una *decisión imperativa* o una simple *guía (invitación)*, para el legislador ordinario[23].

Diversos autores que se ocuparon de esta temática, se han inclinado por la tesis de la decisión imperativa.

Entre ellos, Bidart Campos ha sostenido que la fórmula que usa el artículo 118 contiene un deber para el legislador,[24] De Vedia la calificó como *preceptiva* e *imperativa* a la norma del artículo 24 y como *terminante* a la regla del artículo 118, pues la palabra *luego* implica la necesidad de instrumentar a los jurados sin dilaciones, porque «el espíritu se resiste a admitir que esa garantía, a que se refiere la Constitución en tres partes, sea sólo una promesa vana e ilusoria, en vez de traducir una convicción seria y profunda de los constituyentes argentinos»;[25] Vázquez entiende

---

[22] Gullermo G. Erbetta: «Constitución nacional. Juicio por jurados. Necesaria vigencia», en *LL*, 1993-E, pp. 909-910.

[23] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

[24] Germán J. Bidart Campos: *Tratado de derecho constitucional argentino*, tomo 1, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 638.

[25] Agustín de Vedia: *Constitución argentina*, Buenos Aires, Coni Hnos., 1907, pp. 115 y 553, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

que el constituyente ha implementado un deber que ha quedado librado al Congreso sólo en su reglamentación, pero es menester cumplir con su obligación de implantar el juicio por jurados.[26]

Participan además de esta tesis Arturo Bas, Tomás Jofré,[27] Joaquín V. González —para quien los constituyentes «expresan un anhelo y una necesidad para el porvenir»—[28] y Juan A. González Calderón, quien detecta un *verdadero afán* de los congresales para que se adoptara el instituto cuando explica que:

> Ya hemos visto como la Constitución crea jurisdicción especial del jurado, para las causas criminales del derecho común. Es uno de los propósitos más decididos el establecimiento de esta forma de juicio, que correspondía a los nuevos principios de gobierno adoptados, pues reconocía que, así como el sufragio era el medio por el cual el pueblo participaba en la formación de la ley, el jurado era la única en la cual podía tener parte también en su aplicación.[29]

Otros autores se han inclinado por la tesis que afirma que las disposiciones constitucionales significan una simple invitación al legislador para la reglamentación del juicio por jurados.

Entre tales juristas, Bielsa ha sostenido:

> La simple lectura de estas disposiciones —artículos 24 y 118— revela que los constituyentes de 1853 no estaban muy convencidos de la necesidad de establecer realmente esa forma de juicio; se limitan a disponer que el Congreso promoverá, en lo que respecta al artículo 102; todo es en él condicional, y la experiencia le ha dado la razón.[30]

También Quiroga Lavié se enrola en esta tesitura sosteniendo, al respecto, que el establecimiento del juicio por jurados es una norma programática discrecional para el órgano legisferante.[31]

---

[26] Adolfo Roberto Vázquez: «El juicio por jurados. Imagen pública de la justicia», en *LL*, 1997-A, pp. 751-752.

[27] Tomás Jofré: *Manual de procedimiento civil y penal*, tomo I, 2.ª ed., Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1919, p. 96, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

[28] Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, o. cit., p. 203, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss, y por Alfredo E. Mooney: «El juicio por jurados en el sistema constitucional argentino», en *LL*, 1986-C, p. 862.

[29] Juan A. González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, 4.ª ed., Buenos Aires, Kraft, 1963, p. 440, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

[30] Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, p. 755, citado por Alfredo E. Mooney: «*El juicio por jurados...*», o. cit., 1986-C, p. 862.

[31] Humberto Quiroga Lavié: *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 687, citado por Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Evaluando estas posiciones, Sagüés entiende que, al no haberse tratado el tema en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853 ni en los debates registrados, considerando que el artículo 24 fue aprobado por unanimidad en la sesión del 25.4.1853, y que el juicio por jurados es tratado tres veces en el documento constitucional, resulta harto evidente que hubo un énfasis notorio en afirmar la futura vigencia del juicio por jurados. Tal reiteración —concluye— importa una suerte de decidido mandato del legislador constituyente al legislador ordinario, para que implemente el instituto. De todos modos, corresponde subrayar que ese mandato es *programático*, no *autoaplicativo*; de suerte que, para que se establezca el juicio por jurados, resulta indispensable que el Congreso dicte la norma procesal pertinente, pero no pensamos que aquel mandato sea una norma programática de *ejecución discrecional*, sino ineludible; el Parlamento, de no cumplir prontamente tal tarea —omisión que históricamente ocurrió— incurre en una *inacción inconstitucional*.[32]

Por su parte, Lemon y Mooney opinan que:

> Mal puede pensar la doctrina que los tres artículos no sean imperativos y no sean producto de una profunda convicción por parte del constituyente, cuando este es uno de los pocos temas en los cuales la Convención se aparta abiertamente del proyecto de Alberdi —más mesurado y dubitante del grado de cultura cívica institucional de la población de entonces—, agregando normas que este no preveía, y estar de acuerdo sobre el tema en forma unánime, sin polémica, sin contradicción, sin debate.
>
> Por otro lado, es contradictorio —como se ha insistido en exceso— afirmar que la Constitución era «copia» de la de los Estados Unidos, haciéndose una mala filiación de la misma, y que en este tema —verdaderamente tributaria de aquella— se pretenda minimizar nada menos que tres textos tatuados en su «corpus». […] el enorme sentido prospectivo de nuestros constituyentes hizo que legislaran con una norma «marco» por lo que algunas disposiciones se pondrían en marcha inmediatamente después de dictarse la Constitución (verbigracia, la organización de los poderes, leyes electorales, impositivas, etcétera), pero en otras, el constituyente, mostrando la vieja virtud de la prudencia política dejó librado el momento de su implantación al cumplimiento de una condición sociológica a saber: el grado de desarrollo «humano» de la comunidad, que permitiera en un determinado «lugar» y «tiempo» la implantación del juicio por jurados. Lo cual revela lo que apuntaba Herman Heller: «La Constitución es un marco por donde pasa la vida».[33]

3.2. Quid de la pérdida de eficacia de las normas en juego (¿un caso de desuetudo?)

Pese a la insistencia del constituyente originario de 1853-60 y al escaso tiempo en que dichas normas fueron borradas del texto constitucional argentino (1949-56), las disposiciones constitucionales nunca llegaron a implementarse, y por cierto que

---

32 Néstor P. Sagüés, «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 906 ss.

33 Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., pp. 88-89.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

el número de proyectos sobre la materia ha sido ciertamente escaso, como veremos *infra*.

La prolongada inacción del Legislativo —calificada de inconstitucional por la doctrina más destacada— ha suscitado controversia respecto de la actual vigencia de esos textos.

Vázquez, por ejemplo, indica que el hecho de que el legislador ordinario no haya cumplimentado su obligación imperativa de establecer el juicio por jurados no significa que la norma haya quedado derogada por vía de desuetudo y, mucho menos, cuando ha quedado confirmada por el hecho de no haber resultado derogadas las normas por la Convención reformadora de 1994.[34] En similar línea se ubica Nazareno.[35]

Lemon y Mooney, por su parte, refiriéndose a las intenciones del constituyente originario, entienden que:

> Lo que ha hecho el legislador, con su estilo ático, reflexivo y prospectivo que lo caracteriza, ha sido dictar una norma en medio de este país que era un desierto, al decir de Alberdi, y donde las montoneras bravas y unitarias ideologizadas y violentas ocupaban el espacio político y social, en una suerte de «aspiración» o de «llamado al porvenir», plasmando cláusulas que permanecieran en reposo —ni vigentes ni derogadas—, hasta que el contexto social, institucional y cultural permitiera cumplir el designio del constituyente.[36]

En opinión contraria, Sabsay y Onaindia indicaron:

> Nunca cumplió el Congreso con el mandato establecido en esta norma sobre el establecimiento del juicio por jurados, institución típica del ordenamiento judicial anglosajón y extraña a las raíces de nuestras instituciones. […] Por las circunstancias antes referidas, hubiera sido deseable la supresión de este artículo (en la reforma de 1994), ya que no se justifica su mantenimiento en el texto vigente.[37]

Por su parte, Sagüés entiende que:

> La falta de reglamentación legislativa —desde 1853 hasta la fecha— del juicio por jurados, y la consecuente tramitación de las causas penales, durante todo ese largo lapso, por jueces técnicos, promueve decididamente la tesis de la *derogación por vía consuetudinaria (desuetudo)* de las cláusulas constitucionales relativas al instituto[38] […]

---

[34] Adolfo Roberto Vázquez: «El juicio por jurados...», o. cit., p. 752.

[35] Julio S. Nazareno: «El proceso penal abreviado y el juicio por jurados», en *LL*, 1997-E, pp. 1431 y 1435.

[36] Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., p. 85.

[37] Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia: La *Constitución de los argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 77.

[38] Apunta el autor que: «Para enfocar la cuestión, debe recordarse "que las Constituciones rígidas no pueden evitar que se desenvuelva *junto* a ellas y *contra* ellas un derecho constitucional no escrito" (Georg Jellinek); que "el uso constitucional puede anular a una disposición jurídica constitucional expresa" (Karl Loewenstein) y que esa *derogación sociológica* del artículo constitucional afectado "no se le puede oponer a la norma escrita" (Germán J. Bidart Campos). Con esto quiere expresarse que

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Algunos autores han constatado esa derogación —desuetudo mediante— de las prescripciones constitucionales atinentes al juicio por jurados, derogación sociológica que se explica por la renuencia del órgano legislativo en instrumentar al instituto, durante mucho más de un siglo. Aftalión, García Olano y Vilanova, con tesis que comparte Lino Palacio, enseñan que frente a las normas constitucionales expresas, relativas al jurado, «se formó una norma constitucional consuetudinaria (costumbre extrajudicial) derogatoria de ese texto sancionado en 1853». Por nuestra parte, también sostuvimos la misma idea en un trabajo anterior al presente, donde comprobamos que ha habido un *abandono* comunitario, prolongado y ya firme, de los artículos constitucionales tocantes al juicio por jurados.

Ahora bien: tratándose de cláusulas constitucionales de tipo *programático*, conviene alertar que parte de la doctrina niega que pueda operarse, en cuanto a ese tipo de prescripciones, la derogación por vía consuetudinaria. Si una norma constitucional —se dice— tiene suspendida su *eficacia* (al ser programática y nada más) hasta tanto el legislador la regule e implemente, quiere decir que dicha norma no entra todavía en «acción» y por tanto, mal podría plantearse una «inacción» o «ataque» consuetudinario, que la derogase sociológicamente. Humberto Quiroga Lavié, y con especial referencia al problema del juicio por jurados, escribe al respecto: «Lo que aquí se afirma es que la *ineficacia* de las normas programáticas no afecta su *eficacia*, pues dichas normas no pueden ser ineficaces mientras no se haya cumplido la condición constitucional» (de puesta en práctica).

No obstante esa valiosa opinión, hemos reputado por nuestra parte que si el legislador no instrumenta la cláusula programática durante un lapso considerable, que exceda notoriamente lo razonable según la materia que se enfoque, hay un desuso legislativo de no aceptar la concreción de la norma constitucional programática. En otros términos, la consuetudinaria praxis legislativa (por desobediente omisión o inacción), afecta la eficacia de la directriz constitucional que manda al legislador hacer algo, y cae entonces a la norma programática.[39]

3.2.1. Quid de las consecuencias derivadas de su eventual desuetudo

Si aceptásemos la tesis de la pérdida de eficacia por desuetudo de las normas constitucionales referidas al juicio por jurados, se desprenderían las siguientes consecuencias:

a) la desaparición de la *obligación* del legislador de establecer el juicio por jurados (artículo 24), del *deber* del Congreso de dictar las leyes tendientes a implementarlo en toda la Nación (artículo 75, inciso 12) y de las disposiciones que ordenan que *todos los juicios criminales ordinarios* tengan que diligenciarse por jurados (artículo 118);[40]

---

aunque el texto constitucional intentara autodefenderse, prohibiendo tajantemente y por anticipado su vulneración por el derecho consuetudinario, este disolvería incluso —al restarle eficacia, por medio de costumbre derogatoria— a la cláusula constitucional prohibitiva de la desuetudo» y remite a su trabajo «El concepto de legitimidad de la «interpretación constitucional mutativa», publicado en *ED*, 88, p. 869.

[39] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., pp. 912-913.

[40] Ibídem.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

b) tal derogación consuetudinaria no impide que el Congreso implante, en el ámbito de las atribuciones establecidas por el artículo 75, incisos 12, 30 y 32, el juicio por jurados, sea en lo penal o en otras materias en el ámbito federal, y que las provincias lo hagan también en sus ámbitos;[41]

c) si una ley del Congreso nacional implantara el juicio por jurados en materia criminal para toda la República y en los órdenes nacional y provincial, podría ser constitucional o inconstitucional, según la posición que predomine. Al respecto, Bidart Campos da pie a sostener que, si los órganos del poder pueden reaccionar contra el derecho consuetudinario derogatorio de una norma constitucional, esa ley regulatoria del jurado sería constitucional.[42] Por el contrario, Sagüés opina que ya no sería constitucional dictar una norma como la indicada, pues violentaría las normas constitucionales en vigor y eficaces, no derogadas, concernientes a la normal división de reglas de fondo (para la Nación) y reglas de procedimiento y organización de tribunales (para las provincias, y para la Nación solo en su ámbito *federal* y *nacional*): artículo 75, inciso 12, *in limine*.[43]

4. El juicio por jurados en la jurisprudencia de la Corte nacional

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre el alcance de las previsiones constitucionales sobre juicio por jurados en tres oportunidades, en casos en que ciertos procesados iban a ser juzgados por la justicia ordinaria y a través de jueces técnicos y argumentaron la falta de jurisdicción de tales magistrados.

Relatando tales casos, comenta Nazareno:

> Ante una defensa de falta de acción opuesta por un procesado con apoyo en que la Constitución le asegura que sólo podía ser acusado ante el jurado, la Corte Suprema resolvió el 7 de octubre de 1911 que la carta magna no impuso al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que no impuso término perentorio para la reforma de la legislación. El Alto Tribunal agregó otra reflexión de mayor significación, puntualizando que del artículo 102 no se desprende que la creación del jurado sea obligatoria en la Capital Federal y que, en todo caso, la ley regulatoria de los procedimientos penales (ley 483 —*ADLA*, 1852-1880: 936—) ha aceptado implícitamente las organizaciones judiciales preexistentes (*Fallos*, 115: 92).
>
> Dos décadas después, el 22 de marzo de 1932, la Corte reiteró su doctrina ante un planteo similar, pero no en toda su extensión sino solo con referencia a que no pesaba el deber del Congreso de proceder de inmediato a establecer el juicio por jurados, abandonando el argumento fundado en la no obligatoriedad de la prescripción constitucional (*Fallos*, 165: 258). En 1947, la Corte continuó manteniendo su doctrina

---

[41] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit. pp. 912-913.

[42] Germán J. Bidart Campos: *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pp. 143-144.

[43] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., p. 913.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

de la no inmediatez del mandato constitucional dado al legislador (*Fallos*, 208: 21 y 225; *LL*, 47-3 y 48-159).[44]

Comentando tales fallos, indica Sagüés: en *Vicente Loveira c. Eduardo T. Mulhall s/injurias y calumnias*, resuelto por la Corte Suprema el 7.12.1911, se indicó que las normas constitucionales referidas al establecimiento del juicio por jurados «no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del juicio por jurados, al igual que el primero no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación» (*Fallos*, 115: 92) Inclusive, el alto tribunal consideró que de los propios términos del artículo 118 se desprende que la creación del jurado no es obligatoria en la Capital Federal.

Este criterio fue reiterado en *Valentín Santa María c. Eduardo T. Mulhall s. injurias y calumnias* (*Fallos*, 115: 92); Ministerio *Fiscal c. Director del Diario La Fronda s. desacato* (*Fallos*, 165: 258) y décadas después en los casos *Tribuna Democrática* (*Fallos*, 208: 21) y *Tieffemberg* (*Fallos*, 208: 225).

De estos pronunciamientos, para cierta doctrina se desprende que la propia Corte valoró que «la labor del legislador no estaba sometida a la vigencia de términos constitucionales perentorios» (Pina), mientras que para otra los pronunciamientos trasmutaron el anhelo ferviente y terminante de la Constitución en una simple aspiración o promesa (De Vedia), en una verdadera interpretación constitucional mutativa, promotora o reconociente de una mutación constitucional.[45]

5. El Congreso ante el juicio por jurados

Como se expresó *supra*, han sido realmente escasos los proyectos tratados por el Congreso en los ya más de ciento cincuenta años de vigencia de nuestra carta magna

---

[44] Apunta además el autor que: «si bien la Corte ulteriormente no reiteró el argumento de la no obligatoriedad de las normas constitucionales, parece claro que no fue suficientemente ahondada la extensión de la regla reconocida de la "no inmediatez" y que, por el contrario, fue repetida dogmáticamente en los fallos posteriores, pues si bien podría aceptarse —reitero que afirmo "podría"— dicha proposición en 1911, el Tribunal debería haber fundado la razón por la cual consideró 35 años después que aquella regla hermenéutica debía ser mantenida. De no ser así y si se reiterara periódicamente la primera conclusión, la no inmediatez terminaría convirtiéndose, aun sin reconocerlo lingüísticamente, en la no obligatoriedad que el propio Tribunal descartó en sus pronunciamientos posteriores a 1911. Sólo como una pauta indicativa sobre la menor importancia que el Tribunal parece haberle asignado a la cuestión, cabe resaltar que en 1947 se remitió derechamente a los precedentes sin agregar ninguna otra consideración como si se tratara de una de las denominadas cuestiones constitucionales "insubstanciales" y que en la publicación oficial de *Fallos* realizada entonces por los Secretarios del Tribunal, la doctrina aparece en un mero sumario sin constar el texto completo de la sentencia como habitualmente se realiza, por lo menos, con las decisiones de regular trascendencia» (Julio S. Nazareno, «El proceso penal abreviado y el juicio por jurados», en *LL*, 1997-E, p. 1431).

[45] Néstor P. Sagüés: «El juicio penal oral...», o. cit., p. 913.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

respecto de la implantación del juicio por jurados en el país, conforme surge de la propia información oficial brindada por el Congreso.[46] Incluso, ese vacío se observa también en las iniciativas presentadas en los ámbitos provinciales.[47]

---

[46] El listado que surge de la página web de la Cámara de Diputados de la Nación, si bien parecería abundante, no lo es tanto si se considera el tiempo transcurrido desde la aprobación de las tres cláusulas constitucionales involucradas. En síntesis, los proyectos registrados son los siguientes:

— 1870 (Expte. 00009-S-1870). Establecimiento del juicio por jurados en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal.

— 1873 (Expte. 00005-PE-1873). El Poder Ejecutivo nacional presenta un proyecto de ley por el que solicita se lo autorice a hacer imprimir los proyectos de ley sobre organización de los jurados y de enjuiciamiento en las causas criminales de jurisdicción nacional.

— 1884 (Expte. 0050-PE-1884). Mensaje y proyecto de ley estableciendo la vigencia del juicio por jurados.

— 1884 (Expte. 00040-D-1884), Posse. Solicita permiso para continuar en la comisión de estudio del Código de Procedimientos y el enjuiciamiento por jurados.

— 1884 (Expte. 00050-D-1884), Ortiza y Cárcano. Proyecto autorizando al Poder Ejecutivo para abonar de rentas generales $ 12.000 m/n a la comisión revisora de los proyectos de Códigos de «Procedimientos en Materia Penal» y de «Enjuiciamiento por Jurados».

— 1987 (Expte. 2936-D-87), Corzo y Romero. Proponen designar una comisión para redactar un anteproyecto de ley que establezca el juicio por jurados en los procesos penales que tramiten ante la justicia nacional y un anteproyecto de reforma del código de procedimientos en lo criminal. Integración: tres abogados y tres legisladores; plazo para dictaminar: 180 días; expresión de las bases del sistema en fundamentos.

— 1989 (Expte. 0272-S-89), Rivas. Declaración de interés nacional de la «Jornada sobre el nuevo procedimiento penal. Oralidad». Juicio por jurados, 14.9.1989.

— 1992 (Expte. 4202-D-92), Hernández. Régimen de juicio por jurados. Creación, requisitos, inhabilidades, excusación, integración para causas criminales y correccionales, padrón general, sorteo, recusación, citación, sanciones, instrucciones, incorporación, debate, censura del debate, veredicto, reserva de opinión, acta de la sesión, debate posterior, influencia, resarcimiento, sanciones, sentencia, casación, revisión.

— 1993 (Expte. 2721-D-93), Berhongaray. Juicio por jurados para las causas tipificadas como delitos de administración pública que se tramiten por el fuero federal o común de la Capital Federal. Enumeración de delitos; competencia y régimen del juicio; miembros del jurado: requisitos, personas excluidas, inhabilidades, excusación; integración y constitución del jurado; juicio; recurso de revisión; presión sobre el jurado.

— 1994 (Expte. 1964-D-94), Hernández. Régimen de juicio por jurados (reproducción del expediente 4202-D-92).

— 1995 (Expte. 1766-D-95), Balestrini. Régimen regulatorio del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. Reglamentación de los artículos 114 y 115 de la Constitución nacional; composición y conformación; atribuciones del Consejo; organización y funcionamiento; consejeros; Jurado de Enjuiciamiento: composición y conformación, procedimiento y sentencia, disposiciones transitorias.

— 1995 (Expte. 0606-S-95), Romero Feris. Enjuiciamiento por jurado de las causas criminales con pena superior a diez años de prisión o reclusión; integración del jurado: doce ciudadanos, sorteo de los jurados, selección, interrogatorio, carga pública, instrucción a los jurados, prueba, deliberación, veredicto.

— 1995 (Expte. 0649-S-95), Alasino. Delitos contra el honor: régimen de juicio por jurados en toda causa que en el ámbito de la Capital Federal verse sobre dichos delitos previstos en el título II, libro

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

segundo del Código Penal. Requisitos para ser jurado, excusaciones, recusaciones, audiencias, alegato, deliberación, votación, veredicto, absolución, condena, aplicación supletoria de las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación.

— 1996 (Expte. 1976-S-96), Meneghini, López, Usandizaga. Proponen declarar de interés nacional la conferencia internacional «Juicio por jurados», a realizarse en la ciudad de Buenos Aires entre el 27.10 y el 1.11.1996.

— 1997 (Expte. 0085-S-97), Romero Feris. Instituye el juicio por jurados (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 0606-S-95.)

— 1997 (Expte. 0927-S-97), Solana. Establece el juicio por jurados en las causas criminales en las cuales se le impute al acusado un delito al que corresponda una sanción cuyo máximo sea superior a diez años de prisión y causas en las cuales se le impute a un funcionario o empleado publico cometer un delito en el desempeño de su cargo al que corresponda una sanción cuyo máximo sea superior a cinco años de prisión; atribuciones; composiciones; juramento; jurados: derecho, deber, requisitos, personas excluidas, exenciones, retribución, inmunidad, incumplimiento de deberes, jurados suplentes; lista general de jurados: notificaciones, publicación; selección del jurado: listas, recusaciones, citación, audiencia de selección; procedimiento: juramento e indicaciones al comienzo de la audiencia, determinación de las instrucciones, preguntas y veredicto, indicación de instrucciones y preguntas, deliberación, aclaración sobre las instrucciones, votación, registro de las audiencias, audiencia y resolución posterior.

— 1997 (Expte. 1849-S-97), Alasino. Propone el juicio por jurados para causas que en el ámbito de la Capital Federal versen sobre delitos contra el honor. Casos en que entiende, cuestiones que juzga, capacidad para ser jurado, excusaciones, recusaciones, fijación de audiencia de debate, lista para la selección del jurado, audiencia de selección, indicaciones al comienzo de la audiencia, alegato de presentación, instrucciones, deliberación, aclaración sobre las instrucciones, votación, veredicto, registro de las audiencias, absolución, condena.

— 1997 (Expte. 0934-D-97), Carrió, Fayad, Carca. Régimen para el juicio por jurados en procesos penales. Jurados: requisitos, inhabilidades, excusación; integración del tribunal; padrón general; sorteo; recusación; citación; sanciones; instrucciones; incorporación; debate; censura del debate; veredicto; deliberación; pronunciamiento del veredicto; reserva de opinión; acta de la sesión; debate posterior; sentencia; casación; revisión.

— 1997 (Expte.3423-D-97), Maqueda. Proyecto de ley de ética publica. Objeto; sujetos comprendidos: Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo; deberes y obligaciones; incompatibilidades; sanciones; declaración jurada; regalos; creación de la Comisión Nacional de Ética Pública: integración, funciones; juicio por jurados para delitos cometidos en el ejercicio de la función publica.

— 1997 (Expte. 4916-D-97), Carrara. Régimen del juicio por jurados. Enumeración de delitos a ser juzgados por tribunales de jurados; capacidad y condiciones para ser jurados; integración, convocatoria, plazos; jurado de acusación; juicio y jurado de enjuiciamiento; debate y pruebas; apelaciones; información; difusión y financiamiento del juicio por jurados.

— 1997 (Expte. 5219-D-97), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional) para los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados y al Consejo de la Magistratura serán juzgados por un tribunal de jurados; requisitos para ser jurado, inhabilidades, excusación, integración del jurado, padrón, sanciones, debate, veredicto, deliberación, reserva de opinión, sentencia, casación, revisión.

— 1997 (Expte. 6457-D-97), Maqueda. Régimen legal del juicio por jurados. Creación del régimen legal de juicio por jurados para el juzgamiento de los delitos contenidos en el Código Penal en los títulos II «Delitos contra el honor», III «Delitos contra la honestidad», V «Delitos contra la libertad»,

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

VII «Delitos contra la seguridad pública», VIII «Delitos contra el orden público», IX «Delitos contra la seguridad de la Nación», X «Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional», XI «Delitos contra la Administración pública» y XII «Delitos contra la fe pública»; competencia, requisitos para ser jurado, inhabilitados, incompatibilidades, excusaciones, integración, padrón, sorteo, recusaciones, sanciones, instrucciones, retribución, incorporación, juramento, debate, producción de la prueba, veredicto, deliberación, votación, pronunciamiento del veredicto, reserva de opinión, acta, determinación de las sanciones.

— 1998 (Expte. 2838-D-98), Pichetto. Régimen de juicio por jurados (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). Competencia, función, requisitos, incompatibilidades, inhabilidades, padrón de jurados, viáticos, inhibición y recusación, debate, veredicto, recurso de casación.

— 1999 (Expte. 0202-S-1999), Romero Feris. Institución del juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 0085-S-97.)

— 1999 (Expte. 1159-D-1999), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 5219-D-97.)

— 2001 (Expte. 1234-D-2001), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 1159-D-99.)

— 2001 (Expte. 0394-S-2001), Romero Feris. Institución del juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 0202-S-99).

— 2003 (Expte. 1546-D-2003), Carrió, Carca, Garré. Régimen de juicio por jurado (reglamentación del artículo 24 y del inciso 13 del artículo 75 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 1234-D-01.)

— 2003 (Expte. 2314-S-2003), Yoma. Régimen de juicio por jurados, conforme lo dispuesto en los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional.

— 2003 (Expte. 3375-S-2003), Capitanich. Código penal sobre delitos no convencionales.

— 2004 (Expte. 1052-D-2004), Zamora, Brasi. Juicio por jurados a los crímenes de lesa humanidad de la triple A y de la dictadura, anulación y derogación de los decretos de indulto, apertura inmediata de oficio de todas las causas.

— 2004 (Expte. 1893-D-2004), Vanossi. Establecimiento del juicio por jurados para delitos contra el honor: ámbito de aplicación; elección, funciones, obligaciones y excusación de los miembros del jurado.

— 2004 (Expte. 2079-D-2004), Camaño. Régimen de juicio por jurados (reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional).

— 2004 (Expte. 2187-D-2004), Romero, Irrazábal, Daza, Córdoba, Mongelo, Esteban, Godoy, Llambí. Régimen de juicio por jurados, cumplimiento de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional.

— 2004 (Expte. 2418-D-2004), Ritondo. Régimen de juicio por jurados (reglamentación artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional).

— 2004 (Expte. 2901-D-2004), Damiani. Proceso penal.

— 2004 (Expte. 3399-D-2004), Ruckauf. Régimen de juicio por jurados (artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional).

— 2004 (Expte. Senado 0214-PE-2004, mensaje 0743/04), Kirchner, Fernández, Béliz. Régimen de juicio por jurados.

— 2004 (Expte. 3898-S-2004), Castillo. Juicio por jurados (reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La cuestión es doblemente grave si se considera que hasta la reforma de 1994 la obligación de regular recaía sobre el Congreso tanto para el ámbito nacional como para el de la Ciudad de Buenos Aires.[48]

Al evaluar los antecedentes más relevantes —incluyendo los presentados formalmente al Congreso y otros publicados que no tuvieron tratamiento legislativo—, Bianchi, Falcón, Lemon, Mooney, Gerome, Cavallero y Hendler[49] destacan a los siguientes.

— 2004 (Expte. 7507-D-2004), Polino, Bösch de Sartori, Walsh, González, Rivas, Di Pollina, Maffei, De Brasi, Monteagudo, Basteiro, Barbagelata, García, De Nuccio. Consulta popular sobre la implementación del sistema del juicio por jurados.

— 2005 (Expte. 0251-D-2005), Garré, Filomeno, Ferrigno. Régimen de juicios por jurados: establecimiento en todas las jurisdicciones penales del país. (Reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional.)

— 2005 (Expte. 5123-D-2005), Richter. Proyecto de declaración para expresar beneplácito por la realización del primer juicio por jurados, iniciado en la localidad de San Francisco, provincia de Córdoba.

— 2006 (Expte. 0407-D-2006), Romero. Régimen de juicio por jurados, cumplimiento de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional. (Reproducción del expediente 2187-D-04.)

— 2006 (Expte.1150-D-2006), Vanossi. Establecimiento del juicio por jurados para delitos contra el honor: ámbito de aplicación; elección, funciones, obligaciones y excusación de los miembros del jurado. (Reproducción del expediente 1893-D-04.)

— 2006 (Expte. 1228-D-2006), Camaño. Régimen de juicio por jurados; reglamentación del artículo 24, del inciso 12 del artículo 75, y del artículo 118 de la Constitución nacional (reproducción del expediente 2079-D-04).

— 2006 (Expte. 1403-D-2006), Ritondo. Régimen de juicio por jurados (reglamentación de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional). (Reproducción del expediente 2418-D-04.)

— 2006 (Expte. 4907-D-2006), Ruckauf. Régimen de juicio por jurados. (Reglamentación de los artículos 24; 75, inciso 12; y 118 de la Constitución nacional.)

[47] Entre ellos, merece destacarse el proyecto del procesalista Dr. Tomás Jofré, de 1919, presentado por él ante la legislatura de la provincia de Buenos Aires cuando fue legislador, y por el cual se establecía el juicio por jurados en materia criminal en tal provincia, el que no fue tratado por el cuerpo (*JA*, tomo III, sección Legislativa, p. 55), y el proyecto del Dr. Jorge Albarracín Godoy, de 1937, realizado con la colaboración de Eduardo Augusto García —propulsor importante de esta idea en el país— presentado ante la Cámara de Diputados de Mendoza, que refería a un proyecto de ley sobre el juicio por jurados en materia criminal. Actualmente se están realizando juicios por jurados en materia penal en la provincia de Córdoba.

[48] A este respecto puede mencionarse la presentación del proyecto del Dr. Juan Amadeo Oyuela, en 1930, a través del cual se proponía el juicio por jurados en lo criminal para la justicia ordinaria de la Capital Federal.

[49] Alberto B. Bianchi: *El juicio por jurados...*, o. cit., pp. 21-37; Enrique M. Falcón; «*El juicio por jurados*», en Revista de Derecho Procesal, n.º 1, Medidas cautelares, 1998, pp. 513-523; Alfredo E. Mooney: «El juicio por jurados...», o. cit., pp. 864-865; Alfredo Lemon y Alfredo Mooney: *Juicio por jurados*, o. cit., p. 44 ss.; Ricardo J. Cavallero y Raimundo S. Hendler: *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Buenos Aires, Universidad, 1988, p. 62; Eduardo Gerome: «La conveniencia del juicio por jurados», en *LL*, 1996-B, 1211.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

5.1. Proyecto Florentino González-Victorino de la Plaza (1873)

Este proyecto se gestó como consecuencia del aprobado por ambas Cámaras el 30 de setiembre de 1871,[50] que en su artículo 10 estableció:

> El Poder Ejecutivo nombrará una comisión de dos personas idóneas que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal, debiendo someterla a la consideración del Congreso en las primeras sesiones del próximo período legislativo.

El Poder Ejecutivo lo promulgó (ley 483), y en consecuencia designó a los doctores Victorino de la Plaza y Florentino González, quienes en 1873 comunicaron al ministro de Justicia la confección de dos proyectos con una importante exposición de motivos y basado en los antecedentes ingleses y norteamericanos: uno sobre organización y funcionamiento de jurados (de 47 artículos) y otro sobre procedimiento penal (de 786 artículos). Sin embargo, el Congreso de la Nación no los trató, debido a que se desató una intensa campaña periodística en su contra.

5.2. Proyecto del Dr. José Domínguez (1883)

Este proyecto, que constaba de 125 artículos, estaba previsto para ser aplicado en la Capital Federal, pero no tuvo tratamiento legislativo.

5.3. Proyecto de los Dres. Carlos Rodríguez Larreta, Rafael Herrera Vegas, Federico Ibarguren y Carlos Octavio Bunge (1894)

Al igual que el anterior, el proyecto se refería a la Capital Federal y era solo aplicable a los delitos de calumnia e injuria.[51]

5.4. Proyecto del Dr. Julián L. Aguirre (1910)

El penalista autor del proyecto lo publicó para que fuera tenido en cuenta, buscando la implantación del juicio por jurados en todo el país, pero no tuvo tratamiento legislativo.

5.5. Proyecto del Dr. Enrique Del Valle Iberlucea (1920-1932)

Este senador nacional presentó un proyecto de ley —que no fue tratado— que constaba de 86 artículos, por el cual se pretendía establecer el juicio por jurados para todo el país —aplicable tanto en el fuero federal como en el fuero común— y para las causas criminales y correccionales.

---

[50] *Diario de Sesiones del Senado*, 1871, p. 280.
[51] Se encuentra publicado en la *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, 1895, p. 397.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

En 1932, la bancada socialista de la Cámara de Diputados de la Nación presentó nuevamente el proyecto de Del Valle Iberlucea, con una nueva exposición de motivos.

5.6. Proyecto de Natalicio Carvajal Palacios (1953)

Si bien la Constitución de 1949 había borrado el juicio por jurados, el ministro de Justicia Carvajal Palacios igualmente preparó un proyecto que no tuvo tratamiento parlamentario.

5.7. Proyecto de los diputados nacionales Julio César Corzo y Carlos Alberto Romero (1988)

En marzo de 1988 fue presentado a la Cámara de Diputados de la Nación este proyecto, que propiciaba la creación de una comisión de tres abogados y tres legisladores (dos diputados y un senador) para la redacción de un anteproyecto de reforma al Código de Procedimientos en lo Criminal que contemplara el juicio por jurados partiendo del modelo anglosajón.

5.8. Proyecto Maier-Binder (1988)

En mayo de 1988, el Poder Ejecutivo ingresó un proyecto en la Cámara de Diputados, elaborado por los doctores Julio Maier y Alberto Binder por encargo de la Secretaría de Justicia y el Consejo para la Consolidación de la Democracia,[52] por el cual se reformaba el Código Procesal Penal de la Nación, introduciendo el sistema de enjuiciamiento oral y público, y modificando la organización de la justicia penal y el Ministerio Público.

La exposición de motivos que acompaña al proyecto hace hincapié en el carácter integral de la reforma y en el demorado cumplimiento de las cláusulas constitucionales referidas al jurado;[53] apunta a la transparencia y a la democratización; opta

---

[52] Este texto puede encontrarse en la *Revista de Doctrina Penal,* año 11, 1988, n.º 42, pp. 340-383.

[53] «[…] Se pretende pasar de un procedimiento y de una organización judicial, que hunde sus raíces en una concepción política autoritaria —el derecho penal colonial era fruto de la Inquisición española— a un sistema de enjuiciamiento propio de una república democrática y a la organización judicial correspondiente».

«[…] El estado actual de las estructuras judiciales en materia penal, caracterizado por su apego a las formas burocráticas de proceder, propias de la Inquisición, no responde, ni política ni prácticamente, a los principios que gobiernan la administración de justicia penal de una república democrática. La simbiosis que existe entre procedimiento y organización judicial torna ilusorio pretender la conversión a un procedimiento penal republicano de estructuras pensadas y formadas para llevar a cabo un procedimiento autoritario e inquisitivo. La experiencia demuestra que cuando varió el sistema procesal, sin

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

por el modelo escabinado inspirado en el sistema alemán, con tribunales de cinco o tres miembros según se trate de causas criminales o correccionales distinguidas según la mayor o menor gravedad de los delitos a entender, integrándose con dos legos (ciudadanos entre 20 y 75 años en pleno ejercicio de sus derechos políticos, sorteados del padrón electoral) en el tribunal criminal y uno en el de competencia correccional, según tengan cinco o tres integrantes cada uno respectivamente, y con conjueces (abogados de la matrícula sorteados del padrón del Colegio de Abogados). Así, cuando el jurado es de cinco miembros, se integra con dos jueces profesionales, un conjuez letrado y dos jurados; y cuando es de tres, con un juez profesional, un conjuez letrado y un jurado. Se contempla la posibilidad de impartir *instrucciones de carácter general* a los integrantes del jurado por un «*secretario del Tribunal*, en el momento de tomarse el juramento, y se prevén cursos de capacitación para ir *perfeccionando el funcionamiento* del instituto en el futuro.

5.9. Proyecto del diputado Vanossi (1986)

El proyecto modificaba el Código Procesal Penal de la Nación, introduciendo el juicio por jurados para los delitos contra el honor, el cual procedería luego de resueltas ciertas cuestiones preliminares. El número de jurados era de 14 titulares y 4 suplentes, obtenidos de listados elaborados por la Corte Suprema de entre personas de 30 y 65 años, quienes debían reunir ciertos requisitos mínimos y para quienes la designación constituía una carga. Los jurados resolvían sobre los hechos y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. El juez podía interrogar a los jurados sobre agravantes o atenuantes. El veredicto debía ser adoptado por unanimidad y si había varios cargos, el voto debía ser separado por cada uno de ellos, siendo la resolución inapelable.

5.10. Proyecto del diputado Antonio M. Hernández (1992-1994)

El proyecto se organizó con base en el Código Procesal Penal de la Nación, estableciendo el juicio por jurados para todos los delitos. Los jurados, nueve para las causas criminales y seis para las correccionales, eran ciudadanos de entre 21 y 70 años sorteados del padrón electoral, resarcidos por el Estado por su labor. Se admitía su recusación, pero la excusación solo podía atenderse por motivos legítimos. Toda la prueba se produciría en una audiencia, sin que pudiera hacerse valer la de la instrucción salvo imposibilidad de hecho para su reproducción; para determinar la

---

un cambio equivalente en la organización judicial, las viejas prácticas, enquistadas en la rutina de las estructuras burocráticas, terminaron por decolorar el cambio pretendido, impidiendo el desarrollo total de los principios que lo inspiraron. Este cambio cualitativo no se puede expresar con unos pocos principios, sino a través de la reforma intentada […]». (Cf. Exposición de motivos, pp. 340-341.)

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

culpabilidad se requerían dos tercios de los votos, y para la inocencia, simple mayoría sobre la totalidad de los miembros. La resolución era inapelable y, si se determinara culpabilidad, se preveía un debate posterior donde se discutía la pena, las medidas de seguridad, etcétera.

5.11. Proyecto Hendler (1994)

Se trataba de un proyecto sustancialmente similar al del senador Alasino, pero la opción del jurado era voluntaria para el procesado, y habiendo varios en desacuerdo, debían hacerse dos procesos, y se aplicaba para los delitos que tuvieran un máximo previsto de más de diez años. Por otro lado, difería en que existía una posibilidad más amplia de recusación. El veredicto se debía dictar por unanimidad si la condena fuese mayor de quince años y por mayoría de dos tercios si fuera menor. Si no se lograban las mayorías necesarias, se anulaba el proceso y debía realizarse otro.

5.12. Proyecto del senador Alasino (1995-1997)

El proyecto era similar al anterior, pero actualizado luego de la reforma del Código Procesal Penal de la Nación. Difería principalmente en el número de jurados, que eran doce, seleccionados en una audiencia especial con participación de las partes —que podían recusarlos— de entre los veinte sorteados. Al jurado se le expedían instrucciones preliminares, que podían ser distintas si había diferentes cargos. Se daban otras instrucciones una vez terminada la audiencia, y al veredicto sobre los hechos y la culpabilidad se arribaba por mayoría simple, en votación por sí o por no.

5.13. Proyecto del diputado Maqueda (1997)

El proyecto se incorporaba en un proyecto de ley de ética pública, e instauraba los jurados para delitos cometidos por funcionarios públicos en su cargo. Los jurados tenían entre 30 y 65 años, eran recusables y era admisible la excusación fundada, pues era una carga pública. Los jurados eran doce, el veredicto se daba sobre los hechos, con lo cual se decidía sobre culpabilidad o inocencia, incluyendo agravantes y atenuantes. El veredicto requería de dos tercios para determinar la culpabilidad, y para la inocencia bastaba con la simple mayoría sobre la totalidad de los miembros. Los jurados podían pedir la reapertura del debate y en caso de empate se aplicaba la regla *in dubio pro reo*.

5.14. Proyecto Levene (1998)

A comienzos de 1998, el Ministerio de Justicia envió al Poder Ejecutivo un proyecto de ley sobre juicio por jurados que estaba previsto solo para ciertos delitos (los

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

reprimidos por los artículos 79; 80; 124; 142 *bis* último párrafo; 144 tercero, inciso 2.º; 144 cuarto; 165; 186, inciso 5.º; 190, tercer párrafo, si se ocasionare la muerte; 191, inciso 4.º; 200, último párrafo; 214; 215; 216; 218; 226: 227 227 *bis* y 227 *ter*) y con carácter opcional para el acusado. Además establecía que los miembros del jurado se escogerían por sorteo del padrón electoral, con posibilidad de recusación; el debate era dirigido por un juez permanente y letrado; toda la prueba se produciría en una audiencia, sin que pudiera hacerse valer la de la instrucción salvo imposibilidad de hecho para su reproducción; la deliberación de los jurados, sobre los interrogantes que debían responder (si los hechos configuraban delitos y si el acusado era culpable o inocente) se hacía en sesión secreta; para determinar la culpabilidad eran necesarios dos tercios de los votos, y para la inocencia, simple mayoría sobre la totalidad de los miembros; se establecía el deber de secreto sobre los miembros del jurado sobre la opinión y votación, y se preveían sanciones para los supuestos de influencia, presión o inducción sobre los jurados; se admitía división del debate en veredicto sobre culpabilidad y eventualmente sobre la determinación de la pena, y se preveía el recurso de casación contra la sentencia del jurado en tres supuestos concretos.

5.15. Proyectos posteriores (1998-2006)

Conforme surge de la información volcada *supra*,[54] *después de 1998 han sido presentados alrededor de treinta proyectos. Por cuestiones de espacio editorial omitimos analizarlos, sin que afecte el sentido de este trabajo, pues en ellos básicamente se reprodujeron, con algunas diferencias no sustanciales, los criterios volcados en los aquí evaluados.*

6. Conclusiones

El juicio por jurados es una institución con raigambre constitucional de antigua data, respecto de la cual puede predicarse muchos argumentos a favor y que sin duda alguna tiene el alto valor de permitir al pueblo participar activamente en las decisiones judiciales, especialmente en aquellas de índole penal, donde se encuentran en juego bienes tan preciados como la libertad y la integridad (física y moral) de las personas sometidas a proceso penal.

La recepción constitucional del instituto en la Argentina ha sido abundante —tanto en el plano federal como en los locales—, pero su efectivización hasta el momento ha quedado limitada a unos pocos estados federados.

---

[54] Véase el listado en nota 46, del cual surge la presentación de casi una treintena de proyectos al respecto.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Nuestra Constitución nacional establece un deber de instaurarlos en materia penal, y para toda la República, pero el largo tiempo transcurrido desde 1853 hasta la fecha sin que ello ocurriera permite a cierta parte de la doctrina sostener que tal obligación ha caducado. Y aun cuando esto fuera así —afirmación que no compartimos—, ello no implica que ahora sea inconstitucional su implantación. En todo caso podría sostenerse que quedó suprimida la obligación para el Congreso de incorporar a los jurados a la legislación procesal penal, pero no su facultad de hacerlo. Y de hecho, el —aunque escaso y espasmódico— ejercicio de las iniciativas legislativas de senadores, diputados, y hasta del Poder Ejecutivo, demuestra que es una materia pendiente. Tal vez de la mano de la oralidad —que gradualmente se va implementando en el plano federal y en el de los estados federados— llegará el día que los jurados tengan plena vigencia en toda la República.

En la democracia del cacerolazo y de los piquetes, el juicio por jurados se presenta, además, como una opción más que interesante para introducir cambios en la justicia mucho más que estéticos y promover mecanismos que, si bien ya existían en la más pura democracia representativa, aparecen como una alternativa mucho más que válida en el nuevo paradigma de la democracia participativa de la que es tributaria nuestra Constitución desde su última reforma.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Eduardo R. Graña*

El diseño del Poder Judicial

1. En 1853, la Nación Argentina decidió afrontar por tercera vez un desafío de singular trascendencia, luego de los frustrados intentos de 1819 y de 1826: sancionar una Constitución.

Aquel momento histórico significó la reinserción de la Argentina en el proceso constitucional, al que Sagüés caracteriza como el proyecto político-jurídico cuya meta es la de establecer en cada Estado un documento normativo —la Constitución— con determinadas características formales (un texto preferentemente escrito, orgánico, con supremacía sobre las demás reglas del derecho) y de contenido (en cuanto organiza la estructura fundamental del Estado, define sus fines y enuncia los derechos de sus habitantes).[1]

Aunque el momento inicial de este movimiento se identifica tradicionalmente con las revoluciones norteamericana de 1776 y francesa de 1789, Bidart Campos señala que en la República Argentina no se registró un simple *epifenómeno* de aquellos acontecimientos, sino solamente que, cuando se produjo la organización

---

* Abogado (Universidad de Buenos Aires). Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Director académico de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor titular de la Maestría en Magistratura de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Teoría del Estado, y de Derecho Constitucional (Universidad de Belgrano), y de Historia de las Instituciones Políticas (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales).

[1] Néstor P. Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 1.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

constitucional de 1853, esta organización se moldeó en la tipología del constitucionalismo contemporáneo.

> Quiere decir que, encarrilado el proceso político por el cauce propio de nuestro medio, y supuesto el ingreso de muchísimos contenidos a través de las fuentes que, en sentido lato, hemos de llamar históricas, la Constitución toma el perfil del constitucionalismo clásico. Nada de esto implica desconocer que la Constitución de 1853 participa parcialmente de la tipología tradicional-historicista, anidándola en una codificación que envuelve a la Constitución en la apariencia del tipo racional-normativo.[2]

La reinserción de nuestro país en el proceso del constitucionalismo no se dio, entonces, en el marco de una ciega confianza en el poder de la razón humana para someter la realidad a los principios, que impulsó sus primeros pasos a fines del siglo anterior en Estados Unidos y Francia, sino en el contexto del prudente respeto por un determinado diseño en la organización del poder que los pactos celebrados en aquellos años revueltos había demostrado inmodificables. De todos modos, debería esperar hasta 1860 para alcanzar plenamente sus objetivos.

Así, por ejemplo, la forma de Estado sería inequívocamente federal y su modelo, el único disponible: la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.[3]

2. El constitucionalismo —como régimen opuesto de la autocracia— se basa en la distribución del poder que existe cuando varios órganos independientes participan de la formación de la voluntad estatal. Ello implica que las funciones que les han sido asignadas a cada uno de ellos están sometidas al control de los restantes: el ejercicio del poder, como está distribuido, está necesariamente controlado.

Para Löwenstein, el único tipo de gobierno del constitucionalismo es la democracia constitucional, cuyas variantes actuales más comunes son el parlamentarismo y el presidencialismo.

Ambos tipos difieren —dicho esto muy sucintamente— en que el sistema presidencialista supone una división de poderes rígida porque, al ser sus titulares independientes, permanecen separados aunque están obligados por la Constitución a cooperar en la formación de la voluntad estatal. Esta conformación política implica, además, un papel de liderazgo para el Ejecutivo, que da sentido a su denominación común.[4]

Los sistemas parlamentarios, por el contrario, deben su nombre a un principio fundador distinto, es decir, al concepto de que —de alguna manera— en el Parlamento *se encarna* la soberanía; y, por lo tanto, no permiten tal separación del

---

[2] Germán J. Bidart Campos: *Historia política y constitucional argentina*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1976, p. 283.

[3] Entre 1776 y 1883, por lo demás, se desarrolló un período de intensa creación constitucional en ese país en cuyo marco la mayoría de las antiguas colonias sancionó nuevas Constituciones (Delaware, Georgia, Maryland, Massachussetts, New Hampshire, Nueva Jersey, Nueva York, Carolina del Norte, Pennsylvania, Carolina del Sur y Virginia), excepto dos: Rhode Island conservó su antigua carta de 1663 hasta 1842, y Connecticut la de 1662 hasta 1818.

[4] Las restantes son la democracia directa, el gobierno de asamblea, el gobierno de gabinete y el gobierno directorial. Karl Löwenstein: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pp. 91 ss.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

poder entre el Gobierno y el Parlamento. Su característica primordial es, entonces, que el Poder Ejecutivo-Legislativo se comparte.[5]

Nuestros convencionales de 1853 adoptaron el modelo del presidencialismo estadounidense y mantuvieron inalteradas ciertas características de su —por entonces— novedoso diseño institucional[6] sobre las que se centrarán las siguientes reflexiones.

3. En primer lugar, como ha señalado García Pelayo, hay una clara división entre el poder constituyente y los poderes constituidos.[7]

En este aspecto, los estadounidenses se apartaron de su tradición inglesa y de su estructura constitucional flexible[8] y, como lógica consecuencia, la Constitución elaborada debería ser rígida y establecer mecanismos destinados a garantizar su supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Como dice Quiroga Lavié, si no hay control de constitucionalidad de las disposiciones legales de jerarquía inferior,

> la supremacía es un simple enunciado y la Constitución dejaría de ser rígida, pues podría ser modificada por los poderes ordinarios del Estado al dictar normas o actos que se opusieran a lo prescrito por el vértice del ordenamiento jurídico. De esta forma, el control hace a la noción misma de Constitución rígida y suprema.[9]

El *corolario* del principio de supremacía derivó, en el diseño estadounidense de fines del siglo XVIII, en la necesidad de establecer una institución adicional indispensable para el funcionamiento del sistema: la decisión se inclinó por el emplazamiento de los tribunales como un verdadero poder del Estado.

4. Sin embargo, esta elección no estuvo exenta de cuestionamientos; en primer lugar, porque esa no era su tradición. Muchos preferían mantener ese control en cabeza de los propios parlamentarios o de un sector especial de ellos, como ocurría en Inglaterra.[10] Pero también se argumentaba —en contra de la propuesta— que el derecho de los tribunales a declarar inaplicables actos del Congreso, aunque solo

---

[5] Giovanni Sartori: *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 116.

[6] Aunque no lo hicieran *a libro cerrado*. En este sentido, son conocidas las diecisiete diferencias de origen entre ambas Constituciones que señala Carlos Sánchez Viamonte, en *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1956, p. 80.

[7] Manuel García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1951, p. 308.

[8] Señala Vanossi, sin embargo, que la prudencia demostrada por los operadores británicos se concreta en una serie de recaudos que tradicionalmente se adoptan en cada oportunidad en la que se pretenden introducir reformas y, aunque no hay rigidez jurídica, sí la hay política. Jorge R. A. Vanossi: «Introducción a los sistemas de control de la constitucionalidad», en *La Ley*, tomo 1980-A, Buenos Aires, p. 974.

[9] Humberto Quiroga Lavié, Miguel A. Benedetti y María N. Cenicacelaya: *Derecho constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 551.

[10] Recién en nuestros días el Reino Unido ha previsto la futura existencia de una Suprema Corte de Justicia en reemplazo de los *Lord Justices* de su Cámara alta.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

cuando contrariaran la Constitución, implicaba conceder una suerte de superioridad jerárquica al Poder Judicial sobre el Legislativo.

Hamilton respondía que la superioridad jerárquica se daba, en realidad, entre el poder constituyente y los poderes constituidos y que al Poder Judicial sólo se le asignaba una función meramente interpretativa.

> No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que estos no permiten, sino incluso lo que prohíben.
>
> Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser esta la presunción natural en los casos en que no se desprenda de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad.
>
> La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.
>
> Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Solo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.[11]

En este sentido, la opción por una magistratura independiente implicaba para sus propulsores la necesidad de que el Poder Judicial sirviera de protección permanente de la Constitución y de los derechos individuales

> contra los efectos que determinados malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo y que, aunque pronto ceden el campo a mejores informes y a reflexiones más circunspectas, tienen tendencia —entretanto— a ocasionar peligrosas innovaciones en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario de la comunidad.[12]

---

[11] Alexander Hamilton, en Alexander Hamilton, James Madison y John Jay: *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 332.

[12] Ibídem, p. 333.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

5. La Argentina adoptó la alternativa norteamericana de la revisión judicial, es decir, el control de constitucionalidad por un Poder Judicial independiente, y, al igual que su modelo, lo hizo en forma implícita.[13] Así, en su segunda parte, nuestra Constitución establece expresamente como autoridades de la Nación tres poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.[14]

Las actas de la Convención Constituyente de 1853 no son demasiado elocuentes sobre los fundamentos de ambas elecciones. Tampoco nos ilustran sobre las razones por las que no se incluyó una prescripción expresa sobre el control de constitucionalidad consecuente con el principio de supremacía, a la luz de la construcción jurisprudencial elaborada por la Suprema Corte de Justicia norteamericana a partir del fallo *Marbury vs. Madison*, de cincuenta años antes. Muestran, por el contrario, que el capítulo del Poder Judicial de la Nación (antiguos artículos 91 a 100) fue aprobado rápidamente en la sesión del 30 de abril de 1853 y algo similar ocurrió con los artículos 30 y 31, en la del anterior día 24.[15]

Por ello, en lo que se refiere a las atribuciones del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia sostuvo —ya en sus comienzos— que la justicia federal argentina no tiene precedentes en la legislación española, sino que es una imitación de la de los Estados Unidos.[16]

En reafirmación de su función en el diseño institucional, ha dicho también que los tribunales son los órganos del Estado a los que les corresponde la función de velar por el mantenimiento del doble principio de separación de poderes, preservando la distribución constitucional de atribuciones entre la Nación y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, por una parte; y, dentro de cada una de ellas, entre sus respectivos Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Esta interpretación es concordante, en este sentido, con que la esencia del sistema de gobierno en la Argentina es la limitación de los poderes de los distintos órganos. Ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que aquellas que le han sido acordadas por la Constitución; y así, la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe ha sido consagrada solo

---

[13] Solo a partir de 1994, la instauración del mecanismo de control de constitucionalidad se volvió explícita con la inclusión del nuevo artículo 43.

[14] Su reforma en 1994 incorporó otros órganos característicos por sus competencias específicas, que funcionan en la órbita de aquellos tres poderes: la Auditoría General de la Nación (artículo 85) y el Defensor del Pueblo (artículo 86), en la del Poder Legislativo; el Jefe de Gabinete de Ministros (artículo 100), en la del Poder Ejecutivo; y el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115), en la del Poder Judicial. Reguló, asimismo, en una sección independiente al Ministerio Público (artículo 120).

[15] Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires: *La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Buenos Aires, 1943, pp. 207-209.

[16] *Fallos*, 2: 36, entre otros.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

en beneficio de los particulares y no de los poderes públicos, quienes —para actuar legítimamente— requieren de una norma de habilitación.[17]

La eficacia y uniformidad de tal control requiere también de la existencia de un tribunal encargado de revisar finalmente las decisiones que se dictan al respecto; que, en el régimen político argentino, es la Corte Suprema de Justicia.[18] Esta ha decidido que, planteada una causa, no hay poder por encima de ella para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones entre estos entre sí, y con las provincias.[19]

En el ejercicio de sus facultades, ha afirmado —finalmente— que el Poder Judicial argentino es tan independiente como el Congreso y el Poder Ejecutivo en el desempeño de las que les son propias.[20]

6. Sin embargo, los constituyentes estadounidenses no introdujeron innovaciones de entidad semejante en las facultades del Congreso, que diagramaron esencialmente sobre la base de los aportes del parlamentarismo inglés. Concordantemente, las críticas que recibía el apartamiento de la tradición consuetudinaria británica en materia judicial fueron replicadas señalando que tales innovaciones no tendrían la trascendencia que se les atribuía.

Señalaba, en tal sentido, Hamilton que:

> Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el Judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El Legislativo no solo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El Judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.[21]

Como se ha dicho, el texto aprobado por los estadounidenses instrumentó —y no solo en esta materia— una solución de compromiso.[22]

La adopción de tal modelo por la República Argentina en 1853 importó, en consecuencia, que el Poder Judicial se encuentre condicionado en el ejercicio de sus

---

[17] *Fallos*, 318: 1967, entre otros.
[18] *Fallos*, 311: 2478, entre otros.
[19] *Fallos*, 318: 1967, entre otros.
[20] *Fallos*, 313: 863, entre otros.
[21] Alexander Hamilton, en *El federalista*, o. cit., pp. 330-331.
[22] Aunque este compromiso —que, como señala García Pelayo, era coyuntural— dio origen, sin embargo, a la Constitución más antigua que se encuentra vigente en la actualidad. Manuel García Pelayo: *Derecho constitucional comparado*, o. cit., p. 311.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

atribuciones constitucionales por decisiones previas de los dos restantes en cuestiones tan centrales como su estructura y sus recursos.

En efecto, la facultad de adoptar tales decisiones está atribuida por la Constitución, sustancialmente, al Poder Legislativo (artículos 53; 59; 75, incisos 12 y 32; 108; 114 y 115); aunque no debe obviarse la función iniciativa y colegisladora del Ejecutivo (artículos 77 y 78), ni la circunstancia de que, para las designaciones de magistrados, el impulso corresponde al presidente de la República, con acuerdo del Senado (artículo 99, inciso 4.°).

7. La Constitución menciona únicamente tres órganos del Poder Judicial. En lo que respecta a la función jurisdiccional, dispone solo que es ejercida por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que el Congreso establece en el territorio de la República (artículo 108). Crea en su órbita, asimismo, otras dos instituciones con funciones específicas de otra naturaleza, el Consejo de la Magistratura (artículo 114) y el Jurado de Enjuiciamiento (artículo 115).

Sin embargo, aunque fija sus respectivas atribuciones (artículos 114 a 117), no contempla la composición de ninguno de los tres órganos, por lo que la existencia misma del Poder Judicial queda diferida a acciones legislativas complementarias.

Esta técnica constitucional —que, a propósito de las dos últimas instituciones introducidas por la reforma de 1994, ha sido definida como de *textura abierta* y merecido distintas críticas—[23] se remonta, en realidad, al texto constitucional de 1860.

En efecto, el artículo 91 de 1853 disponía, por el contrario, que la Corte Suprema de Justicia estaría compuesta por nueve jueces y dos fiscales. Probablemente, el número de integrantes entonces fijado era, como se ha escrito, una exageración para los tiempos que corrían, a la luz de las dificultades sufridas para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Confederación, y se imponía una solución más prudente y modesta, que permitiera una posterior adecuación a las circunstancias, sin necesidad de producir una nueva reforma constitucional.[24]

---

[23] Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 215. En este sentido, se ha sugerido que la subsistencia de la redacción original del artículo 30 de la Constitución resultaría incompatible con esta facultad atribuida al órgano legislativo ordinario (Daniel A. Sabsay y José M. Onaindia: *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, Errepar, 1994, p. 113) o, en todo caso, que existirían dos mecanismos para su reforma: al del artículo citado se añadiría el que debe seguir el Congreso para *cerrar* las normas constitucionales abiertas, mediante leyes cuya sanción necesita un quórum agravado (Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental...*, o. cit., loc. cit.).

[24] Julio C. Oyhanarte: «Historia del Poder Judicial de la Nación», en *Todo es Historia*, n.° 61, Buenos Aires, 1972, p. 5. A partir de 1854, el presidente Justo J. de Urquiza había dictado múltiples decretos para cubrir los cargos que fijaba la norma constitucional original, pero la mayoría de los designados nunca llegó a hacerse cargo de sus funciones por diversas causas. El tribunal nunca se constituyó y fue formalmente disuelto por un decreto de 1860 del presidente Santiago Derqui.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

La reforma de 1860 reemplazó aquella norma por la que rige actualmente (antiguo artículo 94), eliminando toda referencia a su integración, como ocurría en el modelo estadounidense (artículo III, sección 1); y, a partir de entonces, el número de sus miembros fue fijado por ley del Congreso, pese a que esta no fuera la tradición argentina en la materia.[25] Como consecuencia de esta reforma se dictó dos años después una ley que decidió que la compondrían solo cinco ministros y un fiscal.[26]

En consecuencia, el Poder Judicial fue la última de las autoridades de la Nación en constituirse, cuando el 15 de enero de 1863 cuatro de los designados como jueces de la Corte Suprema de Justicia y el procurador general prestaron juramento ante el presidente Bartolomé Mitre.[27]

Con relación al diferimiento a una posterior decisión legislativa de la integración del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, se sostuvo análogamente en 1994 que —por tratarse de instituciones nuevas para la tradición argentina— establecerla en la Constitución podría haberla congelado *in æternum*, y era preferible dejar que la cuestión tuviera una suerte de *ajuste* por la propia experiencia de su funcionamiento institucional.[28]

El proceso que inicialmente condujo a concluir el diseño de la nueva institución se dilató por un lapso mucho mayor que el que, en su momento, aparecía como suficiente para ese objeto.[29] La ley especial dictada por el Congreso a fines de 1997 sufrió, por lo demás, una profunda reforma nueve años después.[30]

---

[25] Las efímeras Constituciones de 1819 y 1826 establecían en siete (artículo XCII) y nueve (artículo 111), respectivamente, el número de jueces de lo que denominaban Alta Corte de Justicia, en ambos casos, con dos fiscales.

[26] Artículo 6, ley 27. El número establecido en 1862 no fue alterado por las sucesivas leyes de organización de la justicia nacional hasta 1960, cuando se lo elevó a siete (ley 15271), para luego volver a cinco en 1966 (ley 16895). Finalmente, en 1990, fue fijado en su cantidad actual de nueve (ley 23774). Reformó, además, el texto anterior del decreto ley 1285/58, indicando que el procurador general de la Nación y los procuradores fiscales actúan ante la Corte Suprema de Justicia y no la componen.

[27] *Centenario del Poder Judicial de la Nación*, Buenos Aires, Kraft, 1963, p. 3.

[28] Intervención del convencional Sr. Ortiz Pellegrini. Convención Nacional Constituyente, Comisión de Coincidencias Básicas, sesión del 11 de julio de 1994, versión taquigráfica, p. 14.

[29] En este sentido, como pauta indicativa que la Convención dispuso, por ejemplo, la caducidad del antiguo mecanismo constitucional de designación de los jueces de instancia anterior a la Corte Suprema de Justicia para una vez transcurridos trescientos sesenta días de entrar en vigencia la reforma (disposición transitoria 13.ª).

[30] La ley 24937 (modificada por la 24939) dispuso que el Consejo de la Magistratura estuviera integrado por veinte miembros titulares: a) el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; b) cuatro jueces del Poder Judicial de la Nación, de todas las instancias; c) ocho legisladores, cuatro senadores y cuatro diputados; d) cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal; e) un representante del Poder Ejecutivo; y f) dos representantes del ámbito científico y académico: un profesor titular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales, y una persona de reconocida trayectoria y prestigio, que haya sido acreedora de menciones especiales en dichos campos. La ley 26080, por su parte, estableció que, a partir del 16 de noviembre de 2006 esté compuesto por trece miembros: a) tres jueces del Poder Judicial de la Nación; b) seis legisladores, tres senadores y tres diputados; c)

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

8. Es también atribución del Congreso el establecimiento de tribunales de instancia anterior a la Corte Suprema de Justicia en todo el territorio de la República.

El primer antecedente en la materia se remonta a la época en que la provincia de Buenos Aires mantenía una existencia apartada de las que, por entonces, integraban la Confederación Argentina. Por la ley 182 de 1858, esta intentó organizarlo creando cinco distritos o circunscripciones judiciales; cada uno con una corte o tribunal federal de distrito, compuesta por tres jueces y un fiscal,[31] y juzgados federales de sección en el territorio federalizado[32] y demás que se establecieran en las provincias, en las que habría uno o más juzgados.

Sin embargo, las bases de la estructura actual del Poder Judicial de la Nación corresponden a una etapa posterior. El Congreso dictó en 1862, ya unificada la República en sus límites actuales, una nueva Ley de Organización de la Justicia Nacional, integrándola con una Corte Suprema de Justicia y juzgados inferiores de sección (los juzgados de primera instancia), uno o más por cada provincia, según fuere necesario a juicio del Poder Ejecutivo (la ya citada ley 27). Por sendas normas de 1863, estableció también la competencia y el procedimiento ante los tribunales nacionales (las leyes 48 y 50).[33]

A partir de este diseño inicial, la estructura del Poder Judicial no ha evolucionado siguiendo una planificación cuyo direccionamiento pueda identificarse.

---

dos representantes de los abogados de la matrícula federal, designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula; d) un representante del Poder Ejecutivo; y e) un representante del ámbito académico y científico que deberá ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio. El Jurado de Enjuiciamiento, de acuerdo con la ley 24937, quedó integrado por: a) tres jueces, un ministro de la Corte Suprema de Justicia y dos vocales de Cámara; b) tres legisladores, dos senadores y un diputado; y c) tres abogados de la matrícula federal. La ley 26080, a su vez, previó que sus miembros, a partir del 1.° de marzo de 2007, serán: a) dos jueces, uno vocal de Cámara; b) cuatro legisladores, dos senadores y dos diputados; y c) un abogado de la matrícula federal.

31 Eran: Este (Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe, sede en Paraná), Centro (Córdoba, La Rioja, Catamarca y Santiago del Estero, sede en Córdoba), Oeste (Mendoza, San Luis y San Juan, sede en Mendoza), Norte (Tucumán, Salta y Jujuy, sede en Salta), y Sur (Buenos Aires, sede en Buenos Aires).

32 Por una ley de la Confederación, del 13 de diciembre de 1853, se designaba como capital provisoria a la ciudad donde fijara su residencia el gobierno federal. Por un decreto del Poder Ejecutivo, del 24 de marzo de 1854, se federalizó todo el territorio de la provincia de Entre Ríos.

33 Los tribunales de segunda instancia no se establecieron en el Poder Judicial hasta 1886, cuando se crearon dos cámaras de apelaciones en la Capital Federal (ley 1893), y hasta 1902 en el interior del país, al disponerse la constitución de cuatro cámaras federales de apelaciones con asiento en Buenos Aires, La Plata, Paraná y Córdoba, respectivamente (ley 4055). Los restantes tipos de órganos judiciales en hacer su aparición son la Cámara Nacional Electoral (ley 19108, de 1971), la Cámara Federal de la Seguridad Social (ley 23473, de 1986), y la Cámara Nacional de Casación Penal y los Tribunales Orales en lo Criminal (ley 24050, de 1991). No existen en la actualidad en el Poder Judicial de la Nación tribunales de grado inferior al de juzgado de primera instancia, aunque sí están presentes en múltiples organizaciones provinciales de justicia.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

En efecto, a través del tiempo se han ido sancionando múltiples normas que crean tribunales de diversos grados, competencias y composiciones. Estas normas han asumido características diferentes. Algunas, como las antes recordadas, han asumido un carácter orgánico, de naturaleza programática, aprobando un plan general de la estructura judicial para el futuro inmediato. Otras han sido integradoras, incluyendo en un ordenamiento único a los distintos órganos que se habían ido estableciendo por las sucesivas leyes hasta el momento de su sanción. Las normas de ambas clases se originan, en general, en proyectos del Poder Ejecutivo. Una última categoría está compuesta, finalmente, por un sinnúmero de otras leyes aisladas que crean tribunales específicos y que, habitualmente, son sancionadas a propuesta de legisladores.

En cualquier caso, no existe en la actualidad ninguna ley de organización de la justicia nacional que contenga todas las normas que a ella se refieren. El decreto ley 1285/58, confirmado por la ley 16640, que es conocido con ese nombre, por ejemplo, menciona únicamente los distintos fueros y tipos de órganos que tienen su asiento en la Ciudad de Buenos Aires, y sus respectivos ámbitos y relaciones de competencia, pero no su número; y aporta solo una referencia genérica con relación a las características de los que se encuentran radicados fuera de la Capital Federal. Por ello, el conocimiento real de la estructura del Poder Judicial requiere que sus disposiciones sean complementadas con una cantidad sustancial de otras leyes, en particular, las que crean concretamente a la totalidad de los tribunales que lo integran.

La organización del Poder Judicial sugiere la presencia, originalmente, de dos criterios diferentes según que los tribunales que lo integran tengan su asiento en la Capital Federal o en las provincias. En Buenos Aires, la distribución de competencias entre los distintos órganos está planteada, en principio, en razón de la materia sobre un territorio común, el ámbito de la ciudad,[34] por lo que cuentan con un mayor grado de especialización. En el interior del país, por el contrario, los tribunales federales conocían tradicionalmente en todo tipo de asuntos de tal naturaleza, y lo común resultaba ser entonces la materia; asignándose la competencia en razón del territorio sobre el que cada órgano judicial estaba autorizado para ejercer su jurisdicción, mediante una distribución que, en general, era solamente geográfica.

En épocas más recientes, se han creado ciertos tribunales de primera instancia con sede en las provincias que cuentan con competencia diferenciada —al deslindar, al menos, la criminal y correccional de las restantes—,[35] aunque la tendencia no ha sido seguida uniformemente ya que otros nuevos entenderán en cuestiones de toda índole;[36] pero las cámaras federales han mantenido, sin excepción, una competencia múltiple, con excepción de ciertas materias atribuidas a la Cámara Nacional

[34] La Justicia Nacional en lo Penal Económico lo excede.

[35] Por ejemplo, los juzgados n.° 2 de Azul (ley 26065), de Paraná y de Concepción del Uruguay (ley 26068).

[36] Los juzgados de Victoria (ley 25862), de Villa María (ley 25970), de San Francisco (ley 25971) y de Rafaela (ley 26131).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Electoral, a la Cámara Federal de la Seguridad Social y a la Cámara Nacional de Casación Penal, todas con sede en la Ciudad de Buenos Aires.

Asociarla con la división política argentina, como en sus orígenes, no conduce a ningún resultado práctico, si se exceptúa del razonamiento el hecho de que existe, como mínimo, un juzgado de primera instancia y un tribunal oral en lo criminal federales en cada provincia. En algunos casos no ha prevalecido esa concepción, sino que se ha privilegiado un criterio geográfico y de facilidad en las comunicaciones; y así la competencia de los juzgados de primera instancia con sede en una provincia incluye partes del territorio de otras.[37]

En este sentido, por existir solo quince cámaras federales de apelaciones,[38] algunas tienen asignada competencia de revisión de las resoluciones de juzgados de primera instancia ubicados en más de una provincia. Pero, sin embargo, no siempre son los tribunales de alzada de todos los tribunales de anterior instancia de su misma provincia.[39]

9. Los procedimientos que aplican los tribunales también los fija el Congreso. De acuerdo con la Constitución, corresponde también al Poder Legislativo no solo dictar la legislación de fondo que regirá en toda la República (artículo 75, inciso 12), sino también las normas de procedimiento que aplicarán los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación (artículo 75, inciso 32).

Los distintos pasos que deben seguirse en la tramitación de los diversos tipos de juicios están establecidos, pues, por leyes del Congreso, y la justicia federal no puede variarlos en ningún caso, ya que la Constitución garantiza a todos los habitantes su derecho al debido proceso; expresión que significa, precisamente, el derecho a ser juzgados de acuerdo con los procedimientos establecidos por las normas vigentes y la garantía del juez natural, que implica la protección contra el juzgamiento por comisiones especiales o por jueces distintos a los designados por ley antes del hecho que da origen a la causa (artículo 18).

Cualquier modificación que un tribunal determinado hiciera en la aplicación de dichas normas en el curso de un litigio judicial originaría, en principio, que todo el trámite pudiese ser declarado nulo a partir del apartamiento de la regla si lo cuestionara

---

[37] El juzgado federal de Comodoro Rivadavia (en la provincia de Chubut), por ejemplo, extiende su competencia hasta una zona del norte de la de Santa Cruz no delimitada política sino geográficamente; y el de San Carlos de Bariloche (en la provincia de Río Negro), abarca algunos departamentos cordilleranos de la vecina Chubut.

[38] Con sedes en Bahía Blanca, Comodoro Rivadavia, Córdoba, Corrientes, General Roca, La Plata, Mar del Plata, Mendoza, Paraná, Posadas, Resistencia, Rosario, Salta, San Martín y Tucumán.

[39] En la provincia de Buenos Aires existen, como surge de la nota anterior, cuatro cámaras federales. Sin embargo, el tribunal de alzada de los juzgados de primera instancia de San Nicolás es la Cámara Federal de Rosario (provincia de Santa Fe). En este distrito ocurre algo similar, ya que las resoluciones del juzgado de primera instancia de Reconquista, ubicado dentro de su territorio, son revisados por la Cámara Federal de Resistencia (provincia del Chaco).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

un afectado que considerare vulnerado algún derecho que la Constitución le concede, y sea cual fuere la razón por la que la alteración hubiera sido dispuesta.

También en este caso, las facultades de los órganos del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de la Magistratura) son de índole estrictamente reglamentaria; aunque, en el caso de este último, la reforma de 1994 incorporó una finalidad expresa de las normas que dicte: asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia (artículo 114, inciso 6).

10. En la Constitución argentina, por otra parte, existen solo dos procedimientos para la determinación de qué personas ocuparán los cargos previstos en los poderes del Estado: la elección y la designación.

El primer mecanismo, por el sufragio directo de los ciudadanos, está reservado para la decisión de quienes integrarán los órganos generalmente caracterizados como más típicamente políticos: el presidente y el vicepresidente de la República (artículo 94), y los senadores y los diputados que componen el Congreso nacional (artículos 45 y 54). Los representantes directos de la ciudadanía son los que designan a las restantes autoridades constituidas por la Constitución, obedeciendo a distintas reglas.[40]

La designación de los magistrados, por su parte, es un acto administrativo complejo en el que, en el caso de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, intervienen el Poder Ejecutivo y el Senado; y, en el de los demás jueces, se añade el paso previo de una selección que, como importante innovación, es el único que ha sido confiado a un órgano del Poder Judicial de la Nación, el Consejo de la Magistratura (artículo 99, inciso 4.º).

Sin embargo, el sistema argentino prevé garantías especiales para quienes desempeñan la magistratura. Su independencia, por lo demás, está expresamente establecida como un valor constitucional (artículo 114, inciso 6.º). James Madison expresa claramente el sentido de tales garantías.

> Después de diferenciar en teoría las distintas clases de poderes, según que sean de naturaleza legislativa, ejecutiva o judicial, la próxima tarea, y la más difícil, consiste en establecer medidas prácticas para que cada uno pueda defenderse contra las extralimitaciones de otros. ¿En qué debe consistir esa defensa? He ahí el gran problema al que es necesario darle solución.
>
> ¿Será suficiente con señalar precisamente los límites de estos departamentos en la constitución del gobierno y con encomendar a estas barreras de pergamino la protección contra el espíritu usurpador del poder? Esta es la garantía en que parecen haber

[40] El presidente de la Auditoría General de la Nación es nombrado, entonces, a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (artículo 85); el Defensor del Pueblo, por el Poder Legislativo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras (artículo 86); el jefe y los ministros del gabinete, por el presidente de la República (artículo 99, inciso 7.°); y el procurador general y el defensor general de la Nación, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes (artículo 5.°, ley 24946).

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

> confiado la mayoría de las Constituciones americanas. Pero la experiencia nos enseña que se ha concedido a la eficacia de esta providencia un valor que no tiene; y que es indispensablemente necesaria una defensa más adecuada para los miembros más débiles del gobierno y en contra de los más poderosos.[41]

Para responder a esta disyuntiva se contemplan las garantías de los jueces, incorporadas por nuestra Constitución histórica en su artículo 93 (luego 96, y hoy 110); en primer lugar, su inamovilidad mientras dure su buena conducta y, en segundo término, la intangibilidad de la compensación que perciben por el desempeño de su función, que no puede ser disminuida de manera alguna.

Estas garantías les son concedidas en común al órgano-institución y al órgano-individuo, no para beneficio personal de los magistrados, sino porque los constituyentes han querido liberar al Poder Judicial de la Nación en su conjunto de toda presión de los otros poderes, para preservar su absoluta independencia en el ejercicio de su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, que beneficia tanto a los jueces como a la misma sociedad.[42]

Hasta la reforma de 1994, también era facultad del Congreso la destitución de todos los magistrados nacionales, por las causales de mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes; correspondía a la Cámara de Diputados la función de acusar al imputado y a la de Senadores, la de juzgarlo. En la actualidad, dicho procedimiento ha quedado reservado para la remoción de los ministros de la Corte Suprema de Justicia (artículos 53 y 59); en tanto, tales funciones han sido transferidas al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento (artículos 114, inciso 5.º, y 115), respectivamente, con respecto a los restantes jueces de la Nación.

11. De acuerdo con la Constitución nacional, es facultad del Congreso fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación (artículo 75, inciso 8.°), y del Jefe del Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo recaudar sus rentas, bajo la supervisión del presidente de la República (artículos 99, inciso 10; y 100, inciso 7.°).

A partir de 1990, la ley 23853 otorgó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de preparar el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial, para luego remitirlo al Poder Ejecutivo con el objeto de su incorporación al proyecto de presupuesto general de la Administración nacional que debe presentar al Congreso.[43]

---

[41] James Madison: *El federalista*, o. cit., p. 210.

[42] *Fallos*, 313: 1371.

[43] La ley 24937 regula actualmente los primeros pasos del procedimiento que debe seguirse para su elaboración. El trámite comienza en la Oficina de Administración y Financiera del Consejo de la Magistratura, a cargo del Administrador General del Poder Judicial, que es la dependencia que tiene la función de elaborar el anteproyecto de presupuesto anual, de conformidad con lo dispuesto en las leyes 23853 y 24156, para luego elevarlo a la consideración del presidente del Consejo. Este lo presenta al plenario, que toma conocimiento y realiza las observaciones que estima pertinentes para su consideración por la Corte Suprema de Justicia. Corresponde tomar la decisión final al tribunal superior, que es

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Pero aunque la expresión utilizada pareciera sugerir otra cosa, su aplicación práctica demuestra que, en realidad, los montos incluidos por el Poder Ejecutivo han sido siempre inferiores a los previstos por el Poder Judicial para atender a su funcionamiento y la Corte Suprema de Justicia ha señalado los padecimientos que ocasiona la insuficiencia de los recursos necesarios para revertir sus graves carencias, y ha destacado que los medios requeridos eran los indispensables para cumplir con normalidad la función.[44]

Como consecuencia de la llamada Ley de Autarquía, antes aludida, se concedió a la Corte Suprema de Justicia amplias facultades para disponer del patrimonio del Poder Judicial y para determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos, como asimismo la posibilidad de disponer las reestructuraciones y compensaciones que considere necesarias dentro de la suma total asignada. Luego de su reforma en 1994, el artículo 114, inciso 3.º, de la Constitución ha asignado la atribución de administrar los recursos y ejecutar el presupuesto del Poder Judicial al Consejo de la Magistratura.

Aquella ley afecta determinados recursos para la financiación del Poder Judicial: la parte sustancial proviene de un determinado porcentaje de las rentas generales de la Nación y el remanente de otros ingresos que se le asignan como específicos.[45] El flujo oportuno de esa parte sustancial de los fondos asignados, depende también del Poder Ejecutivo, que —como se ha señalado— es el recaudador de las rentas generales de la Nación.

12. El examen particular de tal o cual disposición de la Constitución difícilmente nos permita encontrar su propósito si se lo interpreta aislado del contexto

---

el órgano que —en definitiva— aprueba el proyecto de presupuesto del Poder Judicial para su remisión al Poder Ejecutivo.

[44] *Fallos*, 310: 1662, entre otros.

[45] Los recursos con cargo a rentas generales de la Nación se conforman con el equivalente al 3,5% de los ingresos tributarios y no tributarios de la Administración central, más un aporte adicional que anualmente puede incluirse con destino a construcciones, de acuerdo con la propuesta de la Corte Suprema de Justicia. Los recursos calificados como específicos del Poder Judicial de la Nación son de distinta naturaleza. Provienen, en primer lugar, de la recaudación en concepto de las tasas de actuación judicial que los litigantes deben oblar de acuerdo con las normas vigentes. En segundo término, del producto de las ventas o locaciones de los bienes muebles o inmuebles afectados a este poder del Estado, o de los efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños o hayan sido decomisados, y de las cosas perdidas. En tercer lugar, son también recursos específicos del Poder Judicial de la Nación los importes que le reconocen las instituciones financieras sobre las inversiones y depósitos de sumas de dinero o compraventa de títulos dispuestos por los tribunales nacionales sobre fondos de las partes o de terceros en los juicios que tramitan ante ellos. En cuarto término, provienen de la recaudación por determinadas sanciones pecuniarias que pueden aplicarse en el curso de los procesos como multas, o por fianzas cumplidas o prescriptas, y, en general, todos los fondos provenientes de otros ingresos que, no teniendo un destino preestablecido, se originan en causas judiciales. Finalmente, este tipo de recursos se completa con las donaciones que el poder reciba y con las rentas que pueda obtener a través de inversiones de cualquier naturaleza de sus ingresos.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

sistemático en el que se inscribe, es decir, del conjunto completo de las instituciones y cómo han sido articuladas; cuestión que se relaciona con el fundamento del poder y sus limitaciones, con su estructura y con la elección de los gobernantes. Así, para Duverger, los regímenes políticos son constelaciones, en las que sus instituciones son las *estrellas*.[46]

La organización de un Estado moderno no solo distribuye funciones respondiendo a principios políticos; también privilegia la especialización, encomendando distintas atribuciones a poderes diferentes;[47] y cada uno de ellos ejerce, en principio, las competencias exclusivas que tiene asignadas (a las que se denominan sus funciones propias) con completa independencia de los demás.[48]

Pero el buen funcionamiento de un Estado que está estructurado respetando el principio de la división de poderes requiere —como hemos dicho— no solo que las competencias estén asignadas a distintos titulares, sino también que —al mismo tiempo— estos operen coordinadamente en su ejercicio, haciendo un uso intenso de la prudencia política.

La Constitución no otorga iniciativa al Poder Judicial de la Nación en la proposición de las leyes, ya que la formulación de proyectos es atribución, en principio, solo de los integrantes de las Cámaras del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo (artículos 77 y 99, inciso 3.º), como tampoco el derecho a emitir opinión sobre los que se presenten o el de intervenir en el trámite que lleva a su sanción.

Sin perjuicio de ello, y aunque existen ejemplos de consultas esporádicas pero no sistematizadas institucionalmente, existe una tarea pendiente de coordinación entre los tres poderes del Estado para lograr el objetivo constitucional de afianzar la justicia que, desde luego, no significará menoscabo alguno para sus respectivas facultades sino, simplemente, una contribución a un ejercicio más eficaz para los intereses generales de la República.

Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

> Cada uno de los poderes tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y se complementan entre sí: son coordinados. Los tres representan la soberanía de la Nación para sus objetos principales; sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio de la ley; y ambas han establecido poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos, y estrictamente judiciales; pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta a los que les son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente demarcada.[49]

---

[46] Maurice Duverger: *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 243.

[47] Juan F. Segovia: «La independencia del Poder Judicial», en *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 153.

[48] *Fallos*, 313: 863, ya citado.

[49] Joaquín V. González: *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Estrada, 1983, p. 311.

DR © 2008. Konrad Adenauer Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://goo.gl/NkfnrE

Por ello, el principio de división de poderes, en razón de que la soberanía del Estado es única, es interpretado contemporáneamente como de separación —o distribución— de funciones: la toma de la decisión política, su ejecución y el control sobre ella.[50]

La terminología empleada no solo cumple con un purismo semántico abstracto. Pone también el acento en que el cumplimiento de los fines del Estado parece requerir de la vigencia del principio del diálogo y la colaboración, más que de una actitud de aislamiento: como se ha dicho, *ni el uno contra el otro, ni el uno sin los demás*.[51]

---

[50] Karl Löwenstein: *Teoría de la Constitución,* o. cit., p. 62.

[51] Charles Eisenmann: «L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs», en R. Carré de Malberg: *Mélanges,* París, Sirey, 1933, p. 187.

DR © 2008. Konrad Adenaur Stiftung e. V.
Fundación Konrad Adenaur, Oficina Uruguay.
http://www.kas.de/rspla/es/