

Víctor Bazán\*

# Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso\*\*

## 1. Consideraciones introductorias

Aun a riesgo de deslizarnos hacia afirmaciones que suenan a lugares comunes, no es difícil verificar cómo el Poder Legislativo de la Nación se repliega y no asume esferas competenciales que le corresponden de modo específico. Por supuesto, al tiempo que se retrae en algunos aspectos o se limita a funcionar como intermediario legislativo del Poder Ejecutivo en otros, este gana espacios, se filtra su potencial hegemónico en intersticios antes impensados, se volatiliza la división de poderes, se desvirtúa la democracia constitucional, se acentúa la *crisis de representatividad* y paulatinamente se pierde en calidad institucional.

Sin intención alguna de exhaustividad, para graficar la cuestión basta con recordar:

- la modificación que, por conducto de la ley n.º 26080,<sup>1</sup> el Legislativo introdujo a la normativa del Consejo de la Magistratura (n.º 24937),<sup>2</sup>

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan). Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

\*\* Dedicamos este trabajo al querido y recordado maestro y amigo Dr. Germán J. Bidart Campos.

<sup>1</sup> BO, 27.2.2006.

<sup>2</sup> BO, 6.1.1998, texto ordenado por el decreto n.º 816/99 y sus modificatorias. Su correctiva es la ley n.º 24939 (BO, 6.1.1998).

reduciendo su número de integrantes y adjudicando al estamento político una mayoría decisiva en cuestiones medulares como la designación de los magistrados judiciales y la activación del botón de arranque del procedimiento para su destitución;

- la ley n.º 26124,<sup>3</sup> que sustituye el artículo 37 de la ley n.º 24156<sup>4</sup> de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, y que acuerda al Jefe de Gabinete de Ministros la facultad de disponer las reestructuraciones presupuestarias que considere necesarias dentro del total aprobado por cada ley de presupuesto, quedando comprendidas las modificaciones que involucren a gastos corrientes, gastos de capital, aplicaciones financieras y distribución de las finalidades, exceptuándolo de lo establecido en el artículo 15 de la ley n.º 25917;<sup>5</sup>
- la ley n.º 26135,<sup>6</sup> que, sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratificó en el Poder Ejecutivo nacional, a partir del 24 de agosto de 2006, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Congreso, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento; y
- la acostumbrada práctica presidencial de recurrir a numerosos decretos de necesidad y urgencia en terrenos propios del Legislativo, donde la única certeza que existe es que en su gran mayoría no convergen ni necesidad ni urgencia para dictarlos, además de que en este ámbito temático hubo que esperar mucho más que lo *razonable* para que se diseñara normativamente el funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente<sup>7</sup> encargada, *inter alia*, del control y el seguimiento de aquellos decretos de acuerdo con el mandato constitucional. Ello se cristalizó por medio de la ley n.º 26122,<sup>8</sup> que tiene por objeto regular el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (donde se requiere dictamen de la Comisión Bicameral Permanente) respecto de los decretos que dicta el Poder Ejecutivo: a) de necesidad y urgencia; b) por delegación legislativa; y c) de promulgación parcial de leyes.

A ello se le suman pretericiones y retardos legislativos inconstitucionales, que al solo efecto ejemplificativo condensaremos evocando la palpable ausencia de la

---

<sup>3</sup> BO, 8.8.2006.

<sup>4</sup> BO, 29.10.1992.

<sup>5</sup> BO, 25.8.2004. Tal normativa trata del Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal.

<sup>6</sup> BO, 24.10.2006.

<sup>7</sup> Prevista en los artículos 99, inciso 3.º, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional.

<sup>8</sup> BO, 28.7.2006.

normativa relativa a la coparticipación federal pese a los claros parámetros temporales que surgen de la combinación del artículo 75, inciso 2.º, y de la disposición transitoria sexta de la Constitución nacional.

Puntualmente, es este último aspecto —el de las inercias anticonstitucionales— el que convoca aquí nuestra atención. Es precisamente en tal marco donde se torna necesario plasmar algunas alternativas material y jurídicamente sustentables, generadas desde la magistratura judicial (encabezada por la Corte Suprema de Justicia) y nutridas de un *activismo prudente* que, firme y equilibradamente, busque tender canales de diálogo con el Congreso para superar la inactividad o la mora legislativas *contra Constitutionem*, rescatar la supremacía y la normatividad constitucionales y garantizar la protección de derechos fundamentales que reclaman operativización.

## 2. Plan del trabajo

Sentadas las líneas introductorias precedentes, retrataremos sintéticamente el contenido de esta contribución.

En primer lugar analizaremos de manera sucinta los alcances de la tensión constitucionalismo-democracia o magistratura constitucional-Congreso o Parlamento, y perfilaremos algunas aristas relevantes en torno a las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas inconstitucionales.

A continuación recorreremos sumariamente la jurisprudencia constitucional comparada europea y latinoamericana que, haciendo pie en la insuficiencia del paradigma kelseniano del *legislador negativo*, ha venido moldeando un nutrido catálogo de opciones sentenciales, entre otros propósitos, para conjurar las pretericiones legislativas.

Enseguida enfocaremos de modo específico el contexto argentino, con una trilogía temática: primeramente indagaremos si su escenario jurídico permite concebir la existencia de una habilitación constitucional legitimante a favor de la magistratura judicial para superar la inconstitucionalidad por omisión del Congreso; luego, incursionaremos en la doctrina judicial de la Corte Suprema para individualizar ciertos precedentes en los que, con mayor o menor contundencia léxica y jurídica, el tribunal ha llevado adelante su misión de fiscalización constitucional de inacciones o retardos legislativos contrarios a la carta magna; y, por último, nos centraremos en determinados aspectos de las nuevas modalidades sentenciales a las que últimamente viene recurriendo el máximo tribunal para reconfigurar su perfil institucional y moverse hacia un nuevo modelo de jurisdicción constitucional, para cuyo desarrollo prospectivo será conveniente generar vínculos dialógicos y no confrontativos con el Congreso de la Nación.

A su tiempo, el epílogo tomará cuerpo con algunas apreciaciones recapituladoras de los eslabones argumentales centrales desarrollados en el nudo del trabajo.

### 3. De tensiones y detenciones

La discusión acerca de las posibilidades de sustentación del control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia*.

Ciertamente, y como precisa Sunstein, no deja de ser difícil analizar en abstracto la relación existente entre el constitucionalismo y la democracia pues algunas constituciones pueden promover a esta última y, otras, subvertirla, por lo que la tarea en el futuro consistirá en descubrir concepciones apropiadas de democracia y disposiciones constitucionales que las apoyen en lugar de socavarlas.<sup>9</sup>

Simplificando al máximo los contornos de la cuestión, y partiendo de la constatación que da cuenta de que democracia y constitucionalismo no son conceptos unívocos, movidos aquí por un simple propósito referencial traemos a colación a Elster, quien sugiere que la *democracia* es el simple gobierno de la mayoría sobre la base del principio «una persona, un voto».<sup>10</sup> A su tiempo, el vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias<sup>11</sup> y está estrechamente asociado a un tribunal supremo, aunque los límites al gobierno mayoritario van más allá de la revisión en el ámbito judicial.<sup>12</sup> Así, y en términos generales, puede ligarse la *democracia* con la asamblea elegida y al *constitucionalismo* con el tribunal supremo; aquella encarna la participación popular, este las restricciones constitucionales.<sup>13</sup>

En el marco de la tensión constitucionalismo-democracia o judicatura-Parlamento, Prieto Sanchís precisa que la idea de los principios y el método de la ponderación (indisociablemente unidos) representan un riesgo para la supremacía del legislador y, con ello, para la regla de las mayorías que es fundamento de la democracia, peligro que juzga *inevitable* si quiere mantenerse una versión fuerte de constitucionalismo (neoconstitucionalismo) el que, como modelo de organización jurídico-política pretende representar un perfeccionamiento del Estado de derecho y si un postulado de este es el sometimiento de todo el poder al derecho, tal sometimiento a la Constitución alcanza también al legislador.<sup>14</sup>

Como se afirmara, el constitucionalismo actual implica una profunda renovación de la fórmula del Estado de derecho, que ha permitido que ingrese en el orden

---

<sup>9</sup> Cass R. Sunstein: «Constituciones y democracias: epílogo», trad. de Mónica Utrilla de Neira, en Jon Elster, Rune Slagstad y colaboradores: *Constitucionalismo y democracia*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C. - Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 368.

<sup>10</sup> Jon Elster, en la «Introducción» a la obra citada en la nota anterior, p. 33.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>13</sup> *Ídem*.

<sup>14</sup> Luis Prieto Sanchís: «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en Miguel Carbonell (editor): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta - Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 157.

jurídico un vasto catálogo de derechos y de normas materiales que no solo pretende limitar al legislador, sino también diseñar las líneas fundamentales de la convivencia en numerosos ámbitos, y que lo hace acompañado de una vigorosa garantía judicial, cuyo reflejo en la teoría del derecho provoca que los principios desplacen a las reglas, la ponderación a la subsunción y los jueces al legislador.<sup>15</sup> Ello genera, a modo de contrapunto, que la otra pieza básica del modelo, la democracia, se debata entre la apelación al consenso y a la comunidad de diálogo en busca de un proceso de justicia compartido y la siempre presente vocación negociadora de intereses y utilidades.<sup>16</sup>

Como asegura Prieto Sanchís, ha existido una profunda transformación en el sistema de relaciones entre Parlamento y judicatura, que «ha propiciado el establecimiento de una Constitución con vocación de ser ella misma norma jurídica y henchida además de valores y principios».<sup>17</sup>

En tal sentido, coincidimos con Sagüés cuando advierte que el principio de supremacía constitucional, además de sustento normativo, *requiere sustento conductista*, es decir, *el comportamiento* de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla, *como de castigar las infracciones a tal supremacía*,<sup>18</sup> las que —naturalmente— pueden llegar por vía de acción o de omisión.

Creemos que las relaciones tensionales entre Parlamento y Tribunal Constitucional o, en el caso argentino, entre el Congreso y el Poder Judicial, que se disparan al consolidarse la facultad de las jurisdicciones constitucional u ordinaria de ejercer el control de constitucionalidad de la *ley* y que puede llevar hasta la expulsión del ordenamiento jurídico de este producto normativo del Legislativo o a su inaplicación en el caso concreto, según la modalidad fiscalizatoria adoptada, deben ser reconducidas constructivamente internalizando que tanto el órgano legisferante como el jurisdiccional están vinculados por la Constitución.

Y justamente una de las manifestaciones elocuentes de este arco tensional es la que encarnan las omisiones legislativas inconstitucionales del Poder Legislativo, *que detienen y mediatizan la normatividad y la supremacía* de la ley fundamental, y que pueden ser, en una simplificación taxonómica extrema:<sup>19</sup> *absolutas o totales*, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y *relativas o parciales*, cuando el legislador,

---

<sup>15</sup> Hemos seguido la explicación que se formula en la «Presentación» de los materiales de enseñanza del Curso de Posgrado: «Constitucionalismo y democracia. Nuevos paradigmas de la teoría del derecho», bajo la dirección de Luis Prieto Sanchís: Toledo, Universidad de Castilla - La Mancha, 2002.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Luis Prieto Sanchís: *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 121.

<sup>18</sup> Néstor P. Sagüés, en el prólogo al libro de Alberto B. Bianchi: *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, pp. 13-14.

<sup>19</sup> Para la distinción entre omisiones inconstitucionales absolutas y relativas, véase W. Wesel: «Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde», en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, cuad. 6, 1952, p. 164.

al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.

Esta formulación preliminar de las variantes tipológicas de omisiones inconstitucionales nos tiende el puente hacia el asunto que abordaremos a continuación: la superación del modelo del *legislador negativo* de raíz kelseniana, como límite a la actuación de la jurisdicción constitucional, y la generación de otras figuras decisorias que le brinden alternativas intermedias entre los extremos de la brecha: acogimiento o desestimación de la pretensión de inconstitucionalidad; permitiéndole canalizar su pulsión creadora del derecho, modular los efectos de sus pronunciamientos en el ejercicio del control de constitucionalidad y lograr un mayor equilibrio en sus complejas relaciones con el Poder Legislativo.

#### 4. Algunas muestras que exhibe la jurisprudencia constitucional comparada

##### 4.1. Insuficiencia del paradigma del legislador negativo

Como puntualiza Garrorena Morales, el simplificado esquema que Kelsen inicialmente manejara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias), y abocado a considerar al Tribunal Constitucional como un mero legislador negativo cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de derecho que la escueta anulación de la ley, ha dejado de ser útil como respuesta a las cada vez más complejas operaciones en las que se ven implicados los Tribunales Constitucionales.<sup>20</sup> Ello ha llevado a algún autor a hablar de la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad,<sup>21</sup> lo que reafirma que la pervivencia solitaria y exclusiva de tal tándem de posibilidades ha quedado nítidamente superada.

En tal sentido, es una obviedad recordar que la magistratura constitucional abandona la rigidez del rol exclusivo de *legislador negativo*, avanzando hacia posiciones teñidas de cierto activismo al acudir a diversas formulaciones sentenciales

---

<sup>20</sup> Ángel Garrorena Morales: «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, Madrid, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1844-1845.

<sup>21</sup> Franco Modugno: «Corte Costituzionale e potere legislativo», en AA. VV.: *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 48; aludido por Markus González Beilfuss: *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 15.

que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los ámbitos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.<sup>22</sup>

## 4.2. Breve recorrido por la jurisprudencia constitucional comparada

### 4.2.1 En Europa

En el marco de interacción del esquema de Kelsen, su cortedad *vis-à-vis* la complejización de las labores actuales de los Tribunales Constitucionales y la búsqueda consiguiente de nuevas variantes sentenciales, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión no ha sido ignorado. En ese sentido, y al no existir normas constitucionales o legales específicas que programen el control a su respecto<sup>23</sup> en la jurisprudencia europea comparada (en referencia válida para Alemania, Austria, España e Italia),<sup>24</sup> ha sido importante la labor de las correspondientes jurisdicciones constitucionales para elaborar —con mayor o menor grado de desarrollo— determinadas herramientas correctivas de las omisiones legislativas inconstitucionales, principalmente en la variante de preterición *relativa*.

En esa dinámica, y naturalmente de acuerdo con las particularidades de cada uno de los esquemas jurídicos de esos países, puede constatarse el empleo de *remedios unilaterales*, que suponen la reparación inmediata de la omisión por la propia sentencia del Tribunal o Corte Constitucionales, por ejemplo, las *sentencias interpretativas*<sup>25</sup> y, dentro de estas, las *manipulativas* y, más específicamente, las *aditivas*; y de *remedios bilaterales*, que provocan la necesaria colaboración entre el

---

<sup>22</sup> Véase, por todos, Markus González Beilfuss: *Tribunal Constitucional...*, o. cit., pp. 12-13.

<sup>23</sup> Debe advertirse que en el anteproyecto de ley orgánica modificadorio de la ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, se propicia el diseño de una hipótesis correctiva de la omisión inconstitucional relativa. En efecto, se postula que el artículo 39.3 quede redactado de la siguiente manera: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia».

<sup>24</sup> Pues en Portugal y Hungría sí existen normas expresas al respecto: artículos 283 de la Constitución y 68 de la Ley del Tribunal Constitucional, en el ordenamiento lusitano, y artículo 32.A.3 de la Constitución húngara.

<sup>25</sup> Tal modalidad sentencial, cuya formulación supone distinguir entre disposición y norma, tiene actualmente un uso muy extendido (con presencia incluso en el Consejo Constitucional francés, pese a las particularidades de control previo de constitucionalidad que exhibe) y reconoce una génesis no precisamente reciente. Según evoca Garrarena Morales, con apoyo en ciertas decisiones del Tribunal Federal suizo y en la jurisprudencia norteamericana, el Tribunal Constitucional alemán en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1953, haciendo propia la argumentación de una resolución anterior del Tribunal Constitucional de Baviera (de 13 de febrero de 1952) por la que este justificaba el recurso a la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung*, dejó establecida hacia adelante la legitimidad de tal tipo de pronunciamientos (Ángel Garrarena Morales: «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad...», o. cit., pp. 1843-1844).

órgano máximo de jurisdicción constitucional y el legislador, por caso, las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, las *sentencias de apelación*, las que declaran que la ley «todavía no es inconstitucional», el retraso de los efectos de la sentencia para dar tiempo a la intervención del legislador y las *sentencias aditivas de principio* o las *sentencias-delegación*.<sup>26</sup>

Por lo demás, y dentro del margen de relatividad intrínseca de todo intento taxonómico, permítasenos recordar que esta segunda categoría de correctivos no queda agotada con las sentencias *bilaterales*, puesto que ellas pueden ser también *multilaterales*, cuando además del legislador involucran a otro u otros órganos del Estado, por ejemplo, el Poder Ejecutivo o el propio juez ordinario.

#### 4.2.2. *En América Latina*

Ya en nuestro continente, por razones de brevedad solo mencionaremos escuetamente los casos de Colombia, Perú y Costa Rica.

##### a) *Colombia*

Es digna de mención la praxis de la Corte Constitucional porque pretorianamente ha ido diseñando algunas pautas referidas a las *omisiones legislativas*, por ejemplo, en las sentencias n.ºs C-543/96, C-080/99, C-956/99, C-1433/2000, C-007/2001, C-1064/2001, C-185/2002, C-871/2002, C-402/2003.

A grandes trazos pueden sintetizarse del siguiente modo algunos aspectos de la doctrina judicial moldeada por la Corte sobre el particular: a) considera que existe una omisión legislativa cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el constituyente; b) adopta la distinción *wesseliana* de omisiones absolutas y relativas; y c) mayoritariamente, tiene sentado que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

##### b) *Perú*

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha acudido en diversas ocasiones al dictado de *sentencias interpretativas*, desde el que fuera catalogado como primer antecedente en tal sentido: el decisorio de 3 de enero de 2003 en expediente n.º 010-2002-AI/TC, caso *Marcelo Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos*, en el que se perseguía la declaración de inconstitucionalidad de los decretos leyes

---

<sup>26</sup> Cf. Francisco J. Díaz Revorio: «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, n.º 61, enero-abril 2001, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-86.



n.<sup>os</sup> 25475, acerca del delito de terrorismo; 25659, sobre el delito de traición a la patria; 25708, en torno al procedimiento aplicable al juzgamiento de los delitos de traición a la patria previstos en el decreto ley mencionado en último término, y 25880, cuyo artículo 1.º sancionaba penalmente la apología de terrorismo cometida por docente o profesor, que influyera en sus alumnos.

Asimismo, y en cuanto a lo que aquí interesa específicamente, en la sentencia de 20 de abril de 2004 en expediente n.º 2.945-2003-AA/TC, caso *A. A. M. G.*, el Tribunal ha realizado una interesante vinculación de la doctrina de las omisiones inconstitucionales estatales con el radio de cobertura operativa de los derechos económicos, sociales y culturales.

### *c) Costa Rica*

Este caso es distinto de los anteriores pues en el ordenamiento jurídico costarricense sí existe una normativa que habilita el ejercicio del control de constitucionalidad respecto de las omisiones contrarias a la Constitución: se trata de la ley n.º 7135, de 11 de octubre de 1989, que reguló la *jurisdicción constitucional* estatuida por la reforma constitucional 7128, de 18 de agosto de 1989. Aquel dispositivo legal, que en su artículo 4.º dispone que «la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución política», en su artículo 73 especifica los supuestos en que corresponde la articulación de la acción de inconstitucionalidad, incluyendo disposiciones relativas al control de las omisiones inconstitucionales en los apartados *a*, *b* y *f*.

Al margen del plano normativo, es interesante resaltar que dicha Sala Constitucional (conocida como Sala Cuarta), superando una visión anterior reacia a controlar las omisiones legislativas (pues hasta entonces centraba tal fiscalización en las pretericiones de la Administración pública), en expediente n.º 04-008653-0007-CO, resolución 2005-05649, de 11 de mayo de 2005, en el marco de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Manuel Echandi Meza, en su condición de Defensor de los Habitantes, y Gabriel Bonilla Picado, en su calidad de ciudadano, declaró *inconstitucional la omisión absoluta de la Asamblea Legislativa* en el ejercicio de su poder normativo y en el cumplimiento del mandato expreso impuesto por el poder constituyente derivado en la reforma parcial a la Constitución política, entre otros, a los artículos 105 y 123 mediante la ley n.º 8281, de 28 de mayo de 2002, para dictar, según el transitorio único, en el plazo de un año siguiente a la publicación de esta —el cual venció el 20 de junio de 2003— las leyes de desarrollo del referéndum y de iniciativa popular en la formación de la ley. Asimismo, y luego de verificar la existencia de la omisión inconstitucional, otorgó al órgano silente el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para que emanara las nombradas leyes.

## 5. Sobre la habilitación constitucional para legitimar el control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas contrarias a la Constitución

Retornando al caso argentino, desde nuestro punto de vista, su escenario jurídico —*aggiornado* por la reforma constitucional de 1994— permite concebir la existencia de una suerte de determinación constitucional legitimante de la competencia del órgano judicial para enfrentar las omisiones legislativas inconstitucionales.

Así lo indica la convergencia de una serie de factores, entre los que se contabilizan: la amplificación del catálogo de derechos explícitos (v. gr., artículos 37, 41, 42 CN); la literalización de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data<sup>27</sup> (artículo 43 *ibíd.*); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (artículo 16 *ibíd.*) con la *igualdad material o sustancial* (artículos constitucionales 37 y 75, incisos 2.º, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, *ibíd.*), que hacen que la antigua figura de la *pirámide* cuyo vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de *trapecio* en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

La mencionada adjudicación de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre el aludido campo temático ha provocado diversas consecuencias directas y colaterales, entre las cuales pueden incluirse, en nómina no exhaustiva: la ampliación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos; la consolidación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; el fortalecimiento de la premisa que instaura la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la inevitible responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento de estos.

Y si agregamos otros componentes argumentales al planteo, por ejemplo, que aquel conjunto de elementos está recorrido axiológicamente por el postulado preambular de *afianzar la justicia*; que la ley fundamental instituye una premisa sustancial de autoafirmación de su fuerza normativa (artículo 36); que la atribución de valencia constitucional no se ha detenido en los documentos enumerados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, sino que el Poder Legislativo ha engrosado *ex post* la lista que los individualiza,<sup>28</sup> que el plexo de instrumentos con jerarquía constitucional

<sup>27</sup> Aunque, en este último caso, sin verbalizar expresamente la denominación *hábeas data*.

<sup>28</sup> A la nómina originaria de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional contenida en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2.º, de la ley fundamental, se han añadido, con idéntica alcurnia,

(originaria o derivada) se adosa al texto y al espíritu constitucionales para conformar junto a estos un remozado parámetro de control de constitucionalidad; que, en líneas generales, la jurisprudencia de la Corte Suprema se muestra proclive a expedirse en pro de la obligatoriedad del cumplimiento por el Estado de los compromisos y obligaciones asumidos internacionalmente; ya *poco espacio queda* para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución gestadas al calor de inercias, inacciones u omisiones legislativas.

En específica relación con el principio de igualdad, la señalada complementación de la *igualdad formal* con la *igualdad material* insuflada por la última modificación constitucional queda corporizada en el texto constitucional con una nueva fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como: *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato*, para cuya operativización se requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades.

Para abastecer ese propósito, y en el ámbito genérico de las medidas de *acción positiva* programadas, por caso, en el artículo 75, inciso 23, quedan decididamente vinculadas las *sentencias judiciales* como garantía de observancia de la Constitución y reaseguro en cuanto a que las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los instrumentos sobre derechos humanos no queden incumplidas, por acción u omisión, ya que mientras el tratado esté vigente debe ser observado por las partes (artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados); y tal cumplimiento, concretarse de buena fe (señalado artículo 26, parte *in fine*, y artículo 31, inciso 1, *ibídem*), siendo improcedente alegar o invocar disposiciones del derecho interno para sustraerse a cumplir las obligaciones que dimanar del aludido acto jurídico internacional (cf. artículo 27, *ibídem*).<sup>29</sup>

La idea fuerza que la reforma ha incorporado en torno a tales medidas de acción positiva excede el contenido literal del concepto y el alcance con que se las conoce en el derecho norteamericano. Desde nuestra perspectiva, la modificación constitucional pretende entronizar la visión consistente en que debe *realizarse* la mencionada *igualdad* por medio de la vinculación efectiva de *todos* los poderes del Estado, los

---

la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley n.º 24820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (a la que se le ha conferido esa valía mediante la ley n.º 25778, *BO*, 3.9.2003).

<sup>29</sup> Excepto cuando el vicio de consentimiento del Estado en obligarse por el tratado, concerniente a la competencia para celebrarlo, sea manifiesto (lo que sucedería si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe —artículo 46.2 de la Convención—) y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno (artículo 46 *ibídem*, como marco de excepción al principio general estipulado en el artículo 27 de dicha Convención).

que se encuentran obligados a hacerlo empleando las atribuciones que, dentro de sus respectivas órbitas competenciales, estimen adecuadas y pertinentes a esos efectos.

Un escenario del calibre jurídico y axiológico descrito, donde brilla con luz propia el sustancial compromiso asumido por el Estado en el marco de los derechos humanos, disemina una señal nítida e inequívoca hacia los órganos del poder constituido, los cuales quedan vinculados por la fuerza normativa de la ley fundamental, su supremacía y la de los tratados internacionales con valencia semejante a la de la Constitución.

## 6. Algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el tema

Recorriendo la jurisprudencia del máximo tribunal nacional puede constatarse la presencia de algunos antecedentes en materia de control de las omisiones inconstitucionales. En tal sentido, sin ánimo de taxatividad y tomando diversas épocas e integraciones de aquel órgano judicial, cabe incluir en la reseña a las resoluciones dictadas en: *Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional*,<sup>30</sup> de 15 de noviembre de 1985, *Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo*,<sup>31</sup> de 7 de julio de 1992, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*,<sup>32</sup> de 9 de abril de 2002, *Verbitsky, Horacio*,<sup>33</sup> de 3 de mayo de 2005, y *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes varios*,<sup>34</sup> de 8 de agosto de 2006.

### 6.1. Bonorino Perú

En esta causa,<sup>35</sup> la Corte ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional centrada en el no cumplimiento de la obligación de mantener «actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el artículo 96 de la Constitución»,<sup>36</sup> dando operatividad a la mencionada garantía hoy localizada en el artículo 110 de la ley fundamental en función de la remuneración impresa al texto constitucional por la reforma de 1994.

---

<sup>30</sup> *Fallos*, 307:2184.

<sup>31</sup> *Fallos*, 315:1492.

<sup>32</sup> *Fallos*, 325:524.

<sup>33</sup> *Fallos*, 328:1146.

<sup>34</sup> Causa B.675.XLI.

<sup>35</sup> Tomamos como caso testigo a *Bonorino Perú*, aunque lo que se diga respecto de tal pronunciamiento es igualmente útil para otros dirimidos también por conjuces: *Perugini, Durañona y Vedia y Grieben*.

<sup>36</sup> Cf. Germán J. Bidart Campos: *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 100.

En el decisorio<sup>37</sup> se aclara que no es objeto del proceso discurrido en la causa «fijar los sueldos de los jueces, ni sustituir la política legislativa en la materia, todo lo cual incumbe al Congreso [...]» (considerando 5.º); y agrega que el control de constitucionalidad que asumía el Tribunal recaía «sobre la omisión de actualización de los sueldos judiciales mermados por la inflación» y, por ende, nada le impedía, como intérprete final de la Constitución, decidir que la pérdida no compensada del valor monetario real configuraba un supuesto de disminución de aquellas retribuciones, que transgredía el entonces artículo 96 (considerando 6.º).

Desgranando los puntos salientes del fallo, se observa lo siguiente: a) frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, ejerció control de constitucionalidad reivindicando su rol de intérprete final de la ley fundamental; b) operativizó aquella garantía consistente en preservar la *intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados*, consciente de sus límites y sin desconocer la competencia del Congreso para fijar la política legislativa en la materia; y c) dejó en evidencia la procedencia de la acción de amparo, como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una *obligación* constitucional.

## 6.2. *Ekmekdjian c/ Sofovich*

En este paradigmático precedente, por mayoría<sup>38</sup> la Corte Suprema confirmó aplicación directa y operativa al artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase endógenamente; además, interpretó que la expresión «en las condiciones que establezca la ley» (artículo 14.1, *in fine, ibídem*) se refiere «a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*» (el énfasis nos corresponde; considerando 22 de la mayoría).

En otras palabras, afirmó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, pudiendo el tribunal fijar «*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*» será ejercitado en el caso concreto (énfasis agregado; considerando 22, *in fine*, de la mayoría).

---

<sup>37</sup> El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjuces: Germán J. Bidart Campos, Ernesto R. Gavier, Luis Moisset de Espanés, Augusto Mario Morello y Roberto Terán Lomas.

<sup>38</sup> La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene (h.) y Belluscio.

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente la circunstancia de que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y, también, al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía suprallegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento —al influjo de la abstención legislativa— podría constituir *omisión inconstitucional* reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa:

La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado. (Remarcado añadido; considerando 16 del voto mayoritario.)

Por ende, la segunda de las hipótesis («omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento») provocaría la agresión constitucional por omisión y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

### 6.3. Mignone

Aquí vale destacar que la Corte no se limitó (como lo había hecho la Cámara Nacional Electoral —órgano apelado—) a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a «los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad» (dado que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilite el sufragio de aquella categoría de personas), sino que avanzó operativamente y manifestó que correspondía «urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados» y, en ese marco, consideró prudente «disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses»<sup>39</sup> (énfasis propio).

Básicamente, la Corte ha emitido una suerte de sentencia *multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los Poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que estos emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado

---

<sup>39</sup> El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9.º de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los doctores Boggiano (véase el considerando 8.º) y Bossert (véase el considerando 30). Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19).

judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obturado por la regla devenida anticonstitucional.

Es saludable la opción escogida por el Tribunal como medio útil para corregir la omisión inconstitucional consistente en preterir la obligación de adaptar una norma legal a los postulados operativos de un tratado internacional con valencia homóloga a la de la carta magna, pues más allá de la pauta genérica del artículo 18 de la Constitución nacional (principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad de la regla impugnada fue el artículo 23.2 de la CADH.<sup>40</sup> En otras palabras, aquel precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrevenidamente inconsistente con pautas dimanadas de una convención internacional jerárquicamente equiparada a la Constitución, en lo que significa otra clara señal de la anunciada ampliación del parámetro de control de constitucionalidad provocada por la innovación de 1994.

#### 6.4. *Verbitsky*

Nos interesa resaltar este fallo de la Corte Suprema porque aun cuando sus efectos no se dirigían al Congreso de la Nación sino a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires, el Tribunal acudió a una interesante herramienta sentencial exhortativa que abre una vía a la que probablemente siga recurriendo con alguna asiduidad para paliar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas del Congreso de la Nación. De hecho, y como tendremos ocasión de ver *infra*, no es extraño a tal modalidad decisoria el pronunciamiento recaído en la nombrada causa *Badaro*, donde verificó la existencia de una omisión legislativa inconstitucional referida a la operatividad del mandato contenido en el artículo 14 *bis* de la ley fundamental acerca de la movilidad de los haberes previsionales, señalando que dicho precepto *se dirige primordialmente al legislador*.

Formulada la advertencia anterior, en *Verbitsky* se aprecia que el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus correctivo* y *colectivo* en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías superpoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

La acción fue rechazada por la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires por considerar que no era el órgano competente para

---

<sup>40</sup> En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López en la causa A.671.XXXVII, *Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos*, de 27 de septiembre de 2001 (*Fallos*, 324:3143).

intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ante ello, el actor articuló sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que —mayoritariamente—<sup>41</sup> revocó la sentencia en cuestión.

*En definitiva, la Corte admitió la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Para operativizar el fallo, dispuso además:*

- declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, de las Naciones Unidas, recogidas por la ley n.º 24660, *configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;*
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos;
- instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etcétera), a fin de que estos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;

---

<sup>41</sup> La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también en disidencia —aunque solo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.



- disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires informe a la Corte Nacional las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- *exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales* (énfasis añadido);  
y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados.

En cuanto atañe específicamente al tema que nos convoca, el fallo es relevante, pues adoptando un laudable activismo la Corte Suprema elabora un remedio jurisdiccional para combatir las *omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga* en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, v. gr., del artículo 18 CN y de los artículos XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo «tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad»), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano») y 5, inciso 2.º, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término) —véase considerando 39 de la mayoría.

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva al nivel de estándar básico infranqueable a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley n.º 24660, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cf. idéntico considerando).

Para abastecer tales menesteres (y beneficiar, por caso, a menores, mujeres y personas enfermas) la Corte ha diseñado una *sentencia exhortativa multilateral*, englobando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado provincial, pero a su vez mantuvo su propio involucramiento y compromiso en la supervisión del cumplimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil.

En otro orden de ideas, es inocultable que el fallo exhibe numerosas aristas dignas de interés, de las que solo enunciaremos algunas, al ser materialmente imposible agotarlas aquí:

- *la visión amplia y despojada de formalismos en materia de legitimación procesal activa, al admitir por primera vez un hábeas corpus correctivo y colectivo*, aunque ello reconozca algún parentesco con lo resuelto en *Mignone*, donde si bien la pretensión fue incoada como amparo, en definitiva se desarrolló procesalmente como hábeas corpus;
- la democratización del debate suscitado con motivo de la tramitación de la queja que desencadenara en la sentencia en cuestión, pues además de la participación de los mencionados *amici curiae*,<sup>42</sup> se realizaron dos *audiencias públicas* (el 1.º de diciembre de 2004 y el 14 de abril de 2005), donde tanto el CELS como el Poder Ejecutivo provincial presentaron sus inquietudes y aportaron escritos en los que sostuvieron sus respectivas posiciones en el tema en derredor del cual giraba la causa, de innegable trascendencia e interés públicos;
- la abstención de la Corte Suprema de recurrir a la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* para desembarazarse del análisis de la pretensión de fondo articulada en la causa;
- la referencia a la equiparación exigida en un sistema de estructura federal para garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad, al afirmar el Tribunal que, «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*» (énfasis agregado; cf. considerando 57 de la mayoría);
- la modulación de los efectos colectivos de la sentencia, a tono con la naturaleza justamente plural del radio de cobertura de la acción instaurada; y,
- en definitiva, la asunción de una posición jurisdiccional prudentemente activista para resguardar la supremacía y la fuerza normativa constitucionales (y de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos con

---

<sup>42</sup> Sobre tal figura, véase Víctor Bazán, por ejemplo en: «El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad», en *Jurisprudencia Argentina*, 4 de junio de 2003, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 3-24; y «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional a la figura del *amicus curiae*», en *Jurisprudencia Argentina (Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, 29 de setiembre de 2004, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 5-16.

alcurnia semejante a la de la ley fundamental) frente a un planteo jurídico creativo que, meritado *a priori* y superficialmente, podría haberse catalogado de heterodoxo e impropio.

### 6.5. *Badaro*

Inicialmente nos interesa señalar cómo la Corte, en forma unánime,<sup>43</sup> enfatizó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (artículo 14 *bis*) debe resguardarse *legislando* sobre el punto (remarcado agregado; considerando 6.º). En dirección convergente puntualizó que:

[...] *el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador*, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (artículo 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla (énfasis añadido; considerando 15).

Además, puso de manifiesto que «la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad*», de lo que extrajo que «*la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 bis de la Constitución nacional*» (énfasis agregado; considerando 13).

Abrimos un breve paréntesis para expresar que el sector temático respecto del cual la Corte juzga configurada la omisión legislativa inconstitucional es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como merecedor de un plus protectivo en los términos del artículo 75, inciso 23. Recuérdese que aquella determinó que al Congreso nacional corresponde *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto* de los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad. O sea, ha sido voluntad del constituyente catalogar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable.

Así lo ha entendido la Corte en la causa que analizamos, donde precisó que:

---

<sup>43</sup> El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo (y aún hoy sigue contando), doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

no solo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la ley suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su artículo 75, incisos 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos. (Considerando 17.)

Tal percepción del tema debe leerse en línea con lo que el Tribunal sostuvo en *Sánchez, María del Carmen c/ ANSes s/ reajustes varios*,<sup>44</sup> de 17 de mayo de 2005, en punto a que:

ratifica los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar «jubilaciones y pensiones móviles», según el artículo 14 *bis* de la Constitución nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia. Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el artículo 75, inciso 23, de la ley fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos. (Considerando 3.º del voto mayoritario.)

Retomando la referencia a *Badaro*, la Corte —mostrándose consciente de sus límites— advirtió que no era apropiado fijar ella misma, sin más,

la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer. (Considerando 16.)

Los ejes del decisorio pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- detectó la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la ley fundamental;

---

<sup>44</sup> En *Sánchez*, la Corte se pronunció a favor de la movilidad de los haberes previsionales (en el caso, de una pensión) de conformidad con las variaciones registradas en el índice del nivel general de remuneraciones (*Fallos*, 328:1602). El pronunciamiento es muy importante porque da por tierra con el poco feliz precedente sentado en *Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad*, de 27 de diciembre de 1996 (*Fallos*, 319:3241).

El esquema de votación de *Sánchez* fue el siguiente: la mayoría quedó constituida por los doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti; a su turno, concurrentemente votaron los ministros Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente; y, por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

- se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión;
- difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y
- dispuso comunicar al Poder Ejecutivo nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

## 7. Nuevas modalidades sentenciales y la aconsejable relación de colaboración entre la Corte Suprema y el Congreso

### 7.1. *Recapitulación y comentarios adicionales en torno a las variantes decisorias adoptadas recientemente por la Corte Suprema*

En este sector del trabajo intentaremos repasar brevemente los mecanismos que ha implementado la Corte Suprema sobre el punto que convoca nuestra atención y algunas pautas que emanan de otros fallos no mencionados hasta ahora pero que ofrecen ciertas aristas de interés para la indagación aquí emprendida.

#### 7.1.1. *Recapitulación*

Una reseña condensada de los pronunciamientos específicamente colacionados del alto tribunal, ciñéndonos a los más recientes, arroja que:

a) En *Mignone*, por medio de una suerte de *sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, y dispuso *urgir al Poder Legislativo* y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, estableciéndoles para ello un *plazo* de seis meses.

b) En *Verbitsky* también diseñó una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del estado provincial (Ejecutivo, *Legislativo* y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto el fallo revela la detección de *omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga* en que incurrían las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal y dispuso *exhortar* a los Poderes Ejecutivo y *Legislativo* de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

c) En *Badaro* descubrió y declaró la existencia de una *omisión legislativa inconstitucional* lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el artículo 14 *bis* de la ley fundamental y, por medio de una *sentencia exhortativa multilateral*, decidió *comunicar* al Poder Ejecutivo nacional y al *Congreso de la Nación* el contenido de la decisión para que, *en un plazo razonable*, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal *difirió* el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: a) por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión; y comunica su decisión a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente; y b) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

### 7.1.2. Anotaciones marginales sobre otras causas del tribunal

a) En *Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S. A. s/ despido*,<sup>45</sup> de 14 de setiembre de 2004, mudando su criterio anterior y por unanimidad<sup>46</sup> invalidó constitucionalmente —por irrazonable— el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según ley n.º 24013), para calcular la indemnización por despido incausado.

Asimismo, y con un dejo adicional de activismo, al tiempo de desactivar por inconstitucional aquel límite, avanzó en la *construcción de un criterio normativo operable en la causa*<sup>47</sup> al determinar *per se* que correspondía aplicar aquella limitación solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

---

<sup>45</sup> *Fallos*, 327:3677.

<sup>46</sup> En efecto, votaron coincidentemente todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Beluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

<sup>47</sup> Al respecto se ha puntualizado que ello representa una «decisión *cuasi legislativa*» (Mario Ackerman: «La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias», en *La Ley*, tº2004-F, Buenos Aires, p. 196).

b) En *Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios*,<sup>48</sup> de 29 de marzo de 2005, declaró por mayoría<sup>49</sup> la invalidez constitucional del artículo 19 de la ley n.º 24463 —paradójicamente llamada de *solidaridad previsional*, porque de *solidaria* poco tiene—, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

En apretada síntesis, el tribunal recordó la imposibilidad de pronunciarse sobre el acierto o la conveniencia de las soluciones legislativas, dejó en claro que la experiencia recogida durante los casi diez años de vigencia de la ley n.º 24463<sup>50</sup> la hacía susceptible de reproche con base constitucional por resultar *irrazonable*, porque el medio que arbitraba no era adecuado a los fines cuya realización procuraba o porque consagraba una manifiesta iniquidad (considerando 5.º de la mayoría); recordando también que el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución nacional (considerando 10, *in fine*, de la moción triunfante).

En definitiva, descartó el precepto citado en función de su inconstitucionalidad —irrazonabilidad— superviviente, *lo que también deja espacio para leer la cuestión desde el plano de la prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, abrogar) una cláusula legal desfasada y disvaliosa*.

Por lo demás, haciendo gala de su rol institucional como máximo tribunal de la nación, se animó a revisar judicialmente la configuración legislativa de su competencia en materia de apelación ordinaria, depurando tal espacio al extirpar de él a la actividad revisiva en materia previsional,<sup>51</sup> reivindicando y reforzando su papel de intérprete supremo de la Constitución, lo que a su entender le permitiría dedicarse al examen de cuestiones constitucionales sustantivas, menester para cuyo cumplimiento

---

<sup>48</sup> *Fallos*, 328:566. Sobre tal decisorio, véase Víctor Bazán: «La Corte Suprema, la depuración de su competencia por medio del control de constitucionalidad y la tutela de derechos humanos básicos», en *Jurisprudencia Argentina (Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, 28 de diciembre de 2005, Buenos Aires, LexisNexis, pp. 2-20.

<sup>49</sup> El voto que encabeza la sentencia fue suscrito por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos estos concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

<sup>50</sup> Recuérdese que fue publicada el 30 de marzo de 1995.

<sup>51</sup> En el considerando 10, primera parte, de la mayoría, puede leerse: «Que si bien es cierto que hasta el presente la Corte acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le ha asignado mediante el recurso en cuestión, *ello no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible*» (énfasis añadido).

algunos de sus integrantes<sup>52</sup> invocaron la necesidad de una *cooperación (eficiente) del Congreso de la Nación* al determinar las pautas de funcionamiento de dicha competencia apelada.

### 7.1.3. *Otra faceta de algunos fallos de la Corte: sus efectos inductores de la actividad legislativa*

No deseábamos cerrar este apartado sin volver siquiera brevemente a un tándem de decisorios ya abordados, mas para poner ahora de relieve un aspecto no relevado hasta aquí: *la potencialidad impulsoria de la tarea legislativa que estos han logrado desplegar*. Nos limitaremos a los casos *Mignone* e *Itzcovich*.

a) Luego del dictado de la sentencia en *Mignone*, el 4 del diciembre de 2003 se sancionó la ley n.º 25858,<sup>53</sup> promulgada por decreto n.º 1342/2003 del Poder Ejecutivo nacional, de fecha 29 de diciembre de 2003. En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó —entre otros incisos—, el *d* del artículo 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el artículo 3 *bis*, que dispone —en su primer párrafo— que «[l]os procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos electorarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos».<sup>54</sup>

b) Pocos días después de fallado el caso *Itzcovich* (recordamos, de 29 de marzo de 2005), el Congreso de la Nación sancionó la ley n.º 26025<sup>55</sup> por medio de la cual derogó el aludido artículo 19 de la ley n.º 24463, es decir, el que fuera declarado inconstitucional por el pronunciamiento en cuestión. Naturalmente, el decisorio *aceleró los tiempos parlamentarios* induciendo a dar rápida aprobación al proyecto que en aquel momento circulaba —con mayor distancia recorrida— en el Congreso nacional.

## 7.2. *La preservación del equilibrio institucional*

Desde hace más de una década venimos postulando la conveniencia de que la Corte Suprema se anime a explorar nuevos y tal vez *incómodos* espacios en materia de control de constitucionalidad, entre los cuales incluíamos al de las omisiones

---

<sup>52</sup> Véase en tal sentido el considerando 23 del voto concurrente conjunto de los doctores Maqueda y Zaffaroni.

<sup>53</sup> *BO*, 6.1.2004.

<sup>54</sup> Al margen del hecho auspicioso que supuso la positivación de tal solución, que queda en línea con las disposiciones y principios consagrados por la CADH y con el anclaje argumental exhibido por la Corte Suprema en *Mignone*, no deja de ser censurable el excesivo lapso que la ley en cuestión otorgó al Poder Ejecutivo para que la reglamentase, en tanto le fijó para tal menester un plazo máximo de veinticuatro meses contados a partir de la publicación de la aludida preceptiva legal.

<sup>55</sup> *BO*, 22.4.2005.



legislativas inconstitucionales, para cuya corrección propiciábamos la búsqueda por el máximo tribunal de nuevas modalidades sentenciales acuñadas en el derecho y la jurisprudencia comparados,<sup>56</sup> adaptándolas a nuestra cultura e idiosincrasia jurídicas.

Dentro del abanico de posibilidades al alcance de la Corte, puede mencionarse a las denominadas *sentencias intermedias*, ya unilaterales, por caso, las sentencias exhortativas o las aditivas; ya bilaterales, por ejemplo, las decisiones para dar tiempo a la intervención correctiva del legislador y salvar así la situación contraria a la Constitución que la normativa impugnada genera. Incluso, hasta planteábamos el problema normativo vinculado con el pronóstico o la prognosis, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habían sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevivientes, deviniendo anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas, nos preguntábamos si tal situación (caracterizada por la falta de actualización de aquellas por el legislador) era idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional.

Por fortuna, principalmente a partir de su nueva integración, con empuje activista, y como puede apreciarse de la reseña recapitulativa efectuada en el subapartado anterior (6.1), el tribunal se muestra más permeable a incursionar en nuevas técnicas decisorias y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos elementos e ingredientes para configurar una sistemática vernácula de opciones sentenciales para enriquecer la labor de defensa de la Constitución y la salvaguarda de su supremacía, normatividad y eficacia.

Naturalmente, es fundamental que la labor que al respecto impulse la Corte no sea planteada (ni entendida) en términos confrontativos, sino de diálogo y colaboración con los restantes poderes del Estado, en la búsqueda de un equilibrio que, sin perder de vista la ineludible obligación de aquella de mantener incólume la vigencia normativa prevalente de la Constitución, trasunte respeto por la estructura del Estado, la división de poderes, la libertad de configuración política del legislador y la autoridad democrática de este.

Específicamente en cuanto atañe al control sobre las pretericiones legislativas inconstitucionales, es preciso que la magistratura judicial delimite y se mantenga dentro del perímetro del campo de acción a su alcance para examinar el cuadro situacional que le permita constatar la presencia de tales omisiones y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor para evitar el peligro de deslizarse hacia una banalización de las declaraciones de inconstitucionalidad al influjo de la irreflexividad o el apresuramiento.

---

<sup>56</sup> Más allá de algún trabajo anterior, véase por ejemplo, «Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva», en la obra colectiva que coordináramos, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 171-269.

La faena judicial que lleve a auscultar si convergen o no los requisitos conformativos de la inconstitucionalidad por omisión no debería prescindir de un balance serio y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones jurídicas y axiológicas del derecho alegado o de la situación contraria a la Constitución que la omisión origina; lapso por el que viene manteniéndose la inactividad del órgano silente; margen de acción (o de inacción) del legislador; espectro de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución jurídica, material y financieramente posible.

Como anotación marginal, es interesante colacionar aquí la visión de Nino, para quien la *independencia* judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad.<sup>57</sup> Agrega que el carácter no necesariamente definitorio pero sí de estímulo y de participación en el debate democrático que pueden tener los jueces *se facilitaría si se admitieran remedios como el pedido de informes a comisiones parlamentarias para que justifiquen la omisión de legislar sobre ciertas cuestiones*.<sup>58</sup>

Previo a dejar paso a las observaciones de cierre de este trabajo, cabe todavía precisar que la lectura que de la interacción de aquellos elementos en algunos casos *difíciles* acometa el órgano judicial actuante, puede demandarle un ejercicio de ponderación, combinado con alguna dosis de subsunción, para articular una solución equilibrada que ni dé paso a una temeraria invasión jurisdiccional de sectores de atribuciones propios de otros poderes, ni obture la actuación judicial si el órgano legislante margina arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir *sine die* el cumplimiento de las imposiciones de la propia ley fundamental o cuando, ya en tarea de desarrollo constitucional, sin fundamento objetivo, excluya injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en equivalencia de circunstancias o, desde un plano genérico, incurra en insuficiencia normativa.

## 8. Epílogo

Del itinerario panorámico emprendido pueden extraerse las siguientes observaciones finales, que vienen a añadirse a ciertas apreciaciones conclusivas ya intercaladas en otros segmentos de este trabajo:

1. Es notoria la retracción del Congreso en ámbitos competenciales que le son específicos, dejando espacios deshabitados que ocupa el Ejecutivo fortaleciendo su caudal hegemónico. A ello se añaden pretericiones y retardos legislativos

---

<sup>57</sup> Carlos S. Nino: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 705.

<sup>58</sup> *Ibidem* (énfasis añadido).

inconstitucionales que no pueden disimularse anómicamente pues erosionan la supremacía, la normatividad y la eficacia de la ley fundamental.

2. Como *mutatis mutandi* constata Carrillo, en Europa (aunque —agregamos por nuestra parte— con irradiaciones hacia el ámbito iberoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la ley fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda de que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquella ordena el sistema político y *los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador* y el resto de los poderes del Estado.<sup>59</sup>

La alusión referencial anterior da pie para reiterar que la discusión en torno a las posibilidades de sustentación jurídico-política del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión *constitucionalismo-democracia, judicatura-Congreso* o, en otras palabras, de la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación.<sup>60</sup>

Las relaciones tensionales entre el Poder Judicial y el Congreso deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto acometa la Corte Suprema de Justicia como cabeza del cuerpo judicial, no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano confrontativo o de puja de poder, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del alto tribunal de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Constitución, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

En esa lógica interactiva es tan importante que la magistratura judicial gobernada por la Corte Suprema actúe imbuida de un *activismo prudente*, como que el Congreso *asuma la crucial importancia de su rol institucional y actúe a la altura de las circunstancias que el Estado constitucional de derecho*<sup>61</sup> le impone.

---

<sup>59</sup> Marc Carrillo: «La jurisdicción constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional español y las hipotecas del caso chileno», en Raúl Morodo y Pedro de Vega (directores): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, Madrid, Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 1472.

<sup>60</sup> La frase que cierra este tramo del texto: «la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación», es paráfrasis de la apreciación de Zagrebelsky, quien alude a «lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación» (Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, trad. de Marina Gascón, 3ª ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 152).

<sup>61</sup> Es preciso reiterar que el modelo jurídico-político del *neoconstitucionalismo*, representativo del Estado constitucional de derecho, nutre a las Constituciones que, aparecidas fundamentalmente

3. Principalmente a partir de su nueva integración, y con tono activista, el Tribunal supremo argentino ha comenzado a mostrar su proclividad a incursionar en nuevas técnicas sentenciales y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos elementos e ingredientes para configurar una sistemática propia de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa jurídica y axiológica de la Constitución. Es que, como se ha apuntado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera.<sup>62</sup>

Solo por utilizar la terminología empleada en el derecho y la jurisprudencia comparados y, claro está, *mutatis mutandi*, en el campo correctivo de las pretericiones legislativas inconstitucionales y otros espacios relativos al despliegue de la fiscalización constitucional, podría decirse que el máximo tribunal ha recurrido a una variante —autóctona— de *sentencias intermedias*.

En esa dinámica ha experimentado con resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo (en este último caso, determinando cuantitativamente tal parámetro temporal o limitándose a emplear la difusa expresión «en un plazo razonable»), dando tiempo en algún caso, *luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador previo a un análisis final de la pretensión actora*; asimismo, en cierto supuesto, al tiempo de descartar una previsión normativa por anticonstitucional, hizo gala de su *función creadora de derecho* construyendo un criterio normativo operable en la causa para dirimir la cuestión sometida a su conocimiento; e incluso en un determinado precedente puede inferirse que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando un razonamiento que deja algún espacio para intuir un acercamiento al plano de la *prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa* nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del Tribunal en materia previsional, animándose algunos de sus componentes<sup>63</sup> a argumentar sobre la necesidad de una *cooperación eficiente* del Congreso de la Nación al determinar las pautas de funcionamiento de dicha nudo competencial en grado de apelación.

---

a partir de la segunda mitad del siglo pasado, pretenden recomponer la fractura entre democracia y constitucionalismo. Al respecto, es innegable la importante transformación que, respecto del esquema de relaciones entre Parlamento y judicatura, ha propiciado el establecimiento de una Constitución considerada como norma jurídica —por tanto, dotada de fuerza normativa—, impregnada de valores y principios, y presente en todas los espacios jurídicos y en todos los conflictos mínimamente trascendentes (véase, sobre el punto, Víctor Bazán: «Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión», en *La Ley*, t.º2005-F, Buenos Aires, pp. 775-793).

<sup>62</sup> Cf. Augusto Martín de la Vega: *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 402.

<sup>63</sup> Véase referencia en nota 52.

4. Una constatación empírica muestra que la Corte Suprema se encuentra en trance de diseñar una nueva identidad institucional y perfilar un modelo distinto de jurisdicción constitucional (¿para consolidarse como tribunal constitucional *de facto*?).

Así parecieran demostrarlo algunos de los decisorios reseñados en este trabajo y otros que se nombrarán a continuación, en los que transmitió un mensaje reivindicativo de su rol de Poder del Estado y aclaratorio de la silueta funcional que identifica como primordial: centrar cuantitativa y cualitativamente sus esfuerzos en el examen de cuestiones constitucionales sustantivas. Es decir, reforzar su papel como intérprete supremo de la Constitución, lo que lleva a pensar que está dispuesta a someter su vientre competencial a una cirugía mayor para moverse así hacia una nueva fase de su metamorfosis institucional que le permita no entretenerse en cuestiones menores, constitucionalmente insustanciales o que la alejen de la meta que cataloga como fundamental en su quehacer: «mejorar su funcionamiento concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional», o sea, enfocando principalmente temas constitucionales que ostenten trascendencia institucional.

Al menos dos vertientes jurisprudenciales recientes confirman la decisión del Tribunal de instrumentar una renovación de su papel institucional:

a. Por una parte, el ejercicio del control de constitucionalidad para depurar su competencia de apelación ordinaria; por ejemplo, lo resuelto —en punto al ámbito previsional— en la aludida causa *Itzcovich*.

b. De su lado, la formulación de un estándar restrictivo para determinar su competencia originaria. Esta línea judicial puede ser representada por los precedentes que señalaremos seguidamente y en los que, respectivamente, se observa:

b.1. Una *versión reducida del concepto de causa civil*, cuyo contorno queda limitado a aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata como al examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, a la determinación y valuación del daño resarcible.

Tal premisa se corporiza por ejemplo en: *Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios*, de 21 de marzo de 2006; *Contreras, Carlos Walter c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios*, de 18 de abril de 2006 y *Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios*, de 9 de mayo de 2006.

b.2. Un criterio *sui generis* que dio forma al pronunciamiento emitido en un resonante caso: *M.1569.XL, Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros*, dirimido el 20 de junio de 2006 y referido nada menos que a la problemática ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo.

En él se declaró la *incompetencia originaria* del Tribunal en razón de la distinta vecindad o de extranjería —artículo 117 CN— frente a reclamos resarcitorios dirigidos contra la Nación, un Estado provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas, *por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente* —en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la mencionada cuenca—, al no verificarse el recaudo de «causa civil» exigido por el artículo 24, inciso 1.º, del decreto ley n.º 1285/58.

Pero paralelamente *habilitó aquella modalidad competencial originaria* en relación con la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y *resarcir un daño de incidencia colectiva* —a causa del vertido de dicho tipo de residuos en el curso de la aludida cuenca— frente al carácter federal de la materia en debate —artículo 7 de la ley n.º 25675—,<sup>64</sup> al haberse demandado conjuntamente —entre otros sujetos— a la nación y a un estado provincial.

Dicho de modo condensado: por un lado, declaró su *incompetencia originaria* para conocer respecto de la demanda por el resarcimiento de los *daños y perjuicios individuales* y, por el otro, fijó su *competencia originaria en relación con las pretensiones concernientes a la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo*.

5. Como mensaje final, es conveniente recordar que la infracción a la Constitución por omisión no debe permanecer impune porque el propio órgano legislativo renuente deje de instrumentar los remedios procesales para atacar a la inconstitucionalidad omisiva; caso contrario, el antídoto contra ese tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. En consecuencia, es al Poder Judicial al que le corresponde diseñar tales vías procesales si el legislador común no lo hace;<sup>65</sup> para lo cual, entendemos, existe suficiente base constitucional legitimante.

Sin embargo, no se nos escapa que incursionar en la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión supone internarse en terrenos *intrincados* del control de constitucionalidad, al aproximarse a problemas complejos como los de la *eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales* y rozar puntos de alta sensibilidad en tanto procura corregir inercias del órgano legisferante, que puede sentirse *acosado o invadido* en espacios que entiende de su exclusiva discrecionalidad y, por tanto, creerse *limitado antidemocráticamente*.

---

<sup>64</sup> Se trata de la Ley General del Ambiente, publicada el 28 de noviembre de 2002.

<sup>65</sup> Néstor P. Sagüés, «Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión», en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coordinadores): *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, D. F., 12 al 15 de febrero de 2002), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 619.

Pese a las dificultades expuestas, el empeño jurisdiccional de la Corte en ese sentido será bienvenido, siempre que sea prudente, responsable y equilibrado, y su nivel de legitimación se acrecentará en tanto se oriente a promover un diálogo constructivo cimentado en una recíproca y respetuosa colaboración con el Poder Legislativo; poderes públicos, ambos, que nunca deben perder de vista que se encuentran normativa, política y axiológicamente vinculados a la Constitución, unidad de orden y de sentido de todo el ordenamiento jurídico.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Cf. en cuanto a esta última apreciación (la Constitución como unidad de sentido de todo el ordenamiento jurídico), Ángel Garrorena Morales: Ángel Garrorena Morales: «Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad...», o. cit., p. 1843.

Marcelo Alberto López Alfonsín\*

## Los *presupuestos mínimos de protección ambiental* son leyes especiales

### 1. La cláusula ambiental y la cuestión competencial en la reforma de 1994

La visión federal se ha ampliado, a nuestro entender, en varios aspectos de nuestro derecho sustantivo a partir de la última reforma constitucional. Corresponde adentrarnos en la problemática ambiental y la relación nación-provincias, en particular en cuanto a las cuestiones de dominio y jurisdicción local y federal. Para ello, la cláusula introducida en el tercer párrafo del artículo 41 por la reforma de 1994 y el último párrafo del artículo 124 son las llaves maestras. La facultad del Congreso de la Nación de dictar los «presupuestos mínimos de protección ambiental» y de las provincias de sancionar las normas «necesarias para complementarlas» no implican, a nuestro entender, en modo alguno contradicción con la declaración del *dominio originario* por estas últimas en relación con sus propios recursos naturales.<sup>1</sup> A esta compatibilidad debemos agregarle la delegación efectuada por las provincias en el Congreso de la Nación para la sanción de la legislación de fondo, que se mantiene en el actual artículo 75, inciso 12.<sup>2</sup>

---

\* Abogado. Magíster en Ambiente Humano. Profesor adjunto regular de Derechos Humanos y Garantías y de Régimen Jurídico de los Recursos Naturales, en la Universidad de Buenos Aires. Asesor técnico del Senado de la Nación.

<sup>1</sup> Véase, en este sentido, del autor: «Parques nacionales en la agenda de Johannesburgo 2002», en *La Ley*, suplemento de «Derecho Ambiental», diciembre de 2002.

<sup>2</sup> Ex artículo 67, inciso 11, CN.



La delimitación competencial entre la nación y las provincias ya había sido abordada antes de la reforma por profundos estudiosos del federalismo argentino como Pedro J. Frías, y se había erradicado con firmeza la óptica confrontativa que pudiera intentar aplicarse en esta delicada materia. Este maestro siempre pregonó un *federalismo de concertación* del cual la cuestión ambiental debía actuar como paradigma a seguir. En otra ocasión<sup>3</sup> hemos afirmado que ese paradigma implica hoy que la norma o las normas —sea a través de una ley marco o de diversas leyes regulatorias para cada aspecto en particular— de presupuestos mínimos a dictar por la Nación son un *piso* al que las provincias quedan habilitadas para colocar un *techo* más alto para complementarlas, en virtud de la potestad de estas de extender la protección ambiental en sus territorios.<sup>4</sup> Por supuesto, esto no supone que las provincias puedan dictar normas complementarias de leyes nacionales de protección ambiental cuando estas tengan que ver con materias objeto de los códigos de fondo. El artículo 75, inciso 12, de la ley fundamental es muy claro en este punto. Pero también es evidente que esta competencia federal de legislación no significa que pueda centralizar su jurisdicción en materia ambiental. Máxime cuando la reforma de 1994 enuncia un principio general de amplia significación y trascendencia, en las palabras de Daniel Sabsay,<sup>5</sup> al asignarle a las provincias la facultad de disponer de sus recursos naturales y sus ambientes. Se pregunta este autor cómo se complementan ambas facultades, y responde: «es que la facultad de dictar normas básicas ha sido delegada a la nación por las provincias, siempre que la misma no importe un vaciamiento de tal dominio».<sup>6</sup> Por razones de espacio no nos detendremos en el análisis de los denominados *establecimientos públicos de utilidad nacional*<sup>7</sup> con todas sus particularidades, pero es preciso profundizar la novedosa y polémica categoría competencial introducida en esta materia en 1994 en el tercer párrafo de la cláusula ambiental.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> «Los presupuestos mínimos de protección ambiental: una perspectiva constitucional», en *La Ley*, suplemento de «Derecho Ambiental», agosto de 1998.

<sup>4</sup> En similar sentido, Germán Bidart Campos: «El artículo 41 de la Constitución y el reparto de competencia entre el Estado y las provincias», en *DJ*, 1997-2, p. 711, y María Angélica Gelli: «La competencia de las provincias en materia ambiental», en *La Ley*, 1997-E, p. 805.

<sup>5</sup> Daniel Sabsay: «El nuevo artículo 41 de la Constitución nacional y la distribución de competencias Nación-provincias», en *DJ*, 1997-2, p. 783. No compartimos con el mencionado autor el carácter de norma como ley material: sostenemos la posición de que dichas normas deben ser entendidas como ley en sentido formal.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 783.

<sup>7</sup> Para ampliar, véase Pablo Luis Manili: *Establecimientos de utilidad nacional. Artículo 75 inciso 30 de la Constitución nacional*, Buenos Aires, Universidad, setiembre de 2004.

<sup>8</sup> Parte de estas reflexiones fueron publicadas por el autor en el suplemento digital «Federalismi.it» de la Universidad La Sapienza, Italia, y como colaboración a la obra colectiva de homenaje a los 150 años de la Constitución nacional, editada por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), coordinada por Jorge Alejandro Amaya.

## 2. Qué son y qué no son los *presupuestos mínimos de protección ambiental*

Antes de analizar el derecho sustantivo vigente cabe recordar que el constituyente reformador fue habilitado para tratar la totalidad de la cuestión ambiental bajo el rótulo de «preservación del medio ambiente» en virtud del inciso *k* del artículo 3.º de la ley n.º 24309<sup>9</sup> con una limitación expresa: cualquiera fuera el alcance que le diera al contenido temático, este debía estar circunscrito a un solo artículo a incorporar en el capítulo II de la primera parte de la Constitución nacional.<sup>10</sup> Debemos tener presente esta limitación preconstituyente fijada por el Congreso de la Nación —de conformidad con el artículo 30 de la ley fundamental— pues jugó un rol muy importante al momento de la redacción definitiva de la cláusula ambiental del artículo 41, máxime cuando esta es el resultado del consenso de 124 iniciativas parlamentarias presentadas por los constituyentes sobre esta materia.<sup>11</sup>

Veamos cuál fue el despacho de comisión en mayoría con respecto a este punto: «[...] El Congreso establecerá la legislación de base con los principios comunes y los niveles mínimos de protección, sin alterar las jurisdicciones locales y las facultades propias de las provincias». En el informe respectivo se fundamenta que:

[...] el proyecto viene a incluir en el texto constitucional la modalidad de la legislación de base nacional, definidora de la política nacional del país en la materia, lo cual quedará expresado en «principios comunes» a tal efecto, así como los «niveles mínimos de protección», lo cual implica establecer una virtual modalidad de complementación legislativa entre la Nación y las provincias.<sup>12</sup>

Con respecto a los despachos de la comisión en minoría, el convencional Alberto Natale, junto a representantes de los partidos provinciales, recomendaba el siguiente párrafo: «[...] Corresponde a la Nación dictar las normas generales que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales»; lo fundamentaba en que el deslinde de competencias es lo más importante que corresponde definir operativamente en la Constitución. Si bien este deslinde es más propio de la parte orgánica que de la parte dogmática de una carta constitucional, no nos olvidemos de la restricción indicada por el Congreso de la Nación. Por su parte, el despacho de la comisión elaborado por el Frente Grande no contiene en este aspecto diferencias con el firmado por los convencionales de la Unión Cívica Radical y del

---

<sup>9</sup> ADLA, LIV-A, p. 89.

<sup>10</sup> Véase el análisis de esta norma en: Alberto R. Dalla Via: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, La Plata, Librería Editora Platense, 1994.

<sup>11</sup> Los despachos de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías encargada del tema pueden ser consultados en Marcelo López Alfonsín: *El medio ambiente y los derechos colectivos en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Estudio, 1995, en especial, el capítulo 1.

<sup>12</sup> Cf. Quiroga Lavié, Humberto: «El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional», *La Ley*, 1996- B, 950.

Partido Justicialista, de igual forma que la disidencia parcial aportada por el convencional Alvaro Alsogaray (Unión de Centro Democrático, UCEDÉ).

Vistos estos despachos de comisión cabe preguntarse en qué instancia se decidió el texto definitivo aprobado. Pues fue en la Comisión de Redacción, la cual actuó de hecho como una especie de *filtro* previo a la discusión de cada tema en el recinto del pleno de la Convención Constituyente.<sup>13</sup> Fue allí donde se produjo un fuerte debate entre los defensores del proyecto —que en definitiva recogió el consenso de los miembros de la comisión originaria— y algunos miembros del órgano redactor, que impulsaban una modificación al anterior artículo 67, inciso 11, CN, incluyendo entre las atribuciones del Congreso de la Nación la de «dictar un Código Ambiental» junto al resto de la legislación común.<sup>14</sup> Este intento fracasó, y el plenario de la Convención finalmente sancionó el texto del nuevo artículo 41, desechando así esta modificación que había sido fundada bajo el objetivo de «actualización de las facultades legislativas».<sup>15</sup>

Lo señalado anteriormente es muy importante para la interpretación constitucional, por cuanto *los textos deben ser valorados tanto por lo que dicen como por lo que omiten o se abstienen de enunciar*, máxime las diferencias tan marcadas del debate en esta cuestión.

Este criterio hermenéutico es clave para afrontar la perspectiva del desarrollo legislativo infraconstitucional posterior a la reforma de 1994, tal como veremos en el siguiente acápite. Resulta evidente que la voluntad del legislador constitucional está mucho más próxima a la legislación de base, propia del derecho constitucional español, que de una delegación provincial de poderes en el gobierno federal, lo cual ratifica nuestra posición en cuanto a la afirmación del federalismo ambiental producida con la reforma de 1994.<sup>16</sup> Nuestra posición favorable a un *federalismo de concertación* ya adelantada debe, pues, ser reafirmada por un principio de fidelidad sino porque estamos persuadidos de que es este el mejor modelo para asegurar la eficacia en la aplicación de las normas ambientales.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> En similar sentido actuó la Comisión de Negocios Constitucionales en la histórica Convención de Santa Fe de 1853, integrada entre otros por Benjamín Gorostiaga y José María Gutierrez.

<sup>14</sup> El antecedente legislativo de dicha iniciativa puede rastrearse en el denominado «Código Blanco». Véase, en este punto, el capítulo 1 de «Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente», de Alberto R. Dalla Via y Marcelo A. López Alfonsín, Buenos Aires, Estudio, 1994. En dicha obra nos pronunciamos a favor de la sanción de una «ley marco» sobre la materia.

<sup>15</sup> El nuevo artículo 75, inciso 12, CN, que reemplaza en su redacción al anterior artículo 67, inciso 11, incluyó una modificación en relación con el Código del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual puede ser sancionado «en un solo cuerpo o por separado».

<sup>16</sup> Cf. Carlos H. Tacca Conte Grand: «Comentarios a la reforma constitucional», Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995, pp. 283 ss.

<sup>17</sup> Ya nos pronunciamos en este sentido junto a Daniel A. Sabsay, en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional. Pautas y sugerencias fundamentales*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996, pp. 145 ss.

El principio liminar del federalismo argentino, que se desprende de los artículos 1.º y 121 de la Constitución nacional, por el cual las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente al gobierno federal, mantiene de este modo su plena vigencia, la cual se actualiza y reafirma en 1994 al otorgar el constituyente reformador a las provincias el dominio originario sobre los recursos naturales (artículo 124, última parte de la CN), cerrando así una polémica de larga data.<sup>18</sup> A la luz de estos parámetros corresponde analizar la norma que el Congreso de la Nación denominó expresamente de «presupuestos mínimos de protección ambiental», en especial la ley n.º 25675,<sup>19</sup> base de la política legislativa en la materia.

### 3. Los principios rectores de la Ley General del Ambiente y las llamadas *leyes sectoriales*

Esta ley tiene un carácter mixto:<sup>20</sup> incluye normas que se encuadran claramente en la nueva categoría competencial analizada en el acápite anterior, con aspectos que son materia de legislación de fondo, con la distinción ya efectuada anteriormente.

Entre las cuestiones que son indubitadamente *presupuestos mínimos* cabe señalar a los principios rectores de política ambiental enunciados en su artículo 4.º

Ellos son:

- principio de congruencia.
- principio de prevención.
- principio precautorio.
- principio de equidad intergeneracional.
- principio de progresividad.
- principio de responsabilidad.
- principio de subsidiariedad.
- principio de sustentabilidad.
- principio de solidaridad.
- principio de cooperación.

---

<sup>18</sup> La Constitución de 1949 había nacionalizado los recursos naturales, en concordancia con las visiones económicas de la época.

<sup>19</sup> ADLA, LXIII-A, p. 4. Un análisis completo de esta normativa se puede consultar en Eduardo Pablo Jiménez (coord.): *Derecho ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Buenos Aires, Ediar, 2004, en especial el capítulo «Ley general del ambiente. Interpretando la nueva legislación ambiental», de Gabriela García Minella.

<sup>20</sup> Coincidimos con la opinión de Daniel Sabsay y María Eugenia Di Paola recogida en varios trabajos sobre el tema publicados por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN).

Estos diez principios rectores son, pues, presupuestos mínimos<sup>21</sup> «para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable», tal como el legislador lo quiso remarcar en el propio título de la ley en cuestión.<sup>22</sup> Pero es también indubitable que *la regulación en materia de seguros, así como la integración de fondos de restauración (artículo 22) y de compensación ambiental (artículo 34) son materia fondal en los términos del artículo 75, inciso 12, de la Constitución nacional, y no del tercer párrafo del artículo 41 de esta*, como lo señalamos anteriormente.

En igual sentido, el Congreso de la Nación sancionó bajo el mismo concepto de *leyes de presupuestos mínimos* la normativa sectorial que se detalla:

- ley n.º 25612, referida a la gestión integral de los residuos industriales y otras actividades de servicios;<sup>23</sup>
- ley n.º 25670, referida a la gestión y la eliminación de los llamados PCB;<sup>24</sup>
- ley n.º 25688, referida a la gestión integral de los recursos hídricos;<sup>25</sup>
- ley n.º 25831, reglamentaria del procedimiento de acceso a la información ambiental;<sup>26</sup>
- ley n.º 25916, referida a la gestión integral de los residuos domiciliarios.<sup>27</sup>

Este verdadero *paquete* normativo sectorial fue duramente cuestionado por las autoridades provinciales en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente (CO-FEMA), y ha producido un freno en la actividad legisferante. Hoy en día esta vuelta al ya criticado *federalismo de confrontación* no es un buen augurio para el desarrollo de una legislación ambiental moderna que aporte seguridad jurídica al sistema en su conjunto.<sup>28</sup>

---

<sup>21</sup> Todos ellos tienen sus antecedentes en el derecho internacional ambiental, en especial las declaraciones finales de las Conferencias de la ONU sobre Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) y sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992).

<sup>22</sup> Cf.: *Antecedentes parlamentarios*, mayo de 2003, n.º 4, tomo 2003-A, p. 581.

<sup>23</sup> Esta ley fue cronológicamente sancionada con anterioridad a la Ley General del Ambiente. Esto tiene su explicación en la necesidad de modificar el régimen previsto por la ley n.º 24051 en materia de residuos peligrosos, norma que era una *ley de adhesión* sancionada en 1992, por este nuevo marco competencial posterior a 1994. Fue publicada en el *Boletín Oficial* el 29 de julio de 2002.

<sup>24</sup> *BO*, del 19 de noviembre de 2002.

<sup>25</sup> *BO*, del 3 de enero de 2003.

<sup>26</sup> *BO*, del 1.º de julio de 2004.

<sup>27</sup> *BO*, del 7 de setiembre de 2004.

<sup>28</sup> En parte abordamos la cuestión en el capítulo referido a «Las acciones ambientales» en la obra colectiva coordinada por Pablo Luis Manili, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Universidad, marzo de 2005.

Puede ser una señal positiva en cuanto al afianzamiento de los principios expuestos el papel activo que viene jugando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, supliendo la falta de políticas de los restantes poderes, en relación con la problemática de la contaminación de la cuenca del río Matanza-Riachuelo en los autos *Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional - Provincia de Buenos Aires - Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.

Hacemos votos por que este camino se consolide en una verdadera política de Estado por todas las autoridades, en cumplimiento del mandato de la cláusula constitucional del artículo 41. Que así sea.

Daniel Alberto Sabsay\*

# El ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo

## 1. Introducción

En una democracia constitucional, a cada uno de los tres órganos que componen el gobierno le corresponde una determinada esfera de competencia, compuesta por un abanico de facultades relativas a su propia función a las que se agregan otras con la finalidad de controlar a los otros dos poderes y así recíprocamente. Esta formulación se desprende del principio de separación de los poderes, elemento básico del Estado de derecho, adoptado por la Constitución argentina. Así es como al Poder Legislativo le cabe con exclusividad hacer la ley, el Poder Ejecutivo tiene a su cargo el ejercicio de las denominadas atribuciones colegislativas, como son la iniciativa parlamentaria y la observación o veto de una norma sancionada por el Congreso. Ello, a fin de ejercer una suerte de fiscalización sobre la órbita del Legislativo.

No obstante este claro marco constitucional, la evolución de las actividades estatales unida a la velocidad y la solvencia técnica con que deben tomarse algunas de las decisiones relacionadas con ellas, hizo que se dejaran de lado parte de las consideraciones antes vertidas. Así, el Poder Ejecutivo ha ido adquiriendo ciertas potestades legislativas propiamente dichas, pero ese ejercicio solo se acepta cuando se ejecuta dentro del estrecho espacio reconocido especialmente en las leyes fundamentales.

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en las Universidades de Buenos Aires, Di Tella, Austral, Nacional de Tucumán, entre otras.

Así, en nuestro país, transcurrido el primer cuarto del siglo XX, el presidente comenzó a desempeñar facultades de naturaleza legislativa, básicamente por una aplicación extensiva de su competencia para el dictado de reglamentos de ejecución o de aplicación de leyes. Ante este avance de la actividad ejecutiva, a la justicia le cupo definir los límites de esa nueva esfera de competencia que no surgía de manera explícita del texto constitucional. En adelante se fue elaborando una jurisprudencia que le dio un marco de referencia a los decretos de necesidad y urgencia, a la delegación legislativa y a la promulgación de las partes no observadas de una ley parcialmente vetada por el presidente.

Con el transcurso del tiempo, la vocación legiferante del presidente de la Nación se fue poniendo cada vez más de manifiesto y frente a graves abusos, la reforma constitucional de 1994 decidió incorporar al texto de la ley fundamental los tres institutos antes mencionados. Sin embargo, merece destacarse que la reglamentación constitucional tuvo por finalidad principal, y casi exclusiva, la limitación del uso de esos institutos. Por ello, en las tres disposiciones en que están contemplados —artículos 76, 80 y 99, inciso 3.º—, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general negatorio de dicha facultad. Por caso, en lo relativo a delegación legislativa, que es la materia que a continuación ocupará nuestro análisis, el artículo 76 reza así: «*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*» (el énfasis es nuestro).

La solución que importa la disposición transcrita ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de setenta años y por lo tanto la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de aquella. Ante todo queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. Hechas estas primeras puntualizaciones, nuestro desarrollo comenzará con el análisis de la institución de la delegación legislativa y de sus límites. Luego observaremos el estado de la cuestión en el derecho comparado tanto extranjero como el derecho público de nuestras provincias.

## 2. La delegación de facultades legislativas. Sus límites en el Estado de derecho

Como ya ha quedado dicho, el instituto ya existía previamente a la reforma que ha decidido incorporarlo al texto constitucional. Su tratamiento importa un engrosamiento de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Asimismo, le procura a este órgano un nuevo ámbito de facultades legislativas, el de erigirse en determinadas circunstancias en el hacedor directo de la ley. A través de esta innovación cobran



estatus constitucional los llamados reglamentos delegados que conjuntamente con los de necesidad y urgencia tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierto desafío a los contenidos del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico.

A partir del concepto de delegación en general, Segovia expresa que:

[...] toda delegación supone dos personas u órganos (delegante y delegado), un objeto delegado (misión, encargo, atribución), y una causa variable. La delegación de facultades legislativas comprende todos estos elementos: un delegante (Poder Legislativo), un delegado (en nuestro caso, el Poder Ejecutivo, aunque bien podría ser el Poder Judicial o un organismo administrativo), un objeto (o sea, una facultad legislativa que se encarga como misión) y una causa o razón que justifica la delegación.

Para definir a las leyes delegadas, nuestro autor cita a Gómez Acebo,<sup>1</sup> quien considera que «son aquellos actos que revisten la forma de decretos del jefe de Estado y tienen la eficacia de las leyes formales, emanando del gobierno en base a una delegación recibida de los órganos legislativos».<sup>2</sup>

Spota fundamenta el surgimiento del instituto en una lenta evolución de las instituciones que ha importado un cambio significativo del rol del Parlamento a lo largo del tiempo. Este profesor ubica la aparición efectiva del Parlamento como hacedor de leyes, órgano que monopoliza esta función en el espectro estatal, en el constitucionalismo inglés. «En Occidente, al menos, esa idea se forja, se afirma y cristaliza —sostiene este autor— en el proceso histórico constitucional inglés, especialmente durante el siglo XVII». Luego afirma que será Montesquieu quien «enseña y transmite al mundo la idea del Parlamento como órgano exclusivo hacedor de la ley». Pero el siglo XX traería aparejados grandes cambios para esta teoría. 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 las decisiones, una naturaleza preponderantemente administrativa y gran contenido técnico. Ello actuará como una causa principal en la conversión de la función de los Parlamentos y de los Congresos en el mundo contemporáneo, que Spota considera como «ámbitos de debate y decisión de las grandes líneas de conducción política y social».<sup>3</sup>

Ahora bien, una vez que hemos precisado el marco de la cuestión a la luz de su evolución en el tiempo, debemos tener en cuenta que el desequilibrio que se produce de resultados de estos corolarios impacta fuertemente sobre el principio de separación

---

<sup>1</sup> Ricardo Gómez Acebo: «El ejercicio de la función legislativa por el gobierno: leyes delegadas y decretos leyes», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 60, Madrid, 1951, p. 74.

<sup>2</sup> Juan F. Segovia: «Delegación de facultades legislativas», en P. Guilhou y otros: *Atribuciones del presidente argentino*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 297-298.

<sup>3</sup> Alberto 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). Ensayo», en *Revista de la AADC*, año VI, n.º 45, Buenos Aires, 1989, p. 4, y en *La Ley*, año XIII, n.º 201, 18.10.1989.

de poderes. Ello así debe encontrar el mejor mecanismo a efectos de lograr que se reajuste la pérdida sufrida por el Poder Legislativo. La doctrina judicial argentina encontró en la clasificación de la delegación en dos categorías diferentes el modo de la salida deseable. En efecto, se trata de la delegación propia e impropia; esta última es la única admisible en el estado de Derecho al proveer la modalidad de control que, por la vía de diferentes exigencias y de la intervención de otros órganos, debe rodear a la institución en su conjunto.

Cullen 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.<sup>4</sup>

Antes de que se llevara a cabo la reforma constitucional de 1994, Vanossi expresaba que:

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 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.

Para este jurista, el segundo paso consiste en el análisis de la interpretación jurisprudencial, a la que volveremos en el punto pertinente.<sup>5</sup>

Nos parece muy claro el marco que establece Bielsa<sup>6</sup> para que pueda operar la delegación legislativa dentro de parámetros que se compadezcan con el Estado de derecho. Él recomienda que se impongan los siguientes requisitos:

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.

---

<sup>4</sup> Iván J. M. Cullen: «La delegación de competencias en el Estado moderno», en *Revista de la AADC*, año VI, n.º 45, Buenos Aires, 1989, p. 12. En el mismo sentido Germán J. Bidart Campos: *El derecho constitucional de la libertad*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1986, p. 28.

<sup>5</sup> Jorge R. Vanossi: «Límites constitucionales a la delegación de facultades», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 36, Buenos Aires, 1989, pp. 4 ss.

<sup>6</sup> Rafael Bielsa: «Reglamentos delegados», en *La Ley*, 4.5.1961.

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, de las citas precedentes podemos establecer las siguientes exigencias para que pueda operar la delegación legislativa sin afectar de manera irremediable a las instituciones republicanas:

- 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;
- estos límites están impuestos tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. En particular, en su artículo 27,<sup>7</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa las cuestiones que deben quedar a salvo de toda emergencia;
- 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* o ‘patrones legislativos’. Es decir que esta no será una suerte de *cheque en blanco* concedido

---

<sup>7</sup> «Artículo 27. Suspensión de Garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.»

a favor del Ejecutivo sino que este último debe completar una norma ya *planeada* 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;
- que exista un control jurisdiccional a posteriori, además del que le compete al propio órgano delegante.

### 3. La cuestión en el derecho comparado y en las Constituciones provinciales

La Constitución italiana de 1948 es una de las primeras leyes fundamentales posteriores a la Segunda Guerra que introduce a la delegación legislativa en su articulado. Lo hace de la siguiente manera: 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». Como podemos ver, la disposición contempla a grandes rasgos las exigencias que hemos mencionado en el punto anterior. La interpretación jurisprudencial ha sido la encargada de completar el sentido de estas y de darles su verdadero alcance.

El constituyente español de 1978, por su parte, ha sido mucho más cuidadoso y se ha encargado de reglamentar en el texto constitucional los límites a que debe ajustarse el instituto. La cuestión es objeto de tratamiento por varias disposiciones (artículos 81 a 85). 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 atribuida en forma expresa, por tiempo determinado y sobre una materia en particular. Deber destacarse que esta Constitución ha sido la fuente a la que con mayor asiduidad han recurrido los reformadores argentinos de 1994, afirmación que se desprende de la simple lectura del *Diario de Sesiones* de la Convención Constituyente de Santa Fe.

La profesora Demaría Massey se ocupa del tratamiento de la delegación de facultades en general de un órgano a favor de otro en el derecho público provincial. Ello le permite identificar un primer grupo de provincias cuyas Constituciones la impiden de manera expresa. Son ellas: Buenos Aires (artículo 33), Catamarca (artículo 3), Córdoba (artículo 13), Corrientes (artículo 15), Chaco (artículo 5), Formosa (artículo 24), Jujuy (artículo 7), Mendoza (artículo 12), Misiones (artículo 6), Santa Cruz (artículo 31), Tucumán (artículo 3) y Salta (artículo 4, cuyo texto transcribimos como ejemplo de este grupo de constituciones provinciales: «Los poderes públicos no pueden delegar facultades conferidas por esta Constitución, ni atribuirse otras que las expresamente acordadas por ella»). La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires también sigue este rumbo ya que su artículo artículo 84 expresa que «la

Legislatura no puede delegar sus atribuciones». Dentro de este panorama, en el cual el principio de separación de poderes en su aplicación ortodoxa parece predominar, esta autora cita dos provincias cuyas Constituciones permiten, con carácter excepcional, la delegación legislativa. Son ellas: San Juan (artículo 44) y Santiago del Estero (artículo 9) que dice así:

La delegación de facultades a los poderes de gobierno solo podrá efectuarse en forma excepcional y con expresa indicación de su alcance y bajo la condición de que sea por tiempo determinado y lo actuado por el poder delegado esté sujeto a control por el poder delegante. La delegación puede ser revocada cuando el delegante juzgue propio hacerlo, sin que afecte como consecuencia de ello los derechos irrevocablemente adquiridos por su aplicación. No podrán delegarse aquellas facultades que son propias e inherentes de un poder. El Poder Judicial no puede delegar, en ningún caso, sus funciones jurisdiccionales.<sup>8</sup>

Esta postura tímida del derecho público provincial también encuentra su correlato en una parte de nuestra doctrina que también se manifiesta renuente a aceptar la constitucionalización de la delegación legislativa. Así, Zarza Mensaque,<sup>9</sup> si bien no se opone a la incorporación de los reglamentos de necesidad y urgencia, con los resguardos contenidos en el nuevo derecho público provincial, su negativa a aceptar en la Constitución nacional el instituto que comentamos es rotunda. El jurista cordobés expresa que:

un presidente dotado de facultades tan amplias como las que posee en nuestro país, tendería a convertirse en autócrata con facilidad si, además de las potestades que constitucionalmente le corresponden, se le concedieran atribuciones legislativas más amplias. El problema —concluye— no radica en darle más poderes al Poder Ejecutivo, sino en controlar los que tiene. Por lo tanto, no hay que potenciarlo sino limitarlo, sin que por ello deje de ser el conductor y principal gestor de la actividad del Estado.

#### 4. La jurisprudencia de la Corte Suprema

La negativa de la doctrina clásica, fundada principalmente en la prohibición del artículo 29 y en la aplicación del principio de separación de poderes en el sentido que le concede el constitucionalismo, no le ha impedido a la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, desde antigua data, aceptar a través de variados y cambiantes argumentos el fenómeno, tanto de modo tácito como expreso. Midón, con elocuente precisión terminológica, considera que:

---

<sup>8</sup> M. E. Demaría Massey: «La delegación en la Constituciones provinciales argentinas», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 44, Buenos Aires, 1989, pp. 6 ss. Sobre el mismo tema recomendamos también Alberto B. Bianchi: «La delegación de funciones legislativas en el derecho constitucional de las provincias», en *ED*, 21.11.1988.

<sup>9</sup> Alberto Zarza Mensaque: «Delegación de facultades legislativas en el derecho constitucional comparado», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 42, Buenos Aires, 1989, p. 16.

el panorama que se ofrece no es sino el fruto de haber tronchado las manifestaciones de delegación y en su génesis debe conectarse —fundamentalmente— a la rigidez de nuestra Constitución, pero por sobre todo al hiperbólico papel jugado por el sistema de control que, mientras negaba toda perspectiva de transferencia, convalidaba con disfraces jurídicos sucesivas delegaciones operadas en favor de la administración. Los repertorios de fallos del más alto tribunal revelan, casi sistemáticamente, que ante el inequívoco planteamiento de un «caso» cuyas notas patentizaban delegación de poderes, el cuerpo optó por negar dicha «autorización» y, rehusando ese objeto, acordó cobertura jurídica a la atribución ejercida reconociéndola con fundamento en el artículo 86, inciso 2.º; es decir, invocando la potestad presidencial de dictar reglamentos ejecutivos.<sup>10</sup>

Midón cita a Bianchi, quien comparte su opinión. Pero sus argumentos cobran toda su significación ante el minucioso análisis que realiza sobre veintisiete casos, sobre los cuales en veintiuno de 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 habilita el artículo 86, inciso 2.º». 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.

Vanossi, por su parte, en el trabajo que ya hemos citado efectúa una síntesis de la línea doctrinaria de la Corte. Para ello toma el caso *Domínguez, Luis contra S. A. I. C. F. 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:

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 una 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, aun 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 supuestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad

---

<sup>10</sup> Mario A. R. Midón: «Los reglamentos con nombre prestado y falsa identidad», en *Revista de la AADC*, año V, n.º 44, Buenos Aires, 1989, pp. 5 ss.

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.

En razón de lo antedicho 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».

Sin embargo, poco antes de la reforma constitucional la actitud de la Corte en el caso *Cocchia* convalidó un decreto del Poder Ejecutivo<sup>11</sup> que de manera abierta dejaba sin efecto beneficios laborales para los trabajadores portuarios dejando para ello en suspenso la vigencia de un convenio colectivo de trabajo. Esta sorprendente decisión se basaba en una curiosa interpretación de tratados internacionales, como así también en la leyes de reforma del Estado y de emergencia económica que habían sido sancionadas varios años antes, encontrando que ellas admitían implícitamente la delegación.

## 5. El contenido de la reforma

La constitucionalización de la institución de la delegación legislativa ha sido presentada por los actores del Pacto de Olivos como un modo de contener desde la letra de la ley fundamental un instituto que ya formaba parte de la Constitución material argentina. Pues bien, tomando como punto de partida ese razonamiento, veamos de qué modo se limita esta facultad legislativa del presidente. Merece destacarse que la reglamentación constitucional tuvo por finalidad principal y casi exclusiva, la limitación del uso de la delegación legislativa. Apuesta por demás riesgosa, pues se basa en la supuesta necesidad de acotar prácticas inconstitucionales y contrarias al Estado de derecho, a través de mecanismos de dudosa efectividad. Por ello, en las tres disposiciones en que están incorporadas las mencionadas modalidades —artículos 76, 80 y 99, inciso 3.º—, el constituyente comienza su desarrollo enunciando el principio general por el cual queda prohibido el ejercicio de la correspondiente facultad.

La solución que trae aparejada el artículo 76 arriba transcrito ha sido la resultante de una evolución de la doctrina de los jueces a lo largo de más de setenta años y, por lo tanto, la interpretación de las mencionadas cláusulas requiere de la consulta permanente de la doctrina. Ante todo queremos destacar el carácter excepcional que posee la delegación legislativa, ya que la base para su aplicación está dada por un

---

<sup>11</sup> Decreto 817/92 del presidente Menem.

principio general que la prohíbe con carácter general y de manera expresa. En el mismo sentido, Balbín<sup>12</sup> sostiene que

el principio general es que los conceptos de administración o de emergencia pública no pueden interpretarse en un sentido amplio ya que configuran una limitación o restricción material a la potestad de delegación, en efecto, las materias que no fueren de administración o de emergencia no pueden ser delegadas por el Congreso en el presidente. Es decir que, en verdad, el convencional incorporó en el texto constitucional dos limitaciones relevantes respecto de la situación anterior. Así, por un lado, previó el principio de prohibición de la delegación propia y, por el otro, su admisión por vía excepcional pero solo en materias determinadas o en situaciones especiales. De manera tal que el principio es el de la prohibición y, por lo tanto, su permisión solo procede por vía excepcional y con carácter relativo en razón de la materia —administración— o de acaecimiento de un estado de cosas —emergencia pública—, toda vez que ante cualquier otro supuesto el principio de prohibición es de carácter absoluto.

Queda claro que esto debe ser así, en tanto a través de esta innovación consistente en constitucionalizar facultades legislativas excepcionales del titular del Poder Ejecutivo cobran estatus constitucional los llamados reglamentos delegados que, conjuntamente con los de necesidad y urgencia, tratan sobre materias de naturaleza legislativa en abierta disparidad con los postulados del principio de separación de poderes del constitucionalismo clásico. Debe destacarse que, antes de la reforma constitucional, la Corte —como se ha visto— ya había establecido que estaba prohibida la delegación que implique el traspaso de una esfera íntegra de Poder Legislativo pero que quedan fuera de la proscripción aquellos actos de delegación parcial en los que el Legislativo le concede al Ejecutivo la implementación o complementación de un determinado régimen legal. Ello, sobre la base del marco legislativo general que necesariamente debe estar contemplado en la norma delegante que, de esa manera, fija por un plazo determinado y breve los estándares dentro de los cuales deberán ejercerse estas facultades delegadas.

Como desde la restauración democrática en nuestro país los abusos en el ejercicio de facultades legislativas por el presidente fueron adquiriendo una alarmante recurrencia, quienes reformaron la Constitución en 1994 establecieron una serie de requisitos que el primer mandatario debe cumplir para poder dictar decretos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados o promulgaciones parciales, sin los cuales estos carecen de validez. Pero el ejercicio del control legislativo específico sobre esta actividad excepcional del Ejecutivo requiere de la sanción de una ley especial por el Congreso de la Nación, el que ha dado cumplimiento a ese mandato constitucional cuando ya habían transcurrido más de doce años de la reforma. Así se creó finalmente la Comisión Bicameral Permanente, encargada de ratificar o de dejar sin efecto los decretos leyes firmados por el presidente de la Nación, tal como lo determinan los artículos 99, inciso 3.º; 100, inciso 12; y 80, de la Constitución nacional. Debe

---

<sup>12</sup> Carlos Balbín: *Reglamentos delegados y de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 287.



destacarse que se trata del único mecanismo genuino de control político del ejercicio de estas potestades excepcionales del presidente. Ello, en tanto y cuanto los otros tienen lugar en el interior del mismo Poder Ejecutivo y están a cargo de funcionarios cuya continuidad depende de la voluntad del primer mandatario y por ende no existe al respecto independencia entre controlado y controlante.

Pero, dado que no se le han puesto plazos a la comisión para que cumpla con su cometido, ni tampoco existe esta exigencia para el plenario del Congreso, el mero transcurso del tiempo sin que se lo examine jugará como una suerte de sanción ficta, a pesar de que el artículo 82 CN la prohíbe expresamente. En la actualidad estamos asistiendo a una práctica que no imaginábamos, la que consiste en la ratificación de un *paquete* de setenta decretos legislativos *a libro cerrado*. Se trata de burlar todo tipo de control de la manera más torpe y menos disimulada. Esto confirma que el órgano legislativo parece no presentar la más mínima vocación de controlar a los presidentes que, cada vez con menos vergüenza, siguen legislando por decreto en abierto desafío a la ley fundamental, agravando la deformación institucional que conlleva el dictado de decretos con contenido legislativo. Con razón se ha expresado que:

si comulgamos con el principio de que la división de poderes importa una división equilibrada del poder estatal, el ejercicio del control no significará que el órgano controlante tenga más poder que el órgano controlado, sino que se encuentra habilitado por la Constitución para ejercer su poder con mayor intensidad en esta relación. De lo contrario, se reconocería que en la ingeniería constitucional proyectada se ha privilegiado un órgano sobre otro u otros.<sup>13</sup>

Se está violentando seriamente la división de poderes, y así atentando contra la república como sistema de gobierno, poniéndose en peligro la garantía que para los habitantes significa la descentralización del poder en diferentes autoridades. Asimismo, se impide que la deliberación, la transparencia y la participación de la oposición sean una regla en el debate y posterior dictado de normas generales y abstractas, tal como lo prescribe la ley fundamental. De ese modo desaparecen el control y la información como notas esenciales del funcionamiento de todo sistema democrático.

Algunos especialistas han tenido una visión más optimista de la enmienda, como lo expresa Manili, quien considera que

el artículo 76 ha despertado muchas críticas en la doctrina argentina, de parte de quienes entienden que la delegación legislativa solo es posible en un sistema parlamentarista y no en uno presidencialista como el nuestro, ya que en aquel los controles son más estrechos y el Parlamento posee la facultad de destituir al gobierno.<sup>14</sup>

Por nuestra parte entendemos que esta crítica queda inerte frente a lo reseñado más arriba con respecto del sistema norteamericano. También ha sido criticada en

---

<sup>13</sup> Carlos I. Salvadores de Arzuaga: «Los controles institucionales en la Constitución argentina 1853-1994», Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 3.

<sup>14</sup> Daniel Sabsay y José Onaindia: *La Constitución de los argentinos*, 2.ª edición, Buenos Aires, Errepar, 1994, nota al artículo 76.

el sentido de que la Constitución ahora permite algo que antes no permitía, a lo cual debemos replicar que no lo permitía la Constitución formal pero —lamentablemente— sí lo hacía la material desde 1927, y con una notoria ampliación desde 1993, como surge de los fallos que hemos analizado. Por último, se la ha criticado por no haber aclarado la oscuridad que siempre existió en nuestro medio acerca de los límites de la delegación,<sup>15</sup> crítica con la cual coincidimos. No obstante esas críticas creemos que, nos guste o no nos guste, la norma recoge y refleja la doctrina jurisprudencial preexistente y que es preferible que el tema se encuentre regulado a que no lo esté, para que no vuelvan a permitirse jurisprudencialmente disparates tales como los tolerados por la Corte Suprema en *Cocchia*.<sup>16</sup> Más adelante, agrega que

hasta el presente, el ejercicio por el Congreso de la facultad que le confiere este artículo ha distado de ser el deseable: la ley 25414, sancionada a principios de 2001 y denominada vulgarmente *ley de superpoderes*, confirió un marco normativo excesivamente lábil para el accionar del Ejecutivo y carente de límites precisos, lo cual motivó que, cuando el Ejecutivo hizo uso de esas facultades, invadió ámbitos de competencia exclusiva del Congreso, con una sensible lesión del Estado de derecho.<sup>17</sup>

Este llamado de atención se ha ido agravando cada vez más como resultado de las subsiguientes leyes de delegación en materia presupuestaria; han ido consumando la inobservancia del principio de legalidad en la materia. Resulta revelador de este estado de cosas la reciente sanción de la ley 26124 que, al sustituir el artículo 37 de la ley 24156, le concede al Jefe de Gabinete la facultad de compensar cualquier tipo de partida presupuestaria, independientemente de su naturaleza o finalidad, quedándole al Congreso solamente la determinación del aumento en el total del presupuesto y en el endeudamiento previsto. Solo quedan exceptuados de este régimen el incremento de partidas correspondientes a gastos reservados y de inteligencia. Desaparece la potestad del Congreso de determinar los gastos distribuidos de conformidad con sus finalidades, como también la de incrementar gastos corrientes o de capital (trátese de salarios, obras públicas, entre otros rubros) en perjuicio de aplicaciones financieras (por ejemplo, amortización de deuda). Todo esto le posibilitará al Jefe de Gabinete disminuir el resultado financiero previsto en el presupuesto nacional. Por último, también se ha saltado el límite temporal que con claridad prescribe el mencionado artículo 76, ya que en esta ley no se establece un plazo para la delegación.

---

<sup>15</sup> Carlos Colautti: «La delegación de facultades legislativas (Reflexiones con motivo de la ley 25414)», en *Temas de Derecho Constitucional, Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n.º 18, 2001, p. 10.

<sup>16</sup> Pablo L. Manili: «La delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo», en Daniel Sabsay: *Colección de análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 761.

<sup>17</sup> El tratamiento pormenorizado de esta ley y de los decretos delegados excede el marco trazado para este trabajo, pero digamos que un ejemplo acabado del margen de discrecionalidad dejado por la ley y del abuso efectuado por el Ejecutivo es el decreto n.º 1570, de diciembre de 2001, por el cual el Poder Ejecutivo creó el vulgarmente llamado *corralito* restringiendo el retiro de depósitos por los ahorristas.

Queda visto que en la cuestión de los *superpoderes* se le está delegando al Jefe de Gabinete nada menos que la reasignación de las partidas tal como han sido establecidas en la ley de presupuesto. A su vez, este funcionario puede subdelegar esa facultad en otros funcionarios de la administración pública nacional. Todo ello en abierta oposición a la letra y al espíritu de nuestra ley fundamental. Se trata nada menos que la renuncia del Congreso a una porción importantísima de sus facultades en la esfera económico-financiera. Esta increíble dimisión se agrega a las ya efectuadas en materia de deuda externa y hasta en cuestiones de naturaleza impositiva, ya que en diferentes normas de emergencia se le ha concedido al Ejecutivo, de manera exorbitante, este tipo de atribuciones. Además, las subdelegaciones no están autorizadas. De esta manera, y por más contradictorio que ello parezca, el Legislativo se va despojando de manera alarmante de una porción crucial de sus funciones. Ello, haciendo caso omiso a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, que califica de «infames traidores a la patria» a quienes desde el Congreso concedan al Ejecutivo «facultades extraordinarias» o le otorguen «sumisiones o supremacías por la que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna». En suma, los argentinos estamos frente a una seria disyuntiva, o bien de hacer lo necesario para que nuestra ley fundamental se cumpla o, de lo contrario, deslizarnos hacia una nueva modalidad autoritaria de gobierno.

**Mario A. R. Midón\***

## **DNU: una ley más próxima al desencanto que a la ilusión**

### **1. Una nueva decepción**

Como era de prever, el solo anuncio del dictado de la ley llamada a reglamentar el trámite y la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia generó marcada expectativa en punto a sus contenidos.

Factores jurídicos, políticos y sociales contribuyeron sobremanera a ampliar el marco de ese interés, entre otras cosas por las siguientes:

- Se suponía que la sanción permitiría superar muchos de los desacuerdos existentes en el seno de la Convención Constituyente de 1994, en punto a cruciales cuestiones que hacen a la legislación necesitada, diferencias que en aquella ocasión quedaron diferidas al porvenir.
- Asociada a esa conjetura la realidad exhibía un desmesurado abuso del instituto que, al importar detracción de atribuciones del órgano representativo, podía encontrar en el instrumento un medio adecuado con el que podría ponerse coto a aquellas demasías.
- Siempre en el terreno de las creencias, la sociedad esperaba una ley a través de la cual el Congreso recuperara una parte del protagonismo perdido,

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste.

toda vez que su intervención —se presumía— sería un reaseguro en favor de los derechos ciudadanos.

- En suma, en estrecha conexión con ese último parecer, sintetizando todo cuanto llevamos dicho, la sociedad política aspiraba a contar con una herramienta que, en lo sucesivo, permitiera un efectivo control de la energizada potestad presidencial.

Desafortunadamente la sanción realizada está más próxima al desencanto que a la ilusión y desde el punto de vista crítico habrá de evocarse no solo por lo que hizo, sino también por lo que dejó de hacer.

Lo antes expresado explica por qué razones, al menos desde nuestra visión, la calificamos como contradictoria, omisiva y claudicante.<sup>1</sup>

Si bien la ley 26122<sup>2</sup> ha comprendido en su contenido regulatorio el rol que le cabe al Congreso en materia de decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada y promulgación parcial de leyes —tres instituciones que tras las innovaciones constitucionales de 1994 ampliaron considerablemente el espectro de poder del Ejecutivo, en correspondencia con el título del trabajo, centraremos nuestro análisis en la reglamentación que atañe al instituto establecido por el artículo 99, inciso 3.º, de la ley mayor de la nación.

## 2. Lo que debía regularse y no fue objeto de legislación

Creyendo obrar en correspondencia con lo establecido por la Constitución, que en el último párrafo del artículo 99, inciso 3.º, prescribe que «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», el legislador ordinario —aferrado a una exégesis literal del precepto y como colocándose guantes para una intervención puramente aséptica— se circunscribió exclusivamente a reglar pormenores procedimentales conectados a la intervención del Congreso en el proceso de formación de un decreto de necesidad y urgencia.

El mensaje del órgano representativo así ordenado parece sugerir a contrario sensu que a él le estaba vedado ingresar al terreno de los límites de fondo contenidos en la primera parte de la disposición constitucional.

No compartimos tal interpretación porque la atribución específica de legislar en el caso no borra la potestad genérica de hacerlo y, frente a cualquier duda que se presente, siempre está disponible la facultad congressional para «[...] hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes

---

<sup>1</sup> Mario A. Midón: «Una ley contradictoria, omisiva y claudicante», columna de opinión en *La Ley*, 29.8.2006.

<sup>2</sup> Sancionada el 20 de julio de 2006. Promulgada el 22 de julio de 2006. Publicada en el *BO*, el 28 de julio de 2006.

antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución al gobierno de la nación argentina» (artículo 75, inciso 32).

Además, la competencia del Congreso está siempre latente, es anterior y preexistente al mandato del reformador, porque también está llamado a «[...] proveer lo conducente a la prosperidad del país», (artículo 75, inciso 18). Naturalmente que esta reivindicación de facultades aspira sumar alientos para que el Congreso, en algún momento, vuelva sobre sus pasos y frente al marcado déficit reglamentario que exhiben las indebidas sanciones que realizó respete la supremacía constitucional que no preservó en la ocasión.

No era, ni es la apuntada, una cuestión menor, porque alojaba a temas de enorme significación institucional reflejadas en los interrogantes de varios convencionales quienes, como Ibarra, se preguntaban durante las sesiones de la Convención: ¿serán nulos los decretos de necesidad y urgencia que dicte el Poder Ejecutivo si no son tratados por el Parlamento en un plazo determinado? ¿Podrá ser vetada la decisión del rechazo de un decreto de necesidad y urgencia por el Parlamento? ¿Podrá ser vetada la ley que regula la intervención del Congreso?<sup>3</sup>

En el mundo político, la falta de voluntad de los operadores del poder explica sin justificar esta indolencia del Congreso, la razón por la cual se ha perdido una buena oportunidad para intentar reencauzar un instituto cada vez más desmadrado. En el mundo jurídico esta reglamentación patentiza, una vez más, nuestra pertenencia al club del subdesarrollo cultural.

### **3. Ventajas procedimentales de la legislación necesitada con relación a las leyes ordinarias**

En la teoría constitucional siempre estuvo fuera de toda discusión que un decreto de necesidad y urgencia es un acto emitido en estado de necesidad, al que echa mano el Ejecutivo ante el evidente apremio que enfrenta con el fin de resolver en forma expedita una situación apremiante que requiere, con carácter impostergable, de un acto legislativo.

De la naturaleza misma del instituto surge una caracterización obvia. El decreto de necesidad y urgencia es un acto que se emite para superar las contingencias de un mal que sólo puede evitarse apelando a un acto normativo, que en condiciones normales lo emite el Congreso pero dadas las circunstancias extraordinarias se autoriza su producción al Ejecutivo. Es manifiesto, por ende, que si la situación pudiera

---

<sup>3</sup> Versión taquigráfica de la séptima reunión de la Comisión de Coincidencias Básicas, pp. 78-97.

conjurarse a través de los medios ordinarios, la excepcionalidad de la determinación quedaría sin sustento.<sup>4</sup>

Sentado tan abecedario axioma, es notorio que con la sanción tratada el Congreso ha desatendido esa regla al crear condiciones que ordinarizan el acto y facilitan su producción, al extremo que aparecen ponderados en desmedro de la ley.

Veamos el porqué de la afirmación. En nuestro sistema constitucional, el proceso que regula la formación de la ley ordinaria (artículos 77 a 84 CN) le confiere a cada una de las Cámaras suficiente autonomía durante todo el trámite de elaboración de la voluntad legislativa.

Así, por ejemplo, las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso (artículo 77); aprobado un proyecto de ley por la Cámara de origen, pasa para su discusión a la otra Cámara (artículo 78); cada Cámara, luego de aprobar un proyecto de ley en general, puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular del proyecto (artículo 79).

Las referencias normativas, entre otras, se inscriben en la justificada necesidad de parificar la incumbencia de cada uno de los órganos que componen el Poder Legislativo, a fin de evitar la primacía de uno con relación al otro.

En inequívoca prueba de esa igualdad legislativa, potenciando justificadamente el rol de una Cámara durante el proceso de producción de la ley, la Constitución de la Nación contempla el supuesto de que ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras podrá repetirse en las sesiones de aquel año (artículo 81).<sup>5</sup>

El efecto que produce tal rechazo se refleja, dice Ubertone, en el hecho de que el proyecto resistido pasa al archivo.<sup>6</sup> Pues bien, la sana regla de equilibrio legislativo entre Cámaras, oriunda de 1853 y que no experimentara modificación alguna en 1994, se ha fracturado a través de la ley 26122. Los artículos 24 y 26 prescriben que el rechazo de un decreto de necesidad y urgencia requiere de la aquiescencia de ambas Cámaras.

La distorsión no puede ser mayor. Así, cuando el Congreso está tratando un proyecto de ley, en pleno uso de sus facultades, basta con que uno de los órganos que lo componen se oponga al proyecto de ley para que este no prospere.

---

<sup>4</sup> Mario A. R. Midón: *Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional y los ordenamientos provinciales*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 48.

<sup>5</sup> La hipótesis del rechazo total de un proyecto de ley por la Cámara revisora, y la prohibición de repetirlo en las sesiones de ese año —e insistir en el rechazo en las sesiones del año siguiente— consagra la atribución de cualquiera de aquellas Cámaras de bloquear, por razones de conveniencia u oportunidad política, propuestas normativas con las que disiente. La solución constitucional armoniza con el criterio de la doble e igual representatividad institucional en el Congreso: la democrática y la federal. Véase María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 565.

<sup>6</sup> Citado por Miguel Ángel Ekmekdjian: *Tratado de derecho constitucional*, tomo IV, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 767.

En cambio, en la oportunidad en que alguna de las ramas del Congreso examina la validez o invalidez de un acto precario emanado del Ejecutivo, ella está constreñida —para oponerse a su vigencia— a cuantificar su voluntad, sumando a su propósito contrario a un decreto de necesidad y urgencia, análoga apetencia de la otra Cámara. En otras palabras, es indispensable que el rechazo de la legislación provisoria emane de ambas Cámaras. Mayúsculo absurdo es imposible.

Ocurre que cuando un tercero —Poder Ejecutivo— usa de un atributo que no le es propio y por antonomasia pertenece al Poder Legislativo, es menester que ambas ramas del Congreso coincidan en su descalificación. En cambio, cuando se trata del proceso normal, ordinario, de formación de la ley, una sola Cámara puede fulminar con su negativa la vigencia del acto legislativo en preparación.

Esta ventaja procedimental que se acuerda al Ejecutivo para la emisión de un decreto de necesidad y urgencia —con toda seguridad— se verá reflejada en el devenir. Si con antelación a la vigencia de esta ley, en nuestras vernáculos prácticas se usó y abusó de la potestad, no hay que forzar mucho la imaginación para suponer que en lo sucesivo esta herramienta se constituirá en la mejor invitación para reiterar consabidas profanaciones constitucionales. ¿O acaso —con la simplificación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia— tenemos que creer en la autolimitación del Ejecutivo? El ensueño es válido para quien crea que, en lo sucesivo, ese poder para el dictado de los grandes lineamientos políticos que hacen a su gestión, apelará a los riesgos de un proyecto de ley que puede ser rechazado por una Cámara. Mas como la idea responde a una fantasía ajena a nuestras realidades, ella solo sirve para demostrar que las utopías muchas veces van de la mano de la ingenuidad.

#### 4. Otro silencio que dice mucho

Una de las impugnaciones que mereció la reforma de 1994 en cuanto al punto concierne, fue la relativa al hecho de que el artículo 99, inciso 3.º, no había establecido término para que el Congreso tratara un decreto de necesidad y urgencia. Obviamente que el mutismo reformista estaba acompañado de la ausencia de sanción para los supuestos en que el Congreso no ejerciera el control de la potestad que le incumbe.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> El paradigma inverso lo ofrecen las Constituciones de Italia y Brasil. La primera dispone: «Cuando en casos extraordinarios de necesidad y urgencia el gobierno adopte bajo su responsabilidad medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el mismo día para su convalidación a las Cámaras, que incluso si se hallan disueltas, serán convocadas al efecto y se reunirán dentro de los cinco días. Los decretos perderán toda eficacia si no son convertidos en ley dentro de sesenta días de su publicación [...]» (artículo 77). A su tiempo, la ley mayor de nuestro vecino estatuye: «En caso de relevancia y urgencia, el presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al Congreso nacional, que estando en receso será convocado extraordinariamente reunirse en el plazo de cinco días. Las medidas provisionales perderán eficacia,



No obstante, la Convención reformadora incluyó un precepto en virtud del cual se dispuso que: «La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta» (artículo 82).

Los alcances de tal disposición merecieron diversa lectura. Hubo quienes, en la misma Convención, celebraron su sanción en el entendimiento de que a partir de ella el Congreso estaba obligado a pronunciarse en forma expresa y que no habría posibilidad de que su silencio se interprete en forma positiva.<sup>8</sup>

Otro constituyente sostuvo que un decreto de necesidad y urgencia no tratado expresamente por el Congreso, sin aprobación ni rechazo, es un decreto rechazado en forma ficta.<sup>9</sup>

Parecida propuesta formuló la doctrina cuando Bidart Campos<sup>10</sup> y Gil Domínguez<sup>11</sup> afirmaron que si el Congreso no asumía el tratamiento del decreto, y ni lo rechazaba ni lo aprobaba, esta omisión debería equipararse al rechazo, con el efecto de que el decreto quedaría derogado.

Temperamento con los que disintió —en juicio que compartimos— Alejandro Pérez Hualde.<sup>12</sup> Lanzada hacia el devenir, al exigirse la expresa voluntad del Congreso para aceptar o descalificar el acto, la norma no hace otra cosa que impedir que se perfeccione un decreto de necesidad y urgencia respecto del cual el órgano legislativo no se expidió, sin constituir, como veremos, impedimento alguno para la vigencia de aquel.

La innovación representa un avance cotejada con el penoso precedente sustentado por la Corte a principios de los noventa en el caso *Peralta* y, por ende, en los hechos la disposición ha resuelto una parte de la problemática, pero no todo lo que debía, ni era deseable.

El precepto es útil en cuanto el silencio del Congreso no puede interpretarse como aceptación del acto emitido por el Ejecutivo. Mas lo cierto es que, en correspondencia con esa directriz, desde 1994 en adelante todos los Ejecutivos al usar de la facultad que le confiere el artículo 99, inciso 3.º, operaron especulando con la apatía congresional, sea porque estaban en condiciones de impedir el tratamiento en ese

---

desde su edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso nacional reglamentar las relaciones jurídicas de las transcurridas».

<sup>8</sup> Miguel Ángel Ortiz Pellegrini, Susana Liliana Aguirre: *Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución nacional de 1994*, Córdoba, Marcos Lerner, 1995, p. 117.

<sup>9</sup> Humberto Quiroga Lavié: *Decretos de necesidad y urgencia en la Reforma de la Constitución nacional*, La Ley 1994.D-876.

<sup>10</sup> Germán J. Bidart Campos: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 196.

<sup>11</sup> Andrés Gil Domínguez: «Potestades legislativas del Poder Ejecutivo», en «Búsqueda de una interpretación constitucional», *La Ley*, 1996-D, p. 1651.

<sup>12</sup> Alejandro Pérez Hualde: «El silencio del Congreso», en Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos: *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 497.

ámbito o porque les resultaba previsible que los órganos deliberativos mantuvieran el statu quo como históricamente lo hicieron con relación a estos actos.

Pues bien, la ley en tratamiento en nada ha modificado la situación preexistente. El Congreso, ratificando su crónica anemia institucional, vuelve a abdicar de sus deberes omitiendo fijar término alguno para examinar la validez de un decreto de necesidad y urgencia y, lo que es más grave, consagra la impunidad absoluta de su potencial inactividad cuando se niegue a aprobar o rechazar actos del Ejecutivo que está llamado a controlar.

En suma, el artículo 82 no impide que un decreto de necesidad y urgencia entre en vigencia y continúe en esa calidad hasta que ambas Cámaras lo descalifiquen.

En visión ontológica, la ley comentada ha consagrado la existencia de dos tipos de decretos de necesidad y urgencia, a saber:

a. los perfectos —categoría casi desconocida en nuestra praxis—, que son aquellos revisados por el Congreso y aprobados expresamente por ambas ramas del Poder Legislativo; y

b. una segunda clase que reviste la calidad de imperfecto, estándar que se compeadece con aquellos que dictados por el Ejecutivo no fueron aprobados ni rechazados por el titular de la potestad legislativa, es decir los no tratados por el Congreso de la Nación.

Sin embargo, uno y otro están alcanzados por el común denominador de su vigencia.

En el contexto descrito, la distinción realizada luce como puramente académica y en alguna medida lo es para el poder de turno, porque lo que interesa a su emisor es el hecho consumado de la positividad de la norma producida, antes que su calificación.

Al reiterar la fórmula constitucional que fuera objeto de cuestionamientos, en cuanto se expresa que «las Cámaras [...] deben darle [al decreto de necesidad y urgencia] expreso tratamiento» (artículo 21), sin establecer término ni consecuencias para la inacción del Legislativo, el mensaje del Congreso parece orientado a que la historia se repita.

Como ella es por demás conocida, resulta innecesaria reproducirla.

## **5. Claudicación congresional con la renuncia a declarar la nulidad de un decreto inexistente para el derecho**

Una abdicación sin precedentes es la que, en lo relativo a la facultad de declarar la nulidad de un decreto de necesidad y urgencia, realizó el Congreso de la Nación a través de la ley que nos ocupa.

Ante todo, debe quedar en claro que hablamos de renuncia porque partimos del presupuesto de que el Congreso de la Nación —al igual que la jurisdicción, pero en su propio ámbito— tiene facultades para declarar la nulidad de la legislación necesitada.

Si tal actividad congresional inclusive se ha extendido a leyes,<sup>13</sup> ¿cómo podría cuestionarse ese laboreo del cuerpo de representantes inspirado en una obvia incumbrancia de control de una competencia que por antonomasia es del Legislativo pero que en circunstancias excepcionales se presta a ser usada por el Ejecutivo?

En correspondencia con ello, viene al caso recordar que un lugar común en el universo de la juricidad, destinado a tornar viables los presupuestos del derecho, es el estigma exteriorizado con el simbolismo de una declaración que tiene por no sucedidos o inexistentes hechos que realmente se han producido. A esa categoría pertenece lo que en lenguaje grandilocuente, pero sabio, la Constitución da en llamar *nulidad insanable*.

En visión retrospectiva, la sanción de nulidad, desde la mismísima carta constitucional, no es una novedad en el derecho público nacional. Ya los padres fundadores, cuando incluyeron el artículo 29 en nuestra ley de leyes, declararon que los actos que conceden poderes tiránicos (facultades extraordinarias, suma del poder público, sumisiones o supremacías) llevan consigo una nulidad insanable.<sup>14</sup>

Luego, el reformador del 94 condenó las conductas de quienes interrumpieren la observancia de la Constitución por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático, reprobando esos actos con la tacha de insanablemente nulos (artículo 36).<sup>15</sup>

En todos estos casos donde se prevé sanción de nulidad, incluyendo la previsión del artículo 99, inciso 3.º, que adiciona el calificativo de *absoluta*,<sup>16</sup> el constituyente se ha propuesto no solo invalidar los efectos de actos producidos al margen del ordenamiento, sino también condenar públicamente episodios que por su naturaleza institucional conspiran contra el funcionamiento regular del Estado de derecho. De modo que si la magnitud de la pena conminada no se detiene en la mera abolición de los actos indebidos, es porque detrás de ella asoma un mensaje público dirigido a la sociedad para que conozca la dimensión de la mácula que cabe a los actos de quienes incurren en tamaño entuerto.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Tal situación se verificó primero con la declaración de nulidad de las leyes 23040 y 22632 y, más tarde, con análoga sanción para las leyes conocidas bajo el nombre de Obediencia Debida y Punto Final, 23492 y 23521. Véase Mario A. R. Midón: *Manual de derecho constitucional argentino*, 2.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 250 ss.

<sup>14</sup> Sobre las razones de este precepto y su aplicación práctica véase Mario A. R. Midón: *Apuntes de la Constitución. Comentarios a su texto*, Córdoba, Lerner, 1989, pp. 368 ss.

<sup>15</sup> Véase Juan Fernando Segovia: «La defensa de la Constitución», en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, tomo I, obra colectiva del Instituto de Estudios Constitucionales Argentinos, Buenos Aires, Depalma, 1995.

<sup>16</sup> Pablo Manili: «Las nulidades en el derecho constitucional (Un debate pendiente)», en *La Ley*, 2005-C, p. 1000.

<sup>17</sup> Los decretos de necesidad y urgencia pasibles de tal sanción son aquellos que se emiten en ausencia del hecho habilitante, que no respetan los demás límites expresos o implícitos y la que no observa algunos de los límites de forma. Así, en principio, caen bajo esa tacha:

Naturalmente que desprenderse de una potestad de esta naturaleza empobrece la silueta institucional del Congreso, razón por la cual para formalizar su dimisión debió apelar al embozo de vestir con diverso atuendo su determinación.

Un desprevenido observador que leyera el texto de la ley quizá no caiga en la cuenta de que en su artículo 24, cuando ella prescribe que «el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo con lo que establece el artículo 2.º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia», estipula por vía de sus efectos la renuncia que referimos.

Si toda vez que el Congreso rechaza un decreto de necesidad y urgencia debe dejar a salvo los derechos adquiridos por sus beneficiarios, ello implica que en lo sucesivo las ramas legislativas no podrían declarar la nulidad de la legislación emanada del presidente, pues resulta absolutamente imposible conciliar ese atributo con el de nulidad.

En efecto, nulificar un acto —en el lenguaje constitucional— no es otra cosa que consagrar su inexistencia. Entonces, ese simulacro de acto que la Constitución estigmatiza es incompatible con la entidad jurídica que la ley acuerda, al disponer el salvataje de los derechos que se dicen adquiridos por terceros beneficiados con la inconstitucional emisión.

Lo cierto es que, al no realizar siquiera mención de la potestad de sancionar con «nulidad absoluta e insanable» la legislación necesitada, nuestros legisladores

---

— los decretos de necesidad y urgencia cuando, a pesar de invocarse tales extremos, ellos son inexistentes;

— los decretos de necesidad y urgencia dictados sin que concurra la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes;

— los decretos de necesidad y urgencia que regulen materia penal, tributaria, electoral o sobre régimen de partidos políticos;

— los decretos de necesidad y urgencia que restringen las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la parte dogmática de la Constitución nacional;

— los decretos de necesidad y urgencia que restringen derechos y garantías que no se suspenden durante las emergencias;

— los decretos de necesidad y urgencia que no contienen motivación explícita y suficiente;

— los decretos de necesidad y urgencia irrazonables;

— los decretos de necesidad y urgencia que no fijan término de vigencia;

— los decretos de necesidad y urgencia que no fueran dictados por el presidente de la Nación;

— los decretos de necesidad y urgencia que no sean decididos en acuerdo general de ministros o no fueran refrendados por ellos con el Jefe de Gabinete;

— los decretos de necesidad y urgencia que una vez emitidos no son presentados a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días de su producción;

— los decretos de necesidad y urgencia que se ocultan bajo el atributo de decretos reglamentarios, autónomos o delegados;

— los decretos de necesidad y urgencia secretos.

Véase Mario A. R. Midón: *Decretos de necesidad y urgencia...*, o. cit., p. 109.

retrocedieron en el tiempo acuñando una fórmula con arreglo a la cual el Congreso aparece facultado, solamente, para derogarla y producir respecto de ella efectos *ex nunc*.

## 6. La Comisión Bicameral Permanente

En el ámbito del Congreso, es sabido, la reforma del 94 instituyó una Comisión Bicameral Permanente que tiene a su cargo aconsejar a las Cámaras sobre el curso a seguir frente a un decreto de necesidad y urgencia.<sup>18</sup>

La creación de tan especial cuerpo es una originalidad del constituyente argentino que tiene su más próximo antecedente —posiblemente el único— reflejado en los reglamentos de las Cámaras italianas cuyo texto, a partir de 1981, asigna a la Comisión de Asuntos Constitucionales la facultad de dictaminar sobre la existencia de los requisitos constitucionalmente exigidos de urgencia y necesidad.

Por lo pronto, a nadie escapa que la calidad de bicameral que ella ostenta coloca en un pie de igualdad a ambas Cámaras. Esta paridad se traduce en una composición numérica de análoga representación para cada rama legislativa en esa comisión.

La idea rectora de la conformación de este cuerpo permanente con las características señaladas se ha explicado —en términos de práctica política y a la luz de las razones que inspiraron al constituyente— en que el presidente de la Nación o su Jefe de Gabinete de Ministros cuenten con la posibilidad, si lo entienden conveniente, de efectuar consultas a los líderes parlamentarios (que se presupone integrarán esta comisión) en forma previa al dictado de los decretos de la especie examinada. De tal forma podría conocerse anticipadamente el parecer de los líderes de las principales fuerzas políticas representadas en el Congreso, respecto a una medida que las circunstancias le imponen al Ejecutivo adoptar en uso de sus atribuciones legislativas.<sup>19</sup>

Se supone, por otra parte, que el ámbito de una comisión conformada por un reducido número de diputados y senadores genera un clima más propicio para discutir cuestiones de Estado, como la que presume el dictado de un decreto de necesidad y urgencia.

---

<sup>18</sup> Análogo cometido cumple este minicuerpo frente a la legislación delegada, artículos 76 y 100, inciso 12, y la promulgación parcial de leyes, artículo 80.

<sup>19</sup> Alberto M. García Lema: «Decretos de necesidad y urgencia. Delegación legislativa. Agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes», en AA. VV.: *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, p. 250, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994. Naturalmente que la consulta que refiere el autor tiene algún significado cuando el Poder Ejecutivo no cuenta con mayoría en los órganos legislativos. En cambio, a tenor de lo que se estilaba en nuestras prácticas políticas, cuando el presidente tiene un número suficiente de legisladores afines con su política, la hipótesis de que este busque consejo en la Comisión parece poco probable.

La Constitución hizo hincapié en tres notas esenciales vinculadas a ese minicuerpo que han sido respetadas por ley, a saber: su carácter de permanente, su composición y el término para emitir despacho.

El sentido de continuidad que se desprende de su nota de *permanente* indica que la comisión está llamada a cumplir funciones también en épocas de receso parlamentario. En su momento pensamos que la actividad aparecía justificada, ya que esas ocasiones pueden servir como pretexto para que el Ejecutivo abuse de la competencia asignada. Sin embargo, la proliferación de estos actos, multiplicados como panes y peces en el milagro bíblico, evidencia que entre nosotros el Ejecutivo no necesita esperar receso alguno, porque es normal que legisle aun cuando se halla reunido el órgano congresional. Al respecto, el artículo 6.º ha dispuesto que ella «cumple funciones aun durante el receso del Congreso».

Otra cuestión regulada la configura el hecho de que la comisión debe estar integrada de tal manera que en ella se respete la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Se colige de ello que el constituyente ha querido que la comisión sea una suerte de espejo en miniatura del cuerpo legislativo. El mandato legislativo se ha inclinado por conformar esa comisión con ocho diputados y análogo número de senadores, designados por el presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios, respetando la proporción de la representación política (artículo 3.º).

El tercer aspecto tiene que ver con el hecho de que dentro de los diez días de recepción la medida emanada del presidente, la comisión debe pronunciarse sobre la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento (artículo 19).

Dimos por sentado, desde un principio, que si bien el despacho de la comisión no es vinculante para las ramas legislativas, la emisión de este constituye un deber ineludible del minicuerpo, al extremo de que la omisión en que incurra autoriza a que las Cámaras se avoquen de oficio a su consideración.<sup>20</sup> Tal solución fue acogida por la ley que tratamos que así lo estipula en el artículo 20, cuando fenece el término de diez días hábiles que se acuerda a la comisión para pronunciarse.

Al igual que la Constitución, la ley reglamentaria no ha previsto sanciones para la eventual reticencia de la Comisión Bicameral Permanente, pero ella podría ser establecida en el reglamento interno que ese minicuerpo se dé, conforme a lo dispuesto por el artículo 9.º

Schinelli destaca que esta comisión para funcionar requiere de un quórum superior al de otros minicuerpos, que en el caso es el de la mayoría absoluta (artículo 7.º), previsión que hace no aplicable lo contemplado por las normas internas de las Cámaras, que permiten la existencia de sesiones de comisiones válidas en segunda convocatoria si hay más de un tercio de los integrantes presentes. Resulta sintomático,

---

<sup>20</sup> Mario A. R. Midón: *Decretos de necesidad y urgencia*, o. cit., pp. 137 ss.

asimismo, que el artículo 8.º requiera, para la emisión de dictamen por la Comisión Bicameral Permanente, del voto de la mayoría absoluta, pero de los presentes.<sup>21</sup>

## 7. Las Cámaras circunscritas a rechazar o aceptar el decreto

Otra cuestión que desde la incorporación del artículo 99, inciso 3.º, al código fundamental motivó encontradas respuestas, fue la relativa al rol que debían cumplir las Cámaras en ocasión de recibir un decreto de necesidad y urgencia, con vistas a discernir si el órgano legislativo podía alterar el contenido del acto emanado del Ejecutivo.

El primer problema que ofrecía el tratamiento de la cuestión era el referido a determinar si para la consideración del acto legislativo de urgencia las Cámaras debían sesionar simultáneamente o si una de ellas oficiaba de iniciadora y la otra de revisora. Esto es, si a ese fin debe seguirse o no el trámite para la formación de la ley ordinaria.

En su momento, el tema fue ardorosamente debatido a instancias de las inquietudes planteadas por Miguel Padilla, quien dedicó a la cuestión dos artículos publicados en la revista *El Derecho*.<sup>22</sup>

Ortíz Pellegrini, quien tuvo un papel decisivo en la redacción de la norma, opina que no estamos ante un trámite legislativo propiamente dicho, sino ante un decreto que debe ser ratificado o desechado y, como tal, no existe prioridad de Cámara iniciadora, porque este trámite es el trámite normal para las leyes. No podemos mezclar este tipo de trámites y hacer un «refrito» y decir que el trámite de la Comisión Bicameral debe tener una Cámara iniciadora.<sup>23</sup>

Del mismo tenor fue la respuesta de Sagüés. Para el profesor de Rosario y Buenos Aires, el trámite de aprobación o rechazo de un decreto de necesidad y urgencia no tiene que ser el proceso normal de aprobación de una ley. No cabe confundir, en efecto, un decreto de necesidad y urgencia con un proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo a una Sala del Congreso. En definitiva, bastaría la simple aprobación (por medio de una resolución, declaración, etcétera) de las dos Cámaras, para otorgar al decreto fuerza de ley.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Guillermo Carlos Schinelli: «Derecho parlamentario. La Comisión Bicameral Permanente de la ley 26122: cuestiones instrumentales», en *ED*, 13.10.2006.

<sup>22</sup> Miguel M. Padilla: «El incierto trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia», en *ED*, 178, p. 1147, y «Más sobre el incierto trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia», en *ED*, 179, p. 1134.

<sup>23</sup> Miguel Ángel Ortiz Pellegrini: «Mesa redonda organizada por el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 18 de agosto de 1998», en *ED*, 179, p. 1134, con nota de Miguel M. Padilla: «Más sobre el incierto trámite legislativo de los decretos de necesidad y urgencia».

<sup>24</sup> Néstor Pedro Sagüés, citado por Padilla en el segundo trabajo de la nota 22.

En esa dirección, los proyectos de los diputados Fayad y Torres Molina impulsaban la consagración legislativa del tratamiento simultáneo por ambas Cámaras.

Otro sector de la doctrina auspició la necesidad de que el procedimiento que conduce a la aprobación o rechazo de un decreto de necesidad y urgencia observe el trámite de formación de las leyes, en punto a la existencia de una Cámara de origen y otra revisora.

El citado Padilla, por ejemplo, propuso que el Ejecutivo sea quien elija la Cámara de origen. A ese efecto, este debería instruir al Jefe de Gabinete para que presente en la Comisión Bicameral el decreto cuya aprobación legislativa se busca, haciéndole saber que deberá enviarlo con su despacho o dictamen a una determinada Cámara. De aplicarse este mecanismo, el decreto puede ser modificado por cualquiera de las Cámaras y en definitiva prevalecerá la de origen si cuenta con necesaria mayoría.<sup>25</sup>

A su vez, García Lema sugirió que debía ser Cámara iniciadora la que primero se pronuncie sobre el decreto, porque si mantenemos la conexión que existe en esta materia entre la necesidad de legislar, que se expresa en el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, y la necesidad consiguiente de que el Parlamento, provocado por la comunicación del Ejecutivo, emita de una vez por todas su parecer, entonces el hecho de la simultaneidad del envío a las dos Cámaras, y que cualquiera de ellas pueda convertirse en iniciadora, es una consecuencia lógica de la urgencia en legislar.<sup>26</sup>

El legislador argentino, por su parte, al definir qué competencia tiene el Congreso juzgó conveniente prescribir que «las Cámaras no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto del Poder Ejecutivo, debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes» (artículo 23).

La solución —aunque opinable— puede reputarse ajustada porque, al cerrar la posibilidad de que el Congreso introduzca nuevas disposiciones al decreto que debe controlar, evitará engorrosas consecuencias, como pasamos a demostrarlo.

En efecto, si el Congreso tuviera facultades para alterar un decreto de necesidad y urgencia a través de modificaciones normativas y ejercitara tal atributo en un caso concreto, ello daría pie a que el Ejecutivo pudiera usar de la facultad constitucional de veto para las innovaciones incorporadas por el órgano legislativo al acto primigenio.

Si esto fuera poco, hasta podría disponer del atributo de promulgación parcial de esos nuevos contenidos, convirtiendo al decreto en un intrínquil susceptible de frustrar los propósitos que la emergencia desea conjugar.

Reafirma nuestra convicción la circunstancia de que el Poder Ejecutivo es co-legislador, artículo 99, inciso 3.º, y, como tal, tributario de la facultad de repeler una iniciativa de ley emanada del Congreso. Si puede oponerse a la sanción de una ley,

---

<sup>25</sup> Alberto García Lema citado por Padilla en el segundo trabajo de la nota n.º 22.

<sup>26</sup> Alberto García Lema, «Decretos de necesidad y urgencia...», o. cit., p. 326.



¿por qué no va a poder hacerlo con los hipotéticos agregados que el legislador sume al decreto de necesidad y urgencia?

Si la solución contenida en la ley tratada hubiese sido distinta, ¿cuál sería el fundamento constitucional a que podría echarse mano para privar al Ejecutivo de la facultad de vetar la eventual propuesta normativa emanada del Congreso?

Por nuestra parte no encontramos ninguno, porque el único caso en que el Ejecutivo está impedido de vetar una ley es en el supuesto de consulta popular dispuesta por el Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados (artículo 40 CN).

Lo dicho, vale la pena aclararlo, es distinto de proponer que el Ejecutivo pueda vetar el rechazo que el Congreso hace de un decreto de necesidad y urgencia. Tal acto, obviamente, por ser de control no es susceptible de veto alguno. Prestigiosa doctrina ha dado las razones que fundan tal negativa.<sup>27</sup>

## 8. El Ejecutivo encarnando el síndrome del fumador empedernido

La sensación que nos deja la ley es frustrante. Ella ha elevado a la jerarquía de legal prácticas que ordinarizaron una herramienta excepcional concebida para el diseño de alta política, es decir políticas de Estado. Por eso, el mandato del reformador del 94 no se compadece con la desacertada lectura que del instituto realizó el Congreso en el 2006.

De cara a la realidad argentina, con Ejecutivos que a los fines de ejercitar el atributo conferido por el artículo 99, inciso 3.º, apelan a una lectura parcial de la Constitución —aprehendiendo únicamente la parte de la norma que les confiere la facultad, pero omitiendo cumplir los línides sustanciales y de forma— la ocasión era propicia para oponer una barrera legal contra tales desbordes.

---

<sup>27</sup> La doctrina está conteste en que el Ejecutivo no puede vetar esa determinación del Congreso porque la facultad de veto, en orden a lo preceptuado por la ley mayor, se acuerda a aquel en los supuestos de una ley sancionada por el Congreso (artículo 83). Cuando el Congreso se pronuncia desestimando un decreto de necesidad y urgencia no ejecuta un acto naturaleza legislativa, aunque tenga efectos de ese tipo, sino de índole política y, con más especificidad, de control al Ejecutivo.

Ese contralor se encarna en el Congreso en orden a su doble calidad de órgano representativo por excelencia y titular del atributo que por razones de necesidad y urgencia ha sido usado por el Ejecutivo.

Las consecuencias de admitir el veto para este tipo de actos serían funestas y fueron oportunamente advertidas por Sagüés, ya que así el Ejecutivo podría legislar con el tercio de una Cámara. Esto ocurriría porque: 1) el presidente dicta un decreto de necesidad y urgencia; 2) el Congreso sanciona un proyecto de ley derogatorio o modificatorio del decreto; 3) el presidente veta dicho proyecto; 4) una sala del Congreso no reúne los dos tercios para superar el veto; 5) en resumen, quedaría en vigor el decreto con la sola voluntad del titular del Poder Ejecutivo y el tercio de una sala que ha compartido aquel veto. Véase Néstor Pedro Sagüés: «Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino», en *La Ley*, 1985-E, p. 798.

Desaprovechada la oportunidad nuestros presidentes, como lo hicieron regularmente desde principios de los noventa en adelante, pero con mayor intensidad luego de la admisión constitucional de la figura, volverán a padecer el síndrome del fumador empedernido.

Después de haber imitado a un célebre pensador y dejado de fumar muchas veces, tomamos la alegoría del sujeto dependiente de la nicotina, cuyo desarrollo vital depende del hábito de fumar. De modo que lo vemos con tabaco porque está solo o porque está acompañado; porque está alegre o porque está triste; porque está nervioso o porque se encuentra calmo; porque tomó alcohol o porque no ha bebido; porque celebra la concreción de un objetivo o porque se consuela con su no realización; porque es el último o porque es el primer cigarrillo del día; porque hace buen rato que no fuma o porque recién fumó; porque es de tarde o porque se hizo la noche; porque ha fumado poco o porque ha fumado mucho, etcétera.

El listado de las ocasiones en que el dependiente de la droga es llamado a consumirla se extiende hasta el infinito, como aquellas en que nuestros Ejecutivos sienten la irrefrenable necesidad de convertirse en legisladores.

Daniel Fernando Baraglia\*

# Reglamentación legislativa de los DNU. La consagración del poder, la alternativa unicameral o la consulta popular

En una comunidad política sólida y bien constituida que actúa de acuerdo con su propia naturaleza, es decir, para salvaguarda de la comunidad, no puede existir sino un poder supremo único, el legislativo, al que todos los demás se encuentran y deben estar subordinados.

*John Locke*<sup>1</sup>

## 1. Prólogo

Un homenaje a los cien años del Palacio Legislativo no podría sino iniciarse con esta cita.

Ahora bien, el tema de este trabajo trata sobre el control del Poder Legislativo sobre los actos legislativos del Poder Ejecutivo que la Constitución en forma limitada, circunstanciada o excepcional le ha concedido, en el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, respecto a los decretos de legislación delegada y en cuanto a los decretos de promulgación parcial de leyes.

## 2. Introducción

A fines de julio de 2006 se dictó la ley que reglamenta la Comisión Bicameral Permanente, prevista en los artículos 99, inciso 3.º, y 100, incisos 12 y 13, de la Constitución nacional. Esta ley pone fin a una discusión prolongada respecto al con-

---

\* Profesor titular de Derecho Político y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón. Profesor adjunto de Derecho Público del Departamento de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Matanza. Asesor en la Cámara de Diputados de la Nación.

<sup>1</sup> John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Londres, 1690. Desde ya advierto que voy a utilizar citas de John Locke como una suerte de diálogo con el autor.

tenido de aquella, que se inició con la misma reforma constitucional. Completamos las citas de la Constitución con los involucrados artículos 76 y 80.

La presunción de legitimidad y consecuente ejecutoriedad de los actos administrativos y reglamentos del PE, siguiendo antecedentes jurisprudenciales argentinos y extranjeros, quedó extendida en la reforma de la Constitución de 1994 incluso a los decretos por delegación legislativa, los decretos de promulgación parcial de leyes y los decretos de necesidad y urgencia, que encontraron así plena vigencia. Este principio fue hasta ahora aplicado por la CSJN. Aunque no estaba reglamentado el funcionamiento de la Comisión Bicameral, se dijo también que la falta de reglamentación no obstaba a la posibilidad derogatoria que tenía el Congreso, mediante el simple dictado de una ley y que a la vez estos decretos se encontraban sujetos al control de constitucionalidad del Poder Judicial, lo que aparecería como suficiente garantía.

El artículo 17 de la ley 26122 reitera la vigencia de estos decretos desde que se publican, la que se mantiene a menos que reciba el rechazo de ambas Cámaras y claro está que no reciba del Poder Judicial una declaración de inconstitucionalidad.

Las novedades más significativas que trae la ley son:

- la falta de pronunciamiento de la Comisión Bicameral Permanente no es óbice para el tratamiento de los decretos por las Cámaras;
- las Cámaras deben pronunciarse *de inmediato* circunscribiéndose a su aprobación o rechazo;
- con la aprobación de una sola de las Cámaras queda firme el decreto en examen;
- en caso de rechazo por ambas Cámaras quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia anterior por más efímera que fuera.

El 25 de octubre de 2006 quedó constituida la Comisión Bicameral. La primera presidencia ha correspondido al Senado, la siguiente corresponderá a un Diputado, así alternadamente.

El reglamento de la Comisión es semejante al de la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Emergencia Económica, con la variable del mantenimiento del quórum de la mitad más uno de sus miembros para sesionar cualquiera fuera el tiempo de espera transcurrido.

La vicepresidencia correspondió a un diputado del Frente para la Victoria PJ. Cuando llegó el turno de cubrir la Secretaría, esta fue ofrecida al radicalismo. Una senadora miembro de la comisión alegó que esta secretaría le correspondía al bloque de los partidos provinciales, por tener mayor proporción. El oficialismo le replicó que se trataba de un acuerdo político.

La respuesta participa sin dudar de la misma naturaleza política que los decretos de necesidad y urgencia.

La *necesidad* de mantener un referente válido de oposición en el nivel nacional dentro del sistema democrático, la *circunstancia* de encontrarse esa fuerza política

disminuida con relación al número y el tener en cuenta el papel que tradicionalmente ha desempeñado, determinaron la *excepcionalidad* del acuerdo, siendo que ambas fuerzas han discrepado en parte del contenido de la ley.

La discrepancia versó en las reuniones de comisión de la Cámara de Diputados sobre la falta de fijación de un plazo para el pronunciamiento de las Cámaras pedido por la oposición; el oficialismo sostenía que la fórmula «de inmediato» era suficiente garantía de tratamiento. Y en cuanto el efecto que se debía dar a la falta de aprobación por ambas Cámaras, la oposición se pronunciaba por la derogación.

Jorge Horacio Gentile consideró, mucho antes, inconstitucional esta última posición porque, según interpretó, el rechazo de los DNU por silencio de las Cámaras entraría en contradicción con el artículo 82 CN, que prohíbe expresamente y en todos los casos las sanciones tácitas o fictas.<sup>2</sup>

Cabe a la vez apreciar la maduración democrática en el diálogo político de los legisladores, al poder expresar que, según se estuvo en los últimos años en el oficialismo o en la oposición, varió el sentido de la opinión, antes durante y después del gobierno de la Alianza.

### 3. Antecedentes fácticos

Hecha esta introducción pasará a analizar algunos antecedentes fácticos.

Debemos al gobierno del doctor Alfonsín la inauguración, en la actual democracia, de la costumbre del dictado de los DNU y su justificación, aun antes de ser incorporados formalmente a la Constitución nacional, sobre todo en dos casos y contra el expreso texto constitucional. Tales son la creación de un nuevo signo monetario, el *austral*, el 13 de junio de 1985, fijando su valor en 0,83 centavos de austral cada dólar, y estableciendo el *desagio* para las deudas del Estado con sus proveedores. Y la declaración del Estado de sitio por el Poder Ejecutivo (DNU 714/89), mediando en sesiones ordinarias en el Congreso.

En ambos casos, la doctrina constitucional se limitó a señalarlos y a decir que habían sido luego convalidados.<sup>3</sup> En ambos casos no pesó una sanción de nulidad absoluta e insanable, sino que la posterior convalidación por el Congreso fue interpretada como suficiente para salvar su nulidad y a sus artífices del juicio político por violentar la letra constitucional.

La entidad y trascendencia fue tal en cuanto se trataba de un gobierno que hacía gala de la democracia y el respeto a la Constitución que, en adelante, salvo

---

<sup>2</sup> Jorge Horacio Gentile (coord.): «La comisión bicameral permanente», en *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1996.

<sup>3</sup> Néstor Pedro Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

contados casos la doctrina constitucional en general expresó su crítica solo respecto a la cantidad.

La debacle económica del fin del gobierno de Alfonsín adelantó la entrega del poder al presidente Menem, con él y a gusto del FMI, para superar la hiperinflación, vino la delegación legislativa de las leyes 23696 y 23697 de privatizaciones y reforma del Estado.

Aunque distintos decretos de legislación delegada no respetaron el espíritu de la delegación, estos tuvieron vigencia. De manera tal, un acto legisferante del Poder Ejecutivo no autorizado por la Constitución nacional, o en contra del espíritu de la delegación, de nulidad manifiesta, no resultan nulos de nulidad absoluta e insanable, sino que pueden perfeccionarse mediante una convalidación del Congreso o de la CSJN (caso *Peralta*). Y que, mientras alguno de estos órganos (legislativo o judicial) no se pronuncie expresamente por su rechazo o inconstitucionalidad, mantienen su vigencia.

Sin estos antecedentes quizás no hubiera sido posible que otros gobiernos democráticos avanzaran posteriormente en temas de gravedad para los argentinos, como el corralito y la pesificación de los depósitos.

La múltiple salvaguarda de la Constitución nacional, artículos 14, 17 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y su amparo efectivo al derecho de propiedad y el principio de justa indemnización en caso de privación ante un interés social superior, la ley que garantiza la intangibilidad de los depósitos bancarios, la palabra dada por el presidente Duhalde, el fallo de la CSJN en el caso San Luis no resultaron suficientes para garantizar el patrimonio de los depositantes.

¿Acaso no habíamos vivido antes los cimbronazos sobre el valor del dólar? Un dólar de \$ 37 en el gobierno del doctor Frondizi para poner en marcha la economía y pasar el invierno de Alsogaray, el dólar de \$ 253 a \$ 350 con Krigger Vasena y Onganía, el *rodrigazo*, la tablita de Martínez de Hoz, el que apuesta al dólar pierde, de Sigaut.

Jean Bodin escribía, allá por 1576, que en verdad no hay nada que más aqueje al pobre pueblo como el envejecimiento de la moneda o la alteración de su curso.<sup>4</sup>

Alfonsín lo había echado a rodar... Menem lo recogió, los gobiernos siguientes lo continuaron.

La reforma de 1994 puso un límite requiriendo formalidades y circunstancias, y excluyendo materias, pero por largos años no se logró un consenso para dictar la reglamentación prevista por el artículo 99, inciso 3.º de la Constitución nacional.

#### 4. La revolución continua

Así escribía John Locke en una nueva cita:

Las cosas de este mundo se hallan sujetas a tan continuas vicisitudes y mudanzas que ninguna subsiste mucho tiempo en el mismo estado.

---

<sup>4</sup> Jean Bodin: *Los seis libros de la República*, (1576), Madrid, Aguilar, 1973.

Tomando una serie continuada y significativa, al menos desde 1945 hasta ahora, vivimos los argentinos una serie de revoluciones, contrarrevoluciones y nuevas revoluciones en forma permanente. Las más largas han durado diez años: Perón 1945-1955 y Menem 1989-1999. Dos movimientos históricos han coincidido en ser el tercer movimiento histórico; así denominaba Bidart Campos<sup>5</sup> al gobierno del Frondizi, así se autotituló el gobierno de Alfonsín. Las autodenominadas revolución «libertadora» y revolución «argentina» se caracterizaron por pretender ser golpes militares que cambiarían la Argentina. La vuelta a las libertades y la renacionalización de los hidrocarburos del gobierno de Illia, la «Argentina potencia», el camino hacia el socialismo de Perón a Renovación y Cambio, la Argentina productiva y la entrada al primer mundo, de los noventa, la vuelta por «el camino correcto». El fin, la crisis, la salida de la convertibilidad.

Hoy, una nueva esperanza: la reconstrucción nacional, una nueva revolución.

Todos los gobiernos argentinos de los últimos sesenta años nos presentan contenidos revolucionarios.

El siglo XX ha sido un siglo de sociedades en cambio, de revoluciones, de replanteos, de guerras mundiales, de guerras por la independencia, de reivindicación social y de globalización de las conductas a favor del cambio social, político y económico.

Quizá el ejemplo más significativo del carácter revolucionario de los gobiernos del siglo XX está en la revolución continua en Mao Tse Tung. De tal forma, agotada una revolución se inicia la siguiente, de manera que el concepto incluye las distintas fases (y fracasos) por las que pasa dialécticamente la revolución permanente.<sup>6</sup>

La esperanza está en el cambio. En el mundo actual —escribía Charles Bourdeau para 1958—<sup>7</sup> la fe de la gente está en el cambio.

El comienzo del siglo XXI aparece como continuando este tema y como contradictorio en cuanto al significado del cambio, si es algo más allá o un retorno, una vuelta al pasado.

En las *sociedades en cambio* —escribía Samuel Huntington para 1968—, el cambio se establece a través de un poder centralizado.<sup>8</sup>

Antes, en 1934, Herman Heller<sup>9</sup> escribía que es ciertamente imposible imaginar un poder estatal sin la solidaridad política de un núcleo de poder. Sin embargo, el poder del Estado no aparece condicionado solamente por el núcleo de poder sino por todas las relaciones de las fuerzas políticas internas y externas.

---

<sup>5</sup> German Bidart Campos: *Historia constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1984.

<sup>6</sup> Paul Johnson: *Tiempos modernos*, Buenos Aires, Javier Vergara, 1991.

<sup>7</sup> Charles Bourdeau: *Método de la ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1969.

<sup>8</sup> Samuel P. Huntington: *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

<sup>9</sup> Herman Heller: *Teoría del Estado*, México D. F., FCE, 1992.

Entiendo que estos contenidos van delineando el porqué de los comprendidos de la ley 26122.

## 5. Decretos de necesidad y urgencia

¿Estamos frente a una nueva modalidad del antiguo derecho de prerrogativa? John Locke escribía:

[...] el poder legislativo no funciona constantemente y es además, [...] numeroso, lo que lo hace también [...] lento para que las cosas se ejecuten con la debida rapidez. [y] es además imposible prever todas las incidencias y necesidades que puedan afectar al interés público.

La prerrogativa es una autorización otorgada por el pueblo a sus gobernantes (PE) para adoptar diferentes iniciativas en casos no previstos por la ley, y, en ocasiones, para obrar directamente en contra de la letra de la ley, mirando por el bien del pueblo, y a reserva de la aprobación ulterior de este último, [...] con el objeto de que provea al bien público en aquellas situaciones derivadas de circunstancias imprevistas e indeterminadas y que, por esa misma razón, es imposible reglamentar con seguridad mediante leyes fijas e inmutables.

Samuel Huntington<sup>10</sup> plantea que el fundamento de la representación del Congreso norteamericano es la representación territorial de las distintas regiones o estados de la Unión. Este tipo de representación lo heredaron, las colonias, del sistema Tudor.

Mientras Norteamérica mantuvo y desarrolló luego este sistema en su Constitución, Europa evolucionó hacia la concentración del poder, a través del llamado absolutismo monárquico y su interacción con la Corte Real o el Consejo de Estado, discontinuando una regularidad en las reuniones del Parlamento o Asambleas legislativas, dictando esta la ley o designando a representantes que se hallaran en la capital del reino.

La Argentina siguió el modelo de Constitución norteamericana con un Congreso bicameral formado por los diputados y senadores elegidos en los distritos de provincia, con la obligación de residir o haber nacido en ellos.

La elección de este modelo no quita olvidar la corriente hispánica autonomista y federativa asentada también en las regiones de nuestro país durante toda la colonia. No solo con motivo de las distancias, sino probablemente por el mismo sentido hispánico que vemos resurgir en las autonomías regionales en la España del siglo XX. Por esa coincidencia quizás seguimos el ejemplo norteamericano.

No es entonces que el trabajo sea lento por desidia, sino por su propia estructura y pluralidad de número. Continuamente, los legisladores se trasladan a su lugar de origen. Semanalmente alternan su trabajo entre la capital de la Nación y su lugar de origen, para informarse, recabar inquietudes, mantener reuniones, hacerse presentes

---

<sup>10</sup> Samuel Huntington: *El orden político...*, o. cit.



y actuar en la comunidad que representan, repartiendo su tiempo con las tareas del Congreso.

Por otra parte, el sistema hace que deban aprobarse los proyectos por una Cámara y luego pasar a la aprobación de la Cámara revisora.

Cuando el proyecto es extenso o cuando la revisora es el Senado, es frecuente que devuelva con enmiendas a la Cámara de origen, lo que dilata más su sanción u ocasiona en casos la pérdida de su estado parlamentario.

Es sabido además que en general los proyectos se resuelven en el Congreso con mayor rapidez cuando provienen del Poder Ejecutivo, porque se trabaja y responde en bloque; en cambio, si el proyecto proviene de un legislador, este debe encontrar consenso en el propio bloque y además en el Ejecutivo.

Maurice Duverger ha relacionado esta situación con la dependencia de las estructuras de los partidos políticos.<sup>11</sup> Pero los proyectos marchan más rápido cuando nacen del Poder Ejecutivo, siempre que se apoyen en una mayoría parlamentaria, pero si esta no es tal, la oposición suele bloquear los proyectos oficiales, como el oficialismo dilatar los de la oposición, sobre todo en los años electorales.

Por otra parte, cuando no alcanza o se pierde una mayoría parlamentaria, los procesos legislativos son más trabajosos ante el juego de los bloques de afinidad y de la oposición. Esto vale para todas las democracias.

No solo el bloqueo puede partir del Congreso, sino que puede ser más tarde bloqueado por el Poder Judicial. En el caso norteamericano, el bloqueo ha partido también de planteos conservadores de la Corte como en el caso del *New Deal* del presidente Franklin D. Roosevelt, que llevó a este a procurar una renovación en la Corte o el de los tribunales, como en el caso del bloqueo a la reforma administrativa del gobierno de Richard Nixon.<sup>12</sup>

En el sistema federal norteamericano, los gobiernos oscilan a favor de la concentración o la descentralización federal del poder. Estos movimientos son provocados por las fuerzas centrípetas y centrífugas del poder, según la expresión utilizada por un panelista norteamericano ante una pregunta del público en la reunión internacional de Córdoba, de 2002, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Si como hemos dicho, en el mundo la concentración ha contribuido a afirmar las acciones que promueven el cambio, y en nuestro país la gente y los gobiernos se muestran proclives a venerar el cambio, y muchas veces en verdad lo necesitan, ¿por qué iba a ser distinto en nuestro país?

El bloque de emergencia o necesidad está compuesto por una continuidad o un suceso de acciones de lo cual entonces no resulta un DNU, sino un paquete de medidas relacionadas en el tiempo. Esta composición aumenta la predisposición a su número, así como también se ha señalado que muchos de los DNU que se han

---

<sup>11</sup> Mauricio Duverger: *Partidos políticos*, Barcelona, Ariel, 1969.

<sup>12</sup> Paul Johnson, *Tiempos modernos*, o. cit.

dictado no serían por su contenido tales sino que se ubicarían dentro de las facultades ordinarias del Poder Ejecutivo y han sido mal calificados por este.

La necesidad es fruto entonces de la realidad. El consenso democrático encuentra otros caminos. La opinión pública juega su papel.

¿No es este acaso el principio del Pacto de Olivos? ¿Participa el Pacto de Olivos de una naturaleza semejante a los DNU? El acuerdo de gobernabilidad Duhalde-Alfonsín ante la crisis y la fórmula de ministros compartidos, ¿participa también de una naturaleza semejante a los DNU?

La oportunidad y excepcionalidad están más cerca de lo cotidiano en los sucesivos gobiernos de lo que en teoría se hubiera pensado y el dictado de la ley reglamentaria es un avance hacia la regularización del sistema, hasta ahora sostenido únicamente por la CSJN en el sentido de reconocer su vigencia mientras el Congreso no disponga lo contrario y no afecte derechos protegidos por la CN, o sea sujetos al control de constitucionalidad.

También como se dijo, cabe reconocer que el Congreso siempre estuvo facultado para dictar una ley derogatoria o modificatoria de un DNU, sin necesidad del dictado de la actual reglamentación, y que esta facultad no se ha perdido pese a no haberse utilizado.

Esta última cuestión, «no haberse utilizado» o no haber tenido eficacia de actuación marca uno de los rasgos característicos de nuestra moderna democracia. Mientras se grita a voces el exceso en la cantidad, no se actúa.

Lo cierto es que estamos frente a una nueva forma de adoptar las leyes, por excepción. O a una vieja forma ahora institucionalizada democráticamente. No por nada nos rigen en materias importantes como por ejemplo las leyes 17711, 19549, 19550, 19551, 20337 y tantas otras que conforme al artículo 36 incorporado a la Constitución por la reforma de 1994, no merecerían el término de ley y deberían considerarse nulas.

Con el resultado además de haber obtenido escasa proporción de fallos que decretaran su inconstitucionalidad tanto por las Cortes Supremas adictas, como las que le siguieron en democracia. De la misma manera es escasa la proporción de declaraciones de inconstitucionalidad de los DNU dictados. Me refiero en todos los casos a su contenido sustancial.

Por otra parte, algunos gobiernos democráticos o en alguna de sus etapas han sido criticados por su inacción o el grado de capacidad para producir un cambio.

La sociedad ha estado o ha sido puesta en la esperanza del cambio.

¿Contribuyen los DNU a paliar el problema?

1. Como principio se ha establecido, en la doctrina y la jurisprudencia, la presunción de validez de una ley o un decreto, hasta que no se disponga lo contrario. Este principio otorga seguridad jurídica a los ciudadanos y a las relaciones jurídicas de estos y del Estado.

2. Los DNU se encuentran contemplados por la Constitución nacional. Su dictado ha de ser por excepción, pero están autorizados. Gozan de la presunción de validez arriba indicada. Por tanto deben entenderse válidos mientras no se deroguen por el Congreso, se dicte otro decreto en contrario del Poder Ejecutivo o se declaren inconstitucionales por el Poder Judicial (es el criterio que adopta la CSJN).

Al control jurisdiccional se agrega ahora el control legislativo, con aprobación de una cualquiera de las Cámaras —que es más de lo que había—. En definitiva, con el debido control, los DNU parecen contribuir a otorgar al gobierno un mayor dinamismo.

Pero el problema parece estar, como dice Midón, desde el inicio en calificar las circunstancias excepcionales que hacen imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes.<sup>13</sup> Este autor se refiere a ellas en este mismo libro, por lo que he de ser breve al respecto, absteniéndome del debate.

La Constitución nacional trae al respecto de los DNU, como de la legislación delegada y decretos de aprobación parcial requisitos formales y sustanciales. La Comisión Bicameral debe verificar que se encuentren cumplidos los primeros y que los fundamentos sustanciales, así como el contenido normativo, se correlacionen con el fondo de la excepcionalidad.

Las circunstancias excepcionales por las que ha pasado el pueblo argentino han sido tantas que hemos vivido de excepción en excepción. ¿Con qué vara vamos a medir las excepcionalidades, con qué ojo vamos a apreciar el impedimento para legislar, con qué tiempo vamos a medir las urgencias y en qué circunstancias? La respuesta a boca de jarro suena simple: las del oficialismo de turno y las de la oposición. Habrá que esperar. ¿Qué posición tomará la Corte ante esta nueva perspectiva?

## 6. Delegación legislativa

En las comunidades políticas en que el poder legislativo y el político se encuentran en manos distintas, el bien de la sociedad exige que deje varias cosas al buen juicio de la persona que ejerce el poder ejecutivo.

*John Locke*

En cuanto a la delegación legislativa, hay amplia bibliografía sobre el tema tanto de autores de derecho constitucional como de administrativistas, por lo que tratándose de la presente de una obra colectiva que debe un espacio breve para permitir la mejor exposición de todos, me limito a decir que hasta 1973 la CSJN encaró la cuestión de la delegación legislativa, no reconociéndola expresamente sino encuadrándola dentro

---

<sup>13</sup> Mario A. R. Midón (coord.): «Propuestas en torno a la reglamentación de los DNU», en Asociación Argentina de Derecho Constitucional: *Leyes reglamentarias de la reforma constitucional*, Buenos Aires, AADC, 1996.

de la facultad presidencial de dictado de decretos reglamentarios. La reforma constitucional de 1994 la reconoce y establece como excepción, en el artículo 76 CN, en materias determinadas y por plazo determinado, sujeto a los términos de la delegación que establezca el Congreso, siguiendo, a decir de García Lema, en su calidad de diputado constituyente, principios o antecedentes de la Corte norteamericana.

La Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones, ley de delegación 23296, y de la ley 23297 de Racionalización de la Administración, poco pudo hacer al aplicarse el principio de que sus dictámenes no eran vinculantes. Por tanto, no impidió por ejemplo que se produjera desempleo en vez de la reubicación de los trabajadores en nuevas tareas, en contra de las bases de la legislación delegada, lo que contribuyó al empobrecimiento de las familias una vez consumidos los montos indemnizatorios. En otro ejemplo, la CSJN en el caso *YPF*, puso al descubierto el manejo viciado de la autoridad de aplicación sobre los programas de propiedad participada, cuestión que motivó posteriormente la sanción de la ley indemnizatoria 25471.

En consecuencia es un avance, en pos de evitar iniquidades como las mencionadas, que los temas de naturaleza delegada se encuentren ahora sometidos al control efectivo de las Cámaras del Congreso.

## 7. Promulgación parcial de leyes

Con relación a la promulgación parcial haremos un breve comentario. La reforma de la Constitución de 1994 optó por favorecer la vigencia de la ley y excluir las partes no observadas, sin aguardar una nueva insistencia por el Congreso.

No se invocan aquí razones de urgencia, emergencias o circunstancias que tornen imposible el tratamiento por el Congreso. Se da la siguiente situación: si el bloqueo por veto provoca que el proyecto no pueda repetirse en la sesión de ese año cuando las Cámaras difieren en las objeciones (artículo 83 CN), con la ley 26122, una Cámara acepta el veto o sea la promulgación parcial que es su anverso-reverso, y la otra no lo acepta, el proyecto ahora queda firme, en vez de no poder volver a repetirlo en las sesiones de ese año, porque se necesita el rechazo de ambas Cámaras para derogarlo. Como acabamos de ver, se trata de una nueva alternativa en la sanción de las leyes.

## 8. Una observación a las novedades que trae la ley

Dijimos en la introducción que una de las novedades que trae la ley es que, en caso de rechazo por ambas Cámaras, quedan a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia anterior por más efímera que fuera.

Esta apreciación fue hecha sobre la base de argumentos extraídos de los artículos 17 y 24 de la ley 26122, en concordancia con el artículo 76 *in fine* CN. Esta cuestión se presta a su análisis desde distintos ángulos.

El artículo 99, inciso 3.º, cuando se refiere a las materias prohibidas objeto de los DNU, legislación penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, expresa que tales contenidos son de nulidad absoluta e insanable. Otra cosa sería el rechazo legislativo de un DNU con objeto permitido.

En cuanto a la delegación legislativa prevista por el artículo 76 CN, si la materia del decreto no fuera delegada o no se encontraran sus contenidos entre las bases de la delegación, estos decretos parecerían ser más proclives a padecer de una nulidad insanable, arrastrando consigo los actos que se hayan ejecutado. Otra cosa son las consecuencias de la caducidad prevista por el artículo 76 CN.

¿Cuáles son? Cuando el rechazo se base en que los contenidos de los decretos son ajenos a la materia y a las bases de la delegación, o al plazo fijado para su ejercicio. Estos temas deben ser analizados según el artículo 13 de la ley 26122.

Para los casos de promulgación parcial, si no tuviera autonomía normativa y se alterara el espíritu de unidad del proyecto, tales contenidos serían nulos. Nuevamente, ¿qué pasa con los derechos adquiridos? ¿Que pasaría con las ventajas obtenidas que hayan sido logradas, en el plazo efímero de su vigencia?<sup>14</sup>

## 9. Una propuesta de legitimación cuando las Cámaras no se pongan de acuerdo

En el libro *A 10 años de la reforma de la Constitución nacional*, Adrián Ventura titula su trabajo «El ejecutivo concentró el poder con los DNU».<sup>15</sup> Este ha sido en verdad el efecto del reconocimiento constitucional de la capacidad del Poder Ejecutivo para dictar DNU, promulgar parcialmente las leyes y dictar decretos de legislación delegada.

Si en el mundo la concentración ha contribuido a afirmar las acciones que promueven el cambio, si la sociedad argentina ha estado y tiene en forma permanente la ilusión de un país mejor, esperanza que se plantea alcanzar con el cambio prometido, si ese cambio debe acelerarse en los gobiernos democráticos, de manera tal que debe ser logrado al menos parcialmente, en un periodo breve, antes de la segunda elección legislativa... diría que estamos hechos.

¿Constituye la ley 26122 un recurso suficiente para volver la cuestión a su justo medio? Diría que ayuda a calmar la ansiedad de la oposición y a legitimar al oficialismo.

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, podría darse una situación buscada, como cuando se establecieron los controladores fiscales; en este caso la reglamentación habilitó unas marcas y se demoró la aprobación de las demás, mientras tanto los inspectores comenzaron la campaña de fiscalización, lo que posibilitó una gran demanda de las primeras.

<sup>15</sup> Adrián Ventura: «El ejecutivo concentró el poder con los DNU», en Asociación Argentina de Derecho Constitucional (comp.): *A 10 años de la reforma de la Constitución nacional*, Córdoba, Advocatus, 2005.

En el juego democrático, la oposición rechazará los fundamentos, el oficialismo aprobará los decretos. O ambos llegarán a un acuerdo, otorgándose concesiones recíprocas.

## **10. ¿Pero qué pasará cuando una Cámara apruebe y otra rechace?**

Sabemos que tendrá vigencia. Pero desde el punto de vista político y de la opinión pública, según las circunstancias por las que atraviese el gobierno, puede ser un duro golpe. Llegado el caso de que las Cámaras no se pongan de acuerdo, la propuesta que traigo como alternativa es una consulta popular no vinculante, que puede ser convocada por el Poder Ejecutivo. De tal forma, obteniendo el consenso del pueblo logrará una mayor legitimación.

De más está decir que entiendo que la solución que trae la ley 26122 y esta alternativa plebiscitaria se prestarán a críticas de quienes confían más en los magistrados de la Corte que en la representación popular del Congreso, y de quienes renieguen del voto popular.

Me parece legítimo mantener la esperanza del pronunciamiento del pueblo. Así, el pueblo puede ser custodio de sí mismo, de sus legisladores e indirectamente aun de los magistrados, toda vez que, como dice John Locke, en la última cita:

[...] como tal (el) poder legislativo es únicamente un poder al que se ha dado el encargo de obrar para la consecución de determinadas finalidades, le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar los legisladores, si considera que actúan de una manera contraria a la misión que se les ha confiado.

**Andrea Mensa González\***

## **La atribución presidencial de dictar decretos de necesidad y urgencia como violación al principio de división de poderes**

Antes de entrar al estudio del tema enunciado es conveniente efectuar una breve introducción respecto de las facultades legislativas que tiene el Poder Ejecutivo nacional antes y después de la reforma de nuestra Constitución nacional.

En una república como la nuestra rige el principio clásico de división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para evitar que la concentración de poder atente contra los derechos y garantías fundamentales del hombre. En este marco, como regla, el presidente de la Nación no puede emitir disposiciones de carácter legislativo; solo reviste carácter de colegislador.

La función legislativa recae exclusivamente en el Parlamento, órgano encargado de realizar la tarea legislativa. Únicamente en los casos en que este no pudiere cumplir su función, o cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible la solución de situaciones de extrema gravedad a través de su actuación, el Poder Ejecutivo podría excepcionalmente, y sujeto a convalidación por el Congreso, emitir decretos de tipo legislativo.

Desde una perspectiva revisionista, los decretos de necesidad y urgencia se vinculan históricamente con el ejercicio de poder en nuestro país, principalmente desde el abrupto final del gobierno de Raúl Alfonsín, en 1989.

---

\* Doctoranda de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Empresarial Siglo XXI.

Antes de la reforma constitucional del año 1994, la Constitución nacional no brindaba al Poder Ejecutivo la atribución de dictar decretos de necesidad y urgencia. El texto constitucional decía: «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo».

Sin embargo, a pesar de no haber sido receptados, el dictado de este tipo de decretos se convirtió poco a poco en práctica habitual ya que fueron reconocidos tanto por un sector de la doctrina como por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; esto, claro, en evidente violación del principio de división de poderes. El Poder Ejecutivo asumió por sí competencias legisferantes atribuidas por la Constitución al Poder Legislativo. Con el fundamento de la facultad de colegislador del presidente, se fueron dictando decretos de necesidad y urgencia sobre distintas materias.

Desde el año 1853 y hasta 1983, esto es durante 130 años, se dictaron 18 decretos de necesidad y urgencia por 23 presidentes constitucionales. Si bien es cierto que la práctica del órgano ejecutivo de asumir facultades legislativas en excepcionales oportunidades registra antecedentes desde 1855, no lo es menos que la cuestión de los decretos de necesidad y de urgencia recién aparece como un problema institucional grave durante la gestión presidencial de Carlos Menem ya que, luego de restaurada la democracia en 1983, tanto Alfonsín como Menem dictaron decretos de necesidad y urgencia, pero recién en la presidencia del segundo ello se convirtió en una rutina institucional.

Durante la gestión del presidente Alfonsín se los había utilizado solo para resolver verdaderas crisis económicas y sociales, con una duración temporaria y con una pronta comunicación al Congreso de la Nación, que los confirmaba o no (por ejemplo, el caso del lanzamiento del Plan Austral).<sup>1</sup> En total, desde el año 1983 hasta el año 1989 (seis años de gobierno) Raúl Alfonsín dictó diez decretos de necesidad y urgencia, un promedio de 0,7 decretos por mes.

Carlos Menem, durante su presidencia del año 1989 hasta el año 1999, dictó 545 decretos de necesidad y urgencia, un promedio de 4,4 decretos por mes.

Durante esta gestión presidencial se llevó a cabo en el año 1994 la reforma de nuestra Constitución nacional. Ahora bien, antes de producirse este hecho, la Corte Suprema de Justicia convalidó el dictado de decretos de necesidad y urgencia; lo hizo en el año 1990, en el recordado caso *Peralta*, en el contexto de la crisis hiperinflacionaria y para asegurar la supervivencia de la sociedad argentina.<sup>2</sup>

Allí la Corte, si bien reconoció jurisprudencialmente la facultad presidencial, resaltó el carácter excepcional de la medida y estableció, como requisito para la validez de estos decretos: a) la existencia de una situación de grave riesgo social que

<sup>1</sup> Néstor Sagüés: «Decretos de necesidad y urgencia», en *La Ley*, 1992-B.

<sup>2</sup> Carlos Colautti: «El control sobre los decretos de necesidad y urgencia», en *La Ley*, 1998-B, p. 1041.



pusiese en peligro la existencia misma de la nación y el Estado; b) la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas a través del decreto; c) la inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados; y d) la convalidación del Congreso.

Como vemos, se confirmaba que la validez del dictado de los decretos de necesidad y urgencia solo tiene carácter excepcional, restringida a situaciones que importan una verdadera imposibilidad de resolver las emergencias a través del proceso legislativo ordinario; de lo contrario se estaría ante un avance injustificado del Poder Ejecutivo sobre las potestades del Poder Legislativo.

A la luz de los números antes mencionados, queda claro que estos límites fueron obviados por el ex presidente Menem en múltiples oportunidades y se instaló en nuestro país una suerte de *decretocracia*<sup>3</sup> como forma de gobernar.

Finalmente, la reforma constitucional del año 1994 incorporó al texto constitucional la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos de tipo legislativo, regulando su alcance e incorporando claras limitaciones para acordar su uso.

Así, luego de afirmar que «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo», el inciso 3.º del artículo 99 señala que:

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren 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.

Con lo mencionado vemos que el dictado de los decretos de necesidad y urgencia se permite desde la reforma de la Constitución del año 1994, pero con límites claros y precisos, esto con el objetivo de poner límites a la práctica abusiva de legislar, por el Poder Ejecutivo.

En primer lugar, se debe recalcar que como regla nuestra carta magna establece la prohibición de emitir disposiciones de carácter legislativo al Poder Ejecutivo. Ahora bien, únicamente pueden dictarse cuando «circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, como excepción. Como señala Quiroga Lavié,

la norma viene, con toda claridad, a establecer que frente a una imposibilidad funcional por parte del Congreso para desempeñarse como tal, es que se puede utilizar el instrumento de excepción, pero no en el caso de que se trate de una imposibilidad

---

<sup>3</sup> Entiéndase por *decretocracia* no el gobierno republicano democrático en donde impera el respeto y sujeción a la ley, el respeto a la división de poderes —Estado de derecho—, sino un gobierno en donde el poder se ejerce avasallando las funciones determinadas constitucionalmente a cada uno de los poderes del Estado y donde se gobierna mediante el dictado de decretos, y los auténticos representantes del pueblo no son tenidos en cuenta.

política, por parte del Ejecutivo, de conseguir los votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya.<sup>4</sup>

Por su parte, la Constitución establece que se deben dar en un estado de necesidad. Se entiende que se configura esta situación, por ejemplo, en casos de colapsos económicos que por su gravedad no permitirían someter al debate del Congreso las medidas a adoptar, o bien, frente a situaciones de guerra o cualquier otro tipo de catástrofe que mantenga al Congreso cerrado o impida la espera del debate legislativo por la inminencia y gravedad de los daños a reparar; solo en estas circunstancias se habilita el dictado de decretos de este tipo, ya que la Constitución nacional establece que se dan cuando es «imposible de seguir los trámites legislativos ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes». Según Bidart Campos, «la necesidad es algo más que conveniencia, en este caso parece ser sinónimo de imprescindible».<sup>5</sup>

En segundo lugar, existe una prohibición absoluta para el dictado por el presidente de decretos de necesidad y urgencia. Nunca podrán dictarse decretos de este tipo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de partidos políticos.

Asimismo, los decretos de necesidad y urgencia tendrán que estar siempre motivados y suficientemente fundados, principalmente en lo referente a las necesidades y las urgencias que llevaron a su dictado. Ello es requisito de su legalidad y legitimidad, en función del principio republicano de gobierno de división de poderes y a fin de justificar el apartamiento de la premisa que establece que las normas son dictadas por el Congreso de la Nación. Por ello, en el mensaje que da cuenta del dictado del decreto, el Poder Ejecutivo debe precisar siempre qué acontecimientos han producido la causa constitucional o hecho habilitante para su emisión, cuáles son los bienes que desea preservar a través de su dictado, las razones por las cuales no puede resolver la emergencia mediante mecanismos ordinarios y sí mediante el decreto que se emite.

Para ser válido el acto, también debe verificarse proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado con la medida y razonabilidad respecto de las circunstancias que dan lugar a su dictado (las razones de necesidad y urgencia).<sup>6</sup>

Por último, en tanto el dictado del decreto, este solo es válido por existir razones de necesidad y urgencia, y en razón de que ellas tienen una duración determinada, el acto legislativo del Poder Ejecutivo debe tener una vigencia limitada, es decir, debe estar sujeta a un plazo de vigencia que será el que se presuma durará la emergencia.

A estas limitaciones sustantivas para el dictado de decretos de necesidad y urgencia se suma la regulación procedimental. La Constitución prevé que los decretos sean

---

<sup>4</sup> Humberto Quiroga Lavié: *La Constitución de la nación argentina. Comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 1996.

<sup>5</sup> Germán Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

<sup>6</sup> Andrés Gil Domínguez: «Potestades legislativas del Poder Ejecutivo», en *La Ley*, 1996-D, p. 1651.

convalidados por una ley del Congreso nacional, luego de que dictaminara sobre su validez o invalidez una Comisión Bicameral Permanente dedicada a su contralor.<sup>7</sup>

Al respecto, y según un relevamiento de Poder Ciudadano, desde 1994 se presentaron en el Congreso 87 proyectos de creación de la comisión bicameral permanente de control de los DNU, pero nunca hubo acuerdo político para transformarlos en ley.

Recién el pasado 20 de julio del corriente año y con doce años de demora, fue sancionada la ley 26122 que instaura el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, dando así y a través de la mencionada norma cumplimiento a lo dispuesto por los convencionales constituyentes de 1994. La reciente norma, a decir de numerosos autores, contiene algunas disposiciones que a primera vista contrarían aspectos primordiales de la Constitución y de la jurisprudencia del máximo tribunal federal.

## 1. De la Rúa y Duhalde

Si se tiene en cuenta que el ex presidente Menem dictó, durante sus dos primeros años de gestión, 128 decretos de necesidad y urgencia, debemos decir que el ex presidente De la Rúa, en el período 1999-2001 dictó 73, promediando los tres decretos por mes, y Eduardo Duhalde, durante los años 2002 y 2003, dispuso 158, con un promedio de 9,3 por mes en un contexto de verdadera crisis económica y social.

Este último, basándose en la crisis económica y social del año 2002, abrió las puertas al uso indiscriminado de los decretos de necesidad y urgencia. En ese período, el Poder Legislativo delegó, a través de la ley 25561, en el Poder Ejecutivo importantes facultades en la materia legisferante.

Llegamos por fin a la gestión del presidente Néstor Kirchner que, en primer lugar, logró por las leyes 25790 y 25820 que los legisladores prorrogaran la emergencia dispuesta por el gobierno de Duhalde y, más aún, en esta prórroga se le amplió la delegación de facultades.

Desde que asumió en el año 2003 hasta el 7 de julio de 2006, el Poder Ejecutivo dictó 201 decretos de necesidad y urgencia, con el promedio más alto de todos los gobiernos desde la restauración de la democracia: cinco decretos por mes, superando en este aspecto y durante igual período a su antecesor Carlos Menem. La cifra resulta a todas luces exagerada, en tanto se trata de una facultad que solo puede ejercerse excepcionalmente, en circunstancias de especial gravedad que lo ameriten. Una inmensa mayoría de las normas emitidas por el presidente Kirchner lo han sido en manifiesta violación de la división de poderes, en desmedro de las facultades legislativas del Congreso nacional y en trasgresión del principio republicano de gobierno, que exige razonabilidad, proporcionalidad y motivación, a más de la verificación de

---

<sup>7</sup> Calógero Pizzolo: *Constitución nacional. Comentada, anotada, concordada*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

la existencia de las razones fácticas que permitan el dictado de la medida de excepción. Es un claro caso de utilización de las facultades legislativas por el Poder Ejecutivo para desplazar al Congreso del ejercicio de lo que es su atribución específica e indelegable: hacer la ley. Los decretos son en su gran mayoría inconstitucionales, en tanto no se adecuan a las exigencias que fueran desarrolladas.

Se han dictado decretos de toda clase, sobre materias diversas. La mayoría de ellos refieren a variaciones en sueldos, jubilaciones, subsidios, asignaciones familiares e indemnizaciones. El resto de los decretos presidenciales están relacionados con la ley de presupuesto, los fondos fiduciarios y la deuda pública, entre otros temas. Tenemos uno que le cambió el nombre al Ministerio de Salud por Ministerio de Salud y Ambiente, otro que le aumenta el sueldo al presidente y a los ministros en un cien por ciento.

Entre mayo de 2005 y mayo de 2006, el presidente envió al Congreso 57 proyectos de ley, de los cuales solo 35 se referían a políticas públicas, mientras que los otros 22 eran meras ratificaciones de acuerdos y tratados internacionales; en cambio, en el mismo período firmó 61 decretos de necesidad y urgencia. Es decir que cuando el presidente estimó que era necesario dictar una ley para llevar adelante una política de gobierno, en 61 casos decidió actuar solo (mediante los DNU) y nada más que en 35 oportunidades recurrió al Congreso, haciendo uso de su facultad de proponer proyectos de ley.

Si se excluyen los proyectos de ratificación de tratados y acuerdos internacionales, que deben ser enviados al Congreso como parte del trámite parlamentario obligatorio para su vigencia, en su primer año de gestión el presidente firmó 67 DNU y envió al Parlamento 56 proyectos de ley. Al año siguiente, la diferencia se amplió: dictó 73 decretos y mandó 45 iniciativas al Congreso. Y esa tendencia se ratificó en este último año, con 61 DNU contra 35 proyectos de ley.

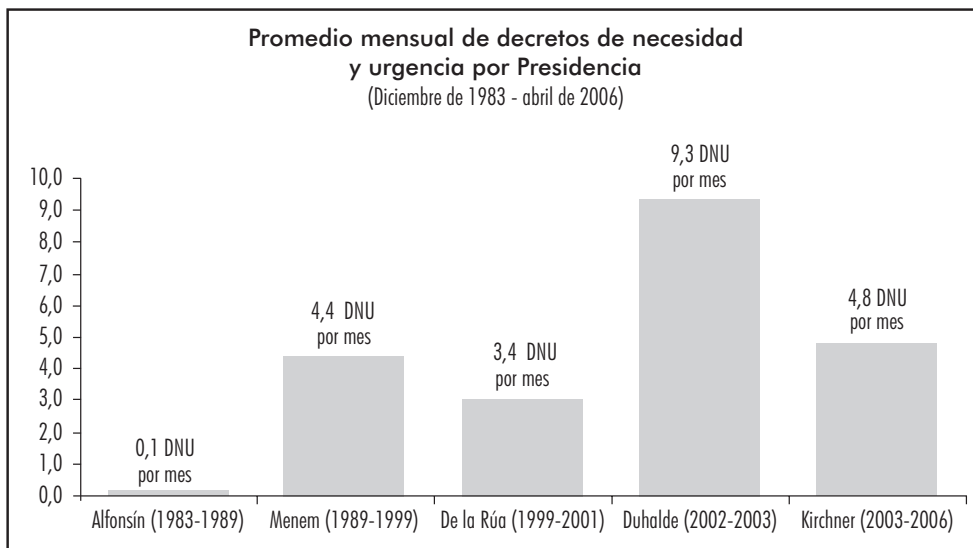
En realidad, se supone que los decretos de necesidad y urgencia son medidas excepcionales para circunstancias también excepcionales, como ya vimos, pero en la práctica esto no siempre es así.

#### *Decretos de necesidad y urgencia por períodos presidenciales (1983-2006)*

Presidencia*	Período	DNU	Meses	Decretos por mes
Alfonsín	10.12.1983-7.7.1989	10	67	0,1
Menem	8.7.1989-9.12.1999	545	125	4,4
De la Rúa	10.12.1999-20.12.2001	73	24	3,0
Duhalde	1.1.2002-24.5.2003	158	17	9,3
Kirchner	25.5.2003-25.4.2006	169	35	4,8
Promedio	10.12.1983-31.3.2006	955	268	3,6

\* No se consideran los gobiernos provisionales de Puerta, Camaño y Rodríguez Saá.  
Fuente: Centro de Estudios Nueva Mayoría, con datos de Dirección de Información Parlamentaria.

La cifra relevada por el Centro de Estudios Nueva Mayoría se vio superada, ya que a julio del 2006 la Presidencia de Kirchner había dictado 201 DNU.



Fuente: Centro de Estudios Nueva Mayoría, con datos de Dirección de Información Parlamentaria.

A continuación tomamos algunos ejemplos que permiten comprender con facilidad lo expuesto y demuestran que por medio de este instrumento se dispusieron medidas diversas:

1. Decreto de necesidad y urgencia n.º 1192, del 4 de diciembre de 2003. Es el ejemplo más claro de la arbitrariedad en que se incurre al dictar este tipo de normas. Otorga un verdadero cheque en blanco al Ministerio del Interior al autorizarlo a entregar subsidios y subvenciones a personas físicas y jurídicas que se dediquen a la atención de la necesidad de la población.
2. Decreto de necesidad y urgencia n.º 140, del 3 de febrero de 2004. Tiene como objetivo incluir obras de la red vial en la provincia de Santa Cruz con la financiación a cargo del Fondo Fiduciario del Sistema de Infraestructura de Transporte.
3. Decreto de necesidad y urgencia n.º 202, del 10 de junio de 2003. Se aprueba el texto de la farmacopea argentina a fin de normalizar el mercado farmacéutico.
4. Decreto de necesidad y urgencia n.º 792, del 22 de setiembre de 2003, y DNU 1366, del 14 de enero de 2004. Estos decretos modifican el presupuesto de la administración pública nacional ya que implican un incremento en la partida presupuestaria denominada «Contratos especiales», en la cual se registran las contrataciones de servicios profesionales. Ello fue solicitado

por el Ministerio del Interior invocando como fundamento, en ambos casos, «compromisos ineludibles de las reparticiones con las actividades de apoyo al señor presidente de la Nación».

5. Decreto de necesidad y urgencia n.º 1216, del año 2004. Instauró la realización del Censo Económico Nacional.
6. Decreto de necesidad y urgencia n.º 721, del año 2004. Creó la constitución de una sociedad anónima para hacerse cargo del Correo Argentino.
7. Decreto de necesidad y urgencia n.º 557/05. Otorgó un aumento exclusivo a secretarios y jueces, lo cual provocó un reclamo del gremio judicial. Este DNU afectó el presupuesto del Consejo de la Magistratura y la Ley de Autarquía Judicial n.º 23853. No se invocaron para ello razones de necesidad y urgencia, ni de circunstancias excepcionales que hubieran impedido que el Congreso de la Nación siguiera con el trámite ordinario para la sanción de las leyes.

Como ejemplo, y a decir de Rodolfo Terragno, «este presidente firmó 16 decretos de necesidad y urgencia modificando los presupuestos del ejercicio anterior y del actual, incluido un decreto por el cual él, el presidente de la Nación, le otorgó facultades especiales al Jefe de Gabinete, que ni siquiera le habían sido delegadas por el Congreso de la Nación».<sup>8</sup>

En todos los casos citados, las decisiones podrían haber sido tomadas por el Poder Legislativo, ya que en los considerandos de los decretos no se invocan en ningún caso circunstancias que configuren *necesidad y urgencia*, ni existían razones que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución nacional para la sanción de las leyes.

Y como dice el legislador socialista Rubén Giustiniani:

[...] la mayoría de los DNU que dictó Kirchner tienen que ver con el manejo discrecional de los recursos públicos. [...] la constitucionalización de estos decretos otorga al Poder Ejecutivo una herramienta legislativa que lo coloca por encima del resto de los actores institucionales, alterando el principio de separación de poderes.<sup>9</sup>

A lo antes expuesto se debe agregar que el presidente Kirchner, pese de tener el control de ambas Cámaras, utiliza la vía de los decretos, que son facultades delegadas para gobernar, produciendo así un agudo deterioro de la calidad institucional y operando desde la aconstitucionalidad.

Como se desprende de lo antes mencionado, son claros los indicadores que llevan a pensar que existe una intencionalidad política evidente y una forma de gobernar muy precisa que apunta a concentrar el poder en la figura del Poder Ejecutivo y a vaciar de contenido al Congreso de la Nación, lo cual se ve facilitado no solo por

---

<sup>8</sup> Rodolfo Terragno, en su actividad parlamentaria, en el debate del informe bimestral del Jefe de Gabinete de Ministros, 14 de octubre de 2004.

<sup>9</sup> Rubén Giustiniani, en el debate parlamentario de la sanción de la ley 26112 reglamentaria de los decretos de necesidad y urgencia.

la personalidad del presidente, sino por la existencia en el Poder Legislativo de un oficialismo complaciente, en ambas Cámaras, y una oposición fragmentada. Claro es que el Poder Ejecutivo debería abandonar esta práctica de quitarle espacio a uno de los poderes del Estado.

La práctica de gobernar vía decretos de necesidad y urgencia vacía de facultades al Congreso de la Nación. Esto no fortalece a ningún poder y claro está que bajo la apariencia de celeridad en la gestión, lo que se construye en cambio es discrecionalidad y el consecuente peligro de arbitrariedad en el ejercicio de poder.

Con el uso y abuso de los institutos de la emergencia, desde los decretos de necesidad y urgencia hasta la delegación legislativa en todas sus gamas, la emergencia, en vez de ser curada, se ha transformado en una enfermedad endémica. Hemos llegado así a tener en la Argentina, en los hechos y en la práctica, un sistema de altísima concentración del poder en que la forma republicana de gobierno prácticamente es letra muerta en la Constitución. La República ha sido avasallada en sus dos notas principales: el gobierno de las leyes y el principio de separación de poderes. Lo que se buscó en su origen con la forma republicana fue limitar los poderes absolutos del monarca dándole a un cuerpo de representantes del pueblo la facultad de dictar normas generales aplicables por igual a todos los que estuvieren en igualdad de situaciones. De esta manera se construyó una enorme valla para evitar el abuso del poder.

Por último, esta más que claro que en cuestiones que hacen a la preservación y fortalecimiento de las instituciones es fundamental que este gobierno, y cualquier otro, le dé al Congreso la oportunidad de que cumpla con su función de contralor sobre las acciones del Poder Ejecutivo. Para ello, un primer paso sería contar con una ley que regule la sanción de los decretos de necesidad y urgencia, ya que en un sistema republicano no es posible seguir gobernando por decreto y convirtiendo día a día a la Argentina en un país que no solo está al margen de la ley, como decía Carlos Nino, sino en el cual los gobernantes socavan los cimientos del Estado de derecho mediante el dictado de normas que, llevadas por su extensión fuera de los límites constitucionales, desconocen el derecho mismo.

**Adriana Tettamanti de Ramella\***

## **Juicio político: ¿mecanismo de control o factor de distorsión?**

### **1. Introducción**

La responsabilidad de los gobernantes es una de las bases primordiales del sistema representativo republicano y esta responsabilidad, en nuestro sistema constitucional, se hace efectiva mediante el juicio político.<sup>1</sup> El reconocimiento de los principios constitucionales de la soberanía popular y de la representación política trajo como consecuencia directa la responsabilidad de los gobernantes, presupuesto necesario para la eficacia de toda clase de control, sea político o judicial. El control que encomienda la Constitución es ejercido por el Poder Legislativo, como órgano eminentemente representativo y político.<sup>2</sup>

---

\* Abogada. Especialista en Derecho Procesal con mención en Procesal Civil (2002) y Especialista en la Enseñanza de la Docencia Superior (2006), Universidad Católica de Cuyo. Profesora asociada de Derecho Constitucional y de Práctica Procesal Civil, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo. Miembro asociado de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e integrante de su comité de redacción. Directora del Instituto de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Foro de Abogados de San Juan. Vicedirectora del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo.

<sup>1</sup> La Constitución no hace referencia expresa a esta denominación; utiliza los términos *causas de responsabilidad* (artículo 53) y *juicio público* (artículo 59). No obstante, es aceptado uniformemente el uso de la terminología *juicio político*.

<sup>2</sup> En tal directriz señala Bielsa que: «En un Estado en que rige una Constitución que establece un gobierno *representativo* y *republicano*, todos los que ejercen funciones públicas responden de sus



La normativa y el propio acontecer histórico de nuestro país nos permite aseverar que, entre los mecanismos de control político, se destaca el juicio político como procedimiento idóneo para determinar la responsabilidad de los funcionarios superiores del Estado. En nuestro país, señala Armagnague, «desde los albores de la emancipación, este principio fue considerado uno de los pilares para el afianzamiento de las libertades públicas».<sup>3</sup>

Para González Calderón, el juicio político es:

un procedimiento solemne, iniciado por los representantes directos de la Nación y por ellos promovido ante el Senado, como supremo tribunal de justicia política, para verificar y hacer efectiva la responsabilidad constitucional de los funcionarios que comprende el artículo 45 [actual artículo 53 CN].<sup>4</sup>

Bielsa apunta que:

El juicio político, dentro de la concepción del mandato, sería el procedimiento dirigido a la revocación del mismo, pues tiene por objeto privar al funcionario de su función pública, sin perjuicio de someterlo a la jurisdicción judicial, según sean los hechos generadores de su responsabilidad jurídica.<sup>5</sup>

Para Badeni, «la institución del juicio político es un instrumento mediante el cual los legisladores pueden velar por la efectividad de uno de los principios básicos del sistema republicano de gobierno: la idoneidad requerida por el artículo 16 de la ley fundamental».<sup>6</sup>

El juicio político reconoce como antecedentes mediatos al *impeachment* inglés y el juicio de residencia de nuestra época colonial, aun cuando ofrece notables diferencias con uno y otro, y como antecedentes inmediatos al *impeachment* estatuido por la Constitución norteamericana y a las Constituciones de 1819 y 1826.<sup>7</sup> Observa Gelli que:

---

actos realizados en ellas, es decir, responden de las extralimitaciones de su mandato, no en el sentido del derecho civil sino del derecho público». Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, 3.ª edición aumentada, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, p. 595.

Según Alberdi, una de las características y principios inherentes al sistema republicano de gobierno es «la responsabilidad de los mandatarios ante el país que les ha confiado la gestión de su libertad o poder soberano». Juan B. Alberdi: *Estudios políticos, Obras selectas*, tomo XVII, pp. 201-202, citado por Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Alfa, 1956, p. 173.

<sup>3</sup> Juan F. Armagnague: *Juicio político y jurado de enjuiciamiento*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 1.

<sup>4</sup> Juan A. González Calderón: *Curso de derecho constitucional*, 6.ª edición, reimpresión inalterada, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 504.

<sup>5</sup> Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 2, p. 596.

<sup>6</sup> Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, 1.ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 1170.

<sup>7</sup> Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, tomo 9, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 450.

La institución del *impeachment* es de origen anglosajón. Su aplicación en Inglaterra evidenció más que controles democráticos una de las formas de lucha política entre la Corona y el Parlamento en la que este no solo destituía sino que aplicaba penas. La finalidad perseguida por aquel instituto, su aplicación y efectos distan mucho de ser trasladables a nuestro país bajo las normas y los principios constitucionales hoy vigentes y a la vista de la experiencia vivida en la República Argentina acerca de la inestabilidad judicial en general y de la integración de la Corte Suprema en particular. Las características del juicio político que estableció y reguló la Constitución histórica de nuestro país provienen de la versión *tamizada* por la Constitución de los Estados Unidos [...], [aunque] la historia y las circunstancias de aplicación de las reglas del llamado juicio político en los Estados Unidos muestran muy disímiles con las de nuestro país.<sup>8</sup>

No es el propósito de este trabajo recorrer los antecedentes de esta institución, de los cuales se ha ocupado la doctrina constitucional con minuciosa atención; no obstante, compartimos la síntesis que aporta Salgado Pesantes:

La idea de ejercer un control político sobre el Estado y particularmente sobre el Ejecutivo tiene antecedentes antiguos. Quizá la concepción más conocida sea la de Montesquieu, quien al establecer la necesidad de que los tres poderes fueran ejercidos por órganos distintos, señaló que cada uno tendrá la facultad de impedir (*empêcher*) y de detener (*arrêter*) al otro u otros poderes. «El poder —escribió— detiene al poder». Se trataba de una mutua limitación. [...] El constitucionalismo contemporáneo, fortalecido con el concepto de democracia, ha consolidado la institución del control político.<sup>9</sup>

## 2. Control político y control jurídico

En nuestro país, el control del poder surge de la misma Constitución. Es decir que el mismo ordenamiento jurídico estatal crea, regula y legitima el control del poder.<sup>10</sup>

No obstante, la regulación constitucional no opaca la naturaleza política de este mecanismo de control. González Calderón sostiene esa postura cuando acepta la opinión del senador norteamericano Summer, en el caso del presidente Johnson:

El juicio de destitución o remoción de los funcionarios y magistrados sometidos a ese control es político, con propósitos políticos, promovido por culpas políticas, cuya

---

<sup>8</sup> María Angélica Gelli y Marcelo A. Sancinetti: «Escrito de defensa del ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Prof. Dr. Don Antonio Boggiano (Primera parte. Principios fundamentales: Juicio político y Estado de derecho. § 4. El juicio político, ap. b)», Buenos Aires, mayo de 2005.

<sup>9</sup> Hernán Salgado Pesantes: «Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana», en *Justicia, libertad y derechos humanos, Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, tomo I, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p. 157.

<sup>10</sup> Cf. Diego Valadés: *El control del poder*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 123.

consideración incumbe a un cuerpo político y con efectos políticos. Aun en los casos de traición y soborno, el juzgamiento es político y nada más.<sup>11</sup>

En igual dirección, observa Sánchez Viamonte que el juicio político, cuyo origen remonta al *impeachment* inglés, «no se trataba de una institución jurídica propiamente dicha, sino de una *institución política* y, por eso, no estaba sujeta a normas estrictas de carácter judicial»<sup>12</sup> (énfasis agregado).

Bielsa aporta que «[...] esta jurisdicción parlamentaria, que consiste en conocer y decidir en las causas de responsabilidad, es política, y el juicio se llama por eso *juicio político*».<sup>13</sup>

En sus comentarios, advierte Aristóbulo del Valle que:

el principio de división de los poderes no se aplica con una estrictez tal que no admita la ponderación y equilibrio entre ellos, y aceptando la teoría de que «para que los poderes se mantengan realmente divididos es preciso que no estén enteramente separados», según la frase de Mounier, se confiere a los Parlamentos, atribuciones ejecutivas y judiciales.

El autor añade que si bien

se considera al juicio político como el caso más típico de atribución judicial, [...] del texto del código fundamental de la República, surge que el juicio político conduce a una medida administrativa, la destitución, que podrá ser o no ser una pena, según las circunstancias, pero que no reviste los caracteres precisos que la ciencia criminal aconseja en la represión.<sup>14</sup>

Salgado Pesantes advierte que la doctrina se divide respecto de la naturaleza y características de este control, donde el derecho y la política parecen confundirse,<sup>15</sup> y afirma que

[...] la doctrina italiana (autores como Ferrari, Galeotti) y española, en parte (García Morillo y Santaolalla), sostienen que se trata de un control jurídico.<sup>16</sup> Su argumento

---

<sup>11</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, tomo III, 2.ª edición, Buenos Aires, Librería Nacional, 1926, p. 344, citado por María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 559; Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, 2.ª edición actualizada, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 676; Héctor F. Hronchich y Carlos A. Novaro: *Derecho constitucional argentino y comparado*, 2.ª edición, Buenos Aires, Talleres Gráficos de Nemesio A. Ferrari, 1939, p. 420.

<sup>12</sup> Carlos Sánchez Viamonte: *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Kapelus, 1959, p. 277.

<sup>13</sup> Rafael Bielsa, *Derecho constitucional*, o. cit., p. 603. Observa, no obstante, que «aunque el juicio es político, no es el carácter de la función, sino la causa y jerarquía del afectado lo que la Constitución ha considerado para hacer pasible de él al responsable (p. 600).

<sup>14</sup> Aristóbulo del Valle: *Nociones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1927, p. 190.

<sup>15</sup> *Ibidem*, nota 9, p. 163.

<sup>16</sup> O se señala al control parlamentario como una subespecie concreta del control jurídico, adscribiéndole a algún tipo específico de los controles constitucionales. Cf. J. R. Montero Gubert y J. García Morillo: *El control parlamentario*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 25.

esencial está en que si una institución es regulada por el derecho, esa institución es jurídica. Al respecto, dice García Morillo, que no se puede negar la naturaleza jurídica «a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos».<sup>17</sup>

En contraste con el control jurídico, algunos autores destacan como una nota distintiva del control político su carácter subjetivo, pues «no se da necesariamente la independencia ni la imparcialidad en el órgano que juzga; puede haber, como de hecho existe, la disciplina partidista, los compromisos o alianzas políticos, a lo que se suma el sentido de oportunidad»,<sup>18</sup> lo que permite concluir que existe una «libertad de valoración» en el criterio del órgano que ejerce el control.<sup>19</sup> En ese orden de ideas, se ha señalado que

[...] del examen de la reforma de la Constitución nacional del año 1994 surge, sin lugar a dudas, la reafirmación del carácter esencialmente político que tiene el enjuiciamiento de los magistrados de la Corte Suprema, frente a lo que podría denominarse como una judicialización del procedimiento de remoción de los jueces de instancias inferiores.<sup>20</sup>

Esta controversia doctrinal también es resaltada por Sagüés:

Se discute si el juicio político tiene carácter de proceso jurisdiccional o exclusivamente político. En principio, es un mecanismo de saneamiento institucional, destinado a desplazar a magistrados y funcionarios no idóneos para desempeñar un cargo, de ahí su matiz político (Tocqueville, Brossar, Tucker). Pero también puede conllevar sanciones de carácter penal, como la inhabilitación para ocupar aquel cargo en el futuro.

Ello permite concluir al autor que «por eso, su naturaleza es mixta: *político-judicial* (Lessa, Guimaraes y Natal en Brossard)».<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> J. García Morillo: *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, p. 63, citado por Manuel Aragón Reyes: «El control parlamentario como control político», en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, tomo I, México, UNAM, 1998, p. 13.

<sup>18</sup> Salgado Pesantes, «Teoría y práctica del control político...», o. cit., p. 160. Estrechamente vinculado con este carácter subjetivo, el autor destaca el elemento «voluntarista» en el control político, en el sentido de quien controla decide cuándo y cómo ejercer dicho control (p. 162).

<sup>19</sup> Resulta atinada esta interesante reflexión: «Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico». Manuel Aragón Reyes: «El control parlamentario...», o. cit., p. 9.

<sup>20</sup> CSJN, *Fallos*, 327:1967, del voto del señor conjuce Dr. Javier María Leal de Ibarra, considerando 10).

<sup>21</sup> Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional*, tomo I, 3.ª edición ampliada y actualizada, 1.ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2001, pp. 688 y 689.

### 3. La regulación normativa del juicio político

Desde la sanción de la Constitución de 1853, las innovaciones que incorporaron las reformas posteriores —y algunas modificaciones por vía legislativa—, se ciñen a dos aspectos: los *sujetos* pasibles de enjuiciamiento político y las *causales* que habilitan este mecanismo de control.

#### *Evolución normativa del juicio político*

Año	Sujetos	Causales
1853 (art. 41) <sup>22</sup>	Presidente de la Confederación Vicepresidente de la Confederación Ministros Miembros de ambas Cámaras Miembros de la Corte Suprema de Justicia Gobernadores de provincia	Delito de traición; concusión; malversación de fondos públicos; violación de la Constitución; otros que merezcan pena infamante o de muerte.
1860 (art. 45) <sup>23</sup>	Presidente Vicepresidente Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia; Miembros de los tribunales inferiores de la Nación	Mal desempeño; delito en el ejercicio de funciones crímenes comunes.

<sup>22</sup> En el despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853 no se incluían, entre los sometidos al juicio político, a los gobernadores de provincia. González Calderón relata que «el convencional Martínez, de La Rioja, argumentando que si el Congreso constituyente “quería hacer desaparecer del suelo argentino esos bárbaros gobiernos irresponsables que han talado a la República en veintidós años de absolutismo”, era preciso someterlos al juicio político del Congreso nacional, porque “el tribunal que necesitaban debía ser fuerte, imparcial, libre de las influencias del poder e independiente en sus relaciones”», posición que finalmente se impuso. En sentido opuesto, el miembro informante, Gorostiaga, dijo que lo propuesto «era un ataque a la tolerancia (*sic*) e independencia de cada provincia, base esencial del sistema federal que la Constitución establece». Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 2, p. 505. Una reseña de las posiciones encontradas de los convencionales se puede consultar en Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 11, p. 674.

Recordemos que, en el marco constitucional histórico, las provincias también debían someter sus propias Constituciones al control político del Congreso de la Nación (artículo 5.º). La previsión tuvo corto alcance, ya que la revisión constitucional de 1860, con un sesgo federalista, excluyó a los gobernadores de provincia del control político del Congreso y los sujetó al enjuiciamiento ante las legislaturas locales. Se sostuvo, entonces, que «se excluye a los gobernadores en concepto de que el Gobierno de Estado es un mecanismo político completo que debe bastarse a sí mismo; el juez de esos funcionarios debe ser y es hoy la legislatura local». A. Del Valle, *Nociones de derecho constitucional*, o. cit., nota 14, p. 502.

<sup>23</sup> En 1860, entre los funcionarios sujetos a juicio político, se excluyeron los gobernadores de provincia (véase cita precedente) y los miembros de las Cámaras del Congreso, en cuanto estos últimos podían ser expulsados por las mismas Cámaras que integraban, según lo prescrito en el artículo 66 de la Constitución nacional. Se incorporaron como sujetos enjuiciables políticamente a los «demás miembros de los tribunales inferiores de la Nación». Se sustituyeron las causales originariamente previstas, que quedaron reducidas a tres, aunque se señala la textura abierta del concepto de *mal desempeño*, que admite una amplia discrecionalidad para el encuadre de la falta.

continuación

Año	Sujetos	Causales
1949 (art. 46) <sup>24</sup>	Presidente Vicepresidente Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia	Mal desempeño; delito en el ejercicio de sus funciones; crímenes comunes.
1956 (art. 45) <sup>25</sup>	Presidente Vicepresidente Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia Miembros de los tribunales inferiores de la Nación <sup>26</sup>	Mal desempeño; delito en el ejercicio de funciones; crímenes comunes.

<sup>24</sup> En la reforma constitucional de 1949 se sustrajo del juicio político a los magistrados de tribunales inferiores, que quedaron sujetos al enjuiciamiento por sus propios pares (artículo 91), de acuerdo con la ley n.º 13644 que ese mismo año reglamentó el procedimiento.

<sup>25</sup> La proclama del 27 de abril de 1956 del gobierno de facto «emanado de la Revolución Libertadora» declara «vigente la Constitución nacional sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y *exclusión de la de 1949*» (artículo 1.º). El 12 de abril de 1957, mediante decreto n.º 3838 del gobierno provisional declara la necesidad de la reforma parcial de la Constitución, convocando a una Convención constituyente —integrada por doscientos cinco miembros—, que debía iniciar su labor el 1.º de septiembre de 1957 y finalizar el 1.º de octubre del mismo año, pudiendo la Convención misma prorrogar sus sesiones hasta el 14 de noviembre. El producto de esa revisión fue la incorporación del artículo 14 *bis* (o 14 nuevo) y la modificación del artículo 67, inciso 11 (actual artículo 75, inciso 12), ampliando la atribuciones del Congreso para dictar los Códigos del Trabajo y Seguridad Social.

<sup>26</sup> En 1966, el gobierno de facto, en el artículo 8.º del Estatuto de la Revolución Argentina del 28 de junio de ese año, suscrito por la Junta Revolucionaria, estableció que: «A los efectos previstos en los artículos 45, 51 y 52 de la Constitución nacional, en lo referente a los miembros de la Corte y Tribunales Inferiores, el Gobierno dictará una ley para promover la integración y funcionamiento de un jurado de enjuiciamiento para los magistrados nacionales». Señala Ramella que: «al efecto, se dictó la ley 16937/1966 para el enjuiciamiento de los magistrados nacionales y la ley 17642/1968 relacionada con el enjuiciamiento de ministros de los superiores tribunales de provincia. Esta última fue declarada inconstitucional de oficio por la Corte Suprema en razón de que los propios miembros del alto Tribunal debían integrar el jurado de enjuiciamiento». Pablo A. Ramella: *Derecho constitucional*, o. cit., p. 675.

El 24 de agosto de 1972, el Estatuto fundamental de la Junta de Comandantes en Jefe dispuso la modificación transitoria de algunas disposiciones del texto constitucional. El artículo 96 establecía que: «Los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, por las causales de responsabilidad previstas en el artículo 45 y con los efectos del artículo 52, serán juzgados en juicio público por acusación ante un jurado, que será integrado por igual número de miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y abogados [...]».

continuación

Año	Sujetos	Causales
1994 (art. 53) <sup>27</sup>	Presidente Vicepresidente Ministros Jefe de Gabinete de Ministros Miembros de la Corte Suprema de Justicia	Mal desempeño; delito en el ejercicio de funciones; crímenes comunes.

La Constitución de la nación argentina es sobria en el tratamiento del juicio político. Los aspectos particulares del procedimiento han sido regulados por ambas Cámaras del Congreso, en sus reglamentos internos y mediante el dictado de los reglamentos especiales en esta materia. Además, el Congreso sancionó la ley n.º 25320 (BO, 13.9.2000), que aprueba un nuevo régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político, que impacta en el trámite en caso de enjuiciamiento penal.

El texto constitucional, en la segunda parte «Autoridades de la Nación», título primero «Gobierno federal», sección primera «Del Poder Legislativo», capítulo primero «De la Cámara de Diputados», establece en el artículo 53:

Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, al Jefe de Gabinete de Ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema,<sup>28</sup> en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber

<sup>27</sup> En la reforma de 1994 se excluyó del juicio político a los magistrados de tribunales inferiores, que quedaron sujetos al jurado de enjuiciamiento establecido en artículo 115 del texto constitucional, previa acusación que deberá formular el Consejo de la Magistratura (artículo 114, inciso 5.º). Estas disposiciones constitucionales fueron reglamentadas, originariamente, por la ley n.º 24937 y su correctiva, ley n.º 24939 (BO, 6.1.1998) (t. o. dec. 816/99), que fue reformada parcialmente por las leyes n.ºs 25669 (BO, 19.11.2002) y 25876 (BO, 22.1.2004). El texto fue modificado sustancialmente, en fecha reciente, mediante la ley n.º 26080 (BO, 27.2.2006).

Al mismo tiempo se incorporó el Jefe de Gabinete de Ministros, funcionario que, si bien es nombrado y removido por el presidente, y sujeto al juicio político, también puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras (artículo 101 CN). Esta disposición, incorporada en la reforma constitucional de 1994, se desprende del «Núcleo de Coincidencias Básicas» (punto A.b), que expresa «la finalidad, el sentido y el alcance» de la revisión que se habilitaba, de acuerdo con lo prescrito en la ley n.º 24309, que declaró «necesaria la reforma parcial de la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957» (BO, 31.12.1993). Lógicamente, este funcionario, que es designado por el presidente de la Nación, puede ser removido por este (artículo 99, inciso 7.º, CN).

<sup>28</sup> La ley n.º 24309, en el artículo 2.º, señala en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas, punto J «Remoción de magistrados federales»: 1. Los miembros de la Corte Suprema serán

conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.<sup>29</sup>

Recordamos que esta cláusula fue modificada en la reforma de 1994, que sustituyó el artículo 45 de la Constitución histórica por la actual redacción del artículo 53.

El reglamento interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (RHCD) establece, en el capítulo IX, artículo 90, que:

Compete a la Comisión de Juicio Político investigar y dictaminar en las causas de responsabilidad que se intenten contra los funcionarios públicos sometidos a juicio político por la Constitución y los previstos en la ley 24946 y en las quejas o denuncias que contra ellos se presenten en la Cámara. Cuando el pedido de remoción se dirige contra un funcionario público no sujeto a juicio político, la comisión podrá disponer su archivo o remisión al órgano competente. Esta comisión reglamentará el procedimiento a seguir en las causas sometidas a su dictamen.

En cumplimiento del cometido enunciado, la Comisión dictó el reglamento interno de la Comisión de Juicio Político de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que establece su integración y funcionamiento, disponiendo expresamente que «la comisión carece de iniciativa para promover juicio político a los funcionarios y magistrados incluidos en el artículo 53 de la Constitución nacional» (artículo 7). Reunidas las actuaciones sumariales, se cita al denunciado a fin de que informe a la comisión sobre los cargos formulados agregándose al expediente la versión taquigráfica de la declaración. También podrá el denunciado presentar un informe escrito, que se agregará a lo actuado, sin perjuicio de la oportuna defensa que podrá ejercer ante el Honorable Senado de la Nación (artículo 13). En la etapa resolutoria, luego de producidas las pruebas y agotada la instancia sumarial, las actuaciones pasan a estudio para su dictamen definitivo (artículo 14). Se presentan dos alternativas: a) la comisión resuelve que es improcedente el juicio político y aconseja su rechazo al plenario de la Honorable Cámara de Diputados (artículo 14), y b) la comisión estima que existen motivos fundados para el enjuiciamiento, en cuyo caso lo hará constar en su dictamen, pronunciándose sobre cada uno de los cargos. En este supuesto, debe elevar lo resuelto a la Cámara de Diputados acompañando un anexo donde hará constar los antecedentes del caso (artículo 15).

La deliberación y decisión de la Cámara de Diputados debe ser adoptada en sesión pública (cf. artículo 31 RHCD). A fin de evitar la dilación del enjuiciamiento político, los proyectos de resolución por los cuales se solicita la promoción de un

---

removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes».

<sup>29</sup> El reglamento interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación establece, en el artículo 15, que: «Para formar quórum legal será necesaria la presencia de la mayoría absoluta de sus miembros, entendiéndose como tal cuando los miembros presentes superen a los miembros ausentes».



juicio político que no sean aprobados o rechazados en el término de tres períodos parlamentarios, se tendrán por caducados.<sup>30</sup>

En el capítulo segundo de la segunda parte, señala el constituyente en el artículo 59:

Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.<sup>31</sup>

Corresponde a la Comisión de Asuntos Constitucionales:

dictaminar en [...] las causas de responsabilidad que se intenten contra el presidente, vicepresidente, Jefe de Gabinete de Ministros y jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sometidos a juicio político y en las quejas que contra ellos se presenten en la Cámara. (Reglamento Interno del Senado, artículo 61, 2.º párrafo.)

El Reglamento Interno del Honorable Senado constituido en tribunal para el caso de juicio político establece, con minuciosa previsión, los siguientes pasos procedimentales:

- a) Constitución del Senado en tribunal. Designación del presidente<sup>32</sup> y juramento de los miembros del Senado ante él de «administrar justicia con imparcialidad y rectitud conforme a la Constitución y a las leyes de la Nación».
- b) Comunicación a la Cámara de Diputados manifestando que está dispuesto para recibir la acusación.
- c) Lectura de la acusación en sesión pública, por el secretario del tribunal.
- d) Traslado de la acusación por quince días (prorrogables solo en razón de la distancia).

---

<sup>30</sup> Resolución de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobada el 30 de abril de 1992, orden del día n.º 137 (expediente n.º 6102-D-90 s/ Caducidad de pedido de juicio político).

<sup>31</sup> Con relación al quórum, el reglamento interno del Senado dispone que «La mayoría absoluta del número constitucional de senadores hace Cámara» (artículo 16). Recordamos que la Constitución, en el artículo 64, cuando se refiere a las disposiciones comunes a ambas Cámaras, establece que «[...] Ninguna de ellas entrará en sesión sin la mayoría absoluta de sus miembros [...]».

<sup>32</sup> Cuando el acusado es el presidente de la Nación, preside el Senado el presidente de la Corte Suprema y no el vicepresidente de la Nación (presidente nato del Senado) (artículo 59 CN). Bielsa resalta la sabiduría de esta previsión constitucional, pues «en esa función, podría él inclinar la autoridad del cargo y los recursos de la dirección del debate contra el acusado, para sucederle», e ilustra con el célebre caso del presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Andrew Johnson, en 1868, señalando la lamentable actuación de «[...] parlamentarios sin escrúpulos que agotaron todos los recursos, apelaron a todas las pasiones y prejuicios y atropellaron todo obstáculo legal, en su afanosa tentativa de castigar al presidente por haberse opuesto a sus planes» (R. Bielsa: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 69, p. 604).

- e) Presentación de la defensa,<sup>33</sup> por sí o por apoderado y ofrecimiento de prueba.
- f) El Senado, en sesión pública o secreta, determina si corresponde o no la apertura a prueba;<sup>34</sup>
- g) Designación del día para los alegatos, una vez vencido el término de prueba y producida esta.<sup>35</sup>
- h) Deliberación del tribunal, en sesión secreta, acerca de la procedencia de los cargos que se imputan al acusado.
- i) Votación, en sesión pública, sobre la culpabilidad del acusado de los cargos que se imputan, por cada cargo que contenga la acusación. El sentido y resultado de la votación ofrece dos alternativas:
  - 1. absolución del acusado, si no se reúnen dos tercios de los sufragios, sobre ninguno de los cargos que se imputan. Se redacta el fallo definitivo y queda terminado el juicio;
  - 2. destitución del acusado, en el caso que resultare mayoría de dos tercios de votos sobre los cargos, o sobre alguno de ellos, conforme artículo 60 CN.
- j) Sanción accesoria: en el supuesto precedente, el presidente preguntará a cada senador si el acusado debe ser declarado incapaz de ocupar empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación. Si hubiere dos tercios por la afirmativa, así se declarará en la sentencia.
- k) Delimitación de la extensión temporal de la sanción accesoria: acto continuo se preguntará igualmente a cada uno de los senadores si la declaración de inhabilidad será por tiempo indeterminado o determinado, entendiéndose que esta es por tiempo determinado si no han concurrido los dos tercios para establecer lo contrario (artículo 15). Si resultare que es por

---

<sup>33</sup> Si bien la defensa debe ser presentada por escrito, el acusado —si lo solicita— puede ampliarla en forma oral ante el tribunal (cf. artículo 4, párrafo 3, del Reglamento Interno del Honorable Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político).

<sup>34</sup> En el caso de abrir el juicio a prueba, el término máximo para la producción de esta es de treinta días. El procedimiento se ajustará a lo que dispone el Código Procesal Penal de la Nación. La prueba se sustentará ante la Comisión de Juicio Político. El tribunal, por mayoría absoluta de los miembros presentes, puede establecer que su producción se realice también ante los miembros de otras comisiones vinculadas con el tema o ante el tribunal en pleno. Todos los miembros del tribunal y de la comisión acusadora de la Cámara de Diputados podrán formular preguntas a los testigos y peritos. También lo podrán hacer el acusado y sus apoderados y letrados (artículo 6 del reglamento).

<sup>35</sup> El procedimiento de prueba se desarrollará en audiencias públicas diarias hasta su terminación. El tribunal podrá disponer excepciones cuando el trámite así lo requiera (artículo 7 del reglamento). La versión taquigráfica que se labre de las audiencias servirá como acta de estas. Se deberá dejar constancia de los comparecientes y deberá ser suscrita por las partes, testigos, peritos y por el secretario. Cuando la prueba se realice ante la Comisión de Juicio Político, podrá actuar como secretario del tribunal y a ese único efecto quien se desempeñe como secretario de dicha comisión (artículo 8).

tiempo limitado, una comisión de tres miembros, nombrada por el presidente del tribunal propondrá, en la misma sesión, el lapso, que deberá ser aceptado por dos tercios de los votos.

- I) Redacción de la sentencia (por una comisión de tres miembros nombrada por el presidente), que deberá ser aprobada por simple mayoría;
- II) Notificación de la sentencia a la Cámara de Diputados, al acusado, al Poder Ejecutivo y a la Corte Suprema.

El artículo 60 establece que «su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios».

Señala Vanossi que «el efecto de la condena en juicio político es segregativa: la separación del cargo o función desempeñada».<sup>36</sup>

Otras disposiciones, en forma fragmentada, se refieren al control político y sus efectos:

- El artículo 88 establece: «En caso de [...] “destitución del presidente”, el Poder Ejecutivo será ejercido por el vicepresidente de la Nación. [...] En caso de “destitución” [...] del presidente y vicepresidente de la Nación, el Congreso determinará qué funcionario público ha de desempeñar la Presidencia [...]».<sup>37</sup>
- El artículo 99 dispone: «El presidente de la Nación [...] 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe el gobierno y *responsable político* de la administración general del país» (énfasis propio).

<sup>36</sup> Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, tomo II, p. 358.

<sup>37</sup> El 28 de noviembre de 2002, el Congreso de la Nación sancionó la ley n.º 25716 (BO, 8.1.2003; ADLA, LXIII-A-2003, p. 53), que modifica la Ley de Acefalía Presidencial n.º 20972, disponiendo en su artículo 1.º que: «En caso de acefalía por falta de presidente y vicepresidente, el Poder Ejecutivo será desempeñado transitoriamente por: 1) el presidente provisorio del Senado de la Nación; 2) Por el presidente de la Cámara de Diputados de la Nación; y a falta de estos, por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hasta tanto el Congreso reunido en Asamblea haga la designación a que se refiere el artículo 88 de la Constitución nacional», y que «en caso de existir presidente y vicepresidente de la Nación electos, estos asumirán los cargos acefalos», agregando que «el tiempo transcurrido desde la asunción prevista en este artículo hasta la iniciación del período para el que hayan sido electos, no será considerado a los efectos de la prohibición prevista en el último párrafo del artículo 90 de la Constitución nacional». Recordamos que, con motivo de la crisis institucional desencadenada en el año 2001, y ante la situación de acefalía total que se suscitó (artículo 88 CN), el Dr. Eduardo Duhalde (entonces gobernador de la provincia de Buenos Aires) fue electo presidente de la Nación argentina por la Asamblea Legislativa, el 1.º de enero de 2002. Los episodios que precedieron y sucedieron este interregno exceden el análisis propuesto en este trabajo. El tema ha sido abordado en: Adriana Tettamanti de Ramella: «Elecciones presidenciales 2003 en la República Argentina: crónica de un resultado anunciado», en *Revista de Derecho Político*, n.º 61, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2004, pp. 323-356.

- El artículo 102 establece: «Cada ministro *es responsable de los actos que legaliza*; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas.
- El artículo 110 dispone: «Los jueces de la Corte Suprema [...] conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta [...]». El artículo 112 señala que prestarán juramento «[...] de desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución [...]».

#### 4. Control judicial de las decisiones del juicio político

En la inteligencia que proporciona el artículo 116 de la Constitución nacional, suscribimos a la tesis amplia de revisión judicial, que postula la inexistencia de materia constitucional exenta del control de los jueces. Las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que goza de expresa jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22)—, contenidas en el artículo 25, incisos 1.º y 2.º, apartados *a* y *b*, fortalecen esta posición. Y si bien la doctrina jurisprudencial no descarta, en términos absolutos, la subsistencia de cuestiones no justiciables, ha evolucionado notoriamente en el sentido de acotarlas a una mínima expresión.

Vanossi destaca el papel moderador del Poder Judicial, señalando que:

La función morigerante que hoy cumple el Poder Judicial en los sistemas que admiten su jerarquía institucional como Poder de Estado es la última garantía en la que aún se confía después de observarse la atrofia de los demás resortes previstos en la mecánica de nuestro Estado de derecho. Y ya fue percibido por Bartolomé Mitre, cuando en oportunidad de su mensaje legislativo del 1 de mayo de 1863 pudo declarar enfáticamente que el gobierno «se había penetrado de la necesidad de completar nuestro sistema político e instaló la Corte Suprema de Justicia Federal, que tan grande y benéfica influencia está destinada a ejecutar en el desenvolvimiento de las instituciones, como un poder moderador».<sup>38</sup>

Concluye el autor que «en América, el poder moderador ha coincidido orgánicamente con la figura del “guardián de la Constitución”».<sup>39</sup>

La propia Corte Suprema ha recalcado que la interpretación de las facultades privativas de los otros poderes del Estado es una potestad inherente de ese tribunal. Ello por cuanto «esclarecer si un poder del Estado tiene determinadas atribuciones, exige interpretar la Constitución [...] tal misión permitirá definir en qué medida —si es que existe alguna— el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial».<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, o. cit., p. 59.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>40</sup> *Fallos*, 324: 3358 (2001), en la causa *Bussi, Antonio Domingo c/ Estado nacional (Congreso de la Nación – Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados* (cf. Carlos S. Fayt: *Los poderes implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 95).

Si bien los constituyentes de 1853 no incluyeron en forma expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizaron, a través del artículo 18, la protección del *debido proceso adjetivo* y del *derecho a la defensa en juicio* que si bien, en principio, estas garantías fueron concebidas para el proceso penal, es indiscutible que deben observarse en todo tipo de proceso judicial o administrativo, como lo ha señalado la propia Corte (*Fallos* 310: 1797; 312: 1132, entre otros).<sup>41</sup>

La garantía de inamovilidad de los magistrados ha contribuido a la estabilidad y permanencia de los miembros de la Corte, de modo tal que la mayoría de las mutaciones en el más alto tribunal de justicia se han producido por renuncia, jubilación o deceso de sus integrantes.<sup>42</sup> La destitución mediante juicio político a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registra novedades en nuestra historia institucional a partir del año 1947. Durante la primera presidencia de Juan D. Perón, se promovió juicio político contra todos los ministros de la Corte Suprema y el procurador general de la Nación, doctor Juan Álvarez.<sup>43</sup> Se formularon quince cargos contra los acusados. Uno de los principales fue el de haber dictado las acordadas de los

---

<sup>41</sup> Adriana Tettamanti de Ramella: «Homenaje a la Constitución nacional. Evocación de los objetivos del Preámbulo desde una perspectiva jurisprudencial», en *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales* (UCES), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 2005, p. 224.

<sup>42</sup> «La inamovilidad de los jueces, según la Constitución, no es, ni lógicamente podría ser, absoluta, sino relativa, en el sentido de que solo les asegura permanencia en sus cargos “mientras dure su buena conducta”, como dice el artículo 96 (actual artículo 110 CN) (*quadiu bene se gessserint*). El principio constitucional de la inamovilidad no implica una situación de impunidad para los magistrados judiciales, a cuyo amparo puedan cobijarse los ineptos, los prevaricadores, los venales, con perjuicios irreparables para la sociedad. No significa que puedan sin responsabilidad cometer los mayores desaciertos, iniquidades, escándalos o errores de mala fe, sin que el pueblo tenga la facultad immanente y propia del régimen representativo-republicano de revocarles el mandato que indirectamente les ha dado para administrar justicia. Una inamovilidad así entendida sería demasiado repugnante a la moral y al derecho para detenerse siquiera un momento en refutarla, y no ha sido jamás propiciada por los autores» (Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, pp. 552-553).

<sup>43</sup> El senador Pablo A. Ramella, que votó por el rechazo del juicio político por considerar que no existían motivos para la destitución de los funcionarios acusados, señalando que el procurador general no podría ser responsable de sentencias dictadas por la Corte, en algunos casos en contra de su propio dictamen; en cuanto a la «intervención activa en política» por haber aceptado en el encargo del presidente Farrell para constituir un gabinete, «la comisión acusadora no ha aportado prueba tendiente a demostrar los verdaderos propósitos del doctor Álvarez al aceptar tal misión» [...], advirtiendo que «no debe perderse de vista la profunda conmoción que sufría el país en esos momentos de octubre de 1945»; que «se pensaba formar un gabinete apolítico y se tenía en vista solamente el bien del país»; y que «si bien lo prudente y lógico hubiera sido que renunciara a su cargo al momento de aceptar las tareas que le encomendó el general Farrell», el cargo debe desecharse teniendo en cuenta lo expresado por la comisión acusadora: «No ponemos en duda la alta inspiración patriótica que lo guió, su afán de servir al país, su empeño de que él salvara el escollo. No dudamos de su capacidad probada para conseguir tal propósito, ni de sus títulos para lograrlo y para que se lo encargara de ello» (Pablo A. Ramella: *Labor parlamentaria*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 268. El autor fue senador nacional en el período 1946-1952).

años 1930<sup>44</sup> y 1943<sup>45</sup> (CSJN, *Fallos*, 158: 290 y 196: 6) por las cuales reconocieron los gobiernos de facto surgidos de las revoluciones, y haberse pronunciado sin mediar un caso contencioso (cf. ley 27, artículo 2.º). El doctor Tomás D. Casares fue el único ministro que se mantuvo en el cargo. Fueron destituidos mediante este mecanismo los ministros doctores Francisco Ramos Mejías, Benito Nazar Anchorena y Antonio Sagarna. El doctor Roberto Repetto había renunciado con anterioridad, y su renuncia había sido aceptada el 22 de mayo de 1946 por decreto firmado por el ex presidente Farrell y el ex ministro Astigueta, por lo que no prosperó su enjuiciamiento.<sup>46</sup>

La nueva Corte fue integrada, entonces, con la incorporación de los doctores Justo Álvarez, Luis Longhi, Felipe Pérez y Rodolfo Valenzuela.

Como anticipa el título de este acápite, particular atención dispensamos a dos casos recientes: *Moliné O'Connor* y *Boggiano*. Vale la pena hacer un sucinto repaso por las variaciones que impactaron en el máximo tribunal de justicia desde la restauración de la democracia, en el año 1983. En aquel entonces, bajo la presidencia del doctor Raúl Alfonsín, la Corte, compuesta por cinco ministros, fue renovada totalmente, con la incorporación de los doctores Genaro Carrió (que renuncia en 1985 y es sustituido por el doctor Jorge Bacqué), José Severo Caballero, Carlos Fayt, Enrique Petracchi y Augusto Belluscio. Durante el primer mandato presidencial del doctor Carlos S. Menem, se sanciona la ley n.º 23774, que aumenta el número de ministros a nueve. De este modo, en 1990 se incorporan al máximo tribunal los doctores Julio Nazareno, Julio Oyhanarte, Eduardo Moliné O'Connor, Rodolfo Barra, Ricardo Levene (h) y Mariano Cavagna Martínez. En 1994, los doctores Barra, Levene (h) y Cavagna Martínez se alejan del tribunal y son reemplazados por los doctores Gustavo Bossert, Guillermo López y Adolfo Vázquez. En 1989 asume la presidencia de la Nación el doctor Fernando de la Rúa y no se producen cambios. No obstante, la situación de acefalía total que se suscitó en el año 2001 ante la renuncia, primero, del vicepresidente, doctor Carlos Álvarez, y la dimisión del propio presidente, en diciembre de ese año desencadenó una serie vertiginosa de sucesores a cargo del Poder Ejecutivo, que culminó con el nombramiento del doctor Eduardo Duhalde. De inmediato, en febrero de 2002, se puso en marcha el juicio político contra todos los

<sup>44</sup> Suscrita por el Dr. Antonio Sagarna.

<sup>45</sup> Firmada por los Dres. Sagarna, Nazar Anchorena, Ramos Mejías y Álvarez.

<sup>46</sup> En la votación del Senado, señaló el Dr. Pablo A. Ramella que «el Dr. Roberto Repetto articula como defensa previa que, a la fecha de iniciación del juicio político ya no pertenecía al Tribunal. [...] Ante esta circunstancia, existe la imposibilidad jurídica de que el juicio político contra el doctor Repetto pueda prosperar, ya que no habría materia para dictar el pronunciamiento. Si la Constitución establece que el efecto del fallo es destituir al acusado, es obvio que tal efecto no puede cumplirse no siendo funcionario público el acusado a la fecha de la iniciación del juicio y aún podría discutirse si el juicio político es procedente cuando la renuncia se ha producido luego de iniciado. [...] La finalidad política del juicio es separar al acusado de su cargo, y si hubiere cometido delitos, quedar sometido a los jueces comunes. La renuncia coloca al funcionario en esta situación y sería inútil un pronunciamiento en este caso» (Ramella, *Labor parlamentaria*, o. cit., p. 263).

ministros de la Corte Suprema<sup>47</sup> que finalmente no prosperó, al no lograr la mayoría de dos tercios de los miembros presentes de la Cámara de Diputados que se requiere para la acusación,<sup>48</sup> y culminó con su rechazo en octubre de ese mismo año. No obstante, se desencadenó un proceso de renovaciones que se inició con la renuncia del doctor Gustavo Bossert, en octubre de 2002. La vacante fue cubierta por el doctor Juan Carlos Maqueda.

En su discurso de asunción, el presidente Kirchner había anunciado «su compromiso reiterado con el mejoramiento de la calidad institucional», y dejó abierto dos frentes: uno, el de las Fuerzas Armadas; el otro, el de la justicia. El presidente reclamó al Congreso, en su discurso del 4 de junio de 2003, la renovación de la Corte.<sup>49</sup> Poco después, el 19 de junio de 2003, dictó el decreto n.º 222,<sup>50</sup> que reglamenta el ejercicio de la atribución presidencial para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículo 99, inciso 4.º, CN).

En ese contexto, que conmovió a la organización institucional de la República, renunciaron los ministros Julio Nazareno,<sup>51</sup> Guillermo López y Adolfo Vázquez, que fueron sustituidos, respectivamente, por los doctores Eugenio Raúl Zaffaroni,

---

<sup>47</sup> La denuncia había sido formulada por los señores diputados Araceli Méndez Ferreyra y otros (expediente n.º 7944-D-01). La Comisión de Juicio Político, en su dictamen del 7 de febrero de 2002, había resuelto declarar la admisibilidad y apertura de sumario de investigación, por considerar que se encontraban reunidas las causales graves que indica el reglamento interno de la comisión, que configurarían los supuestos de mal desempeño de sus funciones y posible comisión de delito.

<sup>48</sup> En aquella oportunidad se señaló que: «Se trata de una mayoría difícil de conseguir si previamente no se teje un amplio acuerdo en la Cámara baja. De hecho, en octubre último (2002), los diputados opositores (al PJ) y un puñado de justicialistas fracasaron en su intento de enjuiciar a los nueve miembros del alto tribunal, también por mal desempeño en sus funciones. En aquella oportunidad, fue el propio bloque del PJ el que boicoteó el proceso, a pesar de que lo avaló en un principio. El entonces gobierno de Eduardo Duhalde temía que la Corte emitiera fallos que desestabilizaran su frágil política económica» (diario *La Nación*, Buenos Aires, 28.5.2003, p. 7).

<sup>49</sup> En una entrevista con un diario de circulación nacional, el Dr. Rafael Bielsa (ex síndico general de la Nación durante el gobierno de De la Rúa, y luego designado canciller por el presidente Kirchner) había sostenido: «Con respecto a la Corte Suprema, creo en una relación de comunicación sin cohabitación. En toda la maquinaria de remoción de un juez de la Corte, el Poder Ejecutivo no tiene nada que hacer; la acusación es un resorte de una de las Cámaras del Congreso (Diputados) y el juicio de la otra (Senado). Tampoco me parece bien como Gobierno confrontar públicamente en función del contenido de los fallos; no puede ser que cuando la justicia nos favorezca sea considerada correcta, y cuando nos perjudique, sea menemista o adicta. [...] Así como fue malo diez años atrás que en cinco minutos 45 segundos se votara la ley de ampliación de miembros de la Corte [se refiere a la ley n.º 23774 referida en la nota 26 de este trabajo] y los cinco nuevos integrantes, sería igualmente malo intentar institucionalmente hacer lo mismo. Soy partidario de un cambio progresivo del plantel de la Corte. No puede modificarse bruscamente» (*La Nación*, Buenos Aires, 11.5.2003, p. 6).

<sup>50</sup> Decreto n.º 222/2003, publicado en el *Boletín Oficial* del 20.6.2003.

<sup>51</sup> El 27 de junio de 2003 presentó su renuncia, encontrándose en ejercicio de la Presidencia de la Corte Suprema. La Comisión de Juicio Político había aceptado nueve denuncias presentadas contra el ministro.

Carmen Argibay y Ricardo Lorenzetti, quienes debieron transitar el procedimiento instituido en el decreto n.º 222/2003.

El Dr. Carlos S. Fayt debió enfrentar tres pedidos de juicio político en la Cámara de Diputados de la Nación, que no prosperaron. El 29 de abril de 2003 presentó su descargo ante la Comisión de Juicio Político de esa Cámara, declarando con firmeza que no renunciaría a su cargo «aunque avance el pedido de juicio político en el Congreso, porque no tiene ningún fundamento para suspenderlo o destituirlo».<sup>52</sup>

La destitución del doctor Eduardo Moliné O'Connor desencadenó la designación de la doctora Elena Highton de Nolasco. El doctor Augusto Belluscio renunció a partir del 1.º de septiembre de 2005. El 28 de setiembre de ese año se produjo la destitución del ministro Antonio Boggiano. Los dos cargos vacantes no fueron cubiertos y, luego de un año de tribulaciones y aplazamientos, se anunció una vía de solución para la integración de la Corte: la reducción de su composición, de nueve a cinco ministros y un sistema transitorio de mayorías hasta la definitiva integración del tribunal.<sup>53</sup>

#### 4.1. El caso Moliné O'Connor

a) *Acusación.* La Cámara de Diputados de la Nación formuló acusación contra el ex ministro de la Corte Suprema, doctor Eduardo Moliné O'Connor, por mal desempeño en sus funciones, en la tercera sesión del Senado de la Nación, constituido en tribunal de enjuiciamiento, que se desarrolló durante los días 3 y 4 de septiembre de 2003. Se imputaron nueve cargos en su contra, vinculados con las causas *Meller*<sup>54</sup> y *Macri*,<sup>55</sup> y con un expediente administrativo —*Magariños*.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Algunos medios especulaban que «No es un secreto que el gobierno de Néstor Kirchner pretende cuanto antes oxigenar la Corte y neutralizar la llamada “mayoría automática” de sus miembros, a los que considera afines al menemismo. La decisión de acelerar el enjuiciamiento a Fayt es un síntoma claro de esa decisión; si bien el juez no integra esa mayoría automática, el gobierno imagina que su eventual destitución del cuerpo originaría un efecto dominó entre sus pares, que buscarían su retiro» (*La Nación*, 29.5.2003, p. 7).

<sup>53</sup> Adriana Tettamanti de Ramella: «Reducción de la Corte», en *Diario de Cuyo*, sección «Opinión», San Juan, 14.11.2006, p. 14.

<sup>54</sup> CS, *Fallos*, 325(3): 2893, in re *Meller Comunicaciones S. A. UTE c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones*, sentencia del 5-1-2002.

<sup>55</sup> CS, *Fallos*, 325(2): 1932, *Macri, Francisco y otro*, sentencia del 8.8.2002.

<sup>56</sup> La Comisión de Juicio Político había solicitado a la Honorable Cámara de Diputados que formulara la acusación en la reunión n.º 13, 5.ª sesión ordinaria, celebrada el 13.8.2003. En su extenso informe, el presidente de la Comisión, diputado nacional Sr. José Ricardo Falú, expresa: «Muchas veces me han preguntado cuál era la causa más grave y tengo que reconocer que no lo sé. En todo caso, depende de la mirada que tenga cada uno sobre los valores en la democracia y en la República. Para algunos, el más grave es el caso *Magariños*, porque afecta la libertad de expresión y la independencia que debe tener un juez, que es sancionado por opinar (en su calidad de profesor de la Universidad de Buenos Aires)» (recordamos que la Corte Suprema había aplicado, mediante resolución n.º 59/02, al Dr. Héctor Mario Magariños —juez del Tribunal Oral en lo Criminal n.º 23 de la Capital Federal— una



b) *Defensa*. Además del extenso descargo, en el cual plantea la violación de sus derechos y garantías constitucionales (entre otras: debido proceso, rechazo de las recusaciones deducidas, inamovilidad, independencia judicial [imposibilidad de destituir a un magistrado por el contenido de sus sentencias]),<sup>57</sup> el acusado amplió en forma oral su defensa ante el Senado, acompañado por los doctores Aguirre Obarrio, Gregorio Badeni y Santiago Moliné O'Connor (Senado de la Nación, 25.<sup>a</sup> reunión, 5.<sup>a</sup> sesión en tribunal, 8 y 9 de octubre de 2003, versión taquigráfica).<sup>58</sup>

c) *Sentencia*. El Senado de la Nación, en su 13.<sup>a</sup> sesión constituido en tribunal, dispuso la destitución del Dr. Moliné O'Connor por dos de los cargos formulados con relación a la causa *Meller* y la absolución por los siete cargos restantes. Por resolución DR 116, del 3.12.2003, el Senado denegó la concesión del remedio federal intentado por el magistrado destituido.<sup>59</sup> Contra esa decisión el recurrente se alzó en

---

multa equivalente al treinta por ciento de su remuneración). Continúa exponiendo el informante: «Para otros, la causa más grave es la del caso *Macri*, porque significa torcer la ley para favorecer a un grupo económico que quizás sea causa de muchos de los males que padecemos hoy los argentinos. Otros consideran que la causa más grave es el caso *Meller*, que es el paroxismo de la corrupción en la Argentina, ya que muestra que había una verdadera cofradía de depredadores del Estado argentino confabulados administrativamente para despojar a nuestra ciudadanía de una *entente* connivente (*sic*) de abogados, peritos, auditores, empresarios, funcionarios y ex funcionarias, todo ello avalado por un juez del más alto tribunal de la Nación argentina». Y más adelante y, en el contexto de alto voltaje en que se desarrolló el procedimiento, afirma: «En estos últimos años se ha construido una especie de teoría de la impunidad a favor de los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No se los puede juzgar por los actos de su vida privada; no se los puede juzgar por el contenido de sus sentencias, aunque sean un disparate y contengan arbitrariedades [...] esto se asemeja más a los personajes de una monarquía que a los funcionarios de una República».

<sup>57</sup> En el dictamen de la Comisión de Juicio Político, la diputada nacional Sra. Nilda Garré sostuvo: «Esta Cámara no tiene la atribución de revisar jurisdiccionalmente las sentencias de la Corte, pero sí tiene la atribución y la obligación de auditar a través de ellas el desempeño de los magistrados que las han suscrito, y evaluar sus conductas».

<sup>58</sup> En la introducción de la defensa, concluye el Dr. Badeni, citando a Linares Quintana: «[...] el juicio político deja de servir a su elevada finalidad institucional cuando interfiere con el no menos importante principio de división de poderes, que es el baluarte de la libertad. Asimismo, el juicio político contradice los propósitos que lo inspiran cuando sirve de instrumento a la pasión, a la baja política, a la venganza o no se respetan en su tramitación los sagrados mandatos de la justicia y la seguridad jurídica del individuo».

<sup>59</sup> En la sesión convocada para dar tratamiento al recurso extraordinario federal interpuesto por el Dr. Moliné O'Connor —que fue rechazado por el Senado—, la señora presidenta de la Comisión de Asuntos Constitucionales, senadora nacional Dra. Fernández de Kirchner, afirmó: «[...] soy partidaria de la no revisabilidad de los fallos del Senado constituido en tribunal de juicio político». La senadora Negre de Alonso sostuvo «[...] que es la decisión política final y absolutamente discrecional del cuerpo y que, como nos hemos pronunciado en el fallo por el mal desempeño, todos coincidimos en el supuesto de que es absolutamente irrevisable». El senador Yoma expresó: «creo que no corresponde entrar en la revisabilidad de las decisiones del Senado, que es un terreno un poco árido» (Cámara de Senadores de la Nación, reunión de la Comisión de Asuntos constitucionales, Salón Eva Perón, 23 de febrero de 2004, versión taquigráfica).

queja y la Corte Suprema, integrada por conjuces, en su fallo del 4.3.2004,<sup>60</sup> resolvió correr traslado a la Cámara de Diputados de la Nación del recurso extraordinario cuya denegación había originado el recurso de hecho. El 1.º de junio de 2004, el máximo tribunal de justicia, integrado por conjuces, rechazó la queja y confirmó la destitución del Senado.<sup>61</sup> El pronunciamiento destaca:

[...] que, para la destitución del recurrente se pronunciaron en función acusatoria las dos terceras partes de la Cámara de Diputados y adoptaron la decisión de destituirlo las dos terceras partes del Senado de la Nación; desconocer la voluntad de tal abrumadora mayoría implica desconocer la voluntad popular expresada en sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas

Y señala, como colofón:

no hubo violaciones al derecho de defensa, en los términos en que esa garantía es exigible a un órgano político que conoce en el juicio público previsto por los artículos 59 y siguientes de la Constitución nacional.<sup>62</sup>

d) *Suspensión preventiva sin goce de haberes*. El 8 de octubre de 2003, el Senado de la Nación, constituido en tribunal de enjuiciamiento, dictó la resolución DR-JP(M) 14-03, mediante la cual suspendió preventivamente al acusado en el ejercicio de sus funciones, sin goce de haberes, según lo solicitado por la Comisión Acusadora de la Cámara de Diputados de la Nación y conforme lo dispuesto por el artículo 4.º del reglamento del Senado de la Nación constituido en tribunal para el caso de juicio político. La Corte Suprema, integrada por conjuces, acogió favorablemente el recurso extraordinario deducido por el doctor Moliné O'Connor y revocó la resolución del Senado, antes referida, «solo en cuanto dispone que la suspensión preventiva establecida respecto del recurrente lo fue sin goce de haberes», ordenando, al mismo tiempo, que por conducto de la Dirección de Gestión y Habilitaciones de la Corte Suprema de Justicia se dispusiera de forma inmediata el pago de las compensaciones suspendidas. Entre los argumentos, sostuvo el tribunal que:

[...] si bien podría postularse que la cuestión concerniente a la suspensión del señor ministro de la Corte Suprema carece de objeto actual, al haber sido ulteriormente destituido y rechazarse, mediante sentencia de esta Corte del martes 1.º de junio del corriente, el recurso extraordinario planteado contra esa remoción, cabe subrayar la necesidad de que la cuestión sea resuelta mediante pronunciamiento expreso, en razón de que la resolución impugnada decidió la suspensión del recurrente sin goce de haberes, privación esta que importa, en el caso, una sanción con entidad suficiente para poner en marcha el control de validez constitucional [y que por ello] el Tribunal no comparte la opinión del señor Procurador General subrogante en cuanto afirma que la decisión del Senado de la Nación de suspender al magistrado enjuiciado configura, por su

---

<sup>60</sup> Fallo publicado en *LexisNexis, Jurisprudencia Argentina*, suplemento del fascículo n.º 08, «Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación», Buenos Aires, 26.5.2004, p. 80.

<sup>61</sup> CS, Fallos, 327: 1967, *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Moliné O'Connor, Eduardo s/ remoción*.

<sup>62</sup> *Ibidem*, considerandos 22, 2.º párrafo, y 23 del voto de la mayoría.

naturaleza cautelar y secundaria, una cuestión excluida del control judicial encomendado a esta Corte.<sup>63</sup>

Y señala que «toda remuneración tiene carácter alimentario y al suspenderse el pago de todos los rubros salariales priva al recurrente de la cuota o base mínima de subsistencia tanto para él como para su familia pudiendo afectarse, incluso, los beneficios sociales».<sup>64</sup>

Coincidimos con los autores que sostienen la imposibilidad de suspender al funcionario acusado durante la tramitación del juicio político,<sup>65</sup> salvo que estuviere expresamente contemplado en el texto constitucional<sup>66</sup> o que la causal fuera de una entidad tal que impidiera el ejercicio de la función. La suspensión sin goce de haberes, fundada en el artículo 4.º del Reglamento Interno del Senado para Juicio Político, constituye una verdadera sanción anticipada y lesiona las garantías de debido proceso, la presunción de inocencia y, en el caso de los jueces, las de inamovilidad e intangibilidad de las remuneraciones.

En el sentido que apuntamos, señala Baeza:

[...] el caso se agrava aún más en el supuesto de los integrantes del Poder Judicial. En efecto, el artículo 110 de la Constitución consagra las dos garantías indispensables para mantener la independencia de dicho poder: la inamovilidad en los cargos y la irreductibilidad de sus remuneraciones. De aceptarse la medida que se cuestiona, el Senado estaría violando dicha cláusula, toda vez que procedería a suspender a un magistrado que aún está en actividad, privándole del ejercicio de su función judicial sin haberse demostrado que se encuentre incurso en causal alguna de destitución».<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> CS, *Fallos*, 327: 2205, sentencia del 9.6.2004, «Recurso de hecho deducido por Eduardo Moliné O'Connor en la causa *Moliné O'Connor, Eduardo s/ recurso de queja*» (considerandos 4.º y 5.º).

<sup>64</sup> *Ibidem*, considerando 18.

<sup>65</sup> En tal sentido, se ha sostenido que «durante la tramitación del juicio político no puede ser el acusado suspendido en sus funciones, como alguna vez se ha creído. No hay, por la Constitución, otro medio para separar de sus cargos a los que son pasibles de juicio político que el fallo del Senado. El presidente y el vicepresidente y los demás funcionarios que menciona el artículo 45 no pueden ser suspendidos porque la Constitución dice que los primeros son elegidos por un período de seis años [*a partir de la reforma de 1994, de cuatro años, con posibilidad de una reelección inmediata consecutiva por un período de igual extensión*], salvo la remoción por el referido juicio; y los jueces conservan sus empleos mientras dure su buena conducta, si no son separados de sus puestos de igual modo [...] En cuanto a los ministros, son nombrados por el presidente y sólo él puede removerlos, a no ser que el Senado, en dicho juicio político, lo haga al dar su fallo» (cursivas agregadas, Juan A. González Calderón, *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, p. 508). A esa enunciación debemos añadir la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, a la cual aludimos en la nota 27, 2.º párrafo.

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, la Constitución de San Juan contiene una previsión expresa en su texto constitucional. El artículo 223 establece que: «Desde el momento en que la sala acusadora admita la acusación, el acusado queda suspendido en el ejercicio de sus funciones sin goce de sueldo». La Ley de Juicio Político n.º 5496 (*BO* de San Juan, 15.5.1986) establece en el artículo 5.º que: «Cuando la Sala Acusadora admita la acusación debe informarlo al Poder Ejecutivo o a la Excelentísima Corte de Justicia según corresponda a los fines del artículo 223 de la Constitución Provincial».

<sup>67</sup> Carlos R. Baeza: *Cuestiones políticas. El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, Ábaco, 2004, p. 308.

Esta argumentación fue utilizada en la sentencia de la Corte —integrada por conjueces— que revocó la suspensión sin goce de haberes dispuesta por el Senado.<sup>68</sup>

#### 4.2. *El caso Boggiano*

El 20 de abril de 2005 la Cámara de Diputados de la Nación acusó ante el Senado al ex ministro de la Corte Suprema, Dr. Antonio Boggiano, por catorce cargos vinculados a tres causas: dos judiciales y una administrativa-disciplinaria. De la imputación, seis cargos se basan en la causa *Meller*,<sup>69</sup> cinco en el caso *Macri*<sup>70</sup> (las mismas causas que sirvieron de fundamento para el enjuiciamiento contra el Dr. Moliné O'Connor); y tres se relacionan con la causa *Dragonetti de Román*.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Sentencia citada en nota 63. Señaló la Corte que «la suspensión sin goce de haberes resulta, en el caso, innecesaria y excesiva por ir más allá de lo institucionalmente indispensable, al no guardar relación con la decisión definitiva, privando al recurrente de todo ingreso, privación que se agrava aún más en atención a las incompatibilidades que los magistrados del Poder Judicial tienen para el ejercicio de cualquier profesión» (del voto de los conjueces, Dres. Wagner Gustavo Mitchell y Ernesto Clemente Wayar, considerando 17); y que «constituye una medida innecesaria e infundada» (del voto de los Dres. Javier María Leal De Ibarra y Jorge Oscar Morales, considerando 13); «innecesaria y excesiva por ir más allá de lo institucionalmente indispensable» (del voto de la Dra. Mirta Delia Tyden de Skanata, considerando 7.º).

<sup>69</sup> En la acusación sostuvo el diputado Falú: «En el caso Meller, por ejemplo el voto del ex juez Nazareno [= Boggiano] se limitó a un rechazo frontal de las actuaciones de la ingeniera María Julia Alsogaray, porque sostuvo que no se trataba de una materia federal, mientras que el ahora juez acusado Moliné O'Connor planteó el rechazo con otro argumento: sostuvo que efectivamente se trataba de una materia federal y que se podría entrar a considerar el tema, pero consideró que no había arbitrariedad [versión oficial de la 3.ª sesión en tribunal, 3 y 4 de septiembre de 2003]». Señalan Gelli y Sancinetti, en su defensa: «La aclaración entre corchetes [= Boggiano] no es del original y solo pretende dejar constancia de que la comparación hecha explícita por el acusador alcanzaba por igual a la conducta del ex juez Nazareno y del juez Boggiano —pues estos dos jueces suscribieron el mismo voto, distinto al voto de Moliné—, como diferentes a la del juez Moliné» (Gelli, escrito de defensa, *ibidem* nota 8, capítulo I, § 2.II, b, nota 3 a pie de página).

<sup>70</sup> La defensa sostuvo que «constituye ya una anomalía —una de enorme gravedad, aunque no la más grave del segundo proceso— el hecho de que por una misma conducta de ambos acusados (uno en cada juicio) le hayan sido formulados al primer acusado (Moliné O'Connor) tres cargos, y al segundo, en el juicio posterior, cinco cargos», teniendo en cuenta de que se trata «*exactamente del mismo hecho atribuido*, origen de los cargos» (énfasis del original, Gelli, *idem* nota 8, capítulo I, § 2.II, a).

<sup>71</sup> Se refiere a la sanción impuesta a la jueza en lo laboral Haydée Dragonetti de Román, mediante acordada n.º 52/98. El Consejo de la Magistratura de la Nación había advertido a la Corte la injerencia en sus atribuciones disciplinarias (resolución n.º 123/99). La acusación se sostuvo en los siguientes cargos: «1) Invasión de la esfera de competencias propias del Consejo de la Magistratura de la Nación, arrogándose facultades de otro órgano del Estado. Ello así toda vez que, conforme al artículo 114, inciso 4.º, de la Constitución Nacional, es atribución del Consejo de la Magistratura “ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados”; 2) Afectar garantías constitucionales, vulnerando el principio del debido proceso y el derecho de defensa (artículo 18 CN); 3) Violar la independencia del Poder Judicial, amedrentando a una jueza de la Nación a través de una sanción administrativa».

b) *Defensa*. Es tarea ímproba sintetizar el meduloso escrito de defensa que presentaron ante el Senado los doctores María Angélica Gelli y Marcelo A. Sancinetti. El extenso recorrido de sus 275 páginas, y las limitaciones de este trabajo, nos condicionan a reproducir solo la estructura de aquel. Luego del exordio, en el que plantea los defectos de representación de la Comisión Acusadora, analizan los siguientes tópicos: *Primera parte*: Principios fundamentales: juicio político y Estado de derecho; *Segunda parte*: Excepciones de previo y especial pronunciamiento fundadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, párrafos 1 y 2, CADH). Capítulo I: Nulidad de la acusación en su total alcance; Capítulo II: Recusación de senadores que no satisfacen el estándar objetivo de la «garantía de imparcialidad del tribunal»; Capítulo III: Excepción parcial de «cosa juzgada»; Capítulo IV: Nulidad parcial de la acusación; *Tercera parte*: Réplica a los cargos de la acusación. Capítulo I: Las sentencias de la Corte Suprema y su relación con los cargos atribuidos; Capítulo II: Consideración de los cargos correspondientes al caso *Meller*; Capítulo III: Consideración de los cargos correspondientes al caso *Macri*; Capítulo IV: Consideración de los cargos correspondientes al caso *Dragonetti de Román*; *Cuarta parte*: Consecuencias institucionales de este juicio político y de la eventual destitución del juez Boggiano; *Quinta parte*: De la prueba; *Sexta parte*: Petitorio. Cada uno de los capítulos despliega un abanico de temas relacionados con los cargos formulados al ministro acusado.

c) *Sentencia*. El Senado de la Nación, por las resoluciones DR-JP(B) 6/05 y 7/05, resolvió rechazar las recusaciones deducidas contra treinta y cuatro senadores, desestimó el planteo de la nulidad de la acusación y suspendió preventivamente al doctor Boggiano, con goce de haberes. En su 13.<sup>a</sup> sesión constituido en tribunal, del 27 de junio de 2005, mediante la resolución DR 1128/05, dispuso la destitución del Dr. Moliné O'Connor por la causal de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, por dos de los cargos formulados con relación a la causa *Meller* y la absolución por los siete cargos restantes. Al mismo tiempo declaró su inhabilitación por tiempo indeterminado para ocupar en adelante empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación.

d) *Suspensión preventiva con goce de haberes*. El 22 de junio de 2005, el Senado dispuso la suspensión del ex ministro del máximo tribunal de justicia. La Corte Suprema, integrada por conueces, no compartió los argumentos del procurador general doctor Esteban Righi y, en su fallo del 27.6.2005, admitió el recurso extraordinario contra el magistrado suspendido y ordenó la restitución en el cargo. El efecto de la decisión judicial fue efímero,<sup>72</sup> pues el mismo día, como anticipamos, el Senado dispuso la destitución del magistrado. Recientemente, la Corte Suprema,

---

<sup>72</sup> No obstante, se destacó un claro sentido institucional del pronunciamiento (Adrián Ventura: «Una clara señal de alerta», *La Nación*, «Temas de Justicia», 28.9.2005, p. 6.)

integrada por conjueces, declaró abstracta la cuestión y desestimó la queja deducida por el doctor Boggiano.<sup>73</sup>

## 5. Observaciones finales

### 5.1. *La politicidad del juicio político no excluye su legitimidad*

El poder en el Estado está jurídicamente regulado por el ordenamiento constitucional y legal y está condicionado por el derecho debido al elemento moral que tiene la escritura consistente en la idea de dominación legal o imperio de la ley;<sup>74</sup> por lo tanto, la actuación de los órganos políticos debe ajustar su cometido a las directrices de la Constitución y al marco normativo infraconstitucional.

Esta premisa no es ajena al procedimiento de juicio político, el cual debe respetar las garantías del debido proceso. La legitimidad y la razonabilidad son estándares de valoración que no pueden estar ausentes en el procedimiento de juicio político y en la decisión de la Cámara de Diputados cuando acusa, y del Senado, si prospera la destitución del funcionario encausado.

Destaca Badeni que:

El carácter político que se atribuye a este procedimiento no responde a una concepción de política agonal, sino de alta política arquitectónica, que queda sujeta al imperio de la ley. El solo hecho de que tal procedimiento esté impuesto por una ley —la Constitución—, quiere decir que no puede transitar por carriles políticos arbitrarios, sino de conformidad a los preceptos legales.<sup>75</sup>

La Corte ha señalado que:

La condición de órganos de aplicación de la Constitución nacional que les cabe a quienes tienen la carga de impartir justicia en un sistema republicano —*aun tratándose de un juicio político*— va entrañablemente unida a la obligación de preservar las garantías que hacen al debido proceso —así lo entendió esta Corte, desde antiguo, aun en el caso de los procedimientos administrativos (*Fallos*, 198: 78)— y que en virtud

---

<sup>73</sup> Sentencia del 16 de agosto de 2006, B.1695.XLI, *Recurso de hecho deducido por Boggiano, Antonio s/ juicio político seguido por el Honorable Senado de la Nación*. El pronunciamiento señala: «[...] con base en que, a diferencia de lo que sucedió en el enjuiciamiento político del doctor Moliné O'Connor (*Fallos*, 327: 2205), la suspensión cuya inconstitucionalidad se postula en el *sub lite* fue dispuesta con goce de haberes del interesado, todo pronunciamiento del Tribunal sobre este punto es inoficioso por haber devenido abstracto el planteo [...]» (considerando 4.º). En disidencia votaron los conjueces Horacio E. Prack y Carlos Antonio Müller, para quienes correspondía hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, declarando la inconstitucionalidad del artículo 4 del Reglamento del Honorable Senado constituido en Tribunal para el caso de Juicio Político y, en consecuencia, revocar la resolución del Senado de la Nación que suspendió preventivamente al Dr. Antonio Boggiano en el cargo de ministro de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>74</sup> Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo I, 11.ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 201.

<sup>75</sup> Gregorio Badeni: *Tratado de derecho constitucional*, tomo II, o. cit., p. 1177.

de estas, esos órganos se hallan alcanzados por el deber de fundar sus decisiones. Ello no solamente porque los ciudadanos pueden sentirse mejor juzgados, sino porque esa exigencia tiende a lograr que la decisión final será derivación razonada del derecho no producto de la individual voluntad de los órganos juzgadores.<sup>76</sup>

La jerarquización constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por conducto del artículo 75, inciso 22, de nuestra ley fundamental, vigoriza el estricto apego a las garantías que consagran los artículos 8<sup>77</sup> y 25 de ese instrumento internacional.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> CS, *ATE San Juan c/ Provincia de San Juan*, sentencia del 18.8.1994 (*Fallos* 317: 885, considerando 11), suscrita por los ministros Carlos S. Fayt, Julio S. Nazareno y Guillermo A. López (por su voto), Eduardo Moliné O'Connor (por su voto) y Antonio Boggiano. Votaron en disidencia los ministros Ricardo Levene (h), Enrique S. Petracchi y Gustavo Bossert. En el caso, se examinaba la destitución del ex gobernador de la provincia de San Juan, Lic. Jorge A. Escobar, por la Sala juzgadora de la Cámara de Diputados local (que, además, dispuso la inhabilitación por el término de cuatro años para ejercer cargos públicos), en el juicio político promovido por la Asociación de Trabajadores del Estado. El funcionario destituido sostuvo que las garantías constitucionales de la inviolabilidad de la defensa en juicio y el principio del debido proceso (artículo 18 de la Constitución nacional) habían sido vulnerados: a) en el trámite del juicio político; b) en el fallo de la Sala juzgadora de la Cámara de Diputados de San Juan; c) en la sentencia del superior tribunal provincial. Esa indefensión se verificaría en el planteo de diez supuestos de arbitrariedad: 1. introducción en el proceso de pruebas ilegítimas; 2. admisión de pruebas ofrecidas extemporáneamente; 3. utilización de falsos testigos; 4. falta de lectura en el debate de la prueba documental; 5. omisión de juramento de la Sala acusadora; 6. falta de juez imparcial; 7. el tribunal no estuvo permanentemente integrado; 8. la Sala juzgadora resolvió cuestiones en secreto; 10. el proceso de juicio político había caducado.

<sup>77</sup> El derecho a la tutela judicial efectiva encuentra su fundamento —en su concepción más amplia— en el debido proceso adjetivo, que comprende el acceso irrestricto (para todos) a la jurisdicción, la garantía cierta de disponer de un proceso justo, con legitimación para postular, ser oído, proponer prueba, desarrollar un trámite en igualdad de armas, con observancia del principio de audiencia, a probar, a alegar, a que la sentencia se encuentre adecuadamente motivada, a poder impugnarla y que llegue a la situación de firmeza, esto es, a que los resultados plasmados en el fallo se realicen de forma útil o, dicho en otros términos, que de manera real y pronta se haga efectiva la satisfacción de la condena. Y todo ello, de manera continua, al menor costo posible y sin demoras indebidas (Víctor Bazán y Adriana Tettamanti de Ramella: «Control de la actividad administrativa y pública, potestad sancionatoria estatal y una adecuada respuesta jurisdiccional del Tribunal Constitucional a la tensión autoridad-libertad», en *La Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, AECI, 2003, p. 451).

<sup>78</sup> Es que, como enseña Bidart Campos, «desde el derecho internacional de los derechos humanos se *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución», y añade que «un derecho internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal» (resaltado del original) (Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 468).

En la misma tónica, señala Petracchi que: «Si bien la reforma dejó inalterada la primera parte de la CN, relativa a los derechos y garantías —parte dogmática— el nuevo texto debe interpretarse como un todo coherente, una unidad normativa que, merced al enriquecimiento operado por la incorporación del derecho internacional humanitario de los tratados, ha comportado la *resignificación de los derechos fundamentales* ya contemplados en el texto histórico» (énfasis añadido) (Enrique S. Petracchi: «Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina», en

En tal sentido, vale la pena destacar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señaló que:

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.<sup>79</sup>

## 5.2. *La discrecionalidad o libertad de valoración del órgano encargado de juzgar no autoriza el criterio arbitrario*

La organización republicana exige la transparencia y fundamentación de los actos de gobierno. La apreciación o criterio discrecional de los funcionarios para la adopción de las decisiones de gobierno se moviliza dentro de un margen que oscila entre lo razonable y lo conveniente. En tal sentido, se ha señalado que «el criterio de la Cámara al acusar no depende de limitaciones teóricas, sino de su prudencia, de su esclarecido espíritu colectivo, de su concepto sobre lo que exigen los intereses públicos y de su patriotismo para preservarlos».<sup>80</sup>

Es evidente que, en el juicio político, no puede prescindirse de las garantías propias de todo proceso en que hay acusación y un fallo que puede implicar una grave sanción. Señala Bielsa que «esas garantías deben establecerse en la ley, si bien se han instituido en un reglamento especial, que como tal *autolimita* lo discrecional de la potestad de la Cámara»<sup>81</sup> (cursivas del original).

Si bien el juicio político revista una naturaleza esencialmente política, «ello no significa que en el mismo el Senado deba seguir un criterio discrecional y hasta arbitrario cuando se trata de determinar la culpabilidad del acusado. Precisamente, se ha escogido al Senado como tribunal —dejándose de lado al Congreso en asamblea, o a la misma Cámara de Diputados—, sobre la base de la idea de que este cuerpo, por sus características, asegura una mayor serenidad e imparcialidad en el juzgamiento que le corresponde».<sup>82</sup>

Pablo A. Ramella, en el voto que pronunció en el Senado de la Nación con motivo del juicio político promovido en 1947 contra los ministros de la Corte Suprema de Justicia y el procurador general de la Nación, sostuvo:

---

*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, 12.º año, tomo II, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, p. 1268).

<sup>79</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de enero de 2001, en el caso *Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs. Perú*.

<sup>80</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, p. 506.

<sup>81</sup> Rafael Bielsa: *Derecho constitucional*, o. cit., nota 2, p. 605.

<sup>82</sup> Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, o. cit., nota 2, pp. 453-454.



Es enorme la responsabilidad del Senado en esta circunstancia, pero ello no puede hacer alterar la firmeza y serenidad con que se dicte la sentencia, ni ha de moverlo otro objetivo que la recta conciencia, considerando todos los aspectos jurídicos y políticos de la cuestión, entendida esta palabra en su alto significado, es decir, que no se viole la justicia ni se perjudique al Estado. Son de aplicación al caso las rectoras palabras de Couture, que hube de citar en otra oportunidad, de que el juez no debe tener miedo, y tanta cobardía es decir sí cuando se debe decir no, como decir no cuando se debe decir sí. Con absoluta libertad moral he de pronunciar mi voto.<sup>83</sup>

Gelli afirma con certeza que:

El hecho de que el juicio de remoción sea considerado político y por lo tanto diferente de los procesos criminales; que exista un cierto grado de discreción en la apreciación de la causal de mal desempeño, formulada en el artículo 53 mediante una típica expresión indeterminada; que no se requiera ley penal previa para especificar todas y cada una de las posibles hipótesis; que no se requiera ley penal previa para especificar todas y cada una de las posibles hipótesis de mal desempeño —y, en el caso de los jueces, de mala conducta— y que el proceso sea sustanciado por un organismo eminentemente político [...] no significa que en el desarrollo de la causa deba tolerarse la ausencia de la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio, ni que se permita arbitrariedad alguna en la acreditación de los hechos configurativos del mal desempeño. En otras palabras, la discrecionalidad puede darse en la valoración de la conducta, pero no en los hechos que se imputan pues estos deben ser probados para que den por producida la causal de remoción.<sup>84</sup>

En forma coincidente, Cayuso sostiene la naturaleza política del procedimiento instituido en los artículos 53, 59 y 60 de la norma fundamental, advirtiendo no obstante que «[...] por aplicación de los principios constitucionales, la tramitación debe respetar el debido proceso legal adjetivo y sustantivo. [...] En términos de una interpretación constitucional, la discrecionalidad política no debería ser identificada con la arbitrariedad.»<sup>85</sup>

Como cierre, compartimos la elocuente síntesis de Sagüés: «La discrecionalidad no significa, en resumen, un *bill* de indemnidad para la arbitrariedad».<sup>86</sup>

### 5.3. *El juicio político debe servir a los altos fines del buen funcionamiento republicano y no como mecanismo de revancha político-partidaria*

La propia Corte Suprema ha establecido que el juicio político «importa una exención acordada a ciertos funcionarios por razones de orden público, relacionadas con la marcha regular del gobierno, creado por la ley fundamental o consagra, como se ha dicho acertadamente, una garantía de buen gobierno, establecida para defender

<sup>83</sup> Pablo A. Ramella: *Labor parlamentaria*, o. cit., nota 43, p. 263.

<sup>84</sup> María Angélica Gelli: *Constitución de la Nación argentina...*, o. cit., nota 11, p. 559.

<sup>85</sup> Susana G. Cayuso: *Constitución de la Nación argentina: claves para el estudio inicial de la norma fundamental*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 227.

<sup>86</sup> Néstor P. Sagüés: «Revisión judicial de las sentencias destitutorias dictadas en el juicio político», en *La Ley*, Buenos Aires, 6 de junio de 2006, p. 3.

el principio de autoridad»<sup>87</sup> y que «constituye un recurso extremo, que trae una gran perturbación en el servicio público y al que solo se debe recurrir en casos de gravedad excepcional».<sup>88</sup>

Con esclarecida pluma, González Calderón nos legó una sabia enseñanza:

Hay que tener presente siempre que el juicio es *político*, aunque esto no debe entenderse como un incentivo para apartarlo de los dictados permanentes de la razón y de la justicia, ni para emplearlo como innoble arma de oposición o de venganza si los cargos que se formulan no están suficientemente probados.<sup>89</sup>

Sagüés plantea que:

Desde el ángulo político, los interrogantes rondan en torno a la legitimidad misma del instituto, muy bastardeado en la práctica por su frecuente manipulación partidista o caudillesca. En el caso argentino, por ejemplo, es significativo que desde que se sancionó la Constitución de 1853, ningún presidente, vicepresidente o ministro fuera siquiera acusado por la Cámara de Diputados (los únicos acusados y destituidos han sido jueces). Esto se explica porque aquellos integrantes del Poder Ejecutivo, habitualmente miembros del partido oficialista o mayoritario y en el Poder Legislativo, poseen así un blindaje político que les permite impedir que se reúna en la Cámara acusadora el número de sufragios necesario para instrumentar el juicio, igualmente de tipo político, contra ellos.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> CS, *Fallos*, 113: 317, sentencia del 6.9.1910 en el caso *Urdániz y Cía. c. Ezequiel Ramos Mexía p/ daños y perjuicios*. La Corte señaló que: «[...] sin entrar en el examen de si ha existido o no usurpación de facultades por parte del ministro nacional Ramos Mexía, del punto de vista de los artículos 74, 86 y 92 de la Constitución nacional, invocados en la demanda, se limita a resolver que dicho funcionario no puede, por actos cometidos en el desempeño de su cargo, ser traído ante los tribunales sin que previamente haya sido despojado del fuero en juicio político» (considerando 2.º).

<sup>88</sup> CS, *Fallos*, 27: 389, sentencia del 13 de enero de 1885 en la causa *c. Carlos Hadley*, en la cual se había apercibido a un juez de sección. La Corte señaló la necesidad de evitar las perturbaciones que implica un juicio político, «que serían frecuentes si a cada paso hubiera de recurrirse al Senado para la reparación y castigo de las faltas leves de los jueces; nada mejor, digo, justifica la necesidad de depositar en alguna autoridad, que no puede ser otra que el más alto tribunal de la nación, la facultad de velar por el buen desempeño de la justicia, mediante la imposición de ligeras penas disciplinarias, evitando así conmociones que perturbarían con demasiada frecuencia la marcha ordinaria de la administración». Idéntico criterio adoptó en *Fallos*, 125: 217, sentencia del 29.3.1917. En esta causa se presentó Francisco Aybar Sobrecasas ante la Corte Suprema de Justicia, acusando a los miembros de la Cámara Federal de La Plata por prevaricato.

<sup>89</sup> Juan A. González Calderón: *Derecho constitucional argentino*, o. cit., nota 4, p. 506.

<sup>90</sup> Néstor P. Sagüés: «Revisión judicial de las sentencias destitutorias...», o. cit., p. 1. En nota al pie añade el autor: «Así, en el lenguaje popular, el “juicio político” termina por ser llamado algunas veces “juicio partidista” o, más irónicamente, “circo político”». Salgado Pesantes afirma con contundente convicción que: «La experiencia demuestra que el juicio político contribuye a debilitar al Poder Judicial cuya función —a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo— es eminentemente técnica y jurídica. El juicio político ha sido una espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los magistrados de la Corte Suprema y cuando en el Legislativo la actividad política pierde de vista sus altos objetivos se desprende la espada y subordina a aquellos magistrados a los cálculos políticos, proselitistas y coyunturales», y señala como una medida saludable para la preservación de la independencia del Poder Judicial, la exclusión del enjuiciamiento político a los magistrados de la Corte Suprema, en la

En la misma directriz se señalan algunos elementos que «han determinado la ruptura de la base representativa del Congreso»:

[...] el sometimiento del legislador a la directiva del partido, privándolo en los hechos de su libertad de representación del ciudadano; el abuso de los compromisos interpartidarios alcanzados fuera de los ámbitos naturales de discusión política (las Cámaras legislativas), que transforman al Congreso en un mero ratificador de decisiones tomadas fuera de su ámbito; y las relaciones de subordinación existentes entre la mayoría congressional y el jefe del partido mayoritario —ordinariamente el presidente de la Nación.<sup>91</sup>

#### 5.4. *El Poder Judicial, guardián final*

La naturaleza política de este procedimiento, como anticipamos, no excluye el cumplimiento de las garantías del debido proceso y la sujeción al control judicial ulterior.

La misión del Poder Judicial es interpretar la ley y los principios fundamentales sobre los que está basada, con independencia e imparcialidad, de la mejor manera posible y de conformidad con su conciencia, de modo que le permita controlar las normas y actos estatales, debiendo descalificarlos en caso de ilegitimidad o arbitrariedad, y expulsarlos del mundo jurídico para sostener la observancia de la Constitución. La propia Corte Suprema dejó establecido, en diversos fallos, su carácter de intérprete final de la Constitución.<sup>92</sup> Resalta Fayt que:

[...] esta atribución moderadora es uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.<sup>93</sup>

---

Constitución ecuatoriana de 1998 (Salgado Pesantes, o. cit., p. 180). Egües expresa que: «al cabo, no puede olvidarse que si algún juez olvida interesadamente la decisiva misión que la Constitución y la sociedad le otorgan, no han sido estos sino casos excepcionales cuya vergüenza no puede culminar en la sospecha masiva e infundada de quienes, con dignidad y vocación, escasamente compensada, asumen la misión casi divina de “juzgar” a sus semejantes» (Alberto José Egües: «La remoción de jueces y otros funcionarios», en *La Ley*, tomo 1992-C, p. 891).

<sup>91</sup> Alfredo M. Vítolo: «La crisis del sistema constitucional de control del poder», en la obra colectiva Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 197.

<sup>92</sup> En tal sentido, se ha señalado que esta tarea es cardinal para fijar el derecho público de la Nación, es decir, establecer a través de la interpretación constitucional, el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales. «La elección de las premisas a nivel constitucional involucra elementos políticos, económicos, sociales y culturales, que solo pueden percibirse a través de la experiencia y sensibilidad del juez constitucional». Jorge Ulises Carmona Tinoco: «Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación», en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.): *Derecho procesal constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C. - Porrúa, 2002, p. 2637.

<sup>93</sup> Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo II, 11.ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 23.

Según Oyhanarte, el control que ejerce la Corte tiene influencia decisiva en el ordenamiento jurídico y su coparticipación en el ejercicio del poder estatal pone

a su cargo funciones que son materialmente «políticas», en el más elevado sentido del vocablo, al extremo que podría decirse sin error, que las principales decisiones del Estado están expuestas a riesgo de invalidación mientras no han recibido el exequátor de la Corte Suprema.<sup>94</sup>

En la misma orientación de la precedente afirmación, puntualiza Bidart Campos que:

Cuando un juez revisa un acto del Poder Ejecutivo o del Congreso, y lo descubre como lesivo de la Constitución [...] no está penetrando en el ámbito de otro poder para violar la división, sino que todo lo contrario, *controlando la supremacía constitucional* para volver a su cauce la actividad que se evadió de él en detrimento de la Constitución» (énfasis del original).<sup>95</sup>

Es que —acertadas o no— las sentencias de la Corte interesan fundamentalmente, tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuanto a la estabilidad de las instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquellas se sustentan.<sup>96</sup>

Gelli califica ese rol institucional de la Corte Suprema como una oportunidad para recrear la República, «a través de su papel moderador de la multiplicidad social, incorporada a la Constitución, desarrollando principios doctrinarios de largo alcance que armonicen los derechos y *afiancen el control*» (la cursiva no es del original).<sup>97</sup>

El juicio político es un proceso orientado a administrar justicia. Ese juicio se encuentra reglamentado por normas de procedimiento y, a su término, es dictada una decisión —*fallo*— por parte de un órgano —*Senado*— constituido en *tribunal*. Por tanto,

nada hay —afirma Fayt— desde el punto de vista sustancial, que obste a que el Senado de la Nación constituido en «tribunal», sea equiparable a «tribunal de justicia a los fines del recurso extraordinario». Se estaría de este modo en presencia de una clara cuestión federal, toda vez que se pretende poner en juego la inteligencia de los artículos 18, 53 y 59 de la Constitución nacional, en los términos establecidos por el artículo 14, inciso 3, de la ley 48.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Julio Oyhanarte: «Historia del Poder Judicial», en *Folletos*, n.º 143, fasc. 6, citado por Carlos S. Fayt: *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico. Su mundialización en el siglo XXI*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 303.

<sup>95</sup> Germán J. Bidart Campos: *Manual de la Constitución reformada*, tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 453.

<sup>96</sup> CS, 13.8.1998, *Sisto, Ricardo Aníbal y otros c. Dirección Nacional de Vialidad*.

<sup>97</sup> María Angélica Gelli: «Relación de poderes en la reforma constitucional de 1994», en *La Ley*, 1994-D, Buenos Aires, p. 1086.

<sup>98</sup> Carlos S. Fayt, *Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico...*, o. cit., p. 305.

La Corte Suprema de Justicia, a partir del precedente *Graffigna Latino*,<sup>99</sup> ha tenido una visión aperturista sobre la revisión jurisdiccional del enjuiciamiento político de magistrados, en la consideración que configuran cuestión judicial cuando se invoca la violación del debido proceso. Los lineamientos trazados por el máximo tribunal desvanecen la concepción estricta mantenida hasta entonces, que posicionaba las cuestiones políticas como materias inescrutables, confinadas en un coto impenetrable para el Poder Judicial. En el caso *Moliné O'Connor*, la mayoría de la Corte —integrada por conjueces— sostuvo que la facultad de revisar el fallo del Senado destituyendo a un magistrado judicial se limita a la cuestión de si hubo o no ejercicio efectivo del derecho de defensa.<sup>100</sup>

No obstante, se ha advertido que:

Dada la especificidad del juicio político, el criterio de revisión judicial debe ser riguroso. Solo violaciones esenciales del derecho de defensa podrían tener acogida ante la Corte Suprema y siempre y cuando sea acreditado no solo ello, sino también que la reparación del perjuicio es conducente para variar la suerte del proceso (CSJN, *Fallos*, 316: 2940).<sup>101</sup>

En ciertos casos, si bien el juicio político no avanza hasta su desenlace final, ejerce una *presión* de tal entidad que provoca la renuncia del encausado y, en definitiva, logra su cometido: la separación del funcionario.

No arriesgamos una opinión crítica acerca de la justicia de estos procesos. Se requiere una gran perspectiva histórica para apreciar los hechos. En nuestro orden jurídico político, cada poder ejerce las facultades que le están determinadas por la Constitución, y ningún poder puede ensanchar la esfera limitada de las atribuciones que le han sido conferidas.<sup>102</sup> Es de buena interpretación constitucional y más aún,

---

<sup>99</sup> CS, *Graffigna Latino y otros s/ acción de amparo*, sentencia del 19 de junio de 1986 (*Fallos*, 308: 961 y 310: 2845). La Corte confirmó la destitución de los ex ministros de la Corte de Justicia de San Juan, doctores Carlos S. Graffigna Latino y Eduardo Aguiar Aranciva, y del procurador general, doctor Ventura Mario Manrique, y la sanción accesoria de inhabilitación que había sido impuesta por el término de cinco, tres y dos años, respectivamente.

<sup>100</sup> CS, *Fallos*, 327: 1967, sentencia del 1.º de junio de 2004.

<sup>101</sup> El máximo tribunal resolvió que: «la destitución dispuesta por el Senado, sobre la base de hechos ajenos a los que motivaran la acusación de la Cámara de Diputados no solo violaba el derecho de defensa del acusado, sino que asimismo importaba una invasión del Senado en las facultades exclusivas de la restante».

<sup>102</sup> El *Estado de derecho*, señala Fayt, «fue concebido por Roberto Von Mohl como una de las cinco formas de organización estadual en la cual el imperio de la ley se erige como pauta rectora del ordenamiento político y donde las esferas de actividad, tanto del Estado como de los individuos, se hallan jurídicamente determinadas. Se garantizan así las libertades individuales y la actividad estatal, en un régimen en el que no gobiernan los hombres sino las leyes» (Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 305). El mismo autor destaca que: «Este concepto del Estado jurídico, sometido a las normas jurídicas, es equivalente a la noción de Estado constitucional» (Carlos S. Fayt: *Derecho político*, tomo I, 11.ª edición actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 256). Por lo tanto, el poder en el Estado está jurídicamente ordenado por el ordenamiento constitucional y legal y

de buena práctica constitucional, que cada poder se ciña en el marco trazado por los constituyentes. De ese modo se evitan los conflictos de poderes y cada uno ocupa el lugar que le corresponde en el cuadro constitucional.

En particular perspectiva, la responsabilidad política de los funcionarios no es un tema que admita discusión ni tibiezas. La labor del Poder Judicial ha lanzado señales, abriendo camino al abandono de la tesis de la autorrestricción (*self restraint*) y consolidando su función revisora; el tiempo responderá las dudas que se ciernen sobre los criterios laxos o estrictos que se impondrán en el alcance de su intervención; auspiciamos que se privilegien en el sentido de ampliar el elenco de materias sujetas a su control y en el respeto incondicionado de las garantías constitucionales.<sup>103</sup>

El juicio político es, por ahora, el mecanismo de control estatuido y aceptado, pero ello no obsta repensar el rol y la eficacia del sistema.<sup>104</sup> El escenario político, siempre complejo, enriquece el panorama en el cual se desenvuelve. El reto es, entonces, que la práctica institucional no desaire el propósito constitucional, y que la política no sea antepuesta como valla infranqueable frente al derecho y la justicia, con el propósito de que el juicio político funcione como un eficiente sistema de control y no como un factor de distorsión en el delicado y frágil equilibrio de los poderes. En la superación de ese desafío, que nos permitirá edificar saludablemente la arquitectura constitucional de nuestro Estado democrático,<sup>105</sup> deben comprometerse los esfuerzos.

---

está condicionado por el derecho debido al elemento moral que tiene la escritura consistente en la idea de dominación legal o imperio de la ley (p. 201).

<sup>103</sup> Con acierto reflexiona Ciuro Caldani que: «La garantía última surge de la *Constitución material*, con el juego adecuado de los factores de poder» (énfasis del autor). Miguel Ángel Ciuro Caldani: «Las garantías constitucionales y su problemática cultural en la Argentina», en *Defensa de la Constitución...*, o. cit., nota 74, p. 233.

<sup>104</sup> En la búsqueda de soluciones superadoras, Luna afirma que: «Se ha observado que sería preferible otorgar esta función de control político a un órgano especial y ubicado fuera de la tríada de los poderes, lo que ofrecería mayor idoneidad e independencia, asegurando de este modo total imparcialidad para juzgar. En este sentido, José Manuel Estrada consideraba que podría adoptarse el sistema de Bélgica con una “Corte de Casación” o un tribunal similar, y escribía que “la única solución que queda es la creación de un tribunal extraordinario, compuesto por individuos libres de las pasiones e influencias de las agrupaciones políticas, y capaces de sentir el peso tremendo de las funciones que se les encomiendan” (José Manuel Estrada: *Curso de derecho constitucional*, tomo 3, Buenos Aires, 1902, p. 268). Por cierto, nada nos asegura que los miembros de ese “tribunal” no puedan verse influidos por los distintos sectores políticos o libres de las pasiones que enciende la político, por lo que tan loable intención no pasaría de ser un importante aporte doctrinal para una realidad que podría echarlo por tierra a poco de andar» (Eduardo Fernando Luna: «El juicio político», en la obra colectiva de Pérez Guillhou y otros: *Atribuciones del Congreso argentino*, Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos - Depalma, 1986, p. 539).

<sup>105</sup> Sin dudas, existe un flujo y reflujo entre democracia y Constitución. Si la democracia opera en el entorno del sistema, es el propio sistema el que la encauza y desde cierto punto de vista intenta su aseguramiento (Raúl Gustavo Ferreyra: «Poder, democracia y configuración constitucional», en la obra colectiva Jorge Bercholz (dir.): *El sistema político e institucional en la Argentina*, Buenos Aires, Lajouane, 2006, p. 64).

Susana N. Vittadini Andrés\*

## Pasado y presente del juicio político

Desde hace siglos la preocupación, exteriorizada o no, de controlar la actuación de instituciones y autoridades ha sido un tema importante de debate. A las luchas sucedieron las negociaciones y de ellas surgió la institución del juicio político o *impeachment*, en su versión inglesa, como el medio más adecuado para hacer efectiva la responsabilidad de las autoridades más importantes.<sup>1</sup> Nuestro país no ha sido ajeno a esa preocupación y por ello el juicio político ya ha estado presente desde los proyectos constitucionales primigenios. De allí que la finalidad del presente trabajo es el análisis evolutivo de esa institución para tener una idea acabada de cómo ha ido desarrollándose en el pasado y presente de la República Argentina.

En nuestro país los antecedentes hispánicos y de los Estados Unidos han tenido una influencia importante. Respecto de los primeros, el juicio de residencia instituido para hacer efectiva las posibles responsabilidades de los funcionarios constituyó un importante antecedente. Sin embargo, esa institución tuvo serios inconvenientes desde el momento mismo en que debía de activarse. El primero de ellos era que establecía como elemento destacado la denuncia anónima de los funcionarios, lo que dio

---

\* Ex profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y titular, también en Derecho Constitucional, de la Universidad de Belgrano. Profesora asociada en la Universidad Tamkang y se desempeña en la Universidad Fujen, ambas en Taiwán. Catedrática en posgrados de la Universidad Americana en Managua.

<sup>1</sup> Si bien en sus orígenes también se utilizó respecto de personas que no formaban parte de las instituciones bajo la causal de traición.

lugar a venganzas o alegaciones falsas de hechos y acciones. En segundo lugar, se realizaba una vez finalizadas las funciones, por ello no pocas autoridades dejaban intempestivamente la región, en tanto otras quedaban en ella con un gasto considerable de su propio peculio dado que ya carecían del cargo que les posibilitara una entrada económica; a ello se sumaban las eventuales sumas que debían oblar en carácter de indemnizaciones por las acusaciones comprobadas. Esto sin perjuicio de otras cuestiones como el tipo de infracciones o delitos que muchas veces estaban ligados a faltas de tipo religioso, todo lo cual hizo que poco a poco cayera en desuso. Una de las últimas veces que fue puesto en marcha ese juicio ocurrió en la década de 1810, como consecuencia de diversas asonadas; posteriormente se hablaba de él pero no se lo efectivizaba.<sup>2</sup> Al presente no está contemplada en la Constitución nacional pero sí en la de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.<sup>3</sup>

La institución del *impeachment* contemplada en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 ha sido la que más influyó en los proyectos constitucionales patrios. En ella la acusación constitucionalmente partía, y aún lo hace, del Poder Legislativo,<sup>4</sup> institución también encargada de su efectivización. Los acusados eran, y son, los integrantes del Ejecutivo y Poder Judicial. Son numerosos los documentos organizativos y proyectos constitucionales que han hecho referencia a ella,<sup>5</sup> hasta que fue instituida en el texto constitucional de 1853, pero con algunas diferencias importantes. Algunas de estas tuvieron raigambre doctrinaria, en tanto otras atendían a situaciones conjunturales y políticas del momento. En efecto, el texto constitucional de 1853 es un reflejo de muchos antecedentes nacionales, sin embargo no ocurrió lo propio respecto de la obra *Bases*, de Juan Bautista Alberdi. El mencionado célebre pensador incluyó entre las causales para hacer efectivo el juicio político el «haber dejado sin ejecución las promesas de la Constitución en el término fijado por

---

<sup>2</sup> La Asamblea General Constituyente de 1813 dictó una resolución el 9 de marzo de ese mismo año a efectos de llevar adelante el juicio de residencia respecto de todos aquellos que habían estado frente al gobierno entre el 25 de mayo de 1810 y el 20 de febrero de 1813. Vicente Gallo, *Juicio político: Estudio histórico y de derecho constitucional*, Buenos Aires, 1897, pp. 211-213.

<sup>3</sup> Constitución de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, de 1991, «Juicio de residencia», artículo 19.º: «Los funcionarios que ocupen cargos electivos, así como los ministros, secretarios y subsecretarios, tanto provinciales como municipales y comunales, no podrán abandonar la Provincia hasta después de cuatro meses de terminadas sus funciones, salvo expresa autorización de la Legislatura Provincial o de los cuerpos deliberativos municipales, por estar sometidos a juicio de residencia».

<sup>4</sup> La Cámara de Diputados lo plantea a requerimiento o pedido de los mismos integrantes del cuerpo o de terceros; pero habrá de ser el Senado quien lo cumplimente.

<sup>5</sup> Por ejemplo: el Estatuto de 1815 donde se hablaba de esa institución pero no se incluían las pautas procedimentales; algo similar aconteció con el Reglamento Provisorio de 1817. A diferencia de los anteriores, en el proyecto de Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819 se incluyó el juicio político siguiendo los patrones de la Constitución de los Estados Unidos de América. Para más detalles véase Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político al presidente de la República: caso Martínez de Perón», tesis doctoral, Buenos Aires, 1992, pp. 65-66.



ella, por haber comprometido y frustrado el progreso de la República». <sup>6</sup> De allí que a continuación estableciera entre las causales los crímenes de «traición, concusión, dilapidación y violación de la Constitución y de las leyes». <sup>7</sup> De hecho, el texto alberdiano habría de resultar premonitorio y de incuestionable vigencia. Lo cierto es que en la Convención Constituyente la discusión se centró más en quiénes podían ser acusados, que en las causales. Finalmente se acordó que podían ser acusados el «presidente y vicepresidente de la Confederación y sus ministros, los miembros de ambas Cámaras, los gobernadores de provincia». <sup>8</sup> Pero las razones de esas inclusiones deben ser buscadas más en lo político que en lo jurídico.

Entre las relativas a problemas o cuestiones políticas, están las que se debieron a la problemática interna argentina donde los enfrentamientos entre las autoridades nacionales y provinciales dentro de un no totalmente definido sistema de Estado federal eran parte de los acomodamientos institucionales iniciales. Ante todo hay que recordar que el texto constitucional de 1853 evidenciaba una indeterminación importante respecto de la forma de Estado, pues si bien se declara que era federal existían rasgos más cercanos al centralismo con la designación inconsulta de la capital federal, en territorio de la entonces provincia de Buenos Aires, única ausente del proceso constituyente de 1853. A esto se le debe agregar, entre otras características, la revisión y aceptación previa de las Constituciones provinciales para su aprobación y posterior vigencia. Eso también se extendió al juicio político, ya que entre las autoridades pasibles de este se incluían además del presidente y vicepresidente de la República, ministros del Poder Ejecutivo e integrantes del Poder Judicial, a los legisladores e integrantes del Poder Legislativo nacional hasta llegar a los gobernadores de las provincias. <sup>9</sup>

Si bien entre 1853 y 1860 existieron intentos para hacer efectiva la responsabilidad mediante esta institución, las circunstancias históricas por las que atravesaba el país con la separación de la provincia de Buenos Aires y su posterior reincorporación, así como las desinteligencias entre Buenos Aires y el Interior frustraron la continuidad y conclusión de esos intentos.

---

<sup>6</sup> Véanse Juan Bautista Alberdi, *Bases, Plus Ultra*, impreso en Brasil, 1984, p. 292, y Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político...», o. cit., pp. 67-68.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Estatutos, reglamentos y Constituciones argentinas*, Buenos Aires, Librería Platero, 1972, p. 198.

<sup>9</sup> Esa misma tendencia ya se había presentado en proyectos anteriores como la Constitución de las Provincias de Sudamérica, de 1819, donde se incluía a los «Ministros de Estado, Enviados a las Cortes Extranjeras, Arzobispos u Obispos, Generales de Ejércitos, Gobernadores, Jueces Superiores de las Provincias y demás empleados de no inferior rango a los nombrados», artículo VIII, *Estatutos, reglamentos y Constituciones argentinas*, Buenos Aires, Librería Platero, 1972, p. 125.

Posteriormente, con la revisión constitucional realizada por la provincia de Buenos Aires como consecuencia de los denominados Pactos de Unión<sup>10</sup> y del Pacto de San José de Flores, el texto de la Constitución nacional quedaría finalmente enmarcado dentro del sistema federal. Como consecuencia directa de ello, el juicio político habría de sufrir nuevas modificaciones. Estas se centraron principalmente en la exclusión de los gobernadores provinciales y de los integrantes del Poder Legislativo nacional como posibles acusados. En lo relativo a las causales, tres fueron las que, en definitiva, se dejaron, a saber: mal desempeño de las funciones, delitos en el cumplimiento de las funciones y crímenes comunes, siguiendo de esta manera el modelo norteamericano. En lo atinente a las mayorías necesarias se estableció el voto de las dos terceras partes de los miembros totales para llevarlo adelante, siendo el Senado el encargado del juzgamiento y determinación de los alcances de la sentencia, ya sea absolviendo o separando del cargo, con similares mayorías a las anteriores.<sup>11</sup> Ello sin perjuicio de la eventual acusación por ante el Poder Judicial por delitos acusables.

De manera tal que, con la reforma de 1860, solo autoridades nacionales de los Poderes Ejecutivo y Judicial pudieron ser pasibles del juicio político. El presidente, vicepresidente de la República, sus ministros, así como los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e integrantes de los tribunales inferiores fueron por mucho tiempo los únicos que podían ser constitucionalmente acusables. A partir de ese momento habría de sucederse una serie de juicios políticos, principalmente a los integrantes del Poder Judicial.<sup>12</sup>

En los casos planteados respecto del Poder Ejecutivo, si bien se presentaron numerosos intentos, ninguno de ellos logró llegar a concluirse debido a la falta de las mayorías necesarias. Respecto de los juicios políticos a integrantes de ese mismo poder es interesante marcar su evolución, ya que existieron casos netamente diferenciados. En primer lugar, es importante destacar que el primer pedido de juicio

---

<sup>10</sup> En esos pactos se dejaba sentado que la separación de Buenos Aires respecto del resto de la Confederación era solo temporaria dado que ambas partes reconocían pertenecer a una misma entidad.

<sup>11</sup> Los artículos referidos al juicio político según el texto 1853-1860, sin las reformas de 1994 son: Artículo 45. «Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes». Artículo 51. «Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes». Artículo 52. «Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios».

<sup>12</sup> Para un detalle de ellos véase Susana J. Facorro y Susana N. Vittadini Andrés: *Temas de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 287-297.

político incluido en el *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados de la Nación corresponde al diputado Alfredo Palacios en el año 1904, en el cual se llegó hasta la etapa de votación, en la que no se alcanzaron las mayorías necesarias. La fundamentación del pedido fue de tipo legal, por incumplimiento de disposiciones normativas.<sup>13</sup> Sin embargo, con posterioridad los cuestionamientos jurídicos habrían de ir cediendo, en el caso del presidente o vicepresidente de la República, a causales más emparentadas con lo político. De igual manera, las votaciones iniciales para la aceptación o rechazo del pedido en muchos casos no se llegó a realizar, sobre todo cuando el pedido partía de un civil, ya que las peticiones particulares estaban admitidas, y aún también lo están. Pero justo es reconocer que durante largos períodos no existe mención alguna de estas, hasta el año 1986 en que reaparecen.<sup>14</sup>

En lo relativo a los tipos de causales para acusar al presidente o vicepresidente, existen algunos parámetros interesantes. Cuando los cargos han sido poco numerosos, las causales referidas a violaciones legales o normativas, eran, por lo general, la mayoría. Pero cuando el número de causales aumentaba, la presencia de lo político dentro de la expresión «mal desempeño en el ejercicio de las funciones» era predominante. Es que la definición de *mal desempeño* no es fácil de delimitar objetivamente pues la amplitud de la palabra *mal* hace que dentro de ella pueda quedar contemplado un amplio espectro de situaciones que van desde lo ético o religioso hasta lo político o normativo, pasando por toda una amplia gama de patrones culturales, incluyendo los sociales y los morales. En definitiva se ha alcanzado un consenso respecto de la interpretación amplia de esa expresión, lo que presenta aspectos positivos y negativos al mismo tiempo. Positivos pues agranda el espectro de elementos para hacer efectivo el contralor, pero negativos pues, por lo general, lo político en la sociedad argentina constituye la nota más relevante. Por esa misma razón, el accionar de los sectores políticos de oposición ha sido determinante en los pedidos de juicio político al presidente de la República. Respecto de ellos es interesante destacar que a los iniciales cuestionamientos de tipo legal, como el antes mencionado de 1904, le han sucedido otros de incuestionable y casi exclusivo tinte político, como fueron los planteamientos correspondientes a la primera presidencia de Hipólito Yrigoyen, 1916-1922.<sup>15</sup> Ese período pertenece a la época en que los partidos de tendencia conservadora, que habían ejercido el poder durante décadas lo habían perdido frente a un nuevo partido, la Unión Cívica Radical, dieron lugar a enfrentamientos por momentos feroces. Debe destacarse que es particularmente difícil para aquellos que han ostentado mucho poder durante décadas «acostumbrarse» a dejar de tenerlo, por ello, por lo general, generan una oposición violenta y descarnada, muchas veces en

---

<sup>13</sup> Se trataba de la «ley del puerto y la del 14 de setiembre de 1863», y durante la discusión se consideró que el pedido carecía de entidad suficiente. Cf. *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1904, II, pp. 253-254.

<sup>14</sup> Véase Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político...», o. cit., p. 103.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 211-222.

desmedro de las propias estructuras partidarias y sociales. Por ello, el clima político se enrarece y muchas veces no es fácil deslindar lo real de lo planeado o artificial, ni lo relevante de lo secundario. Ese anhelo por recuperar el poder perdido ha llevado a los pueblos a más de una situación trágica, donde los autores difícilmente reconocen su intervención o influencia en los hechos. Debe recordarse siempre que a mayor cargo, mayor es la obligación de actuar conforme a derecho, y a tratar de lograr que cada persona evolucione armónicamente. No hay que confundir venganza con justicia, ni odios propios con derechos sociales o individuales.

Retonando el análisis del juicio político en sí, es interesante mencionar que durante la década de 1960 la presencia de causales relativas a la posible ideología del presidente de la República ocupó un lugar destacado en los pedidos, tanto de particulares como de legisladores.<sup>16</sup> En esa época, en lo internacional, la guerra fría hacía que se establecieran dos tendencias opuestas: el pensamiento capitalista enfrentado al comunista. En el caso de los países latinoamericanos, la estrecha vinculación militar con los Estados Unidos así como propias tendencias ideológicas de las fuerzas armadas argentinas inclinaban la balanza en contra del comunismo, y se llegó a situaciones extremas como las apuntadas en los pedidos de juicio político a algunos presidentes.

Otro aspecto destacable es cómo ha evolucionado la disposición de las bancadas al momento de cumplir los requerimientos constitucionales para llevar adelante esta institución cuando los acusados eran el presidente o vicepresidente de la República. Durante las primeras épocas, el debate constituía un paso que no se eludía, más allá de cuál fuera la votación consecuyente. Pero desde inicios de la década de 1930 las cosas habrían de modificarse radicalmente, pues el tratamiento parlamentario era dejado de lado. Es posible que los continuos golpes de Estado y movimientos populistas hayan modificado las costumbres políticas. Años después, en 1949, tuvo lugar una importante reforma constitucional respecto del juicio político, que lo aproximó más a la reforma de 1994, al excluir a los integrantes de los tribunales inferiores<sup>17</sup> como pasibles de ser acusados.<sup>18</sup> Posteriormente, en 1974, tuvieron lugar dos

---

<sup>16</sup> La cuestión ideológica estuvo presente en los pedidos de juicio político a los presidentes Arturo U. Illía y Arturo Frondizi; en el caso del primero solo se hacía referencia a que permitía la *injerencia comunista*, sin hacer mención específica de hechos. Este pedido correspondió al diputado Isaías Juan Nogués, de tendencia nacionalista. Cf. Susana N. Vittadini Andrés: «Juicio político...», o. cit., pp. 243-249.

<sup>17</sup> CN 1949, artículo 91: «Los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación son inamovibles, y conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta. Recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida, en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones. Los jueces de los tribunales inferiores serán juzgados y removidos en la forma que determine una ley especial, con sujeción a enjuiciamiento por los propios miembros del Poder Judicial».

<sup>18</sup> CN 1949, artículo 46: «Solo la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la

pedidos de juicio político a la entonces presidente Estela Martínez de Perón. En este caso hubo ardientes debates, en el cual más que discusiones sobre el fondo del asunto se destacó el debate sobre la existencia o no de venganzas políticas. Respecto de los pedidos, los presentados estaban basados en *mal desempeño de las funciones* pero, en el caso del correspondiente al FUFPEO,<sup>19</sup> se realizaba un análisis pormenorizado de causales políticas y normativas. Sin embargo, tampoco se pudo llevar adelante el juicio político, y al poco tiempo, en marzo de 1976, acaeció el último golpe de Estado.

La interrupción constitucional también llegó a las instituciones donde el Poder Legislativo debía estar presente. Fue recién con el reinicio del camino democrático, en 1983, que el juicio político volvió a estar presente. La diferencia en estos casos está en que volvieron a asentarse pedidos de particulares y, en algunos casos, se produjeron interesantes debates. Sin embargo, en ningún caso llegó a tener fortaleza suficiente para hacerse efectivo respecto del Ejecutivo; diferente ha sido la evolución en lo que respecta al Poder Judicial. Hasta principios de la década de 1990, alrededor de doce jueces federales fueron pasibles del juicio político, y solo en un caso lo fueron los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>20</sup> Con relación a los jueces, la mayoría de las causales fueron de tipo jurídico, y solo en contados casos de tipo médico. Respecto de las causales hay que tener presente que en el caso de los jueces se agrega una que es la de tener *buena conducta* (actual artículo 110 CN). Esta causal está relacionada directamente con la actividad judicial en su aspecto normativo y ético en general.

El juicio político a algunos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al procurador general, en 1946, se llevó adelante en virtud de un procedimiento parlamentario diferente al de la Constitución 1853-1860, con las reformas de 1866 y 1898. El procedimiento fue en esa oportunidad escrito, y sobre la base de pautas procesales, pero con limitaciones en el ejercicio de las defensas. No todos los jueces fueron acusados, pues en el caso del doctor Tomás Casares, autor de la ampliación de la doctrina de las facultades de los gobiernos de facto, no existió acusación alguna en su contra, y continuó en el cargo; diferente fue la situación respecto del presidente de la Corte Suprema, doctor Roberto Repetto, quien se acogió

---

Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido en ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros».

<sup>19</sup> FUFPEO, sigla que correspondía al bloque de la Fuerza Federalista Popular de la Cámara de Diputados, integrada por representantes del Pacto Autonomista Liberal de Corrientes, Movimiento Federal Pampeano, Movimiento Popular Jujeño, entre otras fuerzas. Cf. *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1975, VIII, p. 6131.

<sup>20</sup> Véanse detalles en Susana J. Facorro y Susana N. Vittadini Andrés, *Temas de derecho constitucional*, o. cit., pp. 293-294, y *Diario de Sesiones* de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, 1946 y 1947, tomo VI.

a la jubilación, por lo cual no pudo efectivizarse la sentencia respecto de él. Con posterioridad a 1983, es decir con la restauración democrática, el juicio político a integrantes del Poder Judicial habría de adquirir gran vigencia. Así, son numerosos los casos que se plantean, muchos de los cuales concluyen con la destitución de los magistrados judiciales, y en no pocos casos con su renuncia previa, con el fin de evitar la eventual sanción.

En 1994, el juicio político sufrió una nueva e importante reforma. A partir de esa fecha solo el presidente y vicepresidente de la República, los ministros del Poder Ejecutivo, incluyendo el Jefe de Gabinete, así como los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podrían ser acusados. Los restantes integrantes del Poder Judicial habrían de estar excluidos del juicio político, pero enmarcados dentro de la actividad del llamado jurado de enjuiciamiento para magistrados judiciales, institución creada a partir de esa reforma.<sup>21</sup> Con la inclusión de nuevos artículos y funcionarios acusables, lo relativo al juicio político resultó contemplado en el artículo 53 CN,<sup>22</sup> relativo a las facultades de la Cámara de Diputados para impulsar el juicio político respecto de los antes nombrados por las causales de mal desempeño de las funciones, crímenes en el ejercicio de estas y crímenes comunes, es decir las mismas que se habían establecido en 1860. Tampoco ha variado lo relativo a las mayorías necesarias para su impulso y concreción. Al presente son los artículos 59 y 60 CN los que se refieren a la actuación del Senado para el juzgamiento, si bien las mayorías no han variado, ni siquiera en el caso del juicio político al presidente de la República, en que el Senado habrá de ser presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tanto, el artículo 60 CN hace referencia a la extensión del juzgamiento, es decir su remoción o no, y eventual descalificación para ser designado en cargo de honor, confianza o probidad para la Nación, ello sin perjuicio de la acusación, juicio y eventual condena por ante los tribunales comunes en lo relativo a las causales en que fuera declarado culpable. En pocas palabras, se puede concluir que solo los acusables han sido modificados, mas no las cuestiones restantes. Si bien en lo relativo al procedimiento dentro del Poder Legislativo las formas procesales ahora constituyen la base más relevante, es decir que el procedimiento judicial es el parámetro requerido para la protección de las garantías constitucionales respecto de los acusados, esto obliga a un necesario e imprescindible conocimiento de los recursos y formas procedimentales legales, y hacen muy difícil la presentación de una parte en juicio sin un representante legal, esto es, un abogado.

Así, en los últimos años, nuevamente han sido presentados una serie de pedidos de juicio político a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; sin

---

<sup>21</sup> También es posible encontrar algunas raíces de la institución en los tribunales establecidos durante algunos gobiernos de facto.

<sup>22</sup> Véase nota al pie n.º 11, donde se transcriben los artículos anteriores, siendo la única diferencia los nuevos acusables y la exclusión de los miembros de los tribunales inferiores.

embargo, dado que los casos se llevaron adelante en forma individual, existe una gran diferencia con el caso de 1949. Así, el doctor Julio Nazareno renunció con el fin de evitar el juzgamiento, similar actitud adoptaron los doctores Adolfo Vázquez y Guillermo López después de tomar conocimiento de la decisión de la Cámara de Diputados de llevar adelante las acciones pertinentes. Ambos casos acaecieron en el año 2003.

El caso del doctor Antonio Boggiano fue diferente a los anteriores, ya que su acusación data de fines del año 2004, y en este caso no hubo renuncia del magistrado llevándose adelante la totalidad de las actuaciones. Las causales fueron en total catorce, pero solo respecto de seis se lo habría de encontrar culpable. Uno de los aspectos del juicio fue su suspensión previa en el ejercicio de sus funciones. En su posterior destitución, e incluso durante el juicio, existieron planteos iniciados por el ahora ex miembro del máximo tribunal. La destitución se decretó el 28 de setiembre del 2005. Ello ocurrió cuando se reunieron dos tercios de votos de los 56 integrantes de la Cámara de Senadores. Los cargos en que se lo encontró culpable corresponden a una causa del año 2002 en que convalidó el laudo arbitral en una controversia entre la empresa Meller Comunicación y la antigua telefónica estatal ENTEL por deudas en contratos de publicidad e impresión de guías telefónicas. Ese laudo del Tribunal Arbitral de Obras Públicas había condenado en 1998 al Estado a pagar a Meller deudas que, con los intereses, crecieron de 28 a 400 millones de pesos (por entonces, igual cantidad de dólares). Los antes mencionados ex integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación eran conocidos por sus estrechos vínculos con el máximo poder político de ese momento.<sup>23</sup> De manera que si bien existía una cuestión de lealtades políticas, la base de las acusaciones fueron en la mayoría de esos casos planteamientos de tipo legal o de procedimiento, donde la parte más dañada, en no pocas ocasiones resultaba el Estado mismo. Finalmente, con el voto favorable de 38 diputados fue inhabilitado para ocupar cargos públicos.

Otros integrantes de la Corte Suprema, los doctores Gustavo Bossert y Augusto César Belluscio presentaron sus renuncias pero sin existir pedido de juicio político en trámite respecto de ellos.

Es interesante analizar sucintamente lo ocurrido respecto de los integrantes de los tribunales inferiores con posterioridad a la reforma de 1994. La importancia de ello radica en la necesidad de determinar si la exclusión de estos ha tenido fundamento real y efectivización adecuada, sobre todo si se tiene en cuenta la poca

---

<sup>23</sup> Asimismo debe recordarse que, como consecuencia de la crisis económica del 2001, fueron numerosas las demostraciones populares de repudio a los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (véase, entre otros, el diario *Políticas Río Negro On Line*, «La Corte Suprema, muy cerca del juicio político», 31.1.2002, donde se decía: «La manifestación se realizará a las 17 y en ella volverá a exigirse la renuncia de los ministros de la Corte. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y sus nueve integrantes aferrados a sus sillones son la imagen patética del viejo orden social que se desmorona”, sostuvieron los abogados»).

cantidad de juicios políticos a jueces hasta 1983 y el notorio aumento de los casos con posterioridad a esa fecha. En lo que al procedimiento hace están involucrados la institución del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, es decir instituciones estrechamente vinculadas a lo judicial, donde prima facie lo político debería estar ausente.<sup>24</sup> Así, podemos concluir que desde 1998 hasta el 2005 hubo doce magistrados destituidos por el Consejo de la Magistratura. El primero fue la causa de la ex jueza de Morón, Raquel Morris Dloogatz, de noviembre de 1999, quien no llegó a ser removida, pues renunció a su cargo. El segundo caso tuvo como protagonista al juez federal de la provincia de Santa Fe, Víctor Hermes Brusa, quien acusado de atropellar y abandonar a una persona en una laguna de esa misma provincia.<sup>25</sup> Respecto del último, con relación a las causales se estableció en una parte del fallo del 30 de marzo del 2000, que:<sup>26</sup>

esa conducta posterior al accidente, inmediata y mediata contiene un elemento profundamente antiético que repugna a la sociedad y que no puede ni debe ser tolerado. No solo la conducta omisiva por parte del autor de prestar el auxilio inmediato a la víctima, sino también el hecho de intentar eludir su responsabilidad y obstaculizar la investigación.

Como se puede apreciar la expresión *buena conducta* también posee un amplio contenido y diversas formas de conceptualización, si bien ha sido la de *mal desempeño* la que finalmente fue determinante en la «Conclusión» definitiva, en cuya redacción se agregó:

que los cargos derivados de la conducta del juez desarrollada con posterioridad al accidente que ocasionó lesiones al señor Héctor Miguel Pedernera, revelan un

---

<sup>24</sup> Esto, sin embargo, es de difícil concreción. Por ejemplo, lo dictaminado en el caso *Bustos Fierro*; allí se dijo que: «I) Que por resolución n.º 254/99 el plenario del Consejo de la Magistratura acusó al doctor Ricardo Bustos Fierro, titular del juzgado federal n.º 1 de la ciudad de Córdoba, por las causales de mal desempeño en el ejercicio de sus funciones y presunta comisión del delito de prevaricato por la decisión jurisdiccional dictada en los autos *Carbonetti, Domingo Ángel, Partido Justicialista, Distrito Córdoba c/ Estado Nacional y Convención Constituyente, acción declarativa de certeza*, y suspendió al magistrado en el ejercicio de sus funciones. *La causal de mal desempeño, sustentada en la falta de independencia del magistrado por sumisión a la voluntad del presidente de la Nación, se basó en la ignorancia del derecho, debido a los graves errores de que adolecería la resolución impugnada, especialmente el desconocimiento de la supremacía constitucional. La causal de delito cometido en el ejercicio de las funciones se fundamentó en que los graves vicios de la resolución cuestionada —en contra de disposiciones constitucionales y legales— harían incurso al juez en la figura de prevaricato, descrito en el artículo 269 del Código Penal*». El énfasis nos pertenece y es para apreciar el alcance de la causal en lo político y normativo.

<sup>25</sup> El hecho ocurrió el 8 de noviembre de 1997, cuando una lancha atropelló a Héctor Miguel Pedernera, quien se hallaba nadando en la laguna santafesina de Setúbal. El juez federal de Santa Fe, Víctor H. Brusa, fue acusado de haber atropellado y posteriormente abandonado al nadador.

<sup>26</sup> Todos los párrafos corresponden a texto completo del fallo del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación que removió como juez federal en Santa Fe al Dr. Víctor H. Brusa. Véase el sitio web de AABA, <<http://www.aaba.org.ar/inst0088.htm>>.



intolerable apartamiento de la misión confiada a los jueces, con daño evidente del servicio público y la administración de justicia y menoscabo de la investidura.

Ello deriva de los actos que realizó el enjuiciado en ejercicio de sus funciones al:

- a) haber instigado al personal de la Prefectura Naval Argentina para evitar su incriminación;
- b) omitir disponer de inmediato las medidas procesales pertinentes;
- c) no haberse apartado inmediatamente de la causa luego de haberle comunicado la secretaria que resultaba involucrado;
- d) interferir en la investigación de la causa penal; y
- e) fuera de la función judicial, haber logrado el apartamiento de la juez subrogante Dra. Tessio mediante maniobras impropias del proceder que debe presidir las acciones de un magistrado.

En suma, con total independencia de que el juez Brusa, en definitiva, resultare autor o no del hecho que damnificara al señor Pedernera, lo cierto es que —en cualquiera de las dos hipótesis—, la conducta observada por el enjuiciado con posterioridad a tal suceso resulta impropia e incompatible con el comportamiento que corresponde desplegar a un juez de la Nación, en esas circunstancias.

En consecuencia, este jurado entiende que el juez Brusa ha incurrido en la causal de mal desempeño, prevista en el artículo 53 de la Constitución nacional.

En mayo del año 2002 fue apartado de su caso el juez federal de Mendoza, Luis Leiva, quien había investigado la caída de los bancos República y Mendoza.<sup>27</sup> La destitución de la jueza en lo laboral Mirta Torres Nieto tuvo lugar ese mismo año, y en el siguiente se produjo la del juez de instrucción Roberto Murature y del magistrado comercial Rodolfo Herrera.<sup>28</sup>

Otro magistrado removido de sus funciones fue el juez federal de San Isidro, Roberto Markevich, quien en su momento dispusiera la detención de la dueña de *Clarín*, Ernestina Herrera de Noble. Los jueces Rodolfo Echazú,<sup>29</sup> jujeño, y el magistrado de ejecución penal Andrés Narizzano,<sup>30</sup> este último por «pereza»,<sup>31</sup> también

---

<sup>27</sup> Este caso fue particularmente conflictivo debido a los diferentes intereses en pugna. *La acusación culpaba al magistrado* de «una permanente maniobra para lograr sus propios objetivos, sean estos mediáticos, de amistad o de favorecimiento», colocando «su voluntad personal por encima de los principios jurídicos». En tanto la defensa sostenía que se habían «acumulado cargos nimios» contra Leiva, tras lo cual inscribió las acusaciones entre lo que consideró “conductas ajenas” a la del magistrado, responsabilizando de ellas al otro juez federal y a los empleados del juzgado de Leiva por los errores procesales cometidos y los casos “opinables”, es decir, aquellos en los que es factible que existan distintas interpretaciones jurídicas frente a un mismo hecho» (*Los Andes on line*, 12.4.2002).

<sup>28</sup> *BO*, 28.3.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 14.3.2005. Remoción del titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n.º 3, doctor Rodolfo Antonio Herrera.

<sup>29</sup> *BO*, 10.6.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 7.6.2005. Remoción del juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, doctor Rodolfo Echazú.

<sup>30</sup> *BO*, 9.6.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 30.5.2005. Remoción del juez doctor Néstor Andrés Narizzano, titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n.º 3.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

fueron pasibles de destitución. A ellos se agrega la de Juan José Galeano,<sup>32</sup> juez que interviniera en el caso AMIA, y de Juan José Mahdjoubian,<sup>33</sup> juez de instrucción, ambos destituidos en agosto del año 2005.

Con relación a la causa *Andrés Narizzano*, se dejó sentado, transcribiéndose unos párrafos del estudio del profesor Alfonso Santiago (h) sobre «El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales» (*ED*, suplemento de «Derecho constitucional», 4.7.2003, p. 77). En primer lugar alude al trabajo de los magistrados judiciales, que todo lo que es actividad laboral «está sujeto a pautas cuantitativas y cualitativas de trabajo», por ende su incumplimiento grave redundaba en un mal desempeño. Además, «la falta de contracción al trabajo, las ausencias injustificadas, el incumplimiento de los plazos procesales, el no ordenar diligencias procesales a su cargo, las irregularidades judiciales en la tramitación de la causa, la falta de investigación de los delitos, etcétera, son algunos concretos ejemplos de esta falta de la diligencia».

Es interesante destacar algunas conceptualizaciones realizadas por los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento respecto de principios rectores en los juzgamientos. Así, en el caso *Ricardo Bustos Fierro*,<sup>34</sup> de 26 de abril del 2002, el Consejo de la Magistratura determinó en la «Conclusión» fundamentaciones que sirvieron, entre otras cosas, para desestimar la acusación. Por ejemplo:

1. *Caracter político del juicio de responsabilidad:*

El proceso de remoción es un juicio de responsabilidad política con sujeción a las reglas del debido proceso legal, en el que el fallo debe tener fundamentación suficiente por exigencia constitucional y que son los hechos objeto de acusación los que determinan el objeto procesal sometido al Jurado y sus causales las que taxativamente establece el artículo 53 de la carta magna: mal desempeño, delito cometido en el

---

<sup>32</sup> *BO*, 9.8.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 3 de agosto de 2005. Remoción del juez doctor Juan José Galeano, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 9.

<sup>33</sup> *BO*, 9.8.2005, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, fallo del 3.8.2005. Remoción del juez doctor Juan José Mahdjoubian, titular del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n.º 29. *Antecedentes del caso*: Se lo acusó por «mal desempeño de sus funciones» por no denunciar la existencia de causas previamente arregladas con abogados dentro del juzgado a su cargo, y además por permitir «maltratos y humillaciones» a los empleados de ese tribunal. A criterio del tribunal tal conducta fue lo «suficientemente grave para conformar causal de mal desempeño» y que hubo «un serio desmedro de su idoneidad para seguir en la magistratura». La prueba, mostrando al secretario del juzgado, fue mayoritariamente obtenida por medio de una cámara oculta realizada por el programa «Telenoche investiga». Otro de los implicados era un abogado con estrechas conexiones con la familia del juez, que por medio de un ardid lograba que todas sus denuncias penales fueran al juzgado del juez ahora destituido. La existencia de esa cámara oculta había sido conocida por el juez, quien también omitió hacer la denuncia correspondiente por el ilícito que se cometiera. Con relación a las medidas previas tomadas, se puede mencionar que el 9 de febrero del 2005 fue suspendido en sus funciones.

<sup>34</sup> Véase nota al pie n.º 24.

ejercicio de las funciones o crímenes comunes. También expresó que las pruebas deben ser valoradas con un criterio de razonabilidad y justicia con miras a la protección de los intereses públicos.

## 2. *Alcance del principio del artículo 110 CN:*

En cuanto al mal desempeño señaló que si bien dicha causal, considerada a la luz de lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución en cuanto establece que los jueces conservarán sus empleos «mientras dure su buena conducta», posibilita valorar la mala conducta del magistrado a los fines de su permanencia en el cargo, ello también presupone que el enjuiciamiento se lleve a cabo sobre la base de la imputación y demostración de hechos o sucesos concretos y no de apreciaciones difusas, pareceres u opiniones subjetivas, sean personales o colectivas. El texto del artículo 53 exige así interpretarlo, pues de otro modo se llegaría a una conclusión que significaría prescindir de sus orígenes y de su letra (Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, *Dr. Víctor Hermes Brusa, s/ pedido de enjuiciamiento*, 30 de marzo de 2000).

## 3. *Hechos o presunciones. Remisión a la doctrina de la causa Nicosia:*

18.º: Que en cuanto al objeto procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en forma reiterada que el enjuiciamiento de magistrados debe fundarse en hechos graves e inequívocos o en presunciones serias que sean idóneas para formar convicción sobre la falta de rectitud de conducta o de capacidad del magistrado imputado para el normal desempeño de la función y que está fuera de toda duda que «son los hechos objeto de la acusación» los que determinan la materia sometida al juzgador (doctrina de la causa *Nicosia* y jurisprudencia allí citada, *Fallos*, 316: 2940).

De lo antes referido se puede concluir, entre otras cosas, que existen criterios casi idénticos en la conceptualización de las causales y elementos del juicio político en el seno del Poder Legislativo y lo decidido hasta hace poco por el Consejo de la Magistratura durante las acciones correspondientes al jurado de enjuiciamiento. La limitación hasta lo explicitado en el presente se debe a una reforma llevada a cabo recientemente dentro del Consejo de la Magistratura que fuera y es aún muy discutida ya que eleva el número de miembros provenientes del Poder Ejecutivo, excluye al presidente de la Corte Suprema y reduce los integrantes dejando a las minorías parlamentarias, prácticamente, fuera de la institución. Todo ello podría desembocar en una forma de controlar a la institución desde lo político. La manipulación del Poder Judicial ha sido uno de los objetivos importantes para todos aquellos que han querido sentar o aumentar sus bases de poder en detrimento de la sociedad. Tampoco es menos cierto que, dados los planteos analizados, muchos jueces han caído bajo la seducción del poder para insertarse en una estructura de poder que les aseguraría una holgada vida económica y de respetabilidad institucional, ya que socialmente se encuentra un tanto desprestigiada. De manera tal que solo se puede opinar hasta lo analizado dejando para más adelante llegar a establecer si el jurado de enjuiciamiento constituye la opción adecuada para la sociedad, y no solo para las aspiraciones

políticas personales o sectoriales. Sin perjuicio de las acotaciones realizadas, podemos concluir que hasta antes de la reforma del año 2006, del Consejo de la Magistratura, la actividad del Jurado de Enjuiciamiento ha sido positiva.

Con relación al juicio político, es lamentable que no se hayan adentrado en las causales, como lo hacía el proyecto de Alberdi. La inclusión del Jefe de Gabinete a partir de la reforma de 1994 es de relativa importancia, ya que en la misma reforma se ha establecido una forma más rápida y expeditiva para su remoción, que es el «voto de censura»<sup>35</sup> para el cual solo se necesitan la mayoría absoluta de todos los miembros de las Cámaras y no los dos tercios de Diputados o Senadores, según la etapa de que se trate para el juicio político. Por lo tanto, ese agregado se puede calificar como una mera formalidad o algo para dar una impresión de mayor control, pero que en los hechos carecería de relevancia. Por supuesto que siempre constituye un parámetro para evaluar la propia actuación presidencial, constituyéndose en una especie de «aviso previo», pero que en forma alguna favorece a la sociedad ya que tal llamado de atención, por lo general, no es escuchado como tal sino como un artilugio de la oposición. De manera que respecto de las últimas reformas poco se puede agregar ya que las cosas parecen seguir los parámetros anteriores. La reforma que sí ha sido destacable es la de 1860, cuando se completa el proceso constituyente argentino por su trascendencia institucional y política.

Cabría preguntarse si el juicio político constituye en realidad un efectivo medio de contralor. Para responder a ese planteo habría que acotar que el juicio político es una institución que depende de su efectivización de las personas que integran la sociedad, ya sean ellos legisladores o personas comunes que presionen o hagan explícitos sus requerimientos. Baste recordar en lo social lo ocurrido en diciembre del 2001 cuando la gente llevó adelante una manifestación que determinó una seria crisis institucional; lamentablemente, con posterioridad muchos políticos usaron tales hechos en beneficio propio para alcanzar puestos importantes en los estratos del poder. Sin embargo, la sola circunstancia de haber acaecido implica su posible reiteración. En lo formal institucional es evidente que su mera presencia obliga a ciertos recatos en el uso del poder, pero también es cierto que las lealtades políticas muchas veces han sido más determinantes que las sociales. En ese orden de cosas sería de aprender la lección de la República Federativa del Brasil cuando llevó adelante y finalmente destituyó al presidente Collor de Melo, precisamente por causales de responsabilidad constitucionales.

---

<sup>35</sup> Constitución argentina, artículo 101: «El jefe de gabinete de ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes, alternativamente a cada una de sus Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71. Puede ser interpelado a los efectos del tratamiento de una moción de censura, por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquiera de las Cámaras, y ser removido por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras».

Mientras no exista otra forma de hacer efectiva la responsabilidad de ciertos funcionarios públicos, el juicio político sigue siendo la alternativa más adecuada. Los funcionarios le temen, pero no tanto, la ciudadanía la aprecia pero sabe sus limitaciones, y los integrantes del Poder Legislativo en no pocas oportunidades deben enfrentar el dilema de sus propias conciencias como ciudadanos o de sus lealtades políticas. Sería muy interesante que la gente pudiera recordar más ciertos hechos y sus protagonistas para tratar de evitar que se puedan llegar a perpetuar en el poder, que poco o mucho poseen, pero ejercen en contra de los intereses de la sociedad argentina.

Sin lugar a dudas, el problema de la efectivización de la responsabilidad de los funcionarios públicos constituye uno de los puntos neurálgicos para el desenvolvimiento y mejoramiento social y político. Tampoco existe duda respecto de la falta de límites que muchos evidencian en sus ambiciones. Estamos en una época en que ciertas pautas éticas anteriores se han modificado, pero sin duda a mayor conocimiento mayor exigencia, y cuanto mayor es el traspaso de los límites legales, mayores deberían ser las exigencias para retornar a las pautas correctas. En este sentido, el juicio político sigue poniendo a prueba el reconocimiento o desconocimiento de esos límites por los representantes; por ello deberíamos recordar más los nombres y los hechos para que no se reiteren.