

# **MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL.**

Por  
JUAN VICENTE SOLA

## Tabla de contenido

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL.....	1
La Constitución.....	18
¿Qué es la Constitución?.....	19
¿Cuál es la Constitución? .....	21
La Constitución escrita. ....	21
La Constitución formal. ....	22
La llamada Constitución material.....	22
Las teorías americanas y europeas del derecho constitucional. ....	26
La supremacía de la Constitución.....	30
Desde El Federalista hasta John Marshall. ....	30
La Corte Suprema como intérprete final de la constitución.....	32
Análisis de Marbury vs. Madison.....	32
La decisión y la lógica de Marshall. ....	33
¿Puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de las leyes? .....	35
El caso McCulloch vs. Maryland de 1819. ....	37
El origen del control de constitucionalidad en la Argentina.....	38
El control de constitucionalidad de actos provinciales. El caso Martin vs. Hunter's Lessee. 14 U.S. 304 (1816).....	39
El precedente constitucional. ....	41
¿Qué es un precedente? .....	42
La ratio decidendi o holding. ....	42
Los obiter dicta. ....	44
La doctrina de la decisión judicial. ....	44
La teoría del discurso jurídico y el control judicial de la Constitución. ....	48
Habermas, la Constitución producto de un diálogo.....	48
¿Por qué establecer el control de constitucionalidad?.....	55
La extensión del control de constitucionalidad.....	58
El derecho constitucional como derecho público .....	59
Los riesgos de la politización del Derecho. ....	60
La Constitución en la estructura jerárquica de las normas.....	63
La norma individual y la aplicación concreta de las normas constitucionales. ....	65
El razonamiento práctico justificatorio. ....	66

La Constitución como autolimitación social.....	67
La metáfora de Ulises y las sirenas.....	68
En el inicio un contrato.....	70
La Constitución como contrato social .....	70
Una descripción del contrato social.....	71
Una teoría de la justicia en Rawls.....	74
La imparcialidad.....	74
¿Velo de la ignorancia o de incertidumbre? .....	74
La Constitución como un Contrato de largo plazo. ....	77
¿Por qué tenemos un gobierno? .....	77
El contrato constitucional. ....	78
La Corte Suprema como ‘estructura de gobierno’ de la Constitución. ....	79
Una teoría económica de la Constitución.....	80
La interpretación constitucional. ....	82
La inevitable necesidad de la interpretación constitucional. ....	82
¿Hay una teoría única de la interpretación constitucional?.....	83
Las decisiones en un marco de incertidumbre.....	83
Las Modalidades del argumento constitucional.....	85
Teorías sustantivas y procesales en la interpretación constitucional. ....	87
1. Las teorías valorativas.....	87
2. El árbol se mide por sus frutos.....	89
3. Teorías procesales: La práctica constitucional. ....	89
4. Un procedimiento aceptado. ....	91
Una larga y resbaladiza pendiente.....	93
Cambio de actitudes. ....	94
Los argumentos con nombre y apellido.....	94
El Poder Constituyente. ....	96
¿Cómo se hacen las constituciones? .....	96
Legalidad y legitimidad constitucional.....	96
La teoría clásica del poder constituyente. ....	97
Poder constituyente originario y poder constituyente derivado. ....	98
La soberanía popular. ....	100
El Procedimiento Constituyente. ....	101
El Poder Constituyente en la Argentina. ....	103

¿Cuán relevantes son las reformas constitucionales? .....	105
El control de constitucionalidad del poder constituyente .....	108
El caso “Fayt. ....	108
La Constitución y el Derecho Internacional.....	110
El derecho internacional en la cláusula de supremacía. ....	110
Las fuentes del derecho internacional.....	111
El consentimiento de los estados como fuente del derecho internacional. ....	112
El estatuto de la Corte Internacional de Justicia.....	113
La costumbre internacional. ....	113
Elementos que integran la costumbre internacional.....	116
La prueba de la costumbre internacional. ....	118
La aplicación judicial de la costumbre internacional.....	118
Los principios generales de derecho. ....	119
Las normas imperativas del derecho internacional. El Jus Cogens. ....	120
El derecho de los tratados. ....	121
Procedimientos de conclusión de tratados. ....	122
La negociación. ....	123
Conclusión y firma. ....	123
La aprobación. ....	123
La ratificación. ....	124
Las reservas en los tratados internacionales.....	124
Las reservas no amplían el contenido de los tratados. ....	124
Los Tratados en la Constitución.....	126
La conclusión de los tratados internacionales.....	127
Los límites constitucionales a la conclusión de tratados internacionales. ....	130
La operatividad de los tratados internacionales.....	133
Las relaciones entre derecho interno y derecho internacional. ....	133
Los tratados como ley suprema de la Nación. ....	135
El conflicto entre los tratados y las leyes. ....	137
La incorporación del Derecho Internacional a la Constitución. ....	138
El Gobierno.....	140
De la división de poderes a la confusión de poderes.....	140
Presidencialismo y parlamentarismo. ....	140
El gobierno parlamentario. ....	141

La división de poderes.....	143
El régimen presidencial.....	143
La división de poderes y frenos y contrapesos. ....	147
Separación de poderes y sistema de partidos.....	148
Frenos y contrapesos e independencia judicial. ....	149
El estado administrativo.....	150
La falacia de los ‘órganos extra poder’ .....	155
EL PODER LEGISLATIVO. ....	156
Composición y de la elección de sus miembros. ....	156
El bicameralismo.....	156
Elección de Diputados y Senadores.....	157
La elección de los senadores. ....	157
Elección de Diputados. ....	157
Requisitos para ser diputado.....	158
Requisitos para ser electo Senador. ....	158
Vacantes.....	158
La formación y sanción de las leyes .....	160
La aprobación por comisiones y la prohibición de sanción tácita o ficta. ....	162
Las competencias del Congreso.....	164
¿Cuándo puede legislar el Congreso? .....	165
Las competencias del Congreso y las provincias.....	166
Las competencias implícitas.....	170
La Cláusula Comercial. ....	172
El federalismo dual.....	175
El caso United States v. Lopez.....	179
La cláusula comercial como garantía del mercado único.....	180
El Comercio Internacional. ....	181
La cláusula comercial durmiente o negativa.....	181
La Cláusula comercial negativa y el caso Camuzzi. ....	184
Equilibrio de de intereses y discriminación.....	184
La prueba de equilibrio.....	186
Legislación discriminatoria: presunción de inconstitucionalidad. ....	186
Impuestos locales y cláusula comercial. ....	187
El Congreso y los poderes reservados de las provincias.....	188

La cláusula del progreso y la doctrina de la interferencia: el caso <i>Boto</i> .....	190
La doctrina de la preferencia del derecho federal. ....	191
Doctrina de la preferencia expresa. El caso <i>Lorillard Tobacco Co., v. Reilly</i> . ....	193
La doctrina de la ‘preferencia de campo.’ .....	195
La cláusula del Progreso. ....	197
El largo camino de los subsidios: el caso de la ideología del progreso. ....	197
Las palabras de Alberdi. ....	198
El caso Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe Fallos 68:227, 228-29 (1897).....	199
Las normas de derecho común. ....	200
El PRESUPUESTO. SU ORDEN CONSTITUCIONAL.....	200
¿Es el presupuesto una ley? .....	201
Las competencias en materia presupuestaria.....	202
El control judicial del presupuesto. ....	203
La delegación legislativa y los problemas del estado administrador. ....	204
1. El Ejecutivo Unitario. ....	204
2. La delegación mediante agencias. ....	205
3. La doctrina de la no delegación.....	206
Competencias exclusivas de cada Cámara. ....	208
A. El acuerdo del Senado.....	208
1. Binotti, Julio C. c. Honorable Senado de la Nación, 15/05/2007. ....	209
A. La Cámara de Diputados como cámara de origen. ....	209
I. El Juicio Político.....	211
¿Qué motiva a los legisladores?.....	213
Una disidencia notable en el Caso Cocchia.....	215
I. El Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación. ....	216
A. El Defensor del pueblo. ....	216
A. Auditoría General de la Nación. ....	217
El Poder Ejecutivo. ....	220
A. Competencias inherentes del Poder Ejecutivo. ....	220
B. Poderes concurrentes entre el Presidente y el Congreso. ....	221
El caso <i>Youngstown Sheet &amp; Tube Co. v. Sawyer</i> . 1952. ....	221
El poder reglamentario. ....	223
El caso <i>Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina</i> . 1941 T. 190 , P. 142. ....	223
La promulgación de las leyes. ....	224

El Veto parcial.....	225
Veto parcial y promulgación parcial.....	225
La ley contrato y la inconstitucionalidad de la promulgación parcial.....	226
Nombramiento y remoción de funcionarios.....	230
Competencia del Congreso en la regulación del empleo público.....	231
La estabilidad funcional de los agentes públicos.....	232
Los ministros del poder ejecutivo.....	233
1. Antecedentes históricos del ministerio.....	234
2. Interpelación y refrendo.....	236
3. El Jefe de Gabinete y los ministros integran el Poder Ejecutivo.....	236
El Jefe de Gabinete de Ministros.....	238
A. El Jefe de Gabinete y la acción de coordinación gubernamental.....	239
Las competencias del Presidente en las Relaciones Exteriores.....	242
1. El presidente como garante.....	245
2. La función de representación.....	246
3. La Concepción del Presidente como órgano único.....	248
4. El caso United States v. Curtiss Wright Export Corp. de 1936.....	248
5. La doctrina del ‘órgano único’ en la Argentina.....	250
6. Extensión de las competencias del Poder Ejecutivo.....	253
El absolutismo ineficaz.....	255
Democracia e idoneidad en la función pública.....	255
¿Por qué se elige a los peores?.....	259
La administración profesional como garantía.....	261
Las transacciones soberanas.....	261
El problema de la burocracia pública.....	262
La política de ineficiencia.....	262
La aplicación a las burocracias públicas.....	263
Las transacciones del sector público.....	263
Estructura de gobierno reactiva.....	265
Primera alternativa: La privatización plena.....	267
Segunda alternativa una privatización particular.....	268
Regulación.....	269
La legislación presidencial.....	270
Los decretos de necesidad y urgencia.....	271

La prohibición de la delegación legislativa, y su evolución. ....	272
Delegación y teoría de los carteles. ....	273
Los precedentes sobre delegación legislativa. ....	274
El establecimiento de sanciones por decreto. ....	275
Los aumentos de salarios por decreto. ....	275
Límites delegación legislativa. “El gobierno por grupos privados”. ....	278
Un poco de historia, de cómo la emergencia se transformó en permanente. ....	278
El caso Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, <i>Fallos: 313:1513</i> . ....	279
Regulación y búsqueda de rentas. ....	279
Rentas por regulación. ....	281
La oferta de regulación. ....	282
Los costos de transacción en el proceso político. ....	283
Los costos de transacción políticos. ....	286
La idea del progreso y los costos de transacción. ....	288
Las agencias gubernamentales. ....	290
Los organismos descentralizados. ....	290
El federalismo. ....	292
El Senado. ....	294
Influencia federal en la integración de la Cámara de Diputados. ....	294
La solución de conflictos en el federalismo. ....	296
La Distribución de competencias entre la Nación y las Provincias ....	297
El Caso <i>García v. San Antonio Metro. Transit Auth.</i> , 469 U.S. 528 (1985). ....	297
¿Qué tipo de federación somos? ....	301
Un federalismo competitivo. ....	301
La flexibilidad en las competencias entre la Nación y las provincias. ....	304
¿Cuándo nos conviene ser federales? ....	306
La voz y la salida. ....	308
¿Es la Argentina un mercado común? ....	309
Las economías de escala de servicios gubernamentales. ....	310
Evitar las distorsiones monopólicas generadas por el gobierno. ....	311
Políticas redistributivas óptimas. ....	312
La autonomía municipal. ....	313
Aspectos de la autonomía municipal. ....	313
XLV. La intervención federal en las provincias. ....	315



A.	La garantía federal .....	315
1.	Garantía Municipal. ....	317
B.	La intervención federal en el territorio de las provincias. ....	318
2.	La definición de intervención federal .....	319
3.	Tipos de intervención federal. ....	321
4.	La intervención Federal en defensa de la forma republicana de gobierno ..	321
Los derechos individuales en la Constitución. ....		326
A.	Los derechos individuales y las constituciones provinciales. ....	326
1.	Primera posición: obligaciones diferentes. ....	327
2.	La segunda posición: la incorporación estricta. ....	328
B.	Libertades negativas y libertades positivas. ....	328
3.	Libertades positivas y costos de información. ....	329
C.	La doctrina de la acción de estado. ....	330
4.	La acción de estado y el caso Kot. ....	331
5.	¿Qué es un órgano de gobierno? .....	332
LAS ACCIONES PRIVADAS .....		334
A.	Los límites del contrato social. Las acciones privadas y la intimidad.....	334
La moral pública.....		338
. La intimidad y el derecho al matrimonio. ....		338
4.	Caso JUAN BAUTISTA SEJEAN v. ANA MARIA ZAKS DE SEJEAN.....	339
La intimidad y la definición de una familia. ....		339
Caso Village of Belle Terre vs. Boraas 416 U.S. 1 (1974),.....		339
La intimidad del claustro materno.....		340
. El control informado sobre el propio cuerpo.....		340
La inviolabilidad del domicilio.....		340
Derecho a la información personal.....		342
Las acciones privadas y los registros públicos. ....		342
La Libertad de Expresión. ....		342
1.	La interpretación del artículo 32.....	343
B.	La Libertad de expresión como derecho fundamental.....	345
2.	Importancia para el Gobierno democrático. ....	346
3.	Libertad de Expresión en el Pacto de San José de Costa Rica. ....	347
4.	El libre debate de ideas. ....	348
. Descubrimiento de la verdad. ....		349

6. Promoción de la autonomía.....	350
7. Fomento de la tolerancia. ....	350
<i>La Regla de determinación.</i> .....	350
Los límites de la libertad de expresión. ....	351
El conflicto con el derecho al honor. ....	353
Caso Campillay, Julio César c/La Razón, Crónica y Diario Popular" .....	354
Las personalidades públicas, el requisito de la real malicia. ....	355
El caso New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).....	355
El caso "Ramos J. c. LR3 Radio Belgrano y otros" y la doctrina de la real malicia. .....	356
Libertad de expresión e intimidad. ....	356
Caso Indalia PONZETTI DE BALBIN v. Editorial ATLÁNTIDA S.A. ....	356
El derecho a réplica. ....	357
Caso MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN v. GERARDO SOFOVICH y OTROS .....	358
. La doctrina del foro público.....	358
Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc., c. Village of Stratton 536 U.S. 150. ....	359
Formas de expresión diferentes al discurso político. ....	359
A. El discurso comercial.....	359
1. El caso Virginia. Pharmacy Bd. vs. Virginia Consumer council, 425 U.S. 748 (1976).....	360
B. Las exhibiciones obscenas. ....	360
C. La televisión de cable y la protección de menores. ....	361
La libertad de expresión y la publicidad gubernamental.....	362
La libertad de enseñar y aprender. ....	363
Autonomía universitaria. ....	363
La libertad de ocupación y la educación ....	364
EL DERECHO DE ASOCIARSE. ....	366
Discriminación en las asociaciones. ....	366
Asociaciones Discriminadas. ....	367
LA LIBERTAD DE REUNIÓN. ....	367
Caso Arjones, Armando y otros Fallos 191:197. LA LEY 24, 580.....	367
Derecho al matrimonio y formar una familia.....	369
A. El derecho al matrimonio.....	369

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE. ....	370
La distinción de las competencias federales y provinciales. ....	371
La expropiación regulatoria.....	371
El poder de las provincias en materia ambiental. ....	372
Legitimación activa en la defensa del medio ambiente. ....	372
La igualdad. ....	374
La igualdad ante la ley. ....	374
Igualdad y no discriminación.....	375
La igualdad en el acceso a la función pública.....	375
La igualdad y las medidas de acción positiva. ....	376
La discriminación y los cupos. ....	377
La discriminación de los extranjeros.....	377
Los derechos sociales.....	379
La protección contra el despido arbitrario. ....	380
La estabilidad del empleo público.....	381
Los accidentes de trabajo.....	381
Libertad Sindical.....	383
El Derecho de Huelga.....	384
La Huelga como derecho de empleados y gremios. ....	384
La Seguridad social. ....	387
A. El sistema jubilatorio. ....	387
El derecho a la salud.....	388
Los tratamientos médicos en casos muy graves. ....	388
El derecho a la provisión de alimentos.....	388
El derecho a la vivienda.....	389
EL DEBIDO PROCESO.....	391
I. RAZONABILIDAD Y DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO.....	394
1. Contenido del debido proceso.....	394
2. El debido proceso adjetivo o procesal.....	395
¿QUE TIPO DE PROCESO ES EL QUE REQUIERE LA CLÁUSULA DE DEBIDO PROCESO?.....	396
Los niveles de escrutinio.....	398
El primer nivel. El <i>rational basis test</i> . ....	398
El “escrutinio intermedio”. ....	398
El escrutinio estricto.....	398

Las clasificaciones sospechosas.....	399
El principio de proporcionalidad.....	400
Adecuación, necesidad y proporcionalidad.....	400
Criterios de razonabilidad.....	401
I. Una definición muy general.....	401
II. La razonabilidad como justificación de los actos de la administración.....	402
1. La razonabilidad como límite de la discrecionalidad administrativa.....	403
2. La razonabilidad del poder tributario.....	404
III. El interés estatal urgente.....	404
IV. Doctrina de la manifiesta iniquidad.....	404
V. Proporcionalidad estricta: relación entre medios y fines.....	405
VI. Irrazonabilidad sobreviniente a la norma por la práctica.....	405
VII. La razonabilidad y garantías individuales como límites.....	406
VIII. Los efectos de la norma como pauta de razonabilidad.....	406
IX. Razonabilidad y moral media. Un galimatías.....	406
X. La razonabilidad en el proceso penal.....	407
XI. Límites políticos de la razonabilidad.....	407
XII. Razonabilidad en el control de la delegación legislativa.....	408
1. La razonabilidad en la interpretación de los tratados internacionales.....	409
El control judicial de razonabilidad y el análisis de costo beneficio.....	410
La reglamentación frente al riesgo.....	410
El análisis de costo beneficio.....	411
El establecimiento de prioridades.....	415
El gobierno por anécdotas.....	416
Los objetivos de la reglamentación de derechos individuales.....	417
El análisis de costo y beneficio como un correctivo. Eficiencia y democracia.....	417
El procesalismo excesivo.....	419
El análisis de costo beneficio y los costos de agencia.....	420
La función de los tribunales.....	421
Los tribunales y la acción de los grupos de interés.....	422
Los derechos económicos.....	424
Tomarse las consecuencias seriamente.....	424
A. Una introducción a la interpretación económica de la Constitución.....	430
B. La visión económica del constitucionalismo.....	432

C.	La lógica económica en la Constitución. ....	437
D.	Las fallas del mercado. ....	438
E.	Las fallas de la intervención pública.....	439
F.	El Estado y las cuestiones económicas. ....	441
1.	¿Qué ha de producirse? .....	441
2.	¿Cómo debe producirse? .....	442
3.	¿Para quién ha de producirse? .....	442
4.	¿Cómo se toman las decisiones? .....	442
G.	La economía normativa y la economía positiva.....	442
H.	Los mercados competitivos. ....	444
	Negociar la salida: El teorema de Coase.....	445
	La redacción del Teorema de Coase. ....	446
	El derecho de propiedad. ....	449
	¿Quién es propietario de qué? .....	449
	Como surgen y evolucionan los Derechos de Propiedad.....	449
	Dos tragedias: los comunes y los anticomunes.....	453
	El Derecho de Propiedad en la Constitución. ....	457
	La expropiación de bienes. ....	458
A.	LA EXPROPIACIÓN POSESORIA.....	460
1.	La confiscación gubernamental o su ocupación física. ....	460
2.	La apropiación física en la expropiación. ....	461
B.	¿Qué es la propiedad? .....	461
C.	¿Qué es la utilidad pública?.....	462
D.	La indemnización previa.....	463
E.	La expropiación regulatoria. ....	463
	Los contratos en el Derecho Constitucional. ....	464
A.	Principios básicos de las obligaciones contractuales.....	465
1.	Libertad de contratar.....	465
2.	La libertad de contratar y la autonomía de la voluntad .....	466
3.	La Responsabilidad contractual. ....	467
	El concepto de contrato. ....	467
	La libertad de contratar. ....	469
	La libertad contractual y la razonabilidad económica.....	469
	Doctrina de la deferencia. ....	471

La interpretación de la clausula contractual.....	471
La interferencia gubernamental en los contratos administrativos.....	473
La emergencia perpetua.....	474
La división entre libertades civiles y económicas.....	474
El costo de los derechos.....	479
¿Hay límites en la protección de los derechos?.....	481
Las libertades como bienes públicos.....	483
El costo de los derechos y el proceso judicial.....	483
La Constitución y los impuestos.....	486
A.    Impuestos y Gasto público.....	486
A.    La capacidad tributaria.....	487
B.    El sistema tributario.....	489
1.    El impuesto no distorsionador:.....	489
3.    Clasificación de los tributos.....	490
A.    Estructura de un impuesto.....	491
B.    Requisitos de una estructura tributaria adecuada:.....	492
Principio de legalidad tributaria y prohibición de la analogía:.....	492
Interpretación de los impuestos.....	493
La uniformidad o generalidad de los tributos.....	493
Confiscatoriedad e impuestos.....	493
Los impuestos indirectos.....	494
El poder de imponer es el poder de destruir. <i>McCulloch v. Maryland</i> , 17 U.S. 316 (1819), 17 U.S. 316 ( <i>Wheat</i> ).....	494
Sistemas de competencia tributarias en un sistema federal.....	495
La competencia tributaria entre la Nación y las provincias.....	495
Los efectos de la Coparticipación.....	497
Los derechos del consumidor y la defensa de la competencia como garantías constitucionales.....	498
Las asimetrías de información.....	499
Defensa de la competencia.....	500
Oligopolio y barreras a la entrada.....	501
Los derechos electorales.....	504
Sistemas electorales y partidos políticos.....	504
Los sistemas proporcionales.....	508
Las consecuencias de la representación proporcional.....	509

La elección presidencial en dos vueltas.....	510
La Ley de Duverger.....	511
La relación entre legisladores y votantes.....	512
Las candidaturas políticas.....	513
Efectos inesperados de los sistemas electorales.....	513
Los sistemas electorales y los impuestos.....	515
El Poder Judicial.....	518
La Corte Suprema es un regulador.....	518
La explosión de la actividad jurisdiccional.....	521
¿Quién es un juez? .....	522
Los Jueces y la división de poderes .....	523
Las causas de la inestabilidad de las decisiones judiciales.....	524
Los procesos constitucionales.....	526
El derecho como un orden espontáneo.....	526
El cumplimiento de los precedentes constitucionales.....	528
El Stare decisis.....	528
La decisión mínima.....	530
La participación en el debate constitucional.....	531
Los amicus curiae.....	532
<b>EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>534</b>
Habeas Corpus, Amparo y el Habeas Data.....	535
<b>EL HABEAS CORPUS.....</b>	<b>535</b>
El habeas corpus preventivo.....	535
El hábeas corpus correctivo.....	536
Legitimación procesal y trámite del hábeas corpus.....	536
El amparo.....	539
El Artículo 43 de la Constitución.....	539
El Caso Ángel Siri s- Habeas corpus.....	540
El caso KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares.) .....	541
La inconstitucionalidad y el amparo.....	542
<b>EL HABEAS DATA.....</b>	<b>543</b>
El conocimiento sobre los datos que nos afectan.....	543
Las obligaciones de los bancos de datos.....	545
La acción declarativa y el control de constitucionalidad.....	546

Finalidad Preventiva, el amparo y la acción declarativa. ....	549
Los derechos de incidencia colectiva y las acciones de clase. ....	551
El Artículo 43 de la Constitución.....	551
Las acciones de clase. ....	551
Autonomía o integración forzada. ....	552
La organización de una acción de clase.....	554
El Caso Halabi, Ernesto c. P.E.N. <i>ley</i> 25.873 dto. 1563/04. Fallos Corte: 332:111. .....	557
El control judicial de la administración. ....	559
Del control formal al control de razonabilidad.....	559
La administración y la declaración de inconstitucionalidad. ....	560
Es constitucional el agotamiento de la instancia administrativa. ....	560
La Competencia de la Corte Suprema .....	564
El recurso extraordinario. ....	564
Interposición del recurso.....	565
El writ of certiorari.....	565
Requisitos del recurso extraordinario. ....	567
Un Juicio y cuestiones justiciables.....	568
La existencia de un caso.....	568
Las cuestiones justiciables. ....	569
Las acciones privadas.....	571
Las consultas .....	571
El gravamen en el control de constitucionalidad.....	571
Tribunal de justicia. ....	572
Las Cuestiones Políticas. ....	572
Motivos para una abstención judicial. ....	572
Los requisitos propios del recurso extraordinario.....	575
La cuestión federal .....	575
Gravedad institucional.....	577
La relación directa e inmediata. ....	578
Resolución contraria al derecho federal. ....	578
La sentencia definitiva. ....	579
La necesidad de completar el debate constitucional.....	579
Lo definitivo de una sentencia y el gravamen irreparable .....	580
Tribunal Superior de la Causa .....	581



La Corte Suprema como instancia definitiva. .... 581

## **La Constitución.**

“El derecho público argentino ha terminado por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativa hacia los regímenes del continente europeo” (1). También aclara Mairal que nos aleja del derecho de origen americano su carácter causalista y la preferencia de sus juristas por volcar sus contribuciones en revistas jurídicas, inaccesibles desde nuestro país, más que en tratados de cobertura general. Frente a este hermético panorama deslumbra la claridad y el sistema de las obras francesas, que nos hacen considerar como lógicamente necesarias soluciones cuyo origen es puramente histórico y coyuntural (2). Esta intromisión de la doctrina administrativa francesa es indirectamente responsable del formalismo que impera en parte de la doctrina constitucional argentina. Esto tiene como consecuencia que algunos interpreten la Constitución como si fuera un reglamento administrativo olvidando la referencia clásica de John Marshall: es una Constitución la que estamos interpretando que no tiene la prolijidad de un Código (3). Las palabras de Marshall señalan que la Constitución es diferente a la ley y por lo tanto deben ser interpretadas en forma distinta (4). Una visión crítica de esta situación supone un retorno a las fuentes clásicas de la interpretación constitucional en la Argentina, es decir recuperar su íntima relación con el derecho constitucional norteamericano y sus precedentes judiciales. De esta práctica correcta está más alejada la doctrina constitucional argentina que los precedentes judiciales. A pesar de que muchos fallos de la Corte Suprema de nuestro país puedan ser criticables, la tendencia mantenida por el tribunal en sus precedentes es la de asociarse a la de la Corte de Estados Unidos. Esto, creo, facilita la crítica constitucional.

## ¿Qué es la Constitución?

Al iniciar el estudio de la Constitución la primera pregunta es ¿cuál debiera ser el contenido de su estudio? La respuesta debe estar orientada hacia el estudio de los precedentes judiciales. Si la Constitución tiene alguna **utilidad como orden normativo es que ella puede ser citada válidamente ante los jueces** para obtener una solución favorable en los diferendos. La solución de las cuestiones constitucionales se hace en los tribunales y en los fundamentos de esas decisiones se encuentran las normas para los casos futuros. De esta manera, cuando se analiza la Constitución y se busca determinar su contenido, corresponde analizar los **precedentes constitucionales**. Los fundamentos de las decisiones judiciales que se han dictados y aplicado a través del tiempo.

---

<sup>1</sup> MAIRAL, H., *CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, VOL. 1, DEPALMA, BUENOS AIRES, 1984, PÁG. VII.

<sup>2</sup> MAIRAL, H., *CONTROL JUDICIAL...*, CIT., PÁG. VIII.

<sup>3</sup> EN EL CASO “MCCULLOCH VS. MARYLAND”. LA CONSTITUCIÓN NO TENÍA “THE PROLIXITY OF A LEGAL CODE”, PERO SU NATURALEZA, “REQUIRES, THAT ONLY ITS GREAT OUTLINES SHOULD BE MARKED, ITS IMPORTANT OBJECTS DESIGNATED... WE MUST NEVER FORGET THAT IT IS A CONSTITUTION WE ARE EXPOUNDING.. A CONSTITUTION INTENDED TO ENDURE FOR AGES TO COME, AND CONSEQUENTLY, TO BE ADAPTED TO THE VARIOUS CIRSES OF HUMAN AFFAIRS” (17 US 316 [1819]).

<sup>4</sup> CFR. FRANKFURTER, F., “JOHN MARSHALL AND THE JUDICIAL FUNCTION”, 69 *HARVARD LAW REVIEW*, 217, 1955.

La Constitución tiene una redacción que data de más de 150 años y la actividad de la Corte Suprema comenzó en 1863 dando origen a las decisiones necesarias para su interpretación, desde su inicio nuestra Corte tomo como propios los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, para poder utilizar su experiencia en la interpretación constitucional. Frente a esa enorme masa de precedentes, nuestra función es la de determinar aquellos que nos ayuden a construir el camino que nos permita resolver los conflictos jurídicos contemporáneos.

El Derecho Constitucional no es un conjunto de doctrinas sino un diálogo continuo sobre las cuestiones fundamentales que atañen a la naturaleza de nuestra sociedad. De este diálogo surgen divergencias importantes acerca del contenido de nuestra Constitución. Dentro de ese debate también debe incluirse la conflictiva relación entre los organismos democráticos de gobierno y las decisiones judiciales que han sido calificadas de contra mayoritarias.

En todo el análisis de este libro aparece planteado el conflicto entre el una visión deontológica sobre el contenido de las normas, confrontado con un análisis sobre las consecuencias de las normas. Los estudios constitucionales están basados en teorías normativas del derecho que en muchos casos parten de presunciones inadecuadamente sencillas sobre el funcionamiento del proceso político. Para contrarrestar esta tendencia, cobra vital importancia un análisis sobre el comportamiento del proceso político frente al proceso judicial.

Una Constitución sin una corte de Justicia que imponga su interpretación y la efectividad de la misma aun en los casos cuestionados es una Constitución sin un contenido jurídico estricto, que asocia su suerte a la del partido en el poder que impone, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La Constitución pasa a ser utilizada políticamente por grupos o partidos. El conflicto constitucional se convierte entonces en una fractura del consenso básico, que la Constitución debe asegurar, y la resolución de ese conflicto queda remitida desde ese momento a ajustes constitucionales sucesivos, a cambios constituyentes constantes. Es el modelo constitucional francés, correlativo a su lejano origen jacobino. En realidad, el propio Robespierre era consciente de esa objeción. Para él el Gobierno revolucionario era en realidad excepcional y constituyente, y una vez que hubiese conseguido su objetivo, la destrucción de los enemigos y el asentamiento de la democracia pura, se instauraría un régimen limitado y de libertad, propiamente constitucional (5).

La Constitución es de estudio difícil, también llamado de “enseñanza imposible”, debido a la constitucionalización de muchas de las controversias políticas. El derecho constitucional y el estudio de la Constitución se convierten en punto de referencia de las controversias políticas cotidianas, en la piedra angular de la discusión de los *valores fundamentales* de la sociedad en la frontera y fuente de justificación de los principales antagonismos políticos, en temas como el aborto, las jubilaciones privadas, la libertad de enseñanza o de las leyes de patentes medicinales. Esta constitucionalización exacerbada

---

<sup>5</sup> ROBESPIERRE, “RAPPORT SUR LES PRINCIPES DU GOUVERNEMENT RÉVOLUTIONNAIRE”, 25-XII-1793: PARADÓJICAMENTE PALABRAS SIMILARES PODRÍAN ATRIBUIRSE A QUIENES DAN AL MERCADO UN CARÁCTER SUPERIOR A LA CONSTITUCIÓN Y A ALGUNAS POLÍTICAS ECONÓMICAS CARÁCTER NORMATIVO.

de todas las controversias políticas presenta el peligro de *la juridización de la política* con el consiguiente acortamiento del proceso político.

### ***¿Cuál es la Constitución?***

Podemos hacernos dos preguntas en apariencia sencillas y de sus respuestas podremos encontrar el contenido de nuestra materia. Una primera pregunta es saber ¿Cuál es la Constitución? ¿Es solamente el documento aprobado solemnemente en 1853, 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, o incluye también los tratados internacionales mencionados en su texto luego de 1994, u otros tratados también relevantes, algunas leyes federales, o también debo incluir sus enmiendas realizadas por la interpretación de precedentes constitucionales relevantes? ¿Son los precedentes reiterados de la Corte Suprema parte de la Constitución?

La segunda pregunta es: **¿Cómo se interpreta la Constitución?** Decir que la Constitución es la ley suprema de la Nación, no significa considerar que la mejor teoría interpretativa sea una lectura estricta de su texto, ignorando los precedentes de la Corte Suprema existentes desde 1863, conjuntamente con los habitualmente citados en el derecho comparado. La primera pregunta se refiere a lo que debe ser interpretado, la segunda es determinar las reglas para la interpretación.

### **La Constitución escrita.**

La Constitución es concebida como un ordenamiento sistemático y racional de la vida social a través de un documento escrito. El efecto racionalizador, la visión del contrato social, la estabilidad, la seguridad jurídica, la publicidad de los actos de gobierno, son algunos de los efectos que se desean obtener a través de la determinación del contenido constitucional en uno o varios documentos escritos, la *Constitución instrumental*. La escritura es también una garantía constitucional ya que permite la solución de los problemas relacionados con la Constitución como fuente de producción normativa y los conflictos que pudieran surgir entre la supremacía constitucional y otras fuentes del derecho.

Como **no están escritas en la Constitución todas las normas necesarias** para la solución de los conflictos, ya que no puede tener la extensión de un código, utilizamos a **los precedentes judiciales** para determinar el contenido constitucional. De esta manera la Corte Suprema es la intérprete final de la Constitución como contrato social para determinar los contenidos normativos que no fueron escritos por los constituyentes. Asimismo una Constitución muy extensa, si bien podría resolver cuestiones por aplicación directa de su contenido, perdería la futuridad necesaria de todo texto fundamental. Una Constitución debe perdurar en el tiempo, y a su característica de escritura debe asociar la de estabilidad. Aún cuando una Constitución escrita fuera muy extensa debe ser siempre interpretada al aplicarla para resolver una cuestión constitucional concreta.

## **La Constitución formal.**

Las constituciones cuando emanan de un poder constituyente legítimo por su origen democrático, que expresan su voluntad de dictar un acto de naturaleza constitucional dentro de la competencia de ese órgano y de acuerdo con un procedimiento específico, constituyen el pacto social que es la fuente formal del derecho constitucional. Poder constituyente, intención normativa constitucional y procedimiento idóneo para el dictado de una ley fundamental son, en principio, los requisitos exigidos para que un acto tenga la naturaleza de fuente formal de una norma constitucional. Generalmente a estos requisitos se agrega la exigencia de una fuerza jurídica superior, una superlegalidad, que se expresa en el carácter rígido o semirrígido de las normas y en las mayorías calificadas para su reforma.

## **La llamada Constitución material**

Este concepto es equívoco en la doctrina, asimismo cuando existe un control judicial de constitucionalidad adecuado, esta clasificación es innecesaria. La decisión judicial adecuara el texto a la solución de la cuestión constitucional planteada. Sin embargo, para describir esta doctrina europea de importancia histórica, haremos las siguientes distinciones:

La *Constitución real* (también llamada material por algunos autores, por ejemplo Mortati) es el conjunto de fuerzas políticas, ideológicas y económicas que actúan en una sociedad y que condicionan decisivamente todo el ordenamiento jurídico.

La *Constitución formal* es la Constitución como acto escrito y solemne, que como fuente de derecho crea normas jurídicas.

La *Constitución material* (normativo-material) es el conjunto de normas que regulan las estructuras del Estado y de la sociedad en sus aspectos fundamentales, independientemente de las fuentes formales de donde esas normas son originarias **(6)**.

El concepto de Constitución real es un concepto fundamentalmente sociológico interesado en la determinación de los hechos normativos. La Constitución material es un concepto normativo que en forma general equivale al ordenamiento constitucional ya que abarca el conjunto de todas las normas constitutivas y reguladoras de las estructuras fundamentales del Estado y de la sociedad, ya sean esas normas consuetudinarias, o que estén contenidas en leyes distintas que la Constitución formal. Existe la necesidad de determinar los criterios caracterizadores de la Constitución material, son fundamentalmente dos: el criterio formal y el criterio material.

---

<sup>6</sup> CFR. GOMES CANOTILHO, J. J., *DIREITO CONSTITUCIONAL*, 4ª ED., COIMBRA.

El criterio formal considera decisivo el elemento fuente de derecho, son constituciones las normas que, independientemente de su contenido, son creadas por “fuentes constitucionales”. Es un criterio que presupone la distinción entre fuentes constitucionales y hechos constitucionales, distinción que sólo tiene operatividad práctica en los sistemas con constitución rígida.

El criterio sustancial o material considera primordial el contenido de la norma, independientemente de ser producida por una fuente constitucional. Este tema nos coloca en uno de los temas más polémicos del derecho constitucional, el de determinar cuál es el contenido o la materia de la constitución. Nos parece que el contenido de la Constitución varía de época en época y de país en país. Es correcto decir que no existe una *reserva de Constitución* en el sentido de que ciertas materias tengan necesariamente que ser incorporadas a la constitución por el poder constituyente.

Puede afirmarse que históricamente fueron consideradas materias constitucionales la organización del poder político a través de la división de poderes, y el catálogo de derechos, libertades y garantías. Posteriormente se amplió el contenido de la materia constitucional a través de la inserción de nuevos contenidos que hasta ese momento eran considerados de valor jurídico constitucional irrelevante, o de naturaleza “subconstitucional”, es decir legal o reglamentaria: los derechos económicos, sociales y culturales, y la protección del medio ambiente, entre otros.

Las consideraciones precedentes nos ponen frente a tres nuevos problemas. El primero es el de saber si hay derecho constitucional material fuera de la constitución, es decir derecho materialmente constitucional producido por fuentes no constitucionales. De la respuesta positiva de este primer interrogante aparece la cuestión de saber si hay derecho constitucional producido por fuentes de hecho, como es el caso de la costumbre constitucional (7). Finalmente, es conveniente interrogarse si todas las normas contenidas en la constitución son normas materialmente constitucionales, colocando en la hipótesis de la existencia de normas que sean formalmente constitucionales por estar en su texto, pero que por su contenido no sean materialmente constitucionales.

Las convenciones constitucionales son según Dicey, costumbres, prácticas, máximas o preceptos que no son aplicados o reconocidos por las cortes y no constituyen un cuerpo de derecho sino de ética constitucional. Pero señala que un jurista no puede conocer el aspecto legal de la Constitución si no presta alguna atención a los “entendimientos constitucionales”. Es por ello que debe establecerse una relación entre los elementos legales y convencionales de una Constitución.

Por Constitución material debe entenderse la materia regida por normas formalmente constitucionales. Al aplicarse este criterio formal se concluye que no es posible una definición material de la “materia” constitucional, sólo puede obtenerse una caracterización segura y útil si se acepta que las normas constitucionales lo son no por la materia a que se refieren sino por su supremacía formal. Al no existir una “reserva de Constitución” las normas constitucionales pueden referirse a cualquier materia. No existe

---

<sup>7</sup> SOBRE EL TEMA DE LAS COSTUMBRES O CONVENCIONES CONSTITUCIONALES CFR. DICEY, A. V., *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION*, 5ª ED., MACMILLAN AND CO., LONDON, 1897, PÁG. 347, CAP. XIV.

identidad entre Constitución formal y Constitución material. La materia constitucional puede estar regida por normas no formalmente constitucionales. Es el caso de ciertas leyes que en todo o en parte pueden ser consideradas materialmente constitucionales sin ser formalmente constitucionales, como es el caso de la ley de partidos políticos, o el caso de tratados internacionales referidos a derechos humanos o el acuerdo con la Santa Sede.

Una identificación Constitución formal-Constitución material daría como demostrado que las fuentes del derecho constitucional son exclusivamente las fuentes escritas, lo cual no es correcto, sobre todo si tenemos en cuenta la problemática de la costumbre constitucional. Finalmente, al no ser la constitución un código exhaustivo y completo, sino un instrumento formal fragmentario y en muchos temas abierto, debe admitirse que no toda la materia constitucional está vertida en los moldes constitucionales.

Para los doctrinarios europeos como resultado de teorizar sobre una determinada situación deficiente, la constitución vendría a concretarse en una simple pieza lógico-sistemática presente en cualquier Estado, de cualquier época y de cualquier signo y contenido, de modo que la constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales fueran los valores materiales que exprese. Se buscó aun como fundamento una definición aristotélica como sustento de esta doctrina.

Es conocida en este sentido la definición material de Constitución dada por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789:

*“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est ni la separation des pouvoirs déterminée n’a point de constitution”* (“Toda sociedad en la que no haya garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene de ninguna manera una Constitución”).

Esta definición histórica influyó decisivamente a la doctrina francesa que procuró un criterio material para la definición del derecho constitucional. Esta búsqueda estuvo asociada a la falta de control de constitucionalidad en el sistema constitucional francés que llevaba a la necesidad de encontrar un concepto de constitución que pudiera, por su contenido, justificar su supremacía sobre la legislación ordinaria. Este criterio material se asoció a una tentativa de salvaguardar un núcleo esencial de materias con indiscutible dignidad constitucional y con consecuente superioridad sobre el resto de la legislación. En autores clásicos como Julien Laferrrière el derecho constitucional tenía por objeto la *“organisation politique de l’État”* donde el término “política” se utilizaba para distinguirla del derecho administrativo ya que no había una separación nítida entre los dos derechos ya que, las *“têtes de chapitre du droit administratif se trouvent dans le droit constitutionnel”* (8).

El desarrollo reciente del control constitucional en Francia con la jurisprudencia reciente del Consejo constitucional ha hecho evolucionar la doctrina en el sentido contrario. De esta manera, François Luchaire escribe *“Il n’est pas possible de donner une définition matérielle du*

---

<sup>8</sup> CFR. MANUEL DE DROIT CONSTITUTIONNEL, PARIS, 1941, PÁG. 8, “LAS CABEZAS DE CAPÍTULO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SE ENCUENTRAN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL”.



*droit constitutionnel français... il est absolument inutile (sauf à rechercher un critère pédagogique) d'ajouter une définition matérielle à la définition formelle du droit constitutionnel” (9).*

En algunos casos las constituciones contienen normas que adquieren su rango constitucional en virtud de la importancia transitoria de ciertos temas. Otras veces ciertas normas adquieren dignidad constitucional por motivo de iniciativas populares, como es el caso de la prohibición de la matanza “kosher” de animales y de la producción de ajeno en la anterior Constitución suiza. La elevación a la dignidad de Constitución formal de algunas normas está asociada con el carácter de compromiso político que tiene la redacción de la ley fundamental donde varias fuerzas constituyentes intentan insertar soluciones normativas adecuadas en la lucha por posiciones constitucionales.

Esta distinción entre normas material y formalmente constitucionales y normas formal pero no materialmente constitucionales no puede conducir a una quiebra de la unidad normativa de la Constitución. Esto significa que todas las normas de la Constitución tienen un mismo valor, por lo que es vana la tentativa de establecer una jerarquía entre las normas constitucionales.

Aparece la pregunta de cómo completar una norma de la Constitución escrita que fuera fragmentaria, incompleta o que admitiera varias interpretaciones. La necesidad de afirmar la seguridad jurídica nos impone completar la norma ya sea por legislación o por interpretación judicial. Estas normas o interpretaciones forman parte del derecho constitucional.

El concepto de constitución se centra en una norma fundamental, es un instrumento jurídico que establece un procedimiento de garantía y que al mismo tiempo crea también programas de acción para el futuro.

A la constitución corresponde determinar, en forma obligatoria, las competencias de los órganos políticos y establecer las formas y procedimientos del ejercicio del poder. Es lo que se llama la parte orgánica de la constitución. Establece también la racionalización y los límites de los poderes públicos, función clásica asociada a la separación e interdependencia de los poderes como principio que informa a la estructura orgánica de la constitución. Al separar los órganos y distribuir las funciones de gobierno, se obtiene la racionalización y los límites en el ejercicio del poder político.

Este es un concepto difundido en la doctrina aunque equívoco en su contenido. Suelen hacerse las siguientes distinciones, La **Constitución real**, en concepto iniciado por Lassalle a mediados del siglo XIX, es el conjunto de fuerzas políticas, ideológicas y económicas que actúan en una sociedad y que condicionan decisivamente todo el ordenamiento jurídico.<sup>10</sup> En esa conferencia pronunció la muy citada frase: *‘De nada sirve*

---

<sup>9</sup> CFR. “DE LA MÉTHODE EN DROIT CONSTITUTIONNEL” EN *REVUE DE DROIT PUBLIC ET SCIENCE POLITIQUE*, 1980, PÁG. 281. “NO ES POSIBLE DAR UNA DEFINICIÓN MATERIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL FRANCÉS... ES ABSOLUTAMENTE INÚTIL (A MENOS QUE SE BUSQUE UN CRITERIO PEDAGÓGICO) AGREGAR UNA DEFINICIÓN MATERIAL A LA DEFINICIÓN FORMAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”.

<sup>10</sup> CF. FERNANDO LASSALLE.¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? EDICIONES SIGLO VEINTE. BUENOS AIRES. CONFERENCIA PRONUNCIADA EN ABRIL DE 1862. TIENE UN CARÁCTER MILITANTE Y NO ACADÉMICO.

*lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder.*' Frente a ella estaría la *Constitución formal*, que es el acto escrito y solemne que como fuente de derecho crea las normas jurídicas. También se asocia a ellos la *Constitución material* que es el conjunto de normas que regulan las estructuras del Estado y de la sociedad en sus aspectos fundamentales, independientemente de las fuentes formales que originan esas normas.<sup>11</sup>

En la **Constitución material** tiene preponderancia el contenido de la norma, independientemente si ha sido creada por una fuente constitucional. Este criterio nos coloca frente a uno de los temas más polémicos del derecho constitucional, el de determinar cual es el contenido o materia de la Constitución. La cuestión a resolver es saber si hay derecho constitucional fuera de la Constitución misma, es decir derecho materialmente constitucional producido por fuentes no constitucionales, entre ellas las fuentes de hecho. Es el caso de las **convenciones constitucionales**. Las convenciones constitucionales son costumbres, prácticas, máximas o preceptos que no constituyen un cuerpo de derecho sino de ética constitucional, a los que un jurista debe recurrir los 'entendimientos constitucionales' para comprender mejor la Constitución.<sup>12</sup>

Finalmente, es conveniente interrogarse si todas las normas contenidas en la Constitución son normas materialmente constitucionales. Colocando en la hipótesis de la existencia de normas que serían formalmente constitucionales por estar incluidas en el texto de la Constitución formal, pero que por su contenido circunstancial no fueran materialmente constitucionales.

Estas distinciones fueron introducidas por juristas europeos que, históricamente, se encontraban frente a un sistema que no incluía un pleno control judicial de constitucionalidad. En los sistemas que siguen la tradición de la división de poderes con la aplicación plena del control judicial difuso esta **dicotomía constitución formal – constitución material, no tiene una aplicación práctica**. Al no ser la Constitución un código exhaustivo y completo, sino un instrumento formal fragmentario y abierto, este debe ser completado para su aplicación a casos concretos. Esta concreción de las normas genéricas e hipotéticas a situaciones particulares se realiza en el proceso judicial. En el debate constitucional previo a la decisión judicial se produce un diálogo entre las partes y el juez para obtener la mejor decisión que resuelva el caso. La decisión judicial que crea el precedente constitucional es una elaboración dialógica de una norma constitucional aplicable a casos similares en el futuro.

## ***Las teorías americanas y europeas del derecho constitucional.***

---

<sup>11</sup> CF. GOMES CANOTILHO, J. J. DIREITO CONSTITUCIONAL, 4 ED, COIMBRA.

<sup>12</sup> CF. DICEY, A.V. INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION. 5 ED. LONDON 1897, P. 347

En la conocida frase de Georges Burdeau el derecho constitucional es de enseñanza imposible, en alguna medida por el carácter de ciencia enciclopédica que se le pretende otorgar en ciertas posiciones doctrinarias. Existe una justificación tradicional para la transformación del derecho constitucional en una “hidra de mil cabezas”, que es la de evitar su aislamiento frente a la realidad social. Todos los problemas políticos, de la sociología política y de la política institucional son incluidos dentro del ámbito del derecho constitucional. Asume entonces tantas cabezas como la Hidra de Lerma. Pero la inclusión en la teoría constitucional de varias disciplinas con presupuestos metodológicos y epistemológicos distintos la convierte en una ciencia epistemológicamente claudicante. Se transita, de esta manera, del método propio de una ciencia jurídica al método específico de las demás ciencias sociales que tienen una orientación empírica y analítica.

Se debe evitar considerar al derecho constitucional como una ciencia enciclopédica. Teniendo en cuenta la legitimidad de la Constitución, la tarea del jurista debe ser la de precisar y asegurar su eficacia normativa. Esto particularmente en los textos constitucionales modernos donde existen cláusulas programáticas que requieren ser operativizadas, a diferencia de las constituciones tradicionales propias del Modelo I en la metodología de Tribe **(13)** que eran esencialmente negatorias.

La ausencia en los países democráticos europeos de un sistema judicial de control de constitucionalidad por tantos años ha planteado un debate sobre el carácter jurídico de la Constitución. En España, por ejemplo, Eduardo García de Enterría, acusó a los profesores de derecho público de la “crisis de la dogmática constitucional” **(14)** porque al desertar del derecho constitucional, desarrollan solamente teoría política sin gran utilidad práctica para la solución de los problemas constitucionales. Pablo Lucas Verdú, por otra parte **(15)**, justifica el cambio, considerando la complementariedad y la inseparabilidad de la ciencia política y del derecho constitucional, y combatiendo la reducción unilateral del método del derecho constitucional al método del derecho administrativo. Un criterio aboga por un refinamiento indispensable del método constitucional, reconoce el lenguaje normativo en la Constitución y supone la existencia de un eficaz control judicial. Es ésta una orientación metodológica correcta. Es también una posición fácilmente comprensible en países que, como el nuestro, han tenido el control de constitucionalidad difuso por más de un siglo. Es por ello que utilizar fuentes europeas para el análisis de nuestro Derecho trae consigo los conflictos que nuestra larga tradición constitucional ha superado.

El criterio opuesto destaca la necesidad de una dimensión política, de gran importancia para la formación cívica y política del ciudadano al denunciar los peligros del “culteranismo jurídico” que interpreta la Constitución como si fuera un reglamento administrativo. Una posición extrema de esta doctrina es el “duvergerismo”. Se trata de la escuela de Maurice Duverger que reduce el estudio del derecho constitucional a estrategias políticas vaciándolo de su normatividad específica. La víctima de esta

---

<sup>13</sup> SOBRE LOS MODELOS I A VII DE LA CONSTITUCIÓN SE SIGUE LA TEORÍA DE LAWRENCE TRIBE EN AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 3ª ED., 2000. UN ANÁLISIS MÁS AMPLIO SE REALIZA MÁS ADELANTE.

<sup>14</sup> CFR. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CIVITAS, MADRID, 1981.

<sup>15</sup> CFR. LUCAS VERDÚ, P., “EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO DERECHO ADMINISTRATIVO”, REVISTA DE DERECHO POLÍTICO, N° 13, 1982, PÁGS. 7 Y SIGS.

circunstancia es el propio derecho constitucional que pasa a ser considerado por algunos como un conjunto de *estrategias políticas* y no como un orden normativo **(16)**.

También el derecho constitucional es el derecho que explica, describe, comprende y critica la organización del poder político. Para ello exige un esfuerzo crítico, absolutamente indispensable para el análisis de las estructuras de poder, para la discusión de la legitimidad de los títulos de poder, una reflexión sobre el estatuto de los gobernantes y gobernados. Este espacio de reflexión sólo existe en las “repúblicas democráticas” **(17)**. El estudio del derecho constitucional puede efectuarse desde dos posiciones metodológicas diferentes. Se puede adoptar una perspectiva dogmático-constitucional, dirigida al estudio de una rama del derecho perteneciente a un orden jurídico concreto en un Estado particular. O se puede buscar una visión de la teoría de la constitución, interesada principalmente en fijar, precisar y aplicar conceptos de derecho constitucional desarrollados a partir de una construcción teórica y no con base en una constitución positiva.

La perspectiva metodológica adoptada en esta obra es la que se asienta en la idea de que el discurso constitucional tiene sentido jurídico cuando está centrado en una constitución positiva, como es la constitución argentina, y no en una constitución ideal, de contenido abstracto sin estar ligada a una situación histórica concreta. El método correcto para conocer el contenido de esa constitución concreta es partir de los precedentes constitucionales.

Nos interesa particularmente comprender y analizar la fuerza y el valor normativos de una constitución concreta, históricamente situada. Esto significa también la necesidad para la ciencia jurídica constitucional de ser constitucionalmente adecuada, es decir, una ciencia desarrollada en torno de un orden jurídico constitucional positivo. Esto no significa ignorar que existen normas positivas sobre derechos y organización del poder político que estén en tratados o en la costumbre internacional.

La doctrina constitucional requiere una metodología adecuada. Mediante esta metodología se captan las diferentes funciones jurídicas de una ley fundamental y se investigan los diferentes procedimientos de realización, concreción y cumplimiento de las normas constitucionales. Deberá analizar el derecho constitucional positivo el modo en que el trabajo jurídico pueda optimizar las normas y principios del Estado de Derecho republicano organizado constitucionalmente.

La Constitución nos impone ciertos principios de legitimidad y procesal, que nuestra Constitución define en “la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”. Estas exigencias, y muchas otras, son siempre una válvula de seguridad contra interpretaciones que sean excesivamente jurídicas. Dentro de este presupuesto de legitimidad procesal y material se deben dirigir los esfuerzos para precisar y asegurar la eficacia normativa de la Ley Fundamental. La dificultad para precisar valores en la

---

<sup>16</sup> CFR. EN ESTE TEMA LA OBRA DE MAURICE DUVERGER, AUTOR QUE TUVO UN PERÍODO DE INFLUENCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL FRANCÉS ENTRE LOS AÑOS 50 Y 70. LA TEORÍA DE DUVERGER CAYÓ EN EL OLVIDO CON LA CRECIENTE ACTIVIDAD DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL.

<sup>17</sup> VER MÁS ADELANTE UNA DESCRIPCIÓN DEL “REPUBLICANISMO” Y SU IMPORTANCIA EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

interpretación de la Constitución sólo permite reconocer e intentar definir los expresamente reconocidos en su propio texto. Es por ese motivo la importancia que adquiere dar contenido a enunciados como “soberanía del pueblo” o de “forma republicana de gobierno”.

La politización de los estudios constitucionales llevaría a una crisis de la dogmática constitucional porque al abandonarse el método jurídico se desarrollaría una teoría política sin gran operatividad práctica para la solución de los problemas jurídicos constitucionales. El derecho constitucional explica, describe, comprende y critica la organización del poder político. Por eso exige un esfuerzo crítico en el análisis de las estructuras de gobierno, sobre su legitimidad, y sobre la relación entre gobernantes y gobernados. Este espacio de reflexión sólo existe en las democracias constitucionales.

El derecho constitucional está sujeto a un cambio de paradigmas explicativos no siempre comprendidos oportunamente. Es el caso de teorías constitucionales que han tenido origen por motivos de oportunidad política y que luego se abandonan sus orígenes para ser aplicados como principios generales.

El derecho constitucional es también un derecho complejo por las responsabilidades de naturaleza formativa que le son inherentes. El constitucionalista no es un burócrata del Derecho como jurista práctico debe transmitir las enseñanzas básicas ya que este Derecho es un pilar de todo el ordenamiento jurídico. Como ciudadano debe proveer un espacio de reflexión crítica sobre las estructuras de poder, ya que es un derecho ordenador de la vida política.

El estudio del derecho constitucional puede efectuarse a partir de dos posiciones metodológicamente diferentes. Por una parte, se puede adoptar una perspectiva *dogmática constitucional* dirigida al estudio del derecho perteneciente a un orden jurídico concreto, es la *doctrina del derecho constitucional*. Por otra parte, se procura una visión *teórica constitucional*, interesada principalmente en la fijación, precisión y aplicación de conceptos de derecho constitucional desarrollados a partir de una construcción teórica y sin base efectiva en una constitución positiva, es la *teoría de la Constitución*.

La perspectiva metodológica que aquí se adopta se asienta en la idea de que un discurso constitucional gana sentido jurídico cuando está centrado en una constitución positiva. No en una constitución *ideal* de contenido abstracto sin ligazón con una constitución concreta, situada históricamente. Esto significa también que esta doctrina debe ser *constitucionalmente adecuada*, es decir, una ciencia desarrollada en torno a un orden jurídico positivo.

## La supremacía de la Constitución.

### Desde El Federalista hasta John Marshall.

Fue en el caso *Marbury c/ Madison* donde se estableció que la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico debía hacerse a través del control judicial y esta visión dio una nueva concepción al estudio del derecho constitucional.<sup>18</sup> Aunque existen datos históricos que justifican la revisión judicial y que eran conocidos por el *Chief Justice* John Marshall cuando escribió esa famosa opinión. La primera es la de Lord Coke en el caso *Bonham* en 1610 en el cual establece que el derecho común, el *common law* de Inglaterra de aquella época controlaba las leyes del Parlamento y decidía si ellas pueden ser consideradas nulas cuando sean contrarias al derecho común y a la razón. Esta expresión suponía que existía un derecho consuetudinario y racional determinado por los jueces que era superior al derecho legislado. Si bien esta decisión no tuvo aplicación estricta en el futuro de Gran Bretaña si fue tomada por las Cortes coloniales de los Estados Unidos y de allí al pensamiento de Marshall. Este razonamiento fue reestablecido a medida que se desarrollaron las constituciones escritas que determinaban normas con el objetivo de poner límites al gobierno.

La gran contribución de Marshall fue considerar a la Constitución como parte del derecho, lo que establece un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver las cuestiones constitucionales. La constitución no concede explícitamente el control judicial establecido en el caso *Marbury*. Este silencio ha hecho que se haya planteado un debate sobre legitimidad del mismo. En la Convención constituyente de Filadelfia se plantearon otras alternativas como, por ejemplo, la creación de un Consejo de Revisión que estaría integrado por el presidente y por los jueces de la Corte Suprema y que eran los que deberían resolver las cuestiones planteadas en el proceso del veto de la legislación, entendiéndolo como una manera de evitar que leyes inconstitucionales entraran en vigencia. Esta propuesta fue rechazada con argumentos que apoyan la legitimidad del control judicial y del debate puede decirse que los constituyentes en Filadelfia consideraban que la concesión de la competencia a los jueces debía incluir la necesaria para que en la decisión de casos se dejaran de lado y no se aplicaran las leyes federales y estatales que fueran consideradas inconstitucionales.

Este argumento también fue citado por Hamilton en **El Federalista N° 78**. Dice Alexander Hamilton en este documento *"quien considere atentamente los diferentes departamentos del gobierno debe percibir, que en un gobierno en el que están separados entre sí, el judicial, por la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la constitución, porque es el que tiene menor capacidad de dañarlos. El ejecutivo no sólo concede los honores, sino que*

---

<sup>18</sup> PARA UN ESTUDIO DETALLADO DE ESTE CASO VER EL CAPÍTULO SIGUIENTE.

*también tiene la espada de la comunidad. La legislatura no sólo controla el bolsillo, sino que también prescribe las normas por las cuales los derechos y deberes de cada ciudadano serán regulados. El judicial, por el contrario, no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre el bolsillo, no dirige ni el poder ni la riqueza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse verdaderamente que no tiene ni la fuerza ni la voluntad, sino solamente el juicio. Y debe finalmente depender de la ayuda del Poder Ejecutivo aún para la eficacia de sus decisiones.*

*...La independencia plena de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una constitución limitada. Por constitución limitada entiendo una ley que contiene algunas excepciones a la autoridad de la legislatura, como es que no puede pasar leyes condenatorias de las personas ni leyes ex post facto o similares. Las limitaciones de este tipo pueden ser preservadas en la práctica solamente a través de los tribunales de justicia, cuya obligación debe ser declarar todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la constitución como nulos.*

*...No existe posición que dependa de principios más claros que la que cada acto de la autoridad delegada contraria al tenor del mandato bajo el cual ha sido ejercida es nula. Ningún acto legislativo contrario a la constitución puede ser válido. Negar esto significa afirmar que el agente es más importante que el principal, que el sirviente está por encima del patrón, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo en sí mismo, que los hombres actuando en virtud de los poderes o de competencias pueden hacer no solamente lo que esos mandatos lo autorizan sino también lo que prohíben.*

*Puede decirse que el Poder legislativo es en sí mismo el juez constitucional de sus propias competencias, y que la interpretación que efectúan es obligatoria para los demás departamentos, puede decirse que ésta no puede ser la presunción natural, ya que no puede ser comprendida o entendida de ninguna provisión particular en la Constitución. No puede disponerse que la Constitución tenga la intención de permitir a los representantes del pueblo sustituir su voluntad de la de sus representados. Es mucho más racional suponer que los tribunales fueron designados como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para, entre otras cosas, mantener a la última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es la provincia propia y peculiar de los tribunales. La Constitución es en los hechos y debe ser considerada como una ley fundamental por los jueces. Por lo tanto, les corresponde a ellos determinar su significado de la misma manera que determinan el significado de una ley particular que procede del cuerpo legislativo. Si pudiera ocurrir que existe una variación irreconciliable entre las dos, aquella que tiene la obligación y validez superior debe ser naturalmente preferida, o dicho de otra manera, la Constitución debe ser preferida sobre la ley, la intención del pueblo sobre la intención de los agentes.*

*Esta conclusión no significa de ninguna manera una supuesta superioridad del Poder judicial sobre el Poder legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y donde existe la voluntad de la legislatura declarada en las leyes se enfrenta en oposición a la del pueblo declarada en la Constitución, y los jueces deben ser gobernados por esta última antes que por la primera. Ellos deben regular sus decisiones por las leyes fundamentales antes que por aquellas que no son fundamentales. La independencia de los jueces es un requisito de cuidar la Constitución y los derechos de los individuos de los efectos de los malos humores que las artes de los hombres de gobierno, o la influencia de circunstancias particulares, a veces disemina sobre el pueblo en sí mismo y que a pesar que puedan dar lugar rápidamente a una mejor información y a una reflexión más liberada, tienen la tendencia de ocasionar innovaciones peligrosas e el gobierno y opresiones serias a los partidos minoritarios”.*

La posición contraria a la legitimidad del control judicial fue tomada por el juez Learned Hand que sostuvo que el poder de los jueces para ejercer el control judicial de la

constitucionalidad de las leyes no era una deducción lógica de la estructura de la Constitución, sino una condición práctica para su funcionamiento exitoso, no debe ser ejercido cuando un tribunal piensa que existe una invasión en la Constitución, es siempre una cuestión preliminar cuan inoportuna una ocasión judicial requiere una respuesta de este tipo. Fue opuesto por el Profesor Wechsler que consideró que los jueces no tenían una discrecionalidad tan importante cuando correspondía resolver una cuestión constitucional, sino una obligación de los jueces de aplicar la Constitución en todos los casos. La función constitucional decía no era la de asesorar a la legislatura o al poder ejecutivo sino simplemente decidir el caso planteado y decidir de acuerdo a derecho incluyendo la Constitución.

### ***La Corte Suprema como intérprete final de la constitución.***

#### **Análisis de Marbury vs. Madison.**

*Marbury vs. Madison* es la decisión más importante del derecho Constitucional americano y sin duda un fallo que ha influido en nuestro derecho Constitucional y en todo el sistema de control de Constitucionalidad. Establece la autoridad para el poder judicial de revisar la Constitucionalidad de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo. A pesar que la Constitución guarda silencio sobre si los tribunales federales tienen esta autoridad, esta competencia ha existido prácticamente sin disputa desde que el Chief Justice Marshall diera su opinión en el caso *Marbury* en 1803.

La elección del año 1800 fue muy disputada, oponía al Presidente John Adams del partido Federalista y a su principal oponente Thomas Jefferson del partido Republicano. Jefferson venció en el voto popular y el Presidente Adams salió tercero. En enero de 1801 el secretario de Estado de Adams, John Marshall, fue nombrado como *Chief Justice* de los EE.UU., el tercero desde la creación de la Corte Suprema. Hasta que finalizara el mandato de Adams, Marshall cumplió funciones tanto como Secretario de Estado y *Chief Justice*. Adams y los federalistas deseaban mantener algo del poder perdido en esta grave derrota electoral. El 27 de febrero de 1801 menos de una semana antes de que terminara el mandato de Adams el Congreso adoptó la ley orgánica del Distrito de Columbia que autorizaba al Presidente a nombrar cuarenta y dos jueces de paz. Adams anuncio sus nombramientos el 2 de marzo y el 3 de marzo, el día anterior a la inauguración de Jefferson el Senado confirmó los nombramientos, inmediatamente el Secretario de Estado y al mismo tiempo *Chief Justice* John Marshall firmó los despachos de todos los individuos y envió a su hermano James Marshall para que los entregara. Algunos nombramientos incluyendo uno para un señor William Marbury no pudieron ser entregados antes de la asunción del mando por Jefferson. Este último, ya Presidente, instruyó a su Secretario de Estado James Madison para que retuviera los nombramientos no entregados.

Marbury presentó una demanda ante la Corte Suprema de Estados Unidos pidiendo un *writ of mandamus*, es decir un equivalente a un mandamiento judicial, para que se ordenara



a Madison como Secretario de Estado a notificar el nombramiento. Marbury señaló que de acuerdo a la *Judiciary Act* de 1789 se autorizaba a la Suprema Corte a otorgar estos mandamientos en un procedimiento que iniciaba ante ese tribunal a través de una vía originaria. A pesar de que la petición de Marbury fue presentada en diciembre de 1801 la Corte no la trató hasta 1803 porque el Congreso por una ley abolió los plazos de actuación (*terms*) de julio y diciembre.

## **La decisión y la lógica de Marshall.**

La Corte suprema falló en contra de Marbury y sostuvo que no podía constitucionalmente oír un caso dentro de la competencia originaria del tribunal. La Corte sostuvo que a pesar de que el *Judiciary Act* de 1789 autorizaba esta jurisdicción esta norma era inconstitucional porque el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria más allá de las situaciones enumeradas en la Constitución.

Debe considerarse que la Corte solo trató una cuestión de jurisdicción, dijo que no tenía la competencia para tratar el caso y todas las demás consideraciones efectuadas, tal como considerar si el nombramiento era correcto y si el poder judicial tenía la capacidad de rever una decisión ejecutiva eran básicamente impropias. Políticamente Marshall sabía que una decisión a favor de Marbury hubiera sido inútil ya que la administración de Jefferson la hubiera ignorado y esto hubiera minado la autoridad de la Corte desde el inicio de su historia. Por lo tanto puede haber incluido las partes iniciales de su opinión simplemente para señalar a la administración de Jefferson que había negado indebidamente a Marbury su comisión sabiendo que esto era lo máximo que Marshall podría hacer en favor del demandante. Otro punto a plantearse era saber si existía un conflicto de interés entre Marshall que había sido Secretario de Estado y firmado el nombramiento y responsable para su comunicación y luego redactor de la opinión del tribunal. Esta participación de Marshall en los hechos que dieron lugar al caso habría dado fuertes argumentos para indicar que debió haberse excusado.

La realidad es que Marshall percibió que el caso presentaba una oportunidad única, la de establecer el control judicial de Constitucionalidad en un contexto que no era probable que diera lugar a oposición. La norma declarada inconstitucional era una que había ampliado las competencias del poder judicial y que la administración Jefferson no apoyaba ni había aprobado y que por lo tanto prefería ver declarada nula.

El Chief Justice Marshall estructuró su opinión alrededor de tres preguntas. La primera era, **¿tenía derecho Marbury al nombramiento?** La segunda era “*si las leyes de este país le otorgaban un remedio*”. La tercera **si en caso que fuera afirmativo era la Corte Suprema quien podía conceder ese remedio**. Marshall fue respondiendo estas preguntas en ese orden.

Con respecto a la primera la Corte concluyó que Marbury tenía el derecho al nombramiento porque se habían seguido todos los procedimientos apropiados “*es... decididamente la opinión de la Corte, que cuando un despacho ha sido firmado por el Presidente el nombramiento está hecho; y que el nombramiento se completa cuando el sello de los Estados Unidos ha*

*sido fijado en él por el Secretario de Estado.*” La opinión contraria era posible ya que el Presidente Jefferson había expresado que existía un principio de derecho nunca contradicho que la notificación era uno de los elementos esenciales para la validez del acto. Pero la Corte rechazó esta idea y estableció que la notificación era meramente una costumbre y que por lo tanto la retención del nombramiento de Marbury había *“violado un derecho legal investido”*.<sup>19</sup>

La segunda pregunta es ¿le otorgan a Marbury las leyes un remedio? La respuesta inicial de Marshall a esta pregunta fue que *“la propia esencia de la libertad civil consiste ciertamente en el derecho de cada individuo a reclamar la protección de las leyes en cualquier lugar que él reciba un agravio”*. La cuestión específica era saber si la Corte podía conceder a Marbury un remedio contra una inacción de la rama ejecutiva del gobierno. La Corte respondió esto declarando que *“el gobierno de los Estados Unidos ha sido llamado enfáticamente un gobierno de leyes y no de hombres.”* En otras palabras ninguna persona ni siquiera el Presidente está por encima de la ley.

La Corte entonces marcó una distinción sobre cuando el poder judicial podía conceder un remedio, esto ocurriría cuando existía un deber específico hacia una persona particular pero no cuando hay una cuestión política dejada a la discreción del ejecutivo. Marshall escribió *“Cuando las cabezas de los departamentos son los agentes políticos o confidenciales del ejecutivo, meramente para ejecutar la voluntad del Presidente, o para actuar en casos en los cuales el Ejecutivo posee una discreción Constitucional o legal, nada puede ser más perfectamente claro que sus actos sean examinables políticamente. Pero cuando un deber específico está asignado por la ley, y derechos individuales dependen del cumplimiento de este deber, aparece igualmente claro que el individuo que se considera agraviado tenga el derecho de recurrir a las leyes de este país por un remedio”*. Este párrafo indica la distinción posible entre cuestiones justiciables y las que no lo son. La Corte volvió a esta distinción al considerar el próximo tema, es decir si el mandamiento o el *mandamus* era el remedio adecuado al pedido de Marbury.

Tercera cuestión, ¿puede la Corte suprema conceder este remedio? ¿Es el *mandamus* el remedio adecuado? Al considerar la primera pregunta la Corte nuevamente utilizó la distinción entre actos ministeriales, es decir, cuando el Ejecutivo tienen la obligación de actuar y actos políticos que son los que están bajo su discreción. El control judicial incluyendo la concesión de un mandamiento solo podía ser apropiado bajo la primera circunstancia. El juez Marshall dijo *“Cuestiones, en su naturaleza política, o que son, por la Constitución y las leyes, sometidas al Ejecutivo, nunca pueden ser planteadas en esta Corte... pero cuando las cabezas de los departamentos están obligados por la ley a realizar algún acto que afecta los derechos absolutos de los individuos,... no es percibido en que terreno las Cortes del país puedan excusarse de la obligación de dictar sentencia que se le reconozca derecho al individuo agraviado.”*

El caso Marbury establece entonces la competencia de la justicia de revisar la Constitucionalidad de los actos del poder ejecutivo. Algunos temas como el veto un proyecto de ley o la designación de un funcionario, están dentro de la discreción presidencial y no pueden ser revisados judicialmente. Pero cuando el poder ejecutivo

---

<sup>19</sup> LA EXPRESIÓN DE MARSHALL SOBRE DERECHO INVESTIDO, INDICA QUE FUE EN ESTE CASO EL INICIADOR DE LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

tiene una obligación legal de hacer o de no hacer la justicia puede proveer remedio, incluyendo un mandamiento. La decisión de la Corte Suprema señalando que tenía autoridad de revisar los actos del ejecutivo atrajo una fuerte crítica, pero como la Corte había anunciado esta capacidad en un caso en el cual había decidido en favor del Presidente no hubo confrontación y no podía haber una desobediencia a la orden judicial. El poder de los tribunales federales de revisar los actos presidenciales es la base de muchas decisiones de la Corte Suprema a través de la historia de los Estados Unidos, probablemente la más notable sea **U.S. vs. Nixon** en la cual la conclusión del tribunal, su *holding* que el Presidente debía cumplir con las órdenes judiciales y proveer las grabaciones de sus conversaciones para ser utilizadas como pruebas en una investigación penal llevó a la renuncia del Presidente Richard Nixon.

Luego que concluyó que la sección 3ª de la *Judiciary Act* de 1789 autorizaba un mandamiento basado en la jurisdicción originaria la Corte entonces considero si aquella era violatoria del art. III. La Corte suprema concluyó que este artículo enumeraba todas las hipótesis de la jurisdicción originaria y que el Congreso no podía ampliarlas. El art. III establece la jurisdicción originaria para casos “*de embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en que un Estado sea parte.*” La Corte dijo que el Congreso no podría ampliar esta lista. El juez Marshall estableció:

*“si hubiera sido la intención de dejar esto en la discreción de la legislatura de establecer el poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores de acuerdo con la voluntad de tal cuerpo, hubiera ciertamente sido inútil de haber procedido más allá que lo que estaba definido en el poder judicial, y en los tribunales en los cuales está investido”.*

Más adelante Marshall agregó que de aceptarse la posibilidad de ampliar la jurisdicción originaria de la Corte suprema por ley, la enumeración del artículo III hubiera sido “*una mera redundancia, ... enteramente sin significado*”, si el Congreso pudiera ampliar más áreas de jurisdicción. El análisis de Marshall nuevamente puede ser puesto en cuestión, la enumeración del art. III puede tener significado aun cuando el Congreso pudiera ampliar las posibilidades de jurisdicción originaria. Esta norma podría ser considerada como el piso, una concesión mínima de jurisdicción que no puede ser reducida por el Congreso.

## **¿Puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de las leyes?**

Luego de decidir que la norma de la *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional la Corte Suprema consideró la pregunta final, ¿tenía que cumplir con la disposición de la ley o podía declarar a ésta inconstitucional? El tribunal comenzó diciendo “la cuestión, si una ley, repugnante a la Constitución, puede ser derecho vigente (*the law of the land*), es una cuestión que interesa profundamente a los Estados Unidos; pero, felizmente no tiene una complejidad proporcional a su interés”. Marshall ofreció entonces varias razones por las cuales la Corte podía declarar a las leyes federales inconstitucionales, arguyó por ejemplo, que la Constitución impone límites a los poderes del gobierno y que esos límites no tendrían significado a menos que pudieran ser controlados judicialmente. Tomando las ideas de Alexander Hamilton expresadas en *El Federalista* N° 78, la Corte señaló: “*Los poderes de la legislatura están definidos y limitados; y para que esos límites no sean confundidos u olvidados, la Constitución es escrita*”.

Marshall también arguyó que es inherente a la función judicial decidir la constitucionalidad de las leyes que aplica, en lo que es probablemente la cita más frecuente de la decisión, Marshall escribió: “Es enfáticamente la facultad y el deber del departamento judicial decir lo que la ley es”.

A este argumento se ha asociado la lectura del caso “Marbury” como significando que la Corte Suprema no sólo interpreta y establece la Constitución sino que es su intérprete final y no solamente una interpretación entre varias posibles. Marshall finalmente arguyó que decidir casos que surgieran de la Constitución implicaba el poder de declarar a las leyes inconstitucionales cuando entraran en conflicto con la Carta Magna.

Más allá de cualquier interpretación alternativa posible la decisión de la Corte de que el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria de ese tribunal permanece vigente hasta hoy. Sin embargo, la conclusión de la Corte de que las categorías entre jurisdicción originaria y apelada son mutuamente excluyentes no ha sido seguida. En otros casos posteriores ella considero que el Congreso puede ampliar la jurisdicción de los jueces federales concediéndoles competencia en casos en que la Corte tiene jurisdicción originaria.<sup>20</sup>

Se pueden hacer tres preguntas sobre el control de constitucionalidad a partir del precedente de **Marbury c/ Madison**. La primera es ¿por qué las decisiones del Poder Legislativo pueden ser revisadas de acuerdo a su consistencia con la Constitución? La segunda es ¿por qué las decisiones del Poder Judicial pueden ser revisadas de acuerdo a su consistencia con la Constitución? La respuesta tradicional es la establecida en El federalista N° 78

*“Ninguna norma legislativa contraria a la Constitución, puede ser válida. Negar esto sería afirmar que el agente es más grande que su principal, que el sirviente está por encima del patrón, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo en sí mismo, que hombres que actúan en virtud de mandatos no solamente pueden hacer lo que sus mandatos lo autorizan sino también lo que prohíben”.*

Pero aún si asumimos que las decisiones de legislativo deben ser consistentes con la Constitución, la segunda pregunta aparece: ¿Por qué son los tribunales y finalmente la Corte Suprema de Justicia, los que están encargados de hacer cumplir esa función? Por qué no dejar que la legislatura o los tribunales locales sean los que resuelvan las cuestiones constitucionales.

Finalmente aún asumiendo que fuera la Corte Suprema la que tiene autoridad para anular la legislación federal y la local, ¿en qué circunstancias es esa autoridad debe ser ejercida? Esto nos plantea la pregunta de la **autolimitación** judicial, los jueces pueden no favorecer una legislación e inclusive oponerse a ella pero solamente pueden anularla cuando está prohibida por la Constitución. Esta doctrina de la autolimitación judicial está basada en la doctrina del artículo clásico de 1893 de James Bradley Thayer, *La Doctrina*

---

<sup>20</sup> CF *AMES VS. KANSAS, EX. REL. JOHNSON* EN 1884. MÁS GENERALMENTE AL CONSIDERAR QUE EL ART. III ES EL TECHO DE LA JURISDICCIÓN FEDERAL *MARBURY* AYUDÓ A ESTABLECER EL PRINCIPIO DE QUE LOS TRIBUNALES FEDERALES SON CORTES DE JURISDICCIÓN LIMITADA Y QUE EL CONGRESO NO PUEDE AMPLIAR LA JURISDICCIÓN ESTABLECIDA EN EL ART. III DE LA CONSTITUCIÓN.

*Americana del Derecho Constitucional*, el cual sostenía que el control sólo podía ser utilizado cuando existiera un claro error por parte del legislador.

Las respuestas a estas preguntas son el fundamento de nuestro derecho constitucional y probablemente la razón de esta obra.

## **El caso McCulloch vs. Maryland de 1819.**

Este caso es el segundo gran precedente redactado por el *Chief Justice* John Marshall, analiza los temas de las competencias del gobierno federal y particularmente las reglas de la interpretación constitucional. Se analizaba la Constitucionalidad del Segundo Banco de los Estados Unidos.<sup>21</sup>

El debate se esboza en el Primer Banco de los Estados Unidos durante la presidencia de Washington, 1791. Se oponen por inconstitucional Madison que era representante y Jefferson el Secretario de Estado lo defiende Hamilton el Secretario del tesoro, el debate se centra en las facultades implícitas del Congreso. Jefferson no es un poder “necesario”, Hamilton asocia la actividad bancaria a la función de cobrar impuestos. El Banco no fue renovado cuando se venció la carta de 20 años. La oposición vino de los sectores agrarios partidarios de la autonomía estatal y particularmente de los bancos privados.

Fue reestablecido en 1815 luego de la guerra de 1812 y por las prácticas irresponsables de los bancos estatales. La Asamblea de Maryland impuso un impuesto a todos los bancos que no estuvieran sus estatutos concedida por la legislatura local.

Utiliza Marshall una interpretación amplia de la Constitución que significará una fuerte ampliación de las competencias del gobierno federal. Podemos resumir sus argumentos:

- 1) El gobierno procede directamente del pueblo y no de los estados por lo tanto el gobierno es enfáticamente el gobierno del pueblo y no de la voluntad de los estados. El fin de la soberanía estatal para condicionar las decisiones del gobierno federal.
- 2) La extensión de los poderes legislativos dentro de la Constitución, Reconoce que todas las competencias no están mencionadas en la Constitución pero dice que para tener un detalle exacto de todas las subdivisiones de las cuales sus grandes poderes requieren y de todos los medios necesarios para su ejecución tendría la extensión de un código que no podría ser comprendido abrazado por la mente humana. **No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando que no puede tener la extensión de un código.**
- 3) La **cláusula de necesidad**: si el fin es legítimo, si está dentro del marco de la Constitución y todos los medios adaptados al fin que no estén prohibidos pero coinciden con la letra y el espíritu de la Constitución, las decisiones son constitucionales. Aunque no estuvieran previstas en la letra de la Constitución.

---

<sup>21</sup> SE ENCUENTRA ASIMISMO DESARROLLADO EN LA SECCIÓN DE COMPETENCIAS DEL CONGRESO.

Finalmente resume su teoría interpretativa en gran medida contractualista y que refirma su gran precedente anterior que la Corte Suprema es el intérprete final de una Constitución que por su extensión requiere interpretaciones amplias. La Constitución tiene la intención de **durar para las épocas futuras** (*ages to come*) y por lo tanto debe **adaptarse a las crisis variadas de los asuntos humanos**.

### ***El origen del control de constitucionalidad en la Argentina.***

El precedente de ***Marbury vs. Madison*** tuvo una pronta influencia en nuestra Corte Suprema, desde los fallos iniciales.

Sarmiento en los *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina* (22), señala la teoría de la “tisana” diciendo que se debía tomar el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos como una tisana que se compra en una farmacia y que viene envuelta con las instrucciones para su utilización. Estas “instrucciones” son precisamente los precedentes constitucionales norteamericanos. Sarmiento se pregunta sobre qué arbitrariedad o error puede ocurrir en la ejecución de las mismas disposiciones interpretadas de la misma manera, si se sigue el ejemplo norteamericano.

En la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución federal de 1860 en la sesión del 25 de abril se presentó el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución federal. En su primer capítulo se refiere a la influencia de la Constitución de los Estados Unidos y dice:

*“Que siendo hasta el presente, el gobierno democrático de los Estados Unidos, el último resultado de la lógica humana, porque su Constitución es la única que ha sido hecha por el pueblo y para el pueblo, sin tener en vista ningún interés bastardo, sin pactar con ningún hecho ilegítimo, habría tanta presunción como ignorancia en pretender innovar en materia de derecho constitucional, desconociendo las lecciones dadas por la experiencia, las verdades aceptadas por la conciencia del género humano. Y por último, que por lo menos, en aquella parte del derecho general, que se halla fuera de la cuestión, y en la que se relacionan las originales combinaciones del derecho federal moderno, no teníamos títulos para enmendar o mutilar las leyes de la nación que han fundado y consolidado prácticamente las instituciones federativas; apoyándose en esos mismos principios, invocando nosotros el especioso pretexto de la originalidad o de las especialidades nacionales, pero la verdad es una, y sus aplicaciones sólo tienen autoridad cuando cuentan con la sanción del éxito”.*

El informe fue redactado por Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José Mármol, Antonio Ortíz Obligado y Domingo F. Sarmiento.

Sarmiento diría en la sesión del 7 de mayo de 1860:

*“Adoptada la letra de la organización de la Suprema Corte federal de los Estados Unidos, tenemos que adoptar sus atribuciones y su jurisprudencia; y ya que un señor convencional, muy versado en general en materias de derecho, estudia en los juriconsultos federales del país cuyas instituciones adoptamos, el mecanismo de su organización, y los límites de su jurisdicción,*

---

<sup>22</sup> SARMIENTO, DOMINGO F., *COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN DE LA CONFEDERACIÓN ARGENTINA*, LUZ DEL DÍA, SANTIAGO DE CHILE, PÁG. 29 Y UN ANÁLISIS COMPLETO EN LAS PÁGS. 30 A 60.

*pudiendo en leyes del Congreso irse creando los tribunales inferiores, según el caso requiera, y designándose las atribuciones y la manera de proceder de los jueces”.*

El caso “Sojo” (23) tiene una similitud con “Marbury” y es el que incorpora ese precedente a nuestro Derecho. Aunque la solución no es similar, ya que no se declara inconstitucional una norma.

*“Es oportuno también citar el caso de ‘William Marbury vs. James Madison’ (1 Cranch 137), secretario de los Estados Unidos, en confirmación de la doctrina sostenida invariablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de que el Congreso no puede asignar jurisdicción originaria a la Suprema Corte en casos diferentes de los especificados en la Constitución. En dichos casos se establecieron las decisiones siguientes: ‘Una ley del Congreso repugnante a la Constitución, no es ley’.*

### **El Caso “Municipalidad de la Capital C/Viuda de Elortondo” de 1888**

es habitualmente citado como origen del control judicial de constitucionalidad en la Argentina porque es el primero que establece la inconstitucionalidad de una ley federal.

*“Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, 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.*

### **El control de constitucionalidad de actos provinciales. El caso Martin vs. Hunter’s Lessee. 14 U.S. 304 (1816)**

El control de constitucionalidad no se limita exclusivamente a las leyes y actos federales. Se extiende a los actos de las provincias. En el caso *Martin v/ Hunter’s Lessee* la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció su prerrogativa de revisar las decisiones referidas a temas constitucionales de los tribunales supremos de los estados. En el fallo el Juez Joseph Story rechazó la interpretación de que la legislación podía limitar la jurisdicción de la Corte con respecto a la constitucionalidad de las decisiones de los tribunales provinciales diciendo *“Es el caso, y no el tribunal que le dio origen, el que da la jurisdicción.”*

Dijo que

*“los tribunales de los Estados Unidos pueden, sin duda, revisar los actos de las autoridades ejecutivas y legislativas de los Estados, y si encuentran que son contrarios a la Constitución, pueden declararlos sin ninguna validez legal”.*

Adicionalmente, Story explicó la importancia de la revisión por la Corte Suprema de las sentencias de los tribunales estatales. Dijo que a pesar de que asumía que *“los jueces de las Cortes estatales son y siempre serán, del mismo nivel de conocimiento, integridad y sabiduría que los de las cortes de los Estados Unidos”*, la Constitución está basada sobre el reconocimiento de que *“los vínculos con el Estado, los prejuicios del Estado, los celos de los Estados y los intereses de los Estados*

---

<sup>23</sup> CFR. CSJN, FALLOS, 32:120. DE 1887

*pueden a veces obstruir o controlar o puede suponerse que obstruyen o controlan la regular administración de justicia”.*

Agregó la necesidad de la uniformidad de la interpretación constitucional federal y que por lo tanto, la Constitución no puede significar cosas diferentes en cada uno de los estados.



## El precedente constitucional.

El control judicial difuso de constitucionalidad supone la existencia de una Constitución escrita y suprema que es aplicada por jueces que ejercen el control de su vigencia sobre el resto del ordenamiento jurídico. Este control se ejerce por igual sobre derecho legislado que sobre precedentes judiciales. Finalmente existe una Corte Suprema de Justicia que es el intérprete final de la Constitución y la que establece los precedentes válidos que serán aplicados por legisladores y jueces. Es la misma Corte la que deberá controlar el cumplimiento de sus precedentes ante otros órganos legislativos o jurisdiccionales que no reconozcan su ejemplaridad.

Por un error habitual se supone que como el sistema de precedentes es consecuencia de que el origen del control judicial proviene de los Estados Unidos y que ese sistema utiliza el *common law* y por esa razón no sería totalmente aplicable a los sistemas de derecho legislado como es el argentino. Esta presunción tiene varios errores, el primero es que el derecho federal de los Estados Unidos es derecho legislado en su totalidad no *common law*. Este último es utilizado exclusivamente en los estados y no sobre la totalidad de sus ordenamientos jurídicos.<sup>24</sup> El segundo error es que la obligatoriedad de los precedentes proviene de la necesidad del cumplimiento de la Constitución por sobre el resto del ordenamiento jurídico. Si no fuera así, cada uno de los recurrentes tendría una Constitución diferente de acuerdo con la teoría jurídica que sostenga el juez que le toca en suerte. Por lo tanto si existe una distinción entre el *common law* y el derecho legislado ésta no se extiende a los precedentes constitucionales.

Es cierto que el *common law* con su experiencia en analizar precedentes ha tenido una gran influencia en la interpretación de precedentes constitucionales. El abogado y juez del *common law* tienen un mayor entrenamiento en la utilización de fallos como creadores de derecho y esta capacidad es fácilmente trasladable en la interpretación de la Constitución a través de la jurisprudencia. El desarrollo del estudio de los precedentes constitucionales fue influido por las doctrinas de Jeremy Bentham que fuera el padre del positivismo inglés, quién era muy crítico del poder de los jueces e insistió que el hecho de la legislación judicial a través de los precedentes tenía que ser reconocido y si era posible reformado. Esta doctrina tuvo una considerable influencia en el Reino Unido y luego en los EE.UU., de dos maneras, primero las teorías positivistas del precedente desarrollaron un **sistema más estricto del *stare decisis***; al mismo tiempo se estableció una mayor preocupación teórica en las reglas que creaban precedentes y en los **elementos en los precedentes** que eran realmente **vinculantes** lo que incluye investigar la idea de ***ratio decidendi***.

La coherencia en la interpretación de normas constitucionales a través de muchos casos y las prácticas interpretativas dirigidas a asegurar una coherencia general de todo el sistema

---

<sup>24</sup> HABITUALMENTE SE UTILIZA EL COMMON LAW PARA DERECHO DE CONTRATOS, DAÑOS, SOCIETARIO, Y DERECHO PENAL.

jurídico son fundamentales en sociedades que adhieren a un orden jurídico 'racional'. Un argumento similar en favor de la fuerza normativa de los precedentes concierne valores constitucionales fundamentales. Que los tribunales mantengan la uniformidad del derecho y su interpretación y aplicación de caso a caso debe ser considerado un requerimiento para asegurar el estado de derecho, que supone el tratamiento igual para todos los individuos en el sentido de la igualdad formal ante la ley.

### ***¿Qué es un precedente?***

El término precedente tiene un número diferente de significados. Es a veces aplicado, sin demasiado análisis, a un cuerpo de fallos previos supuestamente relevantes, en general esto ocurre cuando los abogados de las partes acumulan citas durante un recurso. Al mismo tiempo precedente puede ser utilizado como el resultado de una decisión particular que se considera de cierta importancia. Finalmente el término puede ser utilizado para referirse a una norma más amplia que la decisión en un caso particular puede establecer. El análisis de la estructura del precedente se concentra en los dos últimos significados.

Partimos del concepto de precedente **como la decisión en un caso por un tribunal al que se considera que provee de ejemplaridad para un caso idéntico o similar que apareciera posteriormente.**<sup>25</sup> En el caso mencionado proviene de una decisión expresa de un tribunal pero existen los precedentes *sub silentio* que es una práctica uniforme y silenciosa, ininterrumpida pero no basada en una decisión legal.

### **La ratio decidendi o holding.**

La primera cuestión es la necesidad de definir con algún grado de precisión cual es el **elemento que se debe extraer de una decisión**, lo que se llama la **ratio decidendi**, también llamado **holding**, y distinguir entre los elementos relevantes jurídicamente y las cuestiones circunstanciales e irrelevantes de decisiones o precedentes anteriores. El principal elemento de discusión entre juristas es saber cual es la *ratio decidendi* en un caso y como esta debe ser establecida para el futuro. Esto supone **diferenciar el elemento normativo o vinculante del precedente** de otras afirmaciones hechas por los jueces que intervienen en el caso generalmente llamadas *obiter dicta*.

La diferenciación de los elementos vinculantes y no vinculantes de un decisión judicial están históricamente conectados con la idea de una subordinación jerárquica a un tribunal superior, Corte Suprema por ejemplo, y a la práctica formal del *stare decisis*. Se

---

<sup>25</sup> CF. BLACK'S LAW DICTIONARY. 4<sup>TH</sup>. ED. WEST PUBLISHING CO. ST. PAUL MINNESOTA. 1968 P. 1340

puede citar a Blackstone que decía que los precedentes y las leyes debían ser aplicados a menos que fueran totalmente absurdas o injustas.<sup>26</sup>

Luego de estas consideraciones, podemos citar la definición de MacCormick sobre la *ratio decidendi*:

*Una decisión expresa o implícitamente tomada por un juez que es suficiente para resolver una cuestión de derecho planteada por los argumentos de las partes en un caso, siendo una cuestión sobre la cual una decisión era necesaria para su justificación (o para una de las justificaciones alternativas) del fallo en el caso.*<sup>27</sup>

Se puede intentar hacer una lista de factores que pueden ser considerados relevantes para determinar el grado de obligatoriedad normativa de un precedente:

- i) El rango jerárquico del tribunal de origen del precedente. En particular si es de la Corte Suprema.
- ii) Si la decisión fue en un fallo dividido, o con votos separados o por la Corte por unanimidad. Si es un tribunal inferior si fue un fallo del pleno.
- iii) La reputación de los integrantes del tribunal o del juez que escribe la opinión.
- iv) Cambios en el ambiente político, económico o social ocurridos desde la decisión original.
- v) Solvencia de los argumentos que se dan en apoyo de la decisión.
- vi) La antigüedad del precedente. Esto tanto por su arraigo en la sociedad como, por el contrario, si refleja una situación política o económica totalmente diferente.
- vii) La presencia o ausencia de disensos.
- viii) La rama del derecho a que se refiere. Si bien la Constitución es siempre suprema, hay ramas del derecho como el comercial donde existen prácticas que varían y a las que se les da un carácter vinculante.
- ix) Si los precedentes constituyen una tendencia o es sólo un caso aislado.
- x) Saber si el precedente ha tenido aceptación amplia en la doctrina.
- xi) Si bien la obligatoriedad formal no es un concepto que admita gradación, en el caso de los precedentes no parece que pueda establecerse una dicotomía entre vinculantes y no vinculantes, sino como un cierto tipo de obligatoriedad dentro de un continuo en el que

---

<sup>26</sup> BLACKSTONE, W. *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND..* OXFORD, CLARENDON PRESS, ORIGINAL DE 1769, I P. 70. EN EL ORIGINAL *PRECEDENTS AND RULES MUST BE FOLLOWED UNLESS FLATLY ABSURD OR UNJUST.*

<sup>27</sup> MAC CORMICK, N. *WHY CASES HAVE RATIONES AND WHAT THEY ARE.* EN GOLDSTEIN, L. (ED). OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1987, P. 234.

figuren también conceptos como “tiene fuerza normativa” o “sirve de fundamento suplementario”.

## **Los obiter dicta.**

***Obiter dictum o dicta*** significa un **comentario al pasar**, esto es, una **observación hecha por un juez al expresar su opinión en un caso**. Es concerniente a alguna norma, principio o aplicación del derecho pero no necesariamente relativa al caso o esencial para su resultado. Es una declaración sobre derecho **enunciada por el tribunal meramente como ilustración, argumento analogía o sugerencia**. No tienen la fuerza del precedente.<sup>28</sup> La consecuencia del precedente es la ***stare decisis*** que significa **adherir a los casos decididos, es la doctrina de los tribunales de no variar en un punto de derecho que ya ha sido decidido previamente en una causa similar**. Cuando una cuestión de derecho ha sido establecida por una decisión y forma un precedente el cual no se debe variar por el mismo tribunal o por un tribunal inferior a menos que ello fuera necesario para reivindicar obvios principios de derecho o remediar una injusticia continua. La doctrina se encuentra limitada a determinaciones con respecto a cuestiones litigadas y decididas necesariamente pero no es aplicable a los *obiter dicta*.<sup>29</sup>

Existe otra forma del *obiter dictum* que es en realidad un posible *holding* que ha sido reducido de rango por el razonamiento judicial posterior. Puede ocurrir que fue sostenido como un principio demasiado general o de alguna otra forma inapropiada para servir de precedente. Esta observación sobre la posible relación entre dos conceptos ilustra la importancia que los *obiter dicta* tienen para los precedentes constitucionales. Es una forma de moderar los efectos de una aplicación estricta del *stare decisis*, y la jerarquía que normalmente tienen los precedentes que provienen de la Corte Suprema. Esta morigeración tiene diversos caminos, una es el cambio en las circunstancias por las que un precedente que normalmente sería vinculante no tiene necesariamente que ser seguido. Otra forma de flexibilidad es la posibilidad de distinguir entre precedentes diferentes que son todos vinculantes. Dentro de estas posibilidades está la de decir que un precedente vinculante es en realidad un *obiter dictum*, o a la inversa dar el nivel de *holding* a un precedente que era considerado como *dicta*.

## **La doctrina de la decisión judicial.**

Benjamín Cardozo es quién inicialmente determinó la teoría de la decisión judicial. Lo importante de la doctrina de Cardozo es recordarnos que el derecho es también producto del precedente, y como forma de creación del derecho no en el proceso político, pero si

---

<sup>28</sup> CF. BLACK'S P. 541.

<sup>29</sup> CF. BLACK'S P. 1578.

en el proceso judicial.<sup>30</sup> El proceso judicial es la garantía de la relevancia del precedente como forma de creación de derecho, porque en **el precedente por su origen dentro de un proceso judicial se consideran en forma equilibrada todos los argumentos posibles sobre una cuestión**. No solamente utiliza el juez el método normativo para la toma de la decisión, sino que están el método filosófico, el método de la historia y de la tradición. En el final de su obra Cardozo prueba el método de la sociología y podríamos ahora agregar el económico. Nos recuerda éste método entonces novedoso y habla con franqueza del juez como legislador y nos dice que **reglas derivadas de un proceso de deducción lógica, de concepciones preestablecidas de los contratos y las obligaciones han desaparecido frente a la acción erosiva lenta pero estable de la utilidad y de la justicia**. Nos estamos separando de la concepción del pleito como un problema matemático o como un juego de deportistas, pensamos en el fin que el derecho debe servir, y llevamos sus reglas para el cumplimiento de ese servicio. Esta concepción del fin del derecho como determinante de la elección de su crecimiento fue una gran contribución de Ihering a la teoría de la jurisprudencia y que encontró su órgano, su instrumento en el método de la sociología. No puede encontrarse sabiduría en la búsqueda de un paso, de un camino, a menos que sepamos a donde nos lleva. La concepción teleológica de su función debe estar siempre en la mente del juez. Esto significa que la **filosofía jurídica es en el fondo la filosofía del pragmatismo**. Su verdad es relativa no absoluta. La norma que funciona bien produce un título digno de reconocimiento. Solo en determinar cómo funciona no debemos verla de una manera demasiado estrecha. No debemos certificar lo general en lo particular. **No debemos arrojar a los vientos la ventaja de la consistencia y uniformidad para hacer justicia en el caso concreto**. Debemos mantenernos dentro de los límites que el precedente, la costumbre y la larga y silenciosa y prácticamente indefinible práctica de los demás jueces a través de los años han hecho de las innovaciones en las decisiones judiciales. Pero dentro de los límites establecidos dentro del marco en el que se mueve la selección, el principio final de selección para los jueces debe ser como para los legisladores **la utilidad para el fin buscado**. No recogemos las normas del derecho maduras de los árboles. Cada juez consultando su propia experiencia debe ser consciente de los tiempos a través de los cuales vive y cuando el ejercicio libre de la voluntad y dirigido con el objetivo del bien común determina la forma y la tendencia de una norma que en el momento tuvo su origen en un acto creativo.

Esta doctrina del precedente es importante para comprender la incorporación del análisis económico a la interpretación constitucional. **De la misma manera que dentro de la acción del juez en el proceso judicial, que acepta argumentos de las partes que incluyen lo normativo, lo histórico, lo valorativo, visiones filosóficas y, sin duda argumentos sociológicos, es conveniente y útil también incorporar los argumentos económicos**. La ventaja de utilizar argumentos económicos claramente **es preferible a un sistema en el que los jueces oculten la decisión que consideran conveniente y disfracen la decisión del proceso judicial**, la sentencia, a través del **lenguaje jurídico**. **El lenguaje normativo es un tradicional justificador de decisiones**, es por eso que es preferible decir claramente los argumentos que fundamentan a la decisión judicial que

---

<sup>30</sup> BENJAMIN CARDOZO. THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS. 1921.

ocultarla con otro tipo de argumentos. La importancia del estudio del análisis económico en el derecho y sobre todo la decisión judicial es que incorpora la principal ciencia social *dura* al estudio del derecho. La economía y particularmente el análisis marginal, la **transforman en una ciencia predictiva del comportamiento humano. Y este elemento de una ciencia predictiva es su principal justificación.**

La administración de justicia es costosa, ya que lo que se asocia al proceso, los costos de los abogados, los impuestos de la justicia, el tiempo, todos los altos costos de litigar, sumado a los riesgos de error en la decisión y los costos de las apelaciones hacen que vivamos en un mundo donde la administración de justicia es también escasa. Particularmente el alto costo de transacción que insume el tiempo para concluir un proceso judicial. Los jueces deben responder a la escasez. Los efectos de una decisión judicial, quien finalmente será beneficiado por una decisión y quien perjudicado, deben ser anticipados. **La incertidumbre sobre el precedente que el juez crea, es el más elevado costo de transacción en la administración de justicia.** Las respuestas públicas y privadas a la decisión tomada por el juez pueden además variar los efectos de lo que el juez intentó lograr con su fallo. La que caracteriza el análisis de los precedentes es la creencia que el conocimiento de los efectos posibles de una decisión, las respuestas que se tomarán y la posibilidad de predecir una decisión son preferibles a la incertidumbre.

A pesar de lo que pensaban los positivistas de fines del siglo XIX el derecho no es un sistema lógico cerrado.<sup>31</sup> Cada litigio o incluso, cada debate jurídico, incluye definiciones sobre la situación de las cosas fuera de lo normativo, y esto es un requerimiento normal si el derecho tiene que tener alguna consecuencia sobre la realidad. Estas disputas sobre cuestiones de hecho, que intentan describir la realidad pueden ser muy difíciles de resolver. Todo litigante intenta predecir las consecuencias de la decisión judicial y también como afectarán a casos futuros. Pocas opiniones judiciales evitan las predicciones sobre los efectos de ese precedente.

Cuando **se ignora del análisis económico del derecho se crea una tendencia a exaltar la redistribución de los bienes y a no considerar con demasiado interés la creación de nueva riqueza.** Todo gobernante, y también los jueces, se ven atraídos por un afán redistributivo y sufren una especie de negligencia en el análisis de como se crea la riqueza que después se podrá redistribuir. Un gobierno puede actuar sin tener en consideración las consecuencias de los costos de sus acciones, pero **en general y en largo plazo el descuido de los costos lleva a situaciones catastróficas y a injusticias mucho más graves que las que se quisieron evitar en el origen.**<sup>32</sup>

El principal fundamento del control judicial es que los jueces sean de alguna manera una valla o un freno para las otras ramas del gobierno y a la insistencia que éstos persigan sus

---

<sup>31</sup> PARA UNA CRÍTICA AMPLIA A ESTE CONCEPTO VER ALF ROSS, *SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA*. BUENOS AIRES, EUDEBA.

<sup>32</sup> PARA UN ESTUDIO EMPÍRICO DE LAS CONSECUENCIAS SOBRE LOS SECTORES MÁS CARENCIADOS DE REGULACIONES ECONÓMICAS SUPUESTAMENTE BIEN INTENCIONADAS VER HERNANDO DE SOTO, *THE OTHER PATH*. PERENNIAL LIBRARY. 1989.

objetivos de manera que, al mismo tiempo, respeten la división de poderes y los derechos individuales. La idea que los jueces puedan reemplazar a las otras ramas o aun establecerse como grandes reconstituyentes de la sociedad civil es contrario al proyecto constitucional.

Son también los jueces una valla, un límite a ciertas **tendencias redistributivas** que pueden tener los poderes políticos para fines electorales o para el cumplimiento de objetivos políticos pero que pueden ir en contra de los mandatos constitucionales, porque son fundamentalmente o expropiaciones ocultas o confiscaciones.

## ***La teoría del discurso jurídico y el control judicial de la Constitución.***

### **Habermas, la Constitución producto de un diálogo.**

En la sociedad pluralista contemporánea con la fractura de las ligazones internas entre religión, ética y derecho y por la ausencia de bases religiosas o éticas comunes que puedan unir a la sociedad, la Constitución y la ley asumen de legitimación. De esta manera el derecho establece el marco normativo que regula la interacción entre ciudadanos que se tratan entre sí como extraños. En estas circunstancias la ley es obedecida en parte debido a la sanción, pero en parte porque los ciudadanos la encuentran justificada normativamente.<sup>33</sup>

Como hace notar Habermas por una parte la sanción que impone la norma ha tomado el lugar de la religión y de la ética para dar fundamento al derecho.<sup>34</sup>

Por otra parte las sanciones por sí mismas no pueden dar un fundamento al régimen constitucional contemporáneo sin una creencia ampliamente difundida de su legitimidad. La investigación principal recae en la determinación de la fuente de legitimidad del derecho constitucional contemporáneo con las sanciones legales en las cuales se basa. Conjuntamente con el compromiso con la democracia, la respuesta más atrayente a esta pregunta es que **la legitimidad de la Constitución y los precedentes constitucionales basados en ella, deriva del hecho que son en definitiva auto impuestas.**

Nos hemos referido a Hobbes que propone un contrato de asociación de todos los miembros de la sociedad. Las voluntades conflictivas de los miembros individuales son armonizadas a través de la voluntad común que emerge del contrato conjunto. Esa voluntad común trasciende las voluntades individuales pero es voluntariamente suscripta por todos los miembros de la sociedad política. Por lo tanto el contrato en Hobbes no está subordinado a la voluntad de un grupo particular de contratistas sociales. Habermas objeta al contractualismo de Hobbes que depende de la voluntad moral arbitraria de contratistas individuales.<sup>35</sup> En Kant la doctrina moral puede oponerse a esta objeción y

---

<sup>33</sup> HABERMAS JÜRGEN *BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY*. CAMBRIDGE: MIT PRESS. 1995 (TRANS. WILLIAM REHG). P. 10.

<sup>34</sup> OP. CIT. CF. PP.33 A 38.

<sup>35</sup> HABERMAS, OP.CIT. PP. 3-4.



superar el problema de la arbitrariedad moral al mismo tiempo que mantiene que normas morales aplicables universalmente son auto impuestas. En la moralidad kantiana cada individuo autónomo asume libremente los deberes que surgen de imperativos categóricos universales deducidos de la premisa que los individuos deben tratarse unos a otros como fines en sí mismos.<sup>36</sup>

Habermas rechaza la concepción de Kant por dos razones principales. En principio la visión de Kant es monológica y no inter subjetiva con cada individuo derivando en forma solipsística<sup>37</sup> sus deberes morales sobre la base de una reflexión solitaria. Como consecuencia de este cisma la moralidad universal que trasciende las concepciones opuestas del bien es incapaz de incluir el mundo sociológico de las relaciones jurídicas.

La teoría del discurso de Habermas intenta proveer un contrafacto que es al mismo tiempo dialógico y consistente con el punto de vista moral. El contrafacto de Habermas requiere de un movimiento del contrato hacia el consenso, asociado con un concepto de argumentación basada en el proceso que se desenvuelve en torno a la distinción entre acción estratégica y acción de comunicación.

Los actores que se encuentran con el fin de encontrar caminos para promover la cooperación social generalmente llevan adelante esta tarea desde el punto de vista de la acción estratégica. Guiados por su interés personal estos actores ven a sus interlocutores como potenciales instrumentos en la búsqueda de sus propios objetivos. Más aún en el contexto de las desigualdades en el poder de negociación, información y conocimiento retórico, los acuerdos contractuales entre los actores estratégicos pueden no estar en el mismo interés de todos los contratantes o aún en los intereses del grupo en su totalidad.

En la acción comunicacional, por otra parte, los actores están orientados hacia la búsqueda de una comprensión común más que a lograr un éxito personal. El modelo de acción comunicacional es el de la comunidad idealizada de científicos congregada para descubrir la verdad de una hipótesis científica. En esa comunidad la discusión estaría circunscripta por una serie de restricciones normativas. Como sería la necesidad de conceder a cada participante una oportunidad igual para presentar argumentos y el compromiso de sólo aceptar el argumento que mejor representa las normas científicas racionales. De la misma manera, en las discusiones que conciernen a normas legales o morales la acción comunicativa supone un dialogo entre actores que están orientados hacia un entendimiento concerniente a la corrección de las normas en consideración. Por lo tanto **si se da una oportunidad igual para presentar argumentos y un compromiso genuino de ser persuadido solamente por la fuerza del mejor argumento en una discusión racional**, los actores comprometidos en una acción comunicativa solamente aceptarán como legítimas las normas de acción a las que los posibles afectados aceptarían conjuntamente sobre la base de buenas razones.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> UNA POSICIÓN SIMILAR DE DECISIÓN INDIVIDUAL Y NO COLECTIVA DE INGRESO AL CONTRATO SOCIAL Y DE LA TOMA DE DECISIÓN CONSTITUCIONAL ES SOSTENIDA POR BUCHANAN & TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT. LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY*. UNIVERSITY OF MICHIGAN, 1965, VER CAP. 2, *THE INDIVIDUALISTIC POSTULATE*.

<sup>37</sup> DE LA PALABRA SOLIPSISMO QUE SUPONE QUE SÓLO YO EXISTO.

<sup>38</sup> OP.CIT. PP28, 34, 51.

A través del filtro del principio del discurso, el **derecho contemporáneo legítimo debe emerger para todos los actores legales libres e iguales como auto impuesto y ese es el fundamento de su obligatoriedad.** Esta construcción del derecho legítimo contradice concepciones tradicionales sobre el tema. Esto es debido a que aún cuando todos los actores pudieran influir en la legislación democrática, es improbable que las leyes resultantes sean en el interés igualitario de todos los afectados. Porque en la ausencia de límites contra mayoritarios, es decir, las limitaciones constitucionales, las leyes democráticamente sancionadas pueden ser opresivas y su aplicación puede causar la tendencia de perpetuar una violencia oficial contra minorías legislativas desfavorecidas. Para mitigar estos peligros el derecho democrático debe ser temperado por derechos anti mayoritarios y por tanto engendrar la tensión conocida entre la mayoría legislativa y los derechos constitucionales anti mayoritarios.<sup>39</sup>

Específicamente, comparto con Habermas el rechazo a los sistemas autopoieticos de Luhmann.<sup>40</sup> La autopoiesis considera al derecho, la economía, la política y la ética como sub sistemas, diferenciados, cerrados en sí mismos y auto referenciales. Operan independientemente de los demás en un mundo cada vez más fragmentado y compartamentalizado. A pesar que en nuestro discurso imaginamos al derecho como resultante del ambiente social en la praxis aparece como un sistema cerrado y auto referencial.

El derecho funciona como puente entre los sistemas y el mundo de vida social. Desde el punto de vista de un sistema como la economía, el derecho es indispensable no como una restricción externa, sino como un elemento indispensable del mismo sistema. Sin propiedad, contratos, derecho penal reprimiendo la interferencia con el derecho de propiedad y la validez de los contratos, no existiría una economía de mercado de gran escala que funcionara. Las leyes de la oferta y la demanda y el proceso de monetización pueden ser los motores de los mercados económicos pero sin derecho la economía no podría ser institucionalizada socialmente. Desde una perspectiva más amplia, sin embargo, el derecho puede simultáneamente funcionar como un pilar estructural de la economía de mercado y al mismo tiempo como una restricción externa. Esta última función es llevada adelante no interfiriendo con el funcionamiento sistémico de los mercados económicos sino mediante la limitación o ampliación del área de funcionamiento de las fuerzas del mercado.

El paradigma liberal tradicional promueve una concepción formal de la ley y reduce la justicia a una distribución de los derechos. El fracaso del paradigma para tratar con la igualdad en los hechos no significa, sin embargo, que sea inadecuado. Este paradigma liberal puede atraer apoyo genuino a quienes creen que una economía de mercado necesariamente produce una medida adecuada de igualdad fáctica. Este paradigma

---

<sup>39</sup> LA EXPRESIÓN CONTRA MAYORITARIO Y ANTI MAYORITARIO, PARA REFERIRSE A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD NO ES PROBABLEMENTE UNA EXPRESIÓN FELIZ, PERO ES UN CLARO REFLEJO DEL CONFLICTO ENTRE MAYORÍAS POLÍTICAS Y LÍMITES CONSTITUCIONALES Y AL MISMO TIEMPO TIENE UNA AMPLIA ACEPTACIÓN EN LA DOCTRINA.

<sup>40</sup> LUHMANN, *SOCIAL SYSTEMS*, TRAD. BEDNARZ, BAECKER, 1995. PARA UNA REFERENCIA JURÍDICA CF. TEUBNER, GUNTHER, *AUTOPOIETIC LAW*. DE GRUYTER. 1988.

liberal establece una división entre el marco privado y el marco público del ciudadano a lo cual corresponde una división suficientemente clara entre el campo de los derechos y de la participación ciudadana.

El paradigma del Estado de bienestar por otra parte fue organizado para lograr la igualdad fáctica y para nivelar las desigualdades desproporcionadas en las condiciones materiales. Pero debe confiar en la masiva y penetrante burocracia del estado administrador. En el estado administrador la ley formal es reemplazada por regulaciones y políticas burocráticas diseñadas para el cumplimiento de objetivos, y la justicia es reducida a la justicia distributiva. Sin embargo, el costo de la igualdad fáctica bajo el paradigma del Estado de bienestar es demasiado alto ya que el bienestar material solo puede ser obtenido transformándose en un cliente del estado de bienestar. Los individuos intercambian mucho de su autonomía y dignidad para lograr los beneficios básicos de bienestar social. Las decisiones básicas son abandonadas en las manos de expertos y las crecientes desigualdades en el control y uso de la información dividen al Estado entre elites gobernantes y masas administradas.

En contraste con el paradigma liberal tradicional que reemplaza, el paradigma del Estado de bienestar no establece límites claros entre lo público y lo privado, sistema y mundo social, o derechos y democracia. Aunque aceptemos la inevitabilidad del estado administrador con su burocracia, grandes organizaciones empresarias y medios de comunicación dominantes. Debemos entonces explorar como restaurar la autonomía y dignidad personal sin abandonar la búsqueda de la igualdad fáctica bajo las condiciones materiales características del nuevo estado de bienestar.

La propuesta alternativa de Habermas, el paradigma procesalista del derecho animado por el principio del discurso es elegantemente simple. Comienza describiendo a los coasociados iguales bajo la ley como autónomos y recíprocamente reconocedores de la dignidad del otro. Habermas postula que estos coasociados deben reconocer como legítima toda norma de la cual sean al mismo tiempo los autores y los destinatarios. En otras palabras si una norma puede ser reconstruida a través del contrafacto del principio del discurso como genuinamente auto impuesta como consecuencia de un consenso entre todos aquellos a los que les es aplicable, entonces todo actor racional debe reconocer su validez normativa.

Con la idea de coasociados legales tanto como autores como destinatarios de la norma válida en mente las relaciones entre democracia y derechos por una parte y derecho, sistema y mundo social en la otra aparecen en orden. De esta manera derechos y democracia aparecen como internamente asociados como los dos pilares fundamentales sobre los que todo el Estado se apoya. Sin los derechos rescatados por el discurso los actores comunicacionales no pueden mantener el nivel de reconocimiento recíproco que debe ir conjuntamente con el consenso dialógico genuinamente logrado. Al mismo tiempo, sin democracia popular no solamente las bases del consenso se deterioran sino que el reconocimiento mutuo sería limitado ya que no todos los objetivos y aspiraciones pueden figurar en la redacción de la ley y en la política pública.

La combinación entre la teoría del discurso en la democracia y el paradigma procesal del derecho presentan nuevas formas de considerar al control de constitucionalidad y al problema antimayoritario en la justicia constitucional. Requiere de una adaptación judicial de la norma en cuestión a los hechos y circunstancias del caso concreto en consideración y que en la visión de Habermas no es un proceso automático o mecánico. Desde la perspectiva del juez la aplicación de una norma jurídica supone una elaboración posterior para promover tanto la predecibilidad de la ley y la justicia. En otras palabras, para que una decisión judicial sea legítima debe al mismo tiempo contribuir a estabilizar las expectativas y ser correcta.

El cumplir con estos dos objetivos aparece como una tarea inasible en una sociedad pluralista. Las escuelas de la hermenéutica legal, el realismo jurídico y el positivismo son inadecuadas. La hermenéutica es objetable porque resuelve el problema de la indeterminación de significado de la norma a través del ethos del juez, que en una sociedad pluralista es tan solo un ethos entre muchos. En otras palabras la hermenéutica sostiene que el significado de un texto solo puede ser comprendido en forma convincente si el texto es ubicado en el correcto contexto histórico, cultural y normativo. En una sociedad como la nuestra marcada por un conflicto entre diferentes preferencias de valor que compiten, un juez debe necesariamente escoger entre sus propias preferencias de valor excluyendo otras. Por lo tanto la interpretación judicial hermenéutica no puede llevar a una aceptación o consenso de toda la sociedad.

El realismo jurídico, por otra parte está plenamente consciente de la contingencia de un ethos particular en una sociedad pluralista y por lo tanto se concentra en los factores externos, como las opiniones políticas, la psicología y la ideología del juez para analizar sus decisiones. Sin embargo la teoría realista elimina la diferencia estructural entre norma y política y por lo tanto no puede explicar como la ley puede estabilizar las expectativas. El positivismo jurídico, por su parte, trata de describir la función del derecho en forma impermeable a principios extralegales, pero al hacerlo, el positivismo jurídico sacrifica indebidamente lo apropiado de la norma en beneficio de su certeza.<sup>41</sup>

En la jurisdicción constitucional la función de la constitución y del control judicial ha cambiado significativamente con la sucesión de los paradigmas legales prevalecientes. En el paradigma liberal tradicional la constitución está confinada a proveer un marco para la separación de poderes y garantizar derechos a los ciudadanos y la interferencia estatal contra el funcionamiento de una esfera privada bien delimitada.<sup>42</sup> Con la llegada del paradigma del estado de bienestar la tarea formal y claramente circunscripta del juez constitucional liberal da lugar a una visión más sensible al contexto diseñada para ajustar precisamente cada aplicación de la norma constitucional a las circunstancias únicas de cada caso. La adjudicación constitucional en el paradigma del estado de bienestar depende del grado de contextualización que lleva a analizar a la constitución en forma integral, de esta manera de amplía el poder del juez hasta el punto que puede oscurecerse el límite entre el poder legislativo y el judicial.

---

<sup>41</sup> CF. OP.CIT. PP. 11 Y 12.

<sup>42</sup> CF. OP.CIT. PP. 3 Y 10.

Las complejidades reflejadas en el paradigma del estado de bienestar con el énfasis en la gran interrelación entre el estado, la economía y las esferas sociales y administrativas, deben ser tomadas en consideración. El desafío es volver a fortalecer la legitimidad normativa de la jurisdicción constitucional sin debilitar su utilidad en una sociedad compleja y en evolución, con muchos centros de poder interactivos que deben ser soportados en su diaria existencia por el ciudadano medio. Habermas adopta una visión procesalista hacia la jurisdicción constitucional, en este tema no está alejado de la obra de John Hart Ely y de Frank Michelman. Ely sostiene que las normas constitucionales deben reforzar los procesos de formación de la voluntad democrática y que el control de constitucionalidad debe concentrarse en la rectificación de injusticias debidas al mal funcionamiento de los procesos democráticos. Michelman sostiene la necesidad de un sistema republicano orientado hacia los procedimientos con énfasis en la deliberación política entre ciudadanos comprometidos. Particularmente sostiene el proceso deliberativo para justificar una amplia revisión judicial para invalidar legislación contraria al ethos republicano.

Para Habermas, la función correcta de una corte constitucional es la de supervisar la implementación de un sistema de derechos que preserve el enlace interno entre la autonomía pública y privada de los ciudadanos. Por lo tanto considera que la jurisdicción constitucional es un asociado necesario al proceso legislativo democrático. En el proceso de acción comunicativa existe un compromiso de respeto mutuo entre los ciudadanos pero basado en un diálogo entre ciudadanos que no comparten una misma concepción del bien. Basados en la asunción que los actores comunicativos se basan en la razón para llegar a un acuerdo el control judicial debe promover aquellos derechos que puedan asegurar tanto la autonomía privada como pública en una sociedad pluralista

La aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema o por cualquier tribunal supone luego de la interpretación la creación de una norma individual. De esta manera la función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semi elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta.<sup>43</sup> El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes. La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

La función del juez con la norma constitucional no tiene carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los

---

<sup>43</sup> CF. KELSEN, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*. P. 159.

supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Es cierto que en la decisión se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia concreta, es primeramente establecida en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta.

La utilidad de la doctrina del discurso jurídico en la descripción del procedimiento ante la Corte Suprema consiste en rescatar los elementos dialógicos que son necesarios en la determinación de la nueva norma constitucional creada por el precedente que la sentencia de la Corte puede dictar. Toda sentencia crea derecho al establecer una norma individual aplicable al caso concreto, esa norma individual es producto de la transformación que el juez realiza de la norma general hipotética. En el caso de la Constitución este procedimiento es más notorio por la vaguedad extrema que pueden tener algunas de sus normas. Es por ello que conocer la Constitución supone conocer su texto conjuntamente con los precedentes vinculantes.

Ahora bien, toda sentencia de la Corte suprema es fundada, ese fundamento es la base de un precedente futuro, es decir de una norma constitucional creada por las decisiones judiciales. Los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema deben estar basados en los argumentos que han presentado las partes durante el debate constitucional que se produjo en los memoriales presentados ante el Tribunal. Es decir que el precedente es producto del debate que se produjo entre las partes adversarias en el caso, el dictamen del Procurador general y eventualmente, de los memoriales de *amicus curiae*.

La importancia de la doctrina del discurso jurídico y su expresión en Habermas es la de señalar el carácter democrático que el debate constitucional ante la Corte Suprema tiene en la determinación de la futura norma constitucional. En principio las partes se presentan ante la Corte Suprema para la determinación de una norma constitucional que no está determinada con claridad suficiente para permitir la resolución del caso. Si la norma existiera en forma indubitada el caso ya hubiera sido resuelto en una instancia inferior. Pero la creación de una nueva norma constitucional, porque de eso se trata la determinación de un precedente, requiere un debate amplio en el que se incluyan todos los argumentos posibles. En este debate amplio no pueden participar todos los interesados pero se pueden incluir todos los argumentos que sostengan todos los interesados en la nueva norma. La inclusión de todos los argumentos existentes supone un debate democrático amplio, democrático no por la participación de todos los interesados en la nueva norma, sino porque asegura la participación de sus ideas, argumentos e intereses.

Al mismo tiempo el debate judicial incluye un elemento importante que es la igualdad entre las partes. Nuestra sociedad no es igualitaria, por el contrario contiene desigualdades que pueden ser chocantes, sin embargo el momento en que las partes aparecen con más cercanía al ideal constitucional de la igualdad es en el proceso judicial. Esta igualdad es favorecida por los elementos clásicos del proceso como la representación letrada y el acceso amplio a la información y todo dentro de un marco adversarial. Estas situaciones no ocurren necesariamente en el otro gran ámbito de representación popular

que es el Congreso. Si bien los legisladores tienen una representación popular mayor que la de los jueces, sufren también de las distorsiones producto de los sistemas electorales y de las circunstancias políticas existentes en el momento de su decisión. En particular el poder Legislativo puede ser influido por grupos de interés u opinión bien organizados, con fondos amplios y con amplio acceso a la información. La existencia de grupos de interés es legítima y útil en el sistema democrático pero su influencia distorsiva del interés general puede ser corregida en un debate más amplio como es el proceso judicial. Como lo establece la doctrina de **Carolene Products**, (nota N°4 en el voto del *Chief Justice* Stone) la protección de minorías difusas o insulares es una de las tareas primordiales de los jueces, porque en muchos casos esas minorías no tienen un acceso preferencial al proceso político.<sup>44</sup>

### ***¿Por qué establecer el control de constitucionalidad?***

Si la Supremacía de la Constitución supone la existencia del control judicial de constitucionalidad, plantea entonces una pregunta básica: ¿Por qué los constituyentes establecieron el control por los jueces de todas las normas para asegurar la supremacía constitucional?, o, en el caso que fuera creado por decisión judicial como en los Estados Unidos y en la Argentina, ¿Por qué mantienen su vigencia luego de varias reformas constitucionales? La redacción de una Constitución plantea una relación principal – agente, entre los constituyentes y la aplicación que esas normas tendrán en el futuro. A la luz del problema de agencia que aparece en el diseño constitucional, nos deberíamos preguntar ¿por qué los redactores, políticos con intereses propios, buscan establecer la revisión judicial de constitucionalidad? No es suficiente describir al control judicial como un artificio para proteger a los ciudadanos de las actividades de los políticos del futuro, sin explicar por qué sirve a los intereses de los políticos actuales, quienes, al establecer o reformar la Constitución, ejercen un poder de veto para su vigencia. La respuesta depende de las posiciones de poder presuntas de los constituyentes en el gobierno post-constitucional. El diseño constitucional se asemeja a un juego de dos etapas:

---

<sup>44</sup> LA NOTA DEL CHIEF JUSTICE HARLAN STONE ES LA MÁS CITADA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y UN RAZONAMIENTO MUY IMPORTANTE PARA DETERMINAR LOS FINES DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. LA NOTA DICE: *DIFERENTES CONSIDERACIONES PUEDEN SER APLICABLES, Y PUEDE PENSARSE QUE LA QUE ATACA LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY IMPONGA UNA CARGA MÁS LEVE CUANDO LA LEGISLACIÓN ESTÉ DIRIGIDA A CORREGIR AL PROCESO POLÍTICO QUE ES EL QUE HABITUALMENTE SE CONSIDERA QUE PUEDE DEROGAR LA LEGISLACIÓN INDESEADA. POR LO TANTO, LAS INTERFERENCIAS LEGISLATIVAS EN LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS.. Y EN LA DISCRIMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN.. HAN ESTADO SUJETAS A UN CONTROL JUDICIAL MÁS ESTRICTO QUE A LO QUE HAN ESTADO OTROS TIPOS DE LEYES. CONSIDERACIONES SIMILARES PUEDEN SER RELEVANTES EN SITUACIONES COMPARABLES, CUANDO EL DERECHO A VOTO.. O A REUNIRSE PACÍFICAMENTE SE ENCUENTRA COMPROMETIDOS, O CUANDO UNA LEY ESTÁ DIRIGIDA HACIA UNA RELIGIÓN PARTICULAR, .. O HACIA UNA MINORÍA NACIONAL, .. O RACIAL.. EL PERJUICIO (PREJUDICE) EN CONTRA DE MINORÍAS DISCRETAS O INSULARES PUEDE SER UNA CONDICIÓN ESPECIAL EN ESE TIPO DE SITUACIONES QUE TIENDEN SERIAMENTE A LIMITAR LA OPERACIÓN DE ESOS PROCESOS POLÍTICOS EN LOS QUE NORMALMENTE SE PUEDE CONFÍAR LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS, Y QUE PUEDEN CONVOCAR A UN CORRESPONDIENTE ESCRUTINIO JUDICIAL MÁS INQUISITIVO. UN ANÁLISIS MÁS DETALLADO DE ESTA NOTA SE ENCUENTRA EN SOLA, J.V. EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. CAP. VII P. 95. LA OBRA DE ELY, J.H. DEMOCRACY AND DISTRUST. HARVARD. 1980, BASA SU ANÁLISIS CONSTITUCIONAL EN ESTE CASO.*

- (i) Los constituyentes eligen instituciones que se encarnan en la Constitución.
- (ii) Los constituyentes luego participan en una elección post-constitucional.

### **La teoría del pre-compromiso.**

Para entender porqué los constituyentes en este juego pueden anhelar control judicial de constitucionalidad, se requiere de un breve repaso de las teorías en curso de independencia judicial. Una visión enfatiza el valor presente de la legislación<sup>45</sup>. Una justicia independiente, puede impedir a futuros legisladores desviarse de convenios previos establecidos por la ley, aumentando el valor presente de la legislación. En consecuencia, los políticos racionales buscarán mantener la independencia de los tribunales para maximizar el ingreso presente. En términos jurídicos, diríamos que para preservar en el futuro la vigencia de la legislación actual frente a las consecuencias de resultados electorales adversos, los legisladores dan poder a los jueces para que apliquen y mantengan las normas actuales.

Esta teoría generó numerosas críticas, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de la nueva legislatura de derogar la legislación inicial o bien, de reformar la interpretación judicial subsiguiente. Si una legislatura puede “corregir” la interpretación judicial de leyes, ¿qué puede prevenir a una futura legislatura de aprobar meramente nueva legislación cada vez que lo desee? En otras palabras, ¿cómo puede una Corte que sirve como una agencia de una legislatura previa, restringir a la actual legislatura de aprobar nueva legislación cuando cambien sus intereses? Como respuesta, **la revisión judicial funciona como un pre-compromiso, es decir, el poder judicial es el garante del acuerdo político constitucional.**

En contraste,<sup>46</sup> se puede adoptar una perspectiva electoral. Los constituyentes, que serán también futuros candidatos, preferirán la independencia judicial cuando crean que probablemente perderán elecciones venideras. De lo contrario, es decir si creen que ganarán las elecciones, éstos constituyentes preferirán tribunales dependientes que puedan ser manipulados para obtener resultados favorables. Esta teoría incluye una condición constitucional (probables elecciones futuras) y una condición política (improbable éxito futuro) y provee una **teoría adecuada de la correspondiente emergencia de la independencia judicial en el ámbito constitucional.** Demuestra con evidencia empírica que la competencia entre partidos en el poder permite la independencia judicial, mientras que **la falta de alternancia en el poder y la existencia de un partido hegemónico debilita a independencia de los tribunales.**

A pesar de que pueda argumentarse que otros gobernantes puedan revertir la independencia judicial en el futuro, cuando ya no sirva sus intereses, esta crítica tiene

---

<sup>45</sup> WILLIAM LANDES Y RICHARD POSNER. “ADJUDICATION AS A PRIVATE GOOD” JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 1979, 8: P. 235.

<sup>46</sup> MARK RAMSEYER. THE PUZZLING INDEPENDENCE OF COURTS: A COMPARATIVE APPROACH. JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 1994, 23. P. 721.



menos cabida en el contexto de la revisión constitucional. El problema de restringir coaliciones futuras puede existir para la legislación común, pero es menos relevante en el contexto de una prohibición constitucional y la revisión judicial. Modificar las Constituciones es costoso, mucho más que la legislación común, por lo tanto, el riesgo de derogación futura es menos relevante. Y si bien las Cortes supremas pueden ser manipuladas, eso es también políticamente costoso. Los constituyentes adoptan, de esta manera, un sistema de revisión judicial por tribunales independientes para restringir a los futuros gobiernos que no pueden controlar.

La revisión judicial restringirá, por supuesto, a los constituyentes si terminan por asumir el poder. Entonces los constituyentes racionales preferirán una fuerte revisión judicial en la medida que se vean a sí mismos fuera del poder. Los políticos que se visualizan fuera del poder pueden buscar cierta restricción en el gobierno, a diferencia de aquellos que confían en que permanecerán en el poder luego de las elecciones post-constitucionales, éstos preferirán una restricción menor.

### **El control judicial como modelo asegurador**

Una revisión judicial fuerte se convierte en una **estrategia** para prevenir daños futuros a los constituyentes que puedan perder el poder. Este es el modelo asegurador de la revisión constitucional. Sirviendo como un foro para desafiar a la acción gubernamental, **la revisión constitucional proporciona una forma de seguro durante el convenio constitucional para los presuntos perdedores electorales.** De la misma manera que la presencia de los mercados de seguros disminuye los riesgos de contratación y así permite concluir contratos que de otra manera no serían demasiado riesgosos, la posibilidad de **control judicial disminuye los riesgos de “hacer la Constitución”** para aquellos constituyentes que crean que no podrán ganar poder en elecciones posteriores. La revisión judicial ayuda a concluir los convenios constitucionales que, de otra manera, podrían fracasar. Como una forma de seguro, el control judicial es relativamente poco costoso ya que puede ser ejercida por una Corte compuesta por unos pocos miembros. Es ciertamente más económico de establecer que, una segunda cámara legislativa (que puede proteger el convenio constitucional a través de sistema de representación diferente). O que un sistema de más complejo de sanción de las leyes, como dar a una cámara el derecho de ser la iniciadora de la legislación. De esta forma, hasta el punto de que la revisión judicial sirve a los intereses de los fundadores constitucionales restringiendo a las mayorías futuras. Como un artificio de reducción de riesgo, la revisión judicial tiene un valor positivo aún si no proporciona protección perfectamente completa contra todas las contingencias. Ningún artificio de reducción de riesgo es a toda prueba, así como los aseguradores pueden quedar en bancarrota, las Cortes pueden ser ineficaces. Pero si los logros esperados de un contrato de riesgo relativamente poco costoso exceden el riesgo potencialmente catastrófico de un esquema constitucional fallido, el control judicial debería ser adoptado.

La incertidumbre aumenta la demanda de seguro político que provee el control judicial. Bajo condiciones de alta incertidumbre, puede ser especialmente útil para los gobernantes

adoptar un sistema de revisión judicial para afianzar el convenio constitucional y para asegurar que ellos pueden desafiar a la acción gubernamental luego del cambio electoral futuro. La existencia de elecciones - el *sine qua non* de la democracia - aumenta la incertidumbre y, de esta manera, la demanda de el control judicial. Los autócratas no tienen necesidad del control judicial. **La expansión del poder judicial alrededor del mundo es un reflejo de la democratización**, y no anti-democrático como lo sugirieron algunos analistas.

La discusión, en síntesis, puede ser entendida en términos de una simple desigualdad. Los constituyentes elegirán el control judicial sólo si los costos esperados de la pérdida electoral exceden los costos de agencia de la revisión judicial. Cuando el riesgo de pérdida electoral aumenta, hay un aumento correspondiente en el incentivo a adoptar el control judicial. Similarmente, cuanto mayor sea la lealtad de la judicatura hacia los constituyentes, ya sea por razones ideológicas o políticas, mayor será el incentivo a adoptar el control judicial, manteniendo constantes los riesgos electorales.

### **La extensión del control de constitucionalidad.**

La extensión y poder del control judicial puede aumentar en forma relativa al grado de incertidumbre política en el momento del diseño constitucional. El diseño constitucional de tribunales constitucionales refleja los intereses de los partidos políticos dominantes y el concepto que tribunales independientes y poderosos se asocian con situaciones de bloqueo y dispersión políticas.<sup>47</sup>

El control judicial de la constitucionalidad de la legislación y de los actos administrativos es una característica central de muchos sistemas constitucionales. Esto supone plantearse preguntas fundacionales, como saber **en beneficio de quien se ejerce el control judicial** y determinar el papel de control por terceros.

Los contractualistas consideran a la democracia constitucional como un mecanismo para satisfacer las preferencias individuales a través de la acción colectiva. Establecen una analogía del esquema de democracia constitucional con una serie de relaciones entre principal y agente, en la que el pueblo confía en los gobernantes como agentes para satisfacer sus demandas colectivas. Si el pueblo es el principal en cuyo beneficio se crea la Constitución, entonces el diseño de la justicia constitucional debe responder al control sobre los agentes políticos. La revisión constitucional de la legislación existe para impedir a los gobernantes que abandonen el acuerdo fundacional con los ciudadanos.

Bajo estas circunstancias, es probable que los sectores políticos que redactan la constitución busquen diseñar instituciones que los beneficien en forma estrecha antes que a los ciudadanos en forma amplia.

---

<sup>47</sup> TOM GINSBURG, **ECONOMIC ANALYSIS AND THE DESIGN OF CONSTITUTIONAL COURTS**, THEORETICAL INQUIRIES IN LAW, JANUARY, 2002

Puede dudarse que el diseño constitucional refleje los intereses de los ciudadanos. El diseño constitucional reflejaría los intereses de los ciudadanos si los constituyentes fueran agentes puros de esos ciudadanos. Pero esto no es estrictamente el caso, porque los ciudadanos están sujetos a los problemas de acción colectiva que les impiden organizarse y controlar los debates constitucionales. Por lo tanto, existe una razón teórica para sospechar que los constituyentes pueden explotar esta incapacidad de los ciudadanos para avanzar sus propios intereses. Mucha evidencia empírica sostiene que la redacción constitucional esta dominada por intereses de corto plazo de los constituyentes antes que los intereses de largo plazo de los ciudadanos.<sup>48</sup> Bajo estas circunstancias, es probable que los constituyentes que redactan las constituciones diseñen instituciones que los beneficien en forma precisa o ajustada antes que a los ciudadanos en forma amplia.

### ***El derecho constitucional como derecho público***

Menciono la distinción derecho público-derecho privado con fuertes dudas intelectuales. Considero que es una distinción heredada del Derecho Romano que hemos repetido secularmente sin demasiada reflexión. No aparece su utilidad como manifiesta al definir el contenido del derecho constitucional y contiene un resabio autoritario no coincidente con la doctrina republicana. Tiene probablemente un valor didáctico al facilitar los estudios de derecho. Considerar al derecho constitucional como público no aumenta su eficacia normativa, ni hace a una norma de derecho privado dictada de acuerdo con la Constitución menos válida.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que la distinción entre el derecho público y el derecho privado ha presupuesto una inequívoca caracterización ideológica. Se ha dicho que el derecho público es más poder que Derecho, creándose una dicotomía poder-Derecho. Que el derecho público está dirigido a la prosecución del bien común, justificando por ello un menor grado de vinculación jurídica de este derecho en relación con el derecho privado, es decir, la supervivencia de una zona libre de control jurídico para los poderes públicos que persiguen el bien común. También se ha señalado el carácter autoritario a un cambio de “paradigmas” explicativos no siempre captada a tiempo. Unas veces sobreviven los “paradigmas” de épocas pasadas, es el inconveniente de las construcciones puramente dogmáticas del derecho constitucional que utilizan una interpretación puramente histórica de las normas. Es el caso de la utilización de los arquetipos del Estado liberal para explicar la conformación del Estado social de Derecho. Otras veces, se da el caso del derecho público y la naturaleza consensual del derecho privado.

Con respecto a la posible dicotomía derecho público-derecho privado debe tenerse presente que se verifica una convergencia de aspectos publicísticos y privatísticos en muchas relaciones jurídicas, derecho del trabajo, derecho administrativo, etcétera. En razón de ello se alienta la doctrina que considera preferible la adopción de un sistema

---

<sup>48</sup> **POR ESTA RAZÓN ES PREFERIBLE LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE FALLOS JUDICIALES QUE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES POR CONVENCIONES CONSTITUYENTES.**

pluralístico de relaciones jurídicas más que un dualismo simplista en derecho público-derecho privado.

Finalmente, la distinción entre derecho público y derecho privado no se asienta en categorías ontológicas apriorísticas. Frente a cada ordenamiento jurídico se deberán determinar las dimensiones publicísticas o privatísticas que asumen las relaciones jurídicas.

La *teoría de los intereses preferentemente protegidos* en una relación jurídica o mediante una norma jurídica divide al derecho privado, cuando éstas protegen intereses privados, del derecho público que es cuando protegen intereses públicos. No incluye en su descripción al espacio de lo público en la empresa, en los sindicatos y en los partidos políticos, donde confluyen intereses privados e intereses públicos ordenados por normas constitucionales.

La *teoría de la especialidad del derecho* parte de la idea de que el derecho público es un derecho especial, exclusivamente regulador de los derechos y deberes de los titulares de los poderes públicos, como es el caso de las normas de organización del poder político. Muchas de estas normas incluyen también a entidades privadas, como es el caso de las normas de derechos fundamentales y de las normas de organización económica.

No obstante la inexistencia de un criterio único para distinguir entre derecho público y privado, la caracterización del derecho constitucional como derecho público tiene una función didáctica y práctica porque permite poner en relieve algunas manifestaciones típicas de este derecho. El derecho público se caracteriza por la adopción de formas de acción unilateralmente dictadas (ley, reglamento, acto administrativo, sentencia judicial) es decir *derecho coactivo*. En el derecho privado predomina, aunque no en forma exclusiva, la autonomía privada, orden igualitario, lo que lleva a un *derecho flexible*.

Los poderes públicos deben actuar y sólo pueden actuar cuando tienen competencia establecida en la Constitución o en la ley, principio de la determinación constitucional de las competencias. En cambio los sujetos de derecho privado gozan de libertad en la conformación de las relaciones jurídicas. Aunque también existe una triplicación de competencias de atribuciones y de relaciones jurídicas en ciertas ramas de derecho privado como en el caso de los derechos reales, en el derecho de familia y en las sucesiones.

La actuación de los poderes públicos se subordina a principios constitucionales inderogables: principio de constitucionalidad, principio de legalidad, principio de razonabilidad, principio de publicidad, que no rigen o rigen en una medida diferente para las relaciones privadas.

El control jurisdiccional de los actos de las entidades públicas puede justificar jurisdicciones o procesos específicos, como lo contencioso administrativo.

### **Los riesgos de la politización del Derecho.**

El derecho constitucional es un *derecho para lo político*. El derecho constitucional define principios políticos constitucionalmente estructurados, la soberanía del pueblo, sistema republicano, división de los poderes de gobierno. La forma y estructura del gobierno (federalismo), (presidencial, parlamentario, mixto parlamentario presidencial). La competencia y las atribuciones de los órganos políticos (presidente, Congreso). Los principios, formas y procesos fundamentales de formación de la voluntad política y de la subsiguiente toma de decisiones por parte de los órganos políticos constitucionales.

En virtud de la constitucionalización de muchos problemas políticos existe una perspectiva de algunos sectores de la teoría constitucional de considerarla como un “derecho de estrategias políticas” o de “reglas de juego político”(*règles du jeux*). La Constitución establecería un conjunto de reglas sobre las cuales se podrían asentar las más diversas “estrategias constitucionales”. Las disposiciones de una ley fundamental serían consideradas como “instrumento de un saber al servicio del ejercicio del poder”, según la expresión de Michel Foucault (49). De esta manera, los actos de las autoridades políticas serán valorados no tanto en razón de su conformidad material con las normas constitucionales sino de acuerdo con las eventuales *estrategias políticas* que es posible elaborar sobre la base de los *escenarios* previstos en la Constitución.

Dice de esta manera Duverger que las constituciones se parecen un poco a las reglas de un juego cuyas figuras varían de acuerdo con las capacidades de los jugadores, con la composición de los equipos, con las escuelas estratégicas y con las eventualidades de la partida. Una Constitución no se limita a delinear un solo esquema gubernamental: diseña varios esquemas cuya aplicación depende del estado de las fuerzas presentes. Así regímenes políticos diferentes pueden funcionar dentro de un mismo cuadro jurídico, que puede ser más o menos severo de acuerdo con qué restrinja o multiplique el número de modelos aplicables y con la amplitud de las diferencias entre sí, de la misma forma que en un juego determinado las reglas permiten múltiples tipos de partidas, muy variadas, al mismo tiempo que en otros no se admiten grandes posibilidades y, aun en este caso, muy próximas unas de otras (50).

Sin duda las estructuras de tensión y de conflicto constituyen, con los elementos de consenso o de compromiso, dimensiones importantes para las leyes fundamentales pero ello no legitima la destrucción de la perspectiva normativa del derecho constitucional en beneficio de una concepción que transforma la norma en una estrategia política. Como estatuto jurídico de lo político el derecho constitucional apunta a una de sus principales tareas que es la optimización de la fuerza vinculante de las normas y principios constitucionales.

Una constitución entendida como un conjunto de reglas de juego en el que cada uno de los actores políticos escoge entre varias conductas, no en función del sentido normativo de

---

<sup>49</sup> FOUCAULT HACE CONSIDERACIONES SOBRE EL PROBLEMA DEL CONFLICTO ENTRE LA VERDAD Y EL DERECHO EN *LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS*, BARCELONA, 1980, PÁG. 15.

<sup>50</sup> CFR. DUVERGER, M., *JAQUE MATE*, EUDEBA, PÁG. 18. ES UN LIBRO DE CONTENIDO POLÍTICO EN EL QUE SE ANALIZA LA POSIBILIDAD, QUE NO EXISTIÓ HASTA MUCHO TIEMPO DESPUÉS DE ESCRITO, DE UN PRIMER MINISTRO SOCIALISTA CON UN PRESIDENTE CONSERVADOR. DUVERGER ES SOCIALISTA Y EN ESTA OBRA QUIERE DAR UN CARÁCTER MUY FLEXIBLE A LA CONSTITUCIÓN DE 1958.

la misma, sino teniendo en cuenta las reacciones que ella puede originar en sus adversarios, conduce a la transformación del derecho constitucional en *ciencia del funcionamiento global del sistema*. Un corolario de esta doctrina es que todo derecho, y en particular el derecho constitucional, surge del conflicto ideológico con un lenguaje codificado cuyo contenido real es necesario descifrar.

Estas teorías ocultan las características normativas del derecho constitucional. Es una ciencia jurídica que no puede abdicar de una metodología específica, esencialmente dirigida al proceso de determinación y aplicación de las normas constitucionales.

La Constitución está fundamentalmente concebida como una ordenación sistemática y racional de la vida de la sociedad a través de un documento escrito. Efecto racionalizador, efecto de estabilidad, seguridad jurídica, publicidad de los actos públicos son en alguna medida los efectos que se desean obtener a través de la fijación del contenido constitucional en uno o varios documentos escritos. *Constitución instrumental*. La escritura es también una garantía constitucional ya que es un elemento importante para la solución de algunos problemas relacionados con los efectos de la Constitución como fuente de producción normativa y su relación de supremacía o coordinación con otras eventuales fuentes de derecho constitucional, derecho consuetudinario u otras normas federales.

## **La Constitución en la estructura jerárquica de las normas.**

La supremacía de la Constitución es consecuencia de la estructura jerárquica del orden normativo. El primer elemento es reconocer la existencia de una pirámide jurídica

Hans Kelsen describe a la *pirámide jurídica* partiendo del carácter dinámico del sistema normativo y de la existencia de una norma fundamental que prevé una peculiaridad del derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y de subordinación. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta, la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico es una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de éstas se halla constituida por el hecho de que la creación una norma, la del grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regresión termina en la norma de grado más alto que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más elevado dentro del derecho nacional.<sup>51</sup>

La serie continuada de fases de un proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídicos individuales, a través de la Constitución en sentido jurídico positivo, las leyes y los reglamentos, se caracteriza por un paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan como elemento de su contenido, un hecho que constituye la creación de derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance debe realizar el hecho determinado por la norma superior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de derecho, pero a su vez la norma creada por ese acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma frente al grado inferior.<sup>52</sup>

La aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema, o por cualquier tribunal, supone luego de la interpretación la creación de una norma individual. De esta manera, la función judicial, de la misma manera que la legislativa, es al mismo tiempo

---

<sup>51</sup> CF. HANS KELSEN. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. IMPRENTA UNIVERSITARIA. MÉJICO 1958, PP. 127-128.

<sup>52</sup> CF. HANS KELSEN. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. EDITORA NACIONAL. MÉJICO. P. 327.

creación y aplicación de derecho. Las normas son únicamente<sup>53</sup> productos semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta.

El proceso a través del cual el derecho se crea constantemente a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. La norma constitucional que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractos ciertas consecuencias que también son determinadas abstractamente. En muchas circunstancias las consecuencias no aparecen específicamente determinadas en la Constitución misma. Pero las normas constitucionales deben ser determinadas y concretadas para poder aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto en la norma general se encuentran presentes en forma concreta a fin que la consecuencia determinada abstractamente por la norma pueda ser ejecutada. Este procedimiento es la transformación de la norma general abstracta en la norma individual concreta que realiza la decisión judicial.

La función del juez frente a la norma constitucional no tiene un carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular el derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, **la decisión judicial tiene un carácter constitutivo**. Si bien es cierto que en la sentencia se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia establecida o presumida, es determinada inicialmente en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la transformación y concretización necesaria de la norma general y abstracta.

Kelsen señala la existencia de la pirámide jurídica que es *“el análisis del derecho, que revela el carácter dinámico de este sistema normativo, así como la función de la norma fundamental prevé la otra peculiaridad del mismo derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra es superior a ésta, la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden-jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de éstas hallase constituida por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto o norma básica que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional” (54).*

---

<sup>53</sup> HANS KELSEN, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*, P. 159.

<sup>54</sup> CFR. KELSEN, H., *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*, PÁGS. 127-128.



Esta estructura jerárquica tiene en su vértice la norma fundamental en la que se basa la unidad del orden jurídico. Esa norma constituye la Constitución en sentido lógico jurídico, cuando instituye un órgano creador del derecho y la Constitución en sentido jurídico positivo surge como grado inmediatamente inferior en el momento en que dicho legislador establece normas que regulan la legislación misma. Sin embargo, la Constitución, esto es, el hecho de constituir un orden jurídico estatal fundamentando su unidad consiste en la norma fundamental e hipotética, no positiva, que es la Constitución en sentido lógico jurídico pues sobre dicha norma se basa el primer acto legislativo no determinado por ninguna superior de derecho positivo (55).

La serie continuada de fases de un proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídico-individuales a través de la Constitución en sentido jurídico positivo, las leyes y los reglamentos, caracterizarse por un peculiar paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan como elemento de su contenido, un hecho que constituye la creación de derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance precisa realizar el hecho determinado por la norma superior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de derecho, pero a su vez la norma creada por este acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Considerando la importante diferencia que media entre el acto de creación normativa y la norma creada en este acto puede afirmarse lo siguiente: lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma con respecto al grado inferior. Los dos límites extremos de la pura norma y el puro hecho son, de una parte la norma fundamental suprema no positiva sino hipotética supuesta por la teoría y por otra el último acto de ejecución de la norma individualizada. El orden jurídico es un sistema de complejos normativos jerárquicamente superpuestos, por lo tanto la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior, de la cual es contenido. De ello resulta que la positividad del derecho constituye, desde este punto de vista dinámico, una jerarquía de actos de individualización, creación y aplicación del derecho y el orden jurídico es un sistema regulador de su propia creación y ejecución, una cadena de creaciones sucesivas (56).

### **La norma individual y la aplicación concreta de las normas constitucionales.**

La aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema o por cualquier tribunal supone luego de la interpretación la creación de una norma individual. De esta manera la función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación de Derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta (57). El proceso a través del cual el Derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes. La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas

<sup>55</sup> CFR. KELSEN, H., *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO*, TRAD. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, NACIONAL, MÉXICO, PÁG. 325.

<sup>56</sup> CFR. KELSEN, H., *TEORÍA GENERAL DEL ESTADO*, PÁG. 327.

<sup>57</sup> CFR. KELSEN, H., *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO*, PÁG. 159.

consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

La función del juez con la norma constitucional no tiene carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular el derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Es cierto que en la decisión se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia concreta, es primeramente establecida en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la individualización y concreción necesarias de la norma general y abstracta.

### **El razonamiento práctico justificatorio.**

Otro argumento de índole lógica en favor del control judicial de constitucionalidad puede apoyarse en la estructura del razonamiento práctico justificatorio, como el que realizan los jueces. El razonamiento justificatorio debe siempre partir de proposiciones normativas que aceptemos por sus propios méritos y no por el hecho de que ellas han sido emitidas por cierta autoridad. Cuando esas proposiciones tienen el contenido apropiado ellas constituyen juicios morales. Vimos también que las que identificamos como normas jurídicas son proposiciones derivadas de estos juicios morales cuando ellos legitiman a cierta autoridad, y de descripciones de las prescripciones de tal autoridad.

En un sentido normativo puro de Constitución, que está asociado con los ideales del constitucionalismo, tales principios morales de los que arranca el razonamiento jurídico justificatorio, como el judicial, pueden constituir parte de la Constitución. Tanto el ideal del constitucionalismo asociado con los derechos como el ideal asociado con la participación democrática, pueden constituir principios que legitiman a determinadas autoridades y pueden formar parte de la Constitución en sentido normativo. Esa Constitución puede bien servir de premisa mayor de un razonamiento justificatorio de la decisión de un juez.

De este modo, si tales principios que establecen derechos y procedimientos democráticos no legitiman ciertas leyes, por violar derechos o por haber sido dictadas sin satisfacer las exigencias de procedimientos, el contenido normativo de las leyes en cuestión no podrá ser derivado de tales principios y de la descripción de la sanción de dichas leyes, por lo que no podrá servir como razón justificatoria de una decisión judicial.

Esto implica que, en un cierto sentido, el control judicial de constitucionalidad es lógicamente inevitable; los jueces, como cualesquiera otros individuos, no pueden

justificar sus decisiones en los meros hechos constituidos por la sanción de las leyes, como pretendió hacer nuestra Corte Suprema con la jurisprudencia sobre las normas *de facto*, sin incurrir en un salto espurio entre ser y deber ser; necesariamente deben fundamentar tales decisiones en principios morales, que aceptan por sus méritos intrínsecos, como los que integran la Constitución en sentido normativo. Por lo tanto, *toda decisión judicial implica ejercer un control de constitucionalidad.*

Esta necesidad de la revisión constitucional de las leyes supone un concepto normativo de Constitución, que está dado por un conjunto de principios ideales cuya validez no está determinada por hechos y textos como los que están asociados con la Constitución argentina de 1853-1860. De modo que el control de constitucionalidad que se ejerce es un control *moral o valorativo* y no un control relacionado con una norma positiva.

Sin embargo, los principios ideales no se aplican directamente a decisiones sino a prácticas institucionales, a través de un razonamiento escalonado cuyo primer plano consiste en justificar esas prácticas y cuyo segundo nivel consiste en aplicar tales prácticas a las decisiones. Esto permite que una práctica como la generada por la Constitución argentina de 1853-1860, si resulta justificada de acuerdo con los principios ideales, sea relevante para justificar la decisión y deba, por lo tanto, ser tomada en cuenta necesariamente en la selección de las leyes aplicables. Si los principios que los jueces deben adoptar autónomamente les indican que la práctica constitucional vigente es preferible moralmente a cualquier alternativa asequible ellos deben necesariamente, seleccionar las leyes y otras normas jurídicas aplicables, de conformidad con la mejor reconstrucción posible de esa práctica.

Este argumento, basado en la estructura lógica del razonamiento al que necesitan recurrir los jueces para justificar sus decisiones, parece tener efectivamente éxito en fundamentar un control judicial de constitucionalidad sumamente amplio; un control que, por un lado, los conduce a hacer una profunda ponderación valorativa de la práctica institucional vigente en su jurisdicción, analizando sus posibilidades de reconstrucción, y, por el otro, supuesta una conclusión positiva de tal ponderación, a trascender una ley en particular para determinar si su reconocimiento, en el caso presente, satisface o no las condiciones para la continuidad de tal práctica.

### ***La Constitución como autolimitación social.***

La característica de la Constitución es que es **muy difícil de reformar**. Si nos centramos en una pregunta: ¿Por qué tenemos una Constitución? Se nos plantea la cuestión de saber por qué una sociedad comprometida con el gobierno mayoritario decide ser conducida por un documento que es muy difícil de cambiar. O dicho de otra manera, ¿Por qué una nación que apoya la legalidad en el consentimiento de los gobernados elige para constituir su vida política un compromiso por un acuerdo

originario, hecho por el pueblo, obligatorio para sus hijos y estructurado deliberadamente para que sea difícil de cambiar?<sup>58</sup>

Una primera respuesta es señalar que los constituyentes decidieron crear una norma que fuera deliberadamente difícil de cambiar como una manera de **prevenir la tiranía de grupos políticos organizados**, de **proteger los derechos de las minorías** y de para resistir la presión de mayorías autoritarias. Si la estructura de gobierno hubiera sido establecida en una ley ordinaria podría existir una tendencia irresistible a crear poderes dictatoriales en tiempos de crisis. Si la protección de las libertades civiles hubiera sido establecida solamente en leyes ordinarias un gobierno que tuviera una mayoría temporal podría derogarlas y perpetuarse en el poder. Si el término de los mandatos hubiera sido establecido en una ley ordinaria y no en la Constitución, los que estuvieran el poder podrían alterarlos para permanecer en él.

### **La metáfora de Ulises y las sirenas.**

La Constitución representa la intención de la sociedad de autolimitarse para proteger los valores que más desea. Una analogía puede hacerse con la historia de **Ulises y las sirenas** que se encuentra descripta en la Odisea. Ulises temiendo el canto de las sirenas que seducía a los marinos llevándolos a la muerte ordenó que lo ataran al mástil de su barco para protegerse de la tentación. Los marinos se taponaron sus oídos con cera para ser inmunes al canto de las sirenas mientras Ulises atado al mástil escuchaba el canto que no podía tener consecuencias para él. A pesar de los pedidos descarnados que Ulises hacía pidiendo su liberación, sus marinos, cumpliendo sus instrucciones anteriores, lo dejaron atado e incapaz de reaccionar al canto de las sirenas. Su vida y la de sus marinos fueron salvadas porque él reconoció su debilidad y se protegió de la misma.<sup>59</sup>

La Constitución es el intento de la sociedad de atar sus propias manos, de limitar su capacidad para ser víctima de la debilidad que pudiera destruir sus valores más deseados. La experiencia histórica recuerda que las pasiones de un momento pueden llevar al pueblo a sacrificar los principios más elementales de libertad y justicia. Las constituciones son un intento de la sociedad de protegerse a sí misma. Ella enumera los derechos básicos, la organización fundamental, como son las elecciones regulares, la separación de poderes, la igualdad, y hace que el cambio o fractura de ellos sea muy difícil.

A pesar que la analogía entre la Constitución y Ulises es atrayente, requiere de un mayor refinamiento, ya que Ulises ata sus propias manos, pero en cambio la Constitución obliga a las generaciones futuras. Debe tenerse en cuenta que la supervivencia de la Constitución es una expectativa ampliamente deseada por todas las sociedades democráticas que siguen el cuño del constitucionalismo. Esa es la razón por la que está redactada en términos generales y abstractos que permitan la inclusión de todos los

---

<sup>58</sup> CF. LAWRENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 1988, P. 10.

<sup>59</sup> LA METÁFORA DE ULISES Y LAS SIRENAS FUE UTILIZADA ORIGINALMENTE POR BARUCH SPINOZA COMO EJEMPLO DE LA AUTOLIMITACIÓN QUE DEBÍA SEGUIR EL MONARCA. EL ANÁLISIS MODERNO FUE EFECTUADO POR JON ELSTER ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1979.

sectores de la sociedad y al mismo tiempo de una interpretación que varíe según las necesidades de los tiempos. Sirve también como un elemento unificador de la sociedad aumentando la legitimidad del gobierno y de sus decisiones. *La Constitución ha sido, virtualmente desde el momento de su ratificación, un símbolo sagrado, un emblema potente... de la Nación en sí misma.*<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> CF. THOMAS GRAY, THE CONSTITUCIONAL LAW AS SCRIPTURE. 1984.

## En el inicio un contrato.

### La Constitución como contrato social

Como un circuito recurrente en la teoría política el contrato social aparece nuevamente como modelo. Los contractarios contemporáneos tienen orígenes variados, juristas progresivos como Rawls o economistas libertarios como Buchanan, pero ambos y otros toman la antigua metáfora del contrato para transformarla en una hipótesis de análisis y justificación del Estado, del gobierno y de la Constitución.

El contrato social es un modelo de legitimación de la pertenencia del individuo dentro del estado. Es una justificación de la existencia del gobierno. Como todo modelo, es una simplificación de la realidad y por lo tanto, las críticas en cuanto a su sencillez frente a la complejidad de la vida social, son infundadas. **Los modelos teóricos deben ser considerados primariamente por la certeza de sus predicciones antes que por la realidad de sus presunciones.**<sup>13</sup> Esta es una buena aclaración para quienes piensan que es históricamente falso hablar de un contrato que nunca fue concluido o de un estado de naturaleza que nunca existió. La ventaja de un modelo es que nos permite simplificar la muy compleja realidad social y, de esta manera, **comprender mejor ciertos fenómenos y predecir comportamientos futuros.** Esta capacidad de predicción de los modelos es lo que los hace particularmente útiles en las ciencias sociales. Se sacrifican ciertas variables para distinguir otras, pero si el modelo es útil nos permite predecir el comportamiento.

El contrato social es sumamente útil porque a pesar de su falta de rigor histórico, nos permite predecir el comportamiento de los actores sociales dentro del estado y frente al gobierno. Cuando el contrato no se cumple, aparecen los riesgos de conflicto social, o si la que se encuentra desprotegida es una minoría, ésta emigra. Este **voto con los pies** es mucho más común de lo que aparece a simple vista. No sólo se emigra físicamente mudándose con su familia a otro estado, sino que pueden mudarse más fácilmente capitales o inversiones a otros espacios. Este fenómeno es evidente en la historia argentina, que se benefició de la gran inmigración a fines del siglo XIX y que ahora enfrenta un fenómeno inverso. No sólo con el movimiento de personas sino también con el de capitales.<sup>61</sup>

Las reglas del contrato social son mucho más estrictas y útiles de lo que una lectura puramente histórica podría suponer. El renacimiento de este modelo en las nuevas doctrinas contractualistas que van de Buchanan a Rawls<sup>62</sup> así lo demuestran. Los límites

---

<sup>61</sup> LA EXPRESIÓN 'VOTAR CON LOS PIES' PARA INDICAR LA SALIDA DE UNA PERSONA DEL SISTEMA POLÍTICO O ECONÓMICO QUE NO LO REPRESENTA ES DE CHARLES TIEBOUT, CF, "A PURE THEORY OF LOCAL EXPENDITURES", JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY, 64:416.

<sup>62</sup> JAMES BUCHANAN, PREMIO NÓBEL DE ECONOMÍA ES EL FUNDADOR DE LA ESCUELA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA (PUBLIC CHOICE), SU OBRA ES MUY EXTENSA PERO DESTACAREMOS SU

que establece el contrato social, la determinación de los derechos individuales y sobre todo la división de poderes, nos permiten evitar la premonición pesimista de Trasímaco, *‘Cada gobierno dicta las leyes en propio provecho: la democracia leyes democráticas; la tiranía, leyes tiránicas, leyes tiránicas; e igualmente los demás. Una vez dictadas, establecen que lo justo para los súbditos es lo que es útil para ellos, y castigan al que no lo acepta así, como si fuera un hombre injusto y violador de la ley. Y es esto, precisamente,...que en todos los Estados siempre es justo lo mismo: lo que es útil al gobierno establecido. Y éste es el más fuerte, de donde se deduce,...que en todas partes se identifica lo justo con lo que es útil para el más fuerte.’*<sup>63</sup>

### **Una descripción del contrato social.**

James Buchanan<sup>64</sup> inicia el análisis del contrato social con la referencia a Thomas Hobbes. En *Leviatán o Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Hobbes considera que la característica primordial del hombre es la *“cupiditas naturalis”*. El estado natural de la humanidad es la guerra de todos contra todos, *“bellum omnium contra omnes”* hasta el instante en que el temor y el deseo de calma impulsan al hombre a celebrar un acuerdo con sus semejantes por el cual las voluntades individuales contrapuestas abdican en favor de la voluntad del cuerpo político. El hombre es sociable por accidente pero no por su naturaleza. Algunos párrafos del *Leviatán* (1651) son elocuentes, *“durante el tiempo que los hombres vivían sin un poder común que los mantenga a todos con respetuoso temor, están en una condición que se llama guerra, de todos los hombres en contra de todos los hombres.”*

*“En esa condición, no hay lugar para la industria, porque el fruto de ella es incierto y por lo tanto no hay cultura de la tierra, no hay navegación ni utilización de los productos que puedan ser importados a través del mar, ni edificios cómodos, ni instrumentos para mudar o retirar aquellos objetos para los cuales se requiera de mucha fuerza, ni conocimientos sobre la faz de la tierra; no habrá medida del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, un miedo continuo y peligro de muerte violenta, **y la vida del hombre solitaria, pobre, sucia, brutal y corta”**.*

*“La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás)”. En la introducción de esta restricción sobre sí mismos (en la que se los ve viviendo en repúblicas) es la visión de su propia preservación, y de la vida más satisfecha por ese motivo; esto es, de extraerse a sí mismos de la condición miserable de la guerra, que es la consecuencia necesaria de las pasiones de los hombres cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y los ate por temor al castigo al*

---

LIBRO ‘EL CÁLCULO DEL CONSENTIMIENTO’ EN COAUTORÍA CON GORDON TULLOCK, CF. VER EN GENERAL SOBRE ESTE TEMA. BUCHANAN & TULLOCK, EL CÁLCULO DEL CONSENSO. FUNDAMENTOS LÓGICOS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. PLANETA AGOSTINI. (1962). JOHN RAWLS ES EL AUTOR DE LA OBRA TEORÍA DE LA JUSTICIA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA. MÉXICO. 1979

<sup>63</sup> CF. TRASÍMACO, LICOFRÓN Y JENIADES. FRAGMENTOS Y TESTIMONIOS. AGUILAR, BUENOS AIRES, 1964 P. 40. .

<sup>64</sup> LA OBRA DE JAMES BUCHANAN ES MUY VASTA, ADEMÁS DEL CÁLCULO DEL CONSENSO YA CITADO VER, ‘EL PODER FISCAL’ ESCRITO CON GEOFFREY BRENNAN PUBLICADO EN CASTELLANO POR UNIÓN EDITORIAL. BUCHANAN RECIBIÓ EL PREMIO NÓBEL DE ECONOMÍA EN 1987.

*cumplimiento de sus compromisos. Porque los pactos, sin la espada, son solamente palabras y no tienen la fuerza en absoluto para dar seguridad a un hombre.*

*“Por lo tanto no debe sorprendernos que algo más sea requerido (además del pacto) para hacer este acuerdo constante y duradero; que es el poder común, de mantenerlos en el temor y dirigir sus acciones para el bien común”.*

*“El único camino para erigir ese poder común que pueda ser útil para defenderlos de la invasión de extranjeros y los daños hechos de unos contra otros y para darles seguridad de tal manera que puedan alimentarse y vivir satisfechos; es conferir todo el poder y la fuerza a un hombre o a una asamblea de hombres, que puedan reducir todas sus voluntades por la pluralidad de voces para formar una sola voluntad... y de esta manera someter sus voluntades, cada uno a su voluntad, y sus juicios a su juicio. Esto es más que consentimiento o concordancia, es una verdadera unidad de todos ellos, en una y la misma persona, hecho el pacto de cada hombre con cada hombre, de tal manera, como si cada hombre dijera a cada hombre **yo autorizo y abandono mi derecho de gobernarme a este hombre, o a esta asamblea de hombres, con la condición de que abandonen sus derechos a él y autoricen todas sus acciones de lamisma manera.** Hecho esto, la multitud es así unida en una persona, es llamada república, en latín civitas.*

**Si traducimos la elocuencia de Hobbes a términos democráticos contemporáneos** podríamos decir que un maximizador racional de su utilidad elegirá entrar en el contrato social solamente si al hacerlo aumenta su nivel de bienestar. Esto implica que un contrato social como todo otro acuerdo es eficiente, es decir, nos pone en una situación mejor que la que estábamos anteriormente.

**El Contrato Social es un modelo para describir la Constitución.** El contrato social es un elemento preconstitucional y si se cumple legitima la Constitución existente. Según la teoría de la *elección pública*<sup>65</sup>, se puede analizar el comportamiento de las personas frente al gobierno en relación con sus actividades personales. Los gobiernos asignan los bienes llamados preferentes, que son aquellos que por una decisión política se ofrecen a una sociedad, mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. Esto requiere que en una democracia un grupo de personas decida a través de una votación cuales son los bienes que el gobierno debe ofrecer y cuáles no, en cambio un individuo puede decidir por sí mismo si compra un producto en el mercado. En la elección un individuo solo tiene un voto mientras que en la decisión privada en el mercado puede concentrar sus recursos para obtener el bien que desea. Pero si aceptamos que el comportamiento racional habitual en quienes compran y venden en el mercado puede ser trasladado a las actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno se nos abre una nueva interpretación de los fenómenos políticos. En ella se analizan las preferencias de los votantes y la de los gobernantes y como éstas no coinciden, al mismo tiempo como el representante puede tener intereses que aunque sean legítimos no coincidan con los de sus representados. Es decir, que expresiones como el ‘interés general’ pueden resultar ejercicios metafísicos sin relación con situaciones concretas.

22

El término **constitucionalismo** incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las

---

<sup>65</sup> EN INGLÉS *PUBLIC CHOICE*. CF. EN ESTE TEMA LA OBRA A DE BUCHANAN & TULLOCK Y ADEMÁS, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, *THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY* (1985)



elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que **la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria**, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría. Esto también plantea la necesidad de establecer que derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, rige para los tiempos, según la expresión del Juez Marshall<sup>66</sup> pero como todo contrato de largo plazo necesita de una estructura de gobierno de las normas en el tiempo<sup>67</sup>. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y solo tendrían los límites de las convenciones constitucionales.<sup>68</sup> O probablemente los gobiernos no tendrían límite alguno.

La estructura de gobierno se utiliza para administrar los contratos de largo plazo, si los contratos no pueden, en principio, ser reformados o anulados sin el consentimiento unánime de las partes, cuando un contrato es de largo plazo requeriría una revisión permanente. En este sentido, el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Pero la falta de una estructura de gobierno nos llevaría a vivir en una convención constituyente en sesión permanente. Según veremos la Corte Suprema es la estructura de gobierno que establece la Constitución.

Tradicionalmente **el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social**. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han sido base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por unos constituyentes históricos e impuesta a los ciudadanos. Nuestra propia Constitución establece los límites del contrato social cuando reconoce el límite de **las acciones privadas que se encuentran fuera de la autoridad del Estado** según expresa el artículo 19.<sup>69</sup> El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de

---

<sup>66</sup> EN EL CASO MCCULLOCH VS. MARYLAND DE 1819.

<sup>67</sup> 'ESTRUCTURA DE GOBIERNO' ES UNA VERSIÓN CASTELLANA DE LA PALABRA "GOVERNANCE" UTILIZADA PARTICULARMENTE POR LA ESCUELA NEO INSTITUCIONAL EN ECONOMÍA, PUEDE SER TRADUCIDA ASIMISMO COMO "BUEN GOBIERNO".

<sup>68</sup> ES DECIR UN LÍMITE PURAMENTE CULTURAL, SEGÚN LA EXPRESIÓN DE DICEY. PERO NUESTRA TRADICIÓN POLÍTICA NO HA TENIDO UN RESPETO GENERALIZADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES, SINO TODO LO CONTRARIO.

<sup>69</sup> LA ELEGANCIA DEL TEXTO HACE LA CITA OBLIGADA: "LAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES QUE DE NINGÚN MODO OFENDAN EL ORDEN Y A LA MORAL PÚBLICA NI

la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados con la idea contractualista de Constitución.

### ***Una teoría de la justicia en Rawls***

Si la tradición contractualista que nos recuerda Buchanan es primordialmente garantista, la que propone Rawls sobre la teoría del contrato social, tiene una particular preocupación sobre la justicia. Su concepción contractualista se observa cuando analiza uno de los principios de la justicia.

### **La imparcialidad**

*“La idea básica es que cuando un número de personas se comprometen en una empresa cooperativa, mutuamente ventajosa y conforme a reglas, restringiendo por tanto su libertad en la medida en que sea necesario para que se produzcan ventajas para todos, entonces aquellos que se han sometido a estas restricciones tienen derecho a una aceptación semejante por parte de aquellos que se benefician de tal sumisión. No está permitido obtener ganancias del trabajo cooperativo de los demás sin haber cumplido con nuestra parte proporcional...”*

*“Conforme al principio de imparcialidad no es posible estar obligado por instituciones injustas o, en todo caso, por instituciones que excedan los límites de la injusticia tolerable”.*

Rawls analiza cómo es la situación inicial frente al contrato social.<sup>70</sup>

*“La intuitiva de la justicia como imparcialidad es considerar los principios de la justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial debidamente definida. Estos principios son los que serían aceptados por personas racionales dedicadas a promover sus intereses y que estuvieran en esta posición de igualdad con el objeto de establecer los términos básicos de su asociación”.*

*“Ahora bien, es obvio que nadie puede obtener todo lo que quiere: la mera existencia de otras personas lo impide. Lo absolutamente bueno para cualquiera es que todos los demás se le unan en la realización de su propia concepción del bien, cualquiera que esta sea, y de no ser así, que se exija a todos los demás actuar justamente, pero autorizándole a eximirse de hacerlo cuando le parezca. Dado que las demás personas jamás convendrían en asociarse bajo tales términos, estas formas de egoísmo serían rechazadas...”*

*...seguimos un procedimiento familiar en la teoría social: se describe una situación simplificada en la cual individuos racionales que tienen ciertos fines y (p.144) que están relacionados entre sí de cierta manera, habrán de escoger entre diversos cursos de acción teniendo a la vista su conocimiento de las circunstancias. Lo que estos individuos harán, se deriva entonces de un razonamiento estrictamente deductivo a partir de estas presuposiciones acerca de sus creencias e intereses. Su conducta es según la resultante de gustos y obstáculos...la posición original (el origen del contrato social) es una situación puramente hipotética. No es necesario que algo parecido a tal posición haya existido nunca, aunque poniendo en práctica deliberadamente las restricciones que ella inspira podamos remediar las reflexiones que habría de producir en las partes... (p.163)*

### **¿Velo de la ignorancia o de incertidumbre?**

*“La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual cualesquiera que sean los principios convenidos, éstos sean justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia*

---

**PERJUDICAN A UN TERCERO ESTÁN RESERVADAS A DIOS Y EXENTAS DE LA AUTORIDAD DE LOS MAGISTRADOS.”**

<sup>70</sup> RAWLS, J., TEORÍA DE LA JUSTICIA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA. MÉXICO. 1979 P. 143

*puramente procesal como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales.*

*“Se supone, entonces, que las partes no conocen ciertos tipos de hechos determinados. Ante todo, **nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología... más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad...***

*“Entonces, en la medida que sea posible, los únicos hechos particulares que conocen las partes son que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia, con todo lo que esto implica. Estas observaciones muestran que la posición original no debe ser imaginada como una asamblea general que incluye en un momento dado a todos los que vivirán en un tiempo determinado...La posición original tiene que ser interpretada de manera que en cualquier momento se pueda adoptar su perspectiva. Es indiferente cuando se adopta este punto de vista y quién lo hace: las restricciones deberán ser tales que siempre se escogen los mismos principios. El velo de ignorancia es una condición clave para que esto suceda. Asegura no sólo que la información disponible es relevante, sino que es en todo momento la misma”.*<sup>72</sup>

El concepto del velo de ignorancia como restricción de la información es un concepto típicamente económico. Las decisiones no se toman con información completa. Generalmente quien toma una decisión hace el cálculo de conveniencia entre tomar la decisión con la información que posee, o hace frente al costo de la información necesaria para tomar una decisión más informada.

Detrás del velo de ignorancia, Rawls concluye que dos principios sobre la justicia serán elegidos. El primero será que **cada individuo tendrá derecho a una libertad básica compatible con la libertad similar de los otros**. El segundo sería que **las desigualdades sociales y económicas se organizarán de tal manera que se pueda esperar razonablemente que sean para ventaja de todos**. Este segundo principio, llamado de diferencia, permitirá las desigualdades de ingreso y riqueza para los que resulten en mejor situación. Sólo lo estarán si los que están en el fondo de la distribución también mejoran. Existe una similitud entre el principio de diferencia de Rawls y los estándares de eficiencia de Pareto. Esta es la distinción entre el utilitarismo y el criterio de eficiencia Hicks-Kaldor, que permite a los individuos empeorar en la medida que el bienestar general o la riqueza general aumenten.

En el modelo de Rawls es central la creencia de que la gente tiene **aversión al riesgo**. Los individuos asumen que finalmente estarán entre los peores de la sociedad y entonces escogen los principios de gobierno que maximizará el bienestar de los que estarán peor.<sup>73</sup> Una opinión similar es a la que llega Buchanan cuando se refiere al velo de incertidumbre, no es necesario imaginar una decisión tan compleja como la del velo de

---

<sup>72</sup> <sup>72</sup> <sup>25</sup> RAWLS, J., TEORÍA DE LA JUSTICIA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA. MÉXICO. 1979  
P. 166

<sup>73</sup> <sup>26</sup> ESTA AVERSIÓN ES TAN GRANDE QUE ADOPTAN EL SISTEMA DE DECISIÓN “MAXIMIN”.

ignorancia. Simplemente como la información es incompleta y nos encontramos en una situación de incertidumbre el actor racional aceptará un contrato social que minimice sus riesgos y que asegure una riqueza mínima en todas las circunstancias.

## La Constitución como un Contrato de largo plazo.

### *¿Por qué tenemos un gobierno?*

La pregunta central si imaginamos un contrato social es por qué los individuos eligen tener un gobierno. Un “gobierno” significa **un ambiente en el que cada uno no tendrá libertad para ejercitar todas sus preferencias**, ya que existe algún elemento de control impuesto por esta estructura. El fundamento es que cada uno consentirá **una pérdida de libertad actual o potencial cuando hay una maximización de utilidad en ella**. La razón básica para dar una porción básica de la libertad propia es que es una parte necesaria del contrato social con otros que estarán igualmente limitados. Debemos entregar algo para inducir la cooperación de los demás.

El acuerdo para limitar la libertad propia no solamente constituye el elemento necesario en el contrato social para lograr la formación de un gobierno, sino que puede aumentar el poder propio para influir en los demás. El ejemplo es el de tener un sistema de gobierno que permita el cumplimiento de los contratos. La pregunta es saber ¿cómo la existencia del gobierno mejora la situación de los individuos? La razón básica está asociada al concepto de **externalidad**, tanto positiva como negativa. La imposibilidad para el productor de una obra de internalizar las externalidades positivas, es decir, la protección de lo producido por su trabajo, puede llevar a que el productor o inventor no lleve a producción algo que todos considerarán valioso, pero que no están dispuestos a producir esperando que alguien más se lo quite o lo lleve a la producción sin su autorización. En algunos casos, estos productos son **“bienes públicos”**. Un bien público tiene una externalidad positiva pero puede ocurrir que los usuarios no estén dispuestos a pagarlos. Es el caso del cuidador del barrio con el cual todos se benefician pero algunos no quieren pagar. En los bienes públicos existe el riesgo de comportamientos oportunistas de quienes quieren beneficiarse con el esfuerzo del grupo pero no quieren hacer una contribución.

Las **externalidades negativas** son el opuesto de lo dicho. Si en las externalidades positivas el productor incurre en todos los costos pero es incapaz de capturar todos los beneficios, en las negativas todos los beneficios de la producción son captados por el productor pero los costos de producción son en parte asumidos por otros. Es el caso de la fábrica que contamina el aire o el agua pero no incurre en costo alguno por las consecuencias de su acción. Existe la posibilidad de que las externalidades puedan ser controladas por acuerdos privados, pero esto es difícil sin el paso crítico de determinar el derecho al uso del agua o los niveles de contaminación permitidos. La negociación requiere de una determinación de títulos de propiedad previa.

La existencia de bienes públicos sugiere que el bienestar de los individuos requiere de la cooperación. El problema es que la cooperación en larga escala es una difícil obtención y corre el riesgo de comportamientos oportunistas.<sup>74</sup> Por ello, aún los maximizadores del

---

<sup>74</sup> LOS JUEGOS OPORTUNISTAS MÁS HABITUALES SON EL FREE RIDER ES DE QUIEN VIAJA SIN PAGAR, TAMBIÉN SE UTILIZA EL TÉRMINO POLIZÓN, Y EL ‘HOLD OUT’ QUE SE REFIERE A QUIÉN NO PARTICIPA EN LA DECISIÓN Y ESPERA PARA OBTENER UN BENEFICIO POSTERIOR.

interés propio consienten en la pérdida de la libertad que está asociada con la existencia de un gobierno.

Son circunstancias en las cuales el sistema de gobierno es más eficiente que el “estado de naturaleza” o la ausencia de gobierno. La cantidad de libertad personal que los individuos están dispuestos a ceder estará determinada por la valoración que hacen de esa libertad frente al valor obtenido al asociar la libertad de cada persona al formar un gobierno.

Si utilizamos la medida de **Pareto** para determinar la eficiencia, diríamos que **no hay gobierno a menos que todos los que quedan sujetos a él presten su consentimiento**. Por otra parte, si se utiliza el criterio Hicks-Kaldor, también llamado de eficiencia costo beneficio, en la medida que **los que se benefician del gobierno maximizan su utilidad más que los que pierden con su existencia, de tal manera que pudieran compensarlos** aunque no lo hagan efectivamente.

Un gobierno que establezca la coerción de los individuos no cumple con ningún criterio de eficiencia. Si el gobierno pudiera simplemente ser establecido por una mayoría del pueblo que mejora con ello y está de acuerdo en someter a la minoría. Esta subordinación de la minoría no sólo no sería eficiente en el criterio de Pareto, sino que no existe garantía que será eficiente en el criterio Hicks-Kaldor, ya que es imposible de saber si los beneficios obtenidos por la mayoría pueden ser superiores a las pérdidas incurridas por la minoría.

### ***El contrato constitucional.***

El modelo de contrato de largo plazo describe a la Constitución mucho más que imaginarla como una ley fundamental. La idea de una Constitución impuesta por una decisión de una mayoría supone que no establece límites adecuados al gobierno. Por el contrario, la Constitución, como un contrato, resuelve el método de organización del gobierno que se crea, y le establece límites que debe aceptar.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como similares al consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran tenido una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. Como ciudadanos apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

Ahora bien, en un contrato el costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran presentarse es muy elevado. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido y gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es inmensa. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas específicas en el contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por **un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran**

**negociado con relación a esta contingencia concreta.** La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y a un tribunal puede resultarle imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa situación si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra **alternativa es una renegociación entre las partes.** Esta solución podría ser razonable si la situación es un acuerdo bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga cuando la contingencia ocurre el monopolio exclusivo del uso de la fuerza, como es el caso del gobierno, que debe enfrentar un conjunto de habitantes desorganizados en un futuro indefinido. Esta sería la situación si la Constitución debiera enfrentarse a problemas no previstos por los constituyentes en su texto, y dejara los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo. La solución posible es que exista **una agencia permanente que actúe como representante de los habitantes y ciudadanos**, este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Cuando es percibida como un protector de la ciudadanía que regula la solución de conflictos, la Corte no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera, la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

### ***La Corte Suprema como 'estructura de gobierno' de la Constitución.***

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como “*usar y disponer de su propiedad*” o “*bienestar general*” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces **describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación**, si bien limitado por el texto de la Constitución, para hacer cumplir un contrato social que nos une en una sociedad de convivencia. Es decir que la Corte Suprema cumple con esta función antes que como el agente de los constituyentes. Esto último no sería realista porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron son extremadamente vagas, aún los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado.

El tema de los incentivos judiciales lleva a la perplejidad, ya que la estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tiende a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos porque

confiaríamos en la protección que nos brindan los jueces y que incentivos tendrían ellos para apoyar nuestras demandas antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa.<sup>75</sup> Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar **soluciones independientes de la influencia política** y en este caso pueden proteger a las minorías “discretas e insulares” que no tienen protección en el proceso legislativo. La independencia es la principal fuente de legitimación del control judicial de la legislación. La interpretación constitucional plantea costos, debidos a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas y no describen la realidad actual, o costos de agencia si las normas son demasiado generales, ya que les darían una gran amplitud a los intérpretes. Pero estos costos últimos son aceptables cuando la característica súper mayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Tomemos como ejemplo de los riesgos de no tener un intérprete final de la Constitución la situación que se daría aun en una norma constitucional inflexible pero de fácil aplicación, la que establece tres Senadores por cada provincia, dos por la mayoría y uno por la minoría. Si este tema se dejara a la política de voto mayoritario su determinación, esto llevaría a búsqueda de rentas y ventajas políticas muy costosas. Porque si el voto de una mayoría simple permitiera variar la representación política o expropiar la riqueza de una minoría, se dedicarían recursos enormes para lograr esa legislación o para evitarla. Baste recordar las consecuencias que para el erario público tuvo la reforma constitucional para lograr la reelección presidencial en 1994. La existencia del requisito súper mayoritario que tiene la norma constitucional, limita el debate legislativo a cuestiones de menor importancia, donde el riesgo para la libertad o los bienes de las personas es menor.

## **Una teoría económica de la Constitución.**

Una visión económica de la Constitución parte de una base contractualista. De esta manera la Constitución es el cálculo que hace cada persona al ingresar en el contrato social. Este cálculo sobre el equilibrio entre los beneficios y los costos de integrar el Estado, de separar lo que es una decisión individual y lo que es una decisión colectiva y los límites que tiene cada una de ellas, conforma la **decisión constitucional**. Este cálculo y esta decisión son individuales, y son las razones por las cuales aceptamos y cumplimos el contrato social, y por las que permanecemos dentro del Estado.

Cada individuo hace **un cálculo para determinar las actividades que deberán organizarse por decisión privada y cuales organizarse colectivamente**. Su decisión final debe basarse en una comparación de los costos de su organización privada con lo que espera recaigan sobre él como resultado de la misma organización colectiva.

---

<sup>75</sup> LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS “DIFUSAS O INSULARES” FUE ESTABLECIDA EN LA NOTA N° 4 EN EL VOTO DEL CHIEF JUSTICE HARLAN STONE EN EL CASO “U.S. VS CARONENE PRODUCTS” 304 U.S. 144, (1938). Y TAMBIÉN ANALIZADA EN LA OBRA DE JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST*. HARVARD. 1980.



Los costos que una actividad organizada en forma colectiva imponen sobre cada individuo dependen del modo en el cual se toman las decisiones colectivas. Por lo tanto, la elección de la forma en que se toman las decisiones no es independiente de la elección sobre el método de organización.<sup>76</sup>

Hay dos elementos en los costos de interdependencia:

1. **los posibles beneficios de la acción colectiva**, que pueden medirse en términos de las **reducciones en los costos** que el **comportamiento particular de otros individuos** puede asignar sobre **el individuo que toma la decisión**.

2. Sin embargo, la acción colectiva también requerirá que el individuo gaste algún tiempo y esfuerzo en la búsqueda de acuerdo con sus compañeros al tomar las decisiones para el grupo. **Bajo ciertas reglas de toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al propio interés del individuo**. En cualquier caso, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y el hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de su elección constitucional. La acción colectiva requerirá que **el individuo gaste tiempo y esfuerzo en tomar decisiones con todo el grupo y para eso requerirá buscar el acuerdo con los otros individuos. Según las normas que se utilicen para la toma de decisiones, el grupo puede tomar opciones contrarias al interés del individuo**.

Como dijimos, la participación en la actividad colectiva es costosa para el individuo y un hombre racional tendrá en cuenta este hecho en el período de la elección constitucional. Podemos utilizar los dos elementos de los costos de interdependencia y desarrollar **dos funciones de costos**:

- a) los costos externos de la decisión que nos es impuesta
- b) los costos de la decisión que nos interesa.

---

<sup>76</sup> BUCHANAN & TULLOCK "EL CÁLCULO DEL CONSENTIMIENTO" PÁGINA 100.

## **La interpretación constitucional.**

### ***La inevitable necesidad de la interpretación constitucional.***

Si bien al aplicar cualquier norma, los jueces deben decidir lo que significa, tres características hacen que la interpretación constitucional sea particularmente compleja y produzca conflictos interpretativos.

- (i) Surgen múltiples problemas que la Constitución no considera expresamente, por ejemplo cuando las leyes federales infringen a la autonomía provincial, ¿pueden las provincias adoptar leyes que limiten el comercio interprovincial? ¿Puede el presidente remover a los funcionarios públicos y en qué casos? Estos problemas son en menos la cuestión de decidir una frase particular de la Constitución y son más una reflexión de la realidad que innumerables casos de gobierno que no son resueltos dentro del lenguaje de la Constitución. Marshall expresó a principios del siglo XIX que la Constitución no podía tener “*la prolijidad de un código legal*” pero en cambio “*su naturaleza requiere que solamente los grandes lineamientos puedan ser expresados, sus objetos importantes designados... no debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando... una Constitución, que tiene la intención de perdurar en el tiempo a venir, y consecuentemente, a ser adaptada a las variadas crisis de los asuntos humanos*” (77). Como la Constitución es fundamentalmente un esquema, un plano de gobierno, no resuelve la multitud de cuestiones que los tribunales deben considerar.
- (ii) Aun cuando existen normas precisas, la mayor parte de la Constitución está escrita en un lenguaje con textura abierta y utiliza frases como “el comercio interprovincial” o “usar y disponer de su propiedad” o “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” o “libertad” o “igualdad” que sumadas a otras habituales en el lenguaje constitucional como “debido proceso” no tienen una definición precisa en el texto. La Corte Suprema debe definir el contenido y significado de éstas y otras cláusulas que se encuentran en la Constitución. No hay duda de que esta característica de utilizar un lenguaje de textura abierta es lo que ha permitido a la Constitución sobrevivir tanto tiempo, doscientos años en los Estados Unidos y algo menos de ciento cincuenta en nuestro país, aun cuando se refieran a un mundo que es fundamentalmente diferente del que existía cuando fueron redactados. Pero es esta naturaleza de la Constitución la que requiere que los tribunales la interpreten y decidan su significado.
- (iii) Inevitablemente en el derecho constitucional los tribunales deben enfrentar la determinación de las justificaciones gubernamentales suficientes para permitir que el gobierno interfiera en un derecho fundamental. Éste es el caso específico de nuestra Constitución, que establece: “*El Congreso federal no dictará*

---

<sup>77</sup> “MCCULLOCH VS. MARYLAND”, 1819.

*leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal*". A pesar de la redacción expresa de la Constitución, esta disposición nunca pudo haber sido comprendida como un absoluto. De esta manera se reconoce que puede haber leyes que castiguen las calumnias y las injurias, el perjurio como libertad de expresión o para utilizar el clásico ejemplo del juez Holmes en el caso "*Schenck vs. United States*", en 1919, la prohibición de gritar "fuego" en un teatro repleto. La cuestión aparece entonces como la de trazar una línea en los puntos en que el gobierno puede regular la libertad de expresión.

## ***¿Hay una teoría única de la interpretación constitucional?***

### **Las decisiones en un marco de incertidumbre.**

La acción humana se desarrolla en un marco de **incertidumbre**, es decir, circunstancias en las que valores de probabilidades ciertas no pueden ser asignadas a posibles estados futuros. Cuando a los eventos futuros se les puede asignar una probabilidad se utiliza el término de **riesgo**.<sup>78</sup> Debido a la incertidumbre ninguna norma podría predecir las circunstancias futuras, por lo tanto requiere ser interpretada para resolver situaciones imprevistas. El contrato social al permitir una estructura de gobierno, como son los tribunales, resuelve la situación de una Constitución que debe funcionar en un marco de incertidumbre.

La incertidumbre afecta todas las decisiones humanas, y particularmente cuando a través de normas se quiere ordenar el futuro. Por lo tanto podríamos redefinir nuestro tema como la interpretación constitucional en un marco de incertidumbre, ya que nadie conoce como podrán aplicarse las normas en el futuro. Se pueden llamar "problemas de la penumbra" a los que surgen fuera de la interpretación previsible de una norma. Los problemas de la penumbra pueden aparecer tanto en cuestiones triviales como la reglamentación del estacionamiento en los parques públicos como en las normas generales de la Constitución. Si una penumbra de incertidumbre debe rodear a todas las normas legales entonces su aplicación a casos concretos dentro de esa área de penumbra no puede ser una cuestión exclusiva de deducción lógica. El razonamiento deductivo no puede ser el modelo exclusivo para la aplicación de una norma general a casos concretos. Si los argumentos jurídicos y el razonamiento jurídico en cuestiones de penumbra deben ser racionales, este uso de la razón debe ser diferente de una relación lógica basada en las premisas.

---

<sup>78</sup>. FRANK KNIGHT EN SU OBRA *RISK, UNCERTAINTY AND PROFIT, 1921 "RIESGO, INCERTIDUMBRE Y BENEFICIO"*, DESTACA LA DISTINCIÓN ENTRE "RIESGO" (ALEATORIEDAD CON PROBABILIDADES CONOCIDAS) E "INCERTIDUMBRE" (ALEATORIEDAD CON PROBABILIDADES DESCONOCIDAS, DE ESTA MANERA SEÑALA LA DIFERENCIA ENTRE 'RIESGO' QUE PUEDE SER CALCULADO E 'INCERTIDUMBRE' QUE NO PUEDE SER CALCULADA, LA ACCIÓN HUMANA SE ENCUENTRA EN UN MARCO DE INCERTIDUMBRE.

La dificultad de tomar una decisión en un marco de incertidumbre fue expresada por el Juez Oliver Wendell Holmes, Jr. En el caso *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920)

*Con respecto a esto podemos agregar que cuando nos estamos ocupando de palabras que también son un acto constitutivo, como la Constitución de los Estados Unidos, nosotros debemos darnos cuenta que [los constituyentes] han traído a la vida un ser cuyo desarrollo no se habría podido prever totalmente aún por el más dotado de sus progenitores. Fue suficiente para ellos darse cuenta, o al menos tener la esperanza, que habían creado un organismo; ha llevado un siglo y ha costado a sus sucesores mucho sudor y sangre para probar que crearon una nación. El caso a resolver debe ser considerado teniendo en cuenta nuestra experiencia entera y no simplemente lo que fue dicho hace cien años.*

Para comprender el proceso de razonamiento que en la práctica lleva a la decisión jurídica requiere sustituir la perspectiva monológica, producto de un razonamiento único del juez o intérprete, por la perspectiva dialógica. Es la técnica de pensar por problemas y del procedimiento para resolverlos. Esta metodología evita concebir al razonamiento jurídico como averiguación de algún tipo de verdad, ya sea averiguación del “verdadero” sentido de la norma jurídica, ya de la “verdadera” voluntad del legislador, ya del “verdadero” concepto jurídico que “explica” el caso y predetermina su solución. Si se parte de un pretendido método científico entre el objeto, el derecho, y el sujeto que lo aplica median guías técnicas, instrumentos auxiliares que lo orientan en ese conocimiento. Si se considera que el derecho es accesible al intérprete con el único apoyo de las leyes de la lógica y de un método que explica los pasos del razonamiento y las referencias a que ha de atender. Se cae en el resultado del razonamiento jurídico monológico: cada sujeto razona individualmente, en su fuero interno, y todos por igual, para llegar a la misma verdad, que es única. Sería la búsqueda de la verdadera norma jurídica, de los verdaderos contenidos jurídicos, y considerar que existe una verdadera interpretación de las normas. Este camino es erróneo porque ninguna norma escrita puede completar el conocimiento en el marco de incertidumbre en el que se aplica el derecho. Habermas ha señalado que el derecho es dialógico, es decir producto de un debate entre las partes frente al juez y esta forma de conocimiento completa la norma escrita. Norma que es siempre incompleta y requiere de un caso concreto para determinar su contenido.

El derecho es opaco es el intérprete quien completa su contenido según sus deseos, valores y en búsqueda de la solución del caso concreto. Por tanto, no hay una verdad objetiva e indubitada que se contiene en la norma jurídica, sino verdades relativas al sujeto que las interpreta y las aplica. El método dialógico resuelve el conflicto sobre la información incompleta del juez al permitir que cada parte argumente el caso y de la información y argumentación que desee.<sup>79</sup>

La interpretación constitucional que utilicemos dependerá de la visión que tengamos de la Constitución y del proceso que utilicemos para aplicarla. En cuanto a la primera considero que el contractualismo es la hipótesis que mejor describe a la Constitución. En

---

<sup>79</sup> HABERMAS JÜRGEN *BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY*. CAMBRIDGE: MIT PRESS. 1995 (TRANS. WILLIAM REHG). P. 10.

cuanto al proceso considero que el control judicial de constitucionalidad difuso impone formas de interpretación diferentes que los sistemas concentrados.

La interpretación constitucional es útil para resolver los problemas planteados de la mejor manera posible, es decir para buscar la mejor solución del caso concreto. Tradicionalmente se imaginó que los problemas constitucionales a resolver eran los que afectaban al gobierno y por eso se dudaba, fundamentalmente en Europa, que la Constitución no era estrictamente un orden normativo.<sup>80</sup> En cambio, con el control judicial difuso la interpretación constitucional está dirigida a resolver los problemas cotidianos de los habitantes y ciudadanos. Quienes ante los menores costos de transacción de recurrir a los jueces en lugar del poder político, utilizan el control judicial para asegurar el cumplimiento de la Constitución y resolver conflictos que los agravian.

### ***Las Modalidades del argumento constitucional.***

Si la Constitución es un contrato que cuenta con un órgano de gobierno que son los jueces y con un procedimiento formal para asegurar su cumplimiento, es necesario determinar qué razonamientos y qué argumentos son válidos para asegurar el cumplimiento del contrato. Es decir, que el razonamiento y la forma de argüir determinan los medios en las que las proposiciones constitucionales son caracterizadas como válidas y utilizables en el control de constitucionalidad. Estos argumentos, y más aún el discurso jurídico en que se integran, varían según el sistema de control de constitucionalidad que se aplica. En un sistema concentrado el discurso es único y la respuesta por parte del tribunal luego del debate es también única. Los problemas que se intenta resolver son importantes y las soluciones dramáticas en sus consecuencias, ya que la cuestión no puede estrictamente volver a ser tratada. Estas circunstancias de concentración y de exclusividad alejan al sistema concentrado del debate cotidiano de los problemas constitucionales. Éste sistema de control de constitucionalidad tiende al **macro análisis de la Constitución**. En cambio en el sistema difuso la interpretación constitucional es cotidiana, puede decirse que se efectúa en cada caso que se resuelve, ya que sin duda, en cada caso judicial puede surgir y plantearse una cuestión constitucional. Este sistema impone una interpretación constitucional diferente. Puede decirse que el control difuso permite un **micro análisis de la Constitución**, permite la toma de decisiones constitucional en casos que afectan individualmente a las personas y se plantean cotidianamente, sin desmedro de la ejemplaridad de los precedentes.

¿Cuáles son los métodos que el control judicial difuso considera como válidos para la interpretación constitucional? Puede hacerse una enumeración sin que se ha considerado una clasificación, el riesgo de las clasificaciones es que si bien no incorporan conocimiento pueden simularlo. No es ésta una enumeración de esencias diferentes, sino simplemente una lista de posibles métodos de interpretación.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> 'POR SU PROPIA NATURALEZA, EL DERECHO CONSTITUCIONAL CARECE DE SUPUESTOS NECESARIOS A UN ORDEN DE NORMAS JURÍDICAS COACTIVAS.' MANUEL GARCÍA PELAYO. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. 8° ED. REVISTA DE OCCIDENTE. MADRID. P. 112.

<sup>81</sup> CF. PHILIP BOBBITT. CONSTITUTIONAL FATE: THEORY OF THE CONSTITUTION. OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1982

Podríamos incluir en esta lista los siguientes argumentos:

1. **Histórico:** que buscaría determinar la intención de los constituyentes y las expresadas en todo el proceso de sanción de la Constitución. Esta fuente es de difícil prueba ya que, aún en las constituciones modernas donde se cuenta con amplias fuentes escritas, es muy difícil conocer la verdadera intención de los constituyentes.<sup>82</sup>
2. **Textual, o gramatical.** Trata de buscar el significado de las palabras de la propia Constitución, de la manera en que serían interpretadas por un lector actual. En este tipo de método se buscan generalmente las cláusulas imperativas, las que establecen una prohibición un requisito formal. Las cláusulas imperativas son necesarias cuando el objetivo es asignar claramente los derechos y evitar interpretaciones capciosas o chicanas procesales. Es por eso que se fijan claramente la duración de los mandatos y se prohíbe la permanencia en el cargo luego de cumplida cierta fecha. O el caso de la prohibición de candidaturas, como de los gobernadores para ser diputados. Lamentablemente, no siempre estos obstáculos estrictos cumplen su objetivo ya que hay siempre la oportunidad de interpretaciones aviesas.
3. **Estructural:** es el método que interpreta las normas entre las relaciones que establece la Constitución, entre los poderes del gobierno, entre los poderes y los derechos individuales, entre la Nación y los tratados internacionales. En este punto debe señalarse la importancia de los tribunales para asegurar la división de poderes que es la única salvaguarda frente al autoritarismo. De la misma manera impedir la delegación legislativa, los decretos legislativos, y la organización de los poderes políticos por reglamento; también asegurar la legalidad en la reglamentación de los derechos individuales y en particular del sistema tributario. A pesar de la difusión de la doctrina del proceso político para la interpretación del federalismo<sup>83</sup>, no puede existir un sistema federal sin jueces que actúen como árbitros en los conflictos intergubernamentales.
4. **Doctrinaria o de precedentes,** es la interpretación a través de los presidentes de los tribunales como fuente autónoma del derecho constitucional. Los precedentes también pueden ser utilizados como fuente suplementaria, simplemente como demostración o prueba de otros métodos de interpretación. La interpretación constitucional es habitualmente la interpretación de precedentes anteriores que han establecido las normas sobre las que se basan las decisiones futuras, puede utilizarse la metáfora de una estructura geológica de capas sobre las que se instalan nuevas capas de sedimentos. Dworkin señaló gráficamente esta situación al señalar que la Constitución era 'una novela por entregas'.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> CF. ANTONIN SCALIA. A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW . PRINCETON 1998.

<sup>83</sup> CF. JESSE H CHOPER. JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS: A FUNCTIONAL RECONSIDERATION OF THE ROLE OF THE SUPREME COURT. UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 1980.

<sup>84</sup> "UN GRUPO DE NOVELISTAS ESCRIBE UNA NOVELA POR ENTREGAS; CADA NOVELISTA INTERPRETA LOS CAPÍTULO ANTERIORES PARA PODER ESCRIBIR UNO NUEVO, QUE LUEGO AGREGA TOTAL PARA ENVIARLO EL SIGUIENTE NOVELISTA Y ASÍ SUCESIVAMENTE. CADA UNO TIENE LA TAREA DE ESCRIBIR SU CAPÍTULO PARA REDACTAR LA NOVELA DE LA MEJOR MANERA POSIBLE". RONALD DWORKIN. LAW'S EMPIRE. HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1986 P. 229. *THE CHAIN NOVEL ANALOGY*.

5. **Ética:** en la medida que puedan derivarse normas éticas de los compromisos existentes en la Constitución. Los argumentos éticos también dependerán de la formación o de los criterios del juez, que si los aplica deberá mencionarlos en su sentencia. El problema de los argumentos éticos es que los jueces tienden a no mencionarlos en sus sentencias, toman la decisión por motivos que ocultan y construyen un discurso justificador posterior de su decisión. Aunque los verdaderos motivos no son mencionados.
6. **De prudencia:** En estos casos debe buscarse un equilibrio entre los costos y beneficios de la aplicación de una norma. Los argumentos de razonabilidad o proporcionalidad tienen el riesgo de la indeterminación. Una manera de ajustarlos es utilizar a la interpretación constitucional el análisis de costo beneficio, como forma de valorizar el riesgo que se quiere evitar, los costos reales que se propone asumir y los beneficios esperados.<sup>85</sup>

### ***Teorías sustantivas y procesales en la interpretación constitucional.***

La pregunta es determinar si la Constitución establece valores que deben ser reconocidos por los intérpretes o por el contrario es el procedimiento establecido en la Constitución para determinar normas la que determina la forma en que debe ser interpretada.

#### **1. Las teorías valorativas.**

Las teorías sustantivas en la interpretación constitucional buscan identificar valores sustantivos que la jurisdicción constitucional debería apoyar. Esta doctrina es sostenida por la Corte Constitucional de Alemania que sostiene que la Ley Fundamental no está formada apenas por reglas y principios sino que es subyacente al sistema de normas un orden objetivo de valores, un orden jerárquico de valores constitucionales. Tal como fuera expresado en el caso Lüth:

*“La sección de derechos humanos [de la Ley Fundamental] establece un orden objetivo de valores y ese orden refuerza bastante el poder efectivo de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que se centra en la dignidad de la personalidad humana en libre desarrollo dentro de la comunidad social, necesita ser entendido como una decisión constitucional fundamental, que afecta todas las esferas del derecho [público o privado]. El sirve como patrón para medir y evaluar todas las acciones en temas legislativos, administrativos y judiciales.”<sup>86</sup>*

En la búsqueda de los principios constitucionales más importantes la Corte Constitucional alemana consideró adecuado interpretar la Ley Fundamental en términos

---

<sup>85</sup> CF. MATTHEW D. ADLER, ERIC A. POSNER EDS. **COST-BENEFIT ANALYSIS: ECONOMIC, PHILOSOPHICAL, AND LEGAL PERSPECTIVES.** UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 2001. ESCRIBEN: MATTHEW D. ADLER, GARY S. BECKER, JOHN BROOME, ROBERT H. FRANK, ROBERT W. HAHN, LEWIS A. KORNHAUSER, MARTHA C. NUSSBAUM, ERIC A. POSNER, RICHARD A. POSNER, HENRY S. RICHARDSON, AMARTYA SEN, CASS R. SUNSTEIN, W. KIP VISCUSI.

<sup>86</sup> CITADO EN DONALD KOMMERS. **THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY.** P. 363.

de su unidad estructural. Tal vez 'unidad ideológica' sería el término más adecuado, porque la Corte entiende a la Ley Fundamental como una estructura unificada de valores sustantivos. La pieza central de esa estrategia interpretativa es el concepto de un orden objetivo de valores, con concepto que deriva de la interpretación que ha hecho la misma Corte de la Ley Fundamental. De acuerdo con ese concepto, la Constitución incorpora las decisiones valorativas fundamentales de los constituyentes, siendo que la más fundamental es la elección de un orden democrático: una democracia liberal, representativa, federal y parlamentaria, sostenida y reforzada por los derechos y libertades fundamentales. Esos valores fundamentales son objetivos porque se considera que los mismos tienen una realidad independiente de la Constitución, imponiendo a todos los órganos de gobierno la obligación de realizarlos en la práctica. La noción de un orden objetivo de valores puede también ser expresado de otra manera. Todo derecho fundamental de la Constitución, como la libertad de expresión y el derecho de propiedad, tiene un valor correspondiente. Un derecho fundamental es un derecho negativo contra el Estado, pero ese derecho representa un valor, y como valor impone al Estado una obligación positiva de asegurar que él se torne una parte integrante del ordenamiento jurídico. Esta teoría permite a la Corte una participación en un proceso de decisión que permite la libre elección de las finalidades que serán alcanzadas, manteniendo al mismo tiempo la apariencia de ser un proceso limitado por el texto de las leyes. De una manera maliciosa esta teoría satisface la tradicional exigencia germánica de la objetividad en el sentido de separar el derecho de la política, pero tolera la búsqueda de un sentido político en el derecho constitucional.

La jurisprudencia de valores sufre de críticas por quienes observan que la Corte Constitucional pueda adoptar sus propias decisiones valorativas cubriéndolas con el manto legitimador de un procedimiento orientado racionalmente, lo que aumenta la capacidad de persuasión de sus decisiones sin aumentar su grado de racionalidad. Habermas critica esta jurisprudencia de valores señalando que confunde los principios que tienen un carácter deontológico, en el sentido que establecen normas que deben ser obedecidas, con los valores que tienen un carácter teleológico, en el sentido que establecen fines que deben ser perseguidos. La reducción de los principios a valores conduce a una argumentación jurídica inconsistente.

Porque las normas y los principios, en virtud de su carácter deontológico, pueden pretender ser universalmente obligatorios y no apenas especialmente preferibles, ellos poseen una mayor fuerza de justificación que los valores. Los valores deben ser puestos en un orden transitivo con otros valores, caso a caso. Como no hay patrones racionales para eso, ese equilibrio sucede arbitrariamente o sin mayor reflexión. A partir del momento en que una corte constitucional adopta la doctrina de un orden objetivo de valores y fundamenta su proceso de decisión en una forma de realismo o convencionalismo moral, el peligro de decisiones irracionales crece, porque los argumentos funcionales ganan precedencia sobre los normativos. Seguramente, hay varios principios o bienes colectivos que representan perspectivas cuyos argumentos pueden ser introducidos en un discurso jurídico en casos de colisión con normas. Pero argumentos basados en tales bienes y valores colectivos apenas cuentan en la misma medida que las normas y principios por los



cuales esos objetivos pueden, a su vez, ser justificados. En última instancia, solo derechos pueden ser invocados en un juego argumentativo.<sup>87</sup>

Las teorías sustantivas buscan identificar valores que la interpretación constitucional debería promover, como es el caso de las posiciones distribucionistas de Rawls. Por el contrario las teorías formales buscan metodologías que pueden ser utilizadas en la decisión constitucional pero no a través de la identificación de valores sustantivos por los cuales se podría analizar la validez de las decisiones tomadas.

La elección de una teoría constitucional debe ser elegida a través de consideraciones que son externas al texto constitucional. **Una constitución escrita no puede determinar de por sí que una teoría interpretativa sea la correcta.** La elección de una teoría debe buscar los mejores resultados para el caso, incluyendo las consecuencias que acarreará.

## **2. El árbol se mide por sus frutos.**

Las teorías interpretativas deben ser juzgadas por sus frutos probables. Para determinar que teoría elegir es crucial analizar qué tipo de decisiones judiciales se tomarán una vez que una determinada teoría sea escogida. Una vez elegida una teoría interpretativa debe seguirse aún en los casos que de otra manera se rechazarían, de lo contrario no sería una interpretación sino una excusa para justificar los resultados que a los que se ha llegado por otros motivos.

Una teoría interpretativa debe tener en cuenta los resultados que obtiene, porque una decisión judicial tomada con las mejores intenciones, incluyendo un análisis detallado de la hipotética voluntad de los constituyentes, puede tener consecuencias desastrosas. La solución no puede ignorar los resultados causados por la sentencia, tanto para el caso en concreto, como para los que en el futuro ser resolverán utilizando ese precedente.

## **3. Teorías procesales: La práctica constitucional.**

En un contraste con las teorías interpretativas basadas en la consonancia con el texto, (interpretativistas o originalistas) o los que sostienen la importancia de una inclusión de los valores (jurisprudencia de valores), algunas teorías interpretativas se basan en la práctica constitucional. Se trata de determinar que es reconocido en la práctica como el contenido de la Constitución y del derecho constitucional. Dworkin compara a la jurisdicción constitucional a la de **una novela por entregas**. De esta manera los constituyentes redactaron el primer capítulo, pero Dworkin considera que las normas ampliamente aceptadas de la práctica jurídica obligan a los jueces contemporáneos a tejer una narrativa que incorpore y explique a los precedentes judiciales posteriores de la misma manera que al texto y a la historia constitucional. Pero la novela por entregas si no está escrita por el mismo autor tiende a transformarse en el “*cadavre exquis*” de los

---

<sup>87</sup> JÜRGEN HABERMAS. BETWEEN FACTS AND NORMS. OP. CIT. PP.259-261.

surrealistas, donde cada uno de los participantes escribía un verso que otro continuaba sin conocer al anterior y así sucesivamente. Interpretar precedentes escritos a través del tiempo puede ser una tarea igualmente ímproba.

Bruce Ackerman toma asimismo a la práctica constitucional como su punto de partida y enfatiza que las normas citadas en las decisiones constitucionales contemporáneas no pueden rastrearse directamente hasta la Constitución misma. Para comprender la práctica constitucional actual debemos reconocer que **la Constitución ha sido reformada informalmente a través de enmiendas no escritas**, que han obtenido legitimidad a través de una ratificación informal. El argumento más importante mencionado por Ackerman es el caso del *New Deal* cuando los límites al poder reglamentario del gobierno fueron reducidos drásticamente por nuevos fallos de la Corte Suprema. Como resultado de esta enmienda informal, sostiene que la Constitución actual concede un amplio poder regulatorio al gobierno federal y que no incluye la misma protección a la propiedad y a las libertades económicas que tenía antes de la reforma.<sup>88</sup> Probablemente el ejemplo más notorio en nuestro país sea la reforma del sistema tributario realizado por la ley de impuesto a los réditos, un acto legislativo cambió sustancialmente la distribución de competencias sobre el tema entre la Nación y las provincias y al mismo tiempo utilizó a los impuestos como un sistema de distribución del ingreso. Por ley también se estableció un sistema de coparticipación de impuestos alejado del sistema originario de la Constitución que establecía la separación en las fuentes. En los Estados Unidos, se requirió una reforma de la Constitución ya que la primera ley de impuestos a la renta había sido declarada inconstitucional.<sup>89</sup> En la Argentina en cambio, la Corte Suprema aceptó la constitucionalidad de esta norma tributaria estableciendo una de las reformas constitucionales más importantes por un medio implícito.

La Constitución es también **interpretada a través de los precedentes judiciales**. Esta visión ha sido ejemplificada por David Strauss como una visión que traslade algunas técnicas del '*common law*' ya que los jueces deciden los casos remitiéndose a los precedentes que lo que pueden hacer apelando al texto constitucional. La utilización de este modelo permite una adaptación deseable de la práctica constitucional a la luz de la evolución de las necesidades y los valores. Esto no transforma a la Constitución y al derecho federal en '*common law*', ya que éste es por definición un derecho local, sino que utiliza algunas de las herramientas desarrolladas en ese sistema jurídico para utilizarlas también en la determinación e interpretación de los precedentes constitucionales.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> LA POSICIÓN DE ACKERMAN HA SIDO CRITICADA EN CUANTO PUEDE SER CONSIDERADA COMO JUSTIFICATORIA DE UNA REFORMA JUDICIAL AL ASIMILARLA CON UNA REFORMA CONSTITUCIONAL POPULAR. POR EJEMPLO SUZANNA SHERRY, *THE GHOST OF LIBERALISM PAST*, 105 HARV. L. REV. 918, 933-34 (1992) SOSTIENE QUE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE ACKERMAN BUSCA HACER SOBREVIVIR A LA IDEOLOGÍA DEL NEW DEAL FRENTE A LOS ATAQUE CONSERVADORES AL CONCEDERLE UN CARÁCTER CONSTITUCIONAL FUNDACIONAL.

<sup>89</sup> EN 1894 LUEGO DE UN DEBATE EXTENSO Y ACALORADO EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS ESTABLECIÓ UN IMPUESTO DEL 2% SOBRE LOS INGRESOS INDIVIDUALES Y SOCIETARIOS PROVENIENTE DE BIENES REALES Y PERSONALES. POCO DESPUÉS QUE LA NORMA ENTRARA EN VIGENCIA SE PLANTEO EL CASO **POLLOCK V. FARMER'S LOAN & TRUST Co.**, EN EL CUAL UN ACCIONISTA INTENTO IMPEDIR A LA SOCIEDAD COMERCIAL QUE PAGARA EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS YA QUE ESE IMPUESTO ERA INCONSTITUCIONAL. FUE NECESARIO UNA ENMIENDA CONSTITUCIONAL EN 1913 LA XVI QUE ESTABLECIÓ LOS IMPUESTOS DIRECTOS FEDERALES.

<sup>90</sup> DAVID A. STRAUSS, *COMMON LAW CONSTITUTIONAL INTERPRETATION*, 63 U. CHI. L. REV. 877 (1996).

#### 4. Un procedimiento aceptado.

Las clasificaciones no agregan conocimiento y la distinción entre teorías basadas en el texto y en la práctica es simplemente pedagógica. Una teoría interpretativa basada puramente en el texto de la Constitución es impracticable, ya que el texto es necesariamente abstracto y aunque fuera específico requeriría de la interpretación para ser aplicado a las circunstancias cambiantes en el tiempo. Al mismo tiempo toda la práctica constitucional y el derecho de precedentes tienen que tener una base, aunque sea lejana, en un texto constitucional concreto. La pregunta que debe ser resuelta es como se debe interpretar a la Constitución o aplicarla a la luz de los precedentes o si se pueden utilizar otros criterios éticos o de prudencia, al mismo tiempo de la práctica vigente. En este sentido las nociones de interpretación según el texto o según la práctica de los precedentes u otras, no deben opuestos sino partes de un continuo.

Una regla a seguir al utilizar una teoría constitucional es determinar cuál es la que produce mejores resultados, medidos en estándares apropiados. El fundamento del control judicial es también la aceptación, ya que si una norma sobrevive a pesar que existen medios accesibles de atacarla, como es la existencia de un control difuso que permite a cualquier juez resolver la cuestiones constitucionales, si permanece vigente es porque es aceptada por los ciudadanos y jueces.

La vigencia de la Constitución no depende de la ‘orden’ de los constituyentes, que dispone que nosotros debemos obedecer contemporáneamente lo que el texto ordena. Ni las prácticas interpretativas son ilegítimas si no pueden ser rastreadas hasta las órdenes de este soberano constitucional. Por el contrario, la existencia de la Constitución como un orden jurídico vinculante depende de las prácticas contemporáneas que lo aceptan como tal, una de las funciones convencionales de la teoría constitucional no es exclusivamente el de proponer una solución a un problema planteado, sino justificarla teniendo en cuenta las normas y valores compartidos. Ahora bien una teoría constitucional debe coincidir tanto con el texto de la Constitución como con la práctica existente, incluyendo particularmente los precedentes judiciales. En la ausencia de este requerimiento, la teoría constitucional pierde su anclaje jurídico y colapsa en la pura teoría política.

Asimismo, aún cuando se acepte una teoría procesalista de la Constitución pueden aceptarse algunos criterios valorativos fundamentales, sin los cuales no valdría la pena hacer el esfuerzo de establecer un sistema constitucional, ni medir las consecuencias de nuestros actos. Entre ellos podemos citar:

Esto incluye entre otros objetivos:

1. cumplir con los requerimientos del estado de derecho o su equivalente no exacto anglosajón *‘the rule of law’*.<sup>91</sup>
2. mantener las bases de la democracia representativa,

---

<sup>91</sup> LOS CONCEPTOS SON SIMILARES PERO NO IDÉNTICOS. YA QUE EL PRIMERO DE ORIGEN ALEMÁN TIENE UN CONTENIDO VALORATIVO MÁS PROFUNDO QUE EL SEGUNDO DE ORIGEN NORTEAMERICANO Y BASADO EN UNA TRADICIÓN REPUBLICANA MÁS PROLONGADA.

3. proteger a los derechos individuales, incluyendo los derechos económicos y los de las minorías.

Una teoría procesalista no tiene porque justificar una manipulación oportunista de los procedimientos.

Una visión dialógica de la teoría constitucional, incluye la necesidad de una amplia argumentación de los fundamentos de la existencia de normas constitucionales y de su interpretación. El hecho que una doctrina sea procesalista no impide que se discutan los valores, sino que establece las bases para que la argumentación sea canalizada. Una visión procesalista no agota el debate constitucional en una discusión formalista, sino que permite que se planteen y debatan todos los argumentos convenientes a la mejor solución del caso, inclusive el análisis de las consecuencias de la decisión.

Una **visión contractualista de la Constitución** supone un **debate continuo sobre su contenido**, incluye incorporar la **visión dialógica en la reconstrucción del derecho** de Habermas y también la idea que **cada debate judicial de una cuestión constitucional reconstruye el debate de los constituyentes** solo que incorporándole las nuevas circunstancias del caso y de los cambios ocurridos en la sociedad. En este sentido, el debate judicial cuenta con una mayor información que la que tenido los constituyentes.

De acuerdo con Strauss los jueces deben comportarse en un debate constitucional con un tradicionalismo crítico. Deben asumir que los precedentes anteriores representan una 'sabiduría destilada' pero deben mantener una capacidad crítica para modificar y aún rechazar las visiones pasadas. Es una forma de autolimitación judicial pero asociada a un análisis crítico del precedente. La idea del precedente conocido y aplicado está asociada con conceptos tradicionales dentro del estado de derecho como son el conocimiento de la norma, la estabilidad del derecho y de las transacciones y de predictibilidad de las decisiones judiciales.

Richard Posner sostiene que la función del juez constitucional es resolver el caso de manera que se obtengan las mejores consecuencias. Para lograr esto no debe encontrarse limitado por una obligación de consistencia con decisiones similares tomadas en el pasado. La argumentación de Posner nos pone en contacto con la necesidad de la búsqueda de las consecuencias de la decisión judicial. Si la importancia del precedente es que da seguridad sobre la norma constitucional que rige a las transacciones futuras, **la necesidad de consistencia es importante por las consecuencias beneficiosas** que trae y no solamente por una visión puramente deontológico que imponga que el precedente debe ser obligatorio por su carácter normativo. Posner por lo tanto señala que se debe buscar la mejor decisión para el caso teniendo en cuenta las consecuencias que tendrá, no solo la decisión para las partes, sino también la creación del precedente para la solución de casos similares en el futuro.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> VER SU OBRA THE PROBLEMATICS OF MORAL AND LEGAL THEORY.

## Una larga y resbaladiza pendiente.

Cuando leemos la Constitución imaginamos una barrera que limita los excesos del poder. Una mirada cínica diría que ésta no se cumple y por lo tanto es una muralla ficticia frente al autoritarismo. Sin embargo, no es que la Constitución sea una mera ‘hoja de papel’<sup>93</sup> sino que permite interpretaciones aviesas. Nuestro sistema político tiene una ‘pendiente resbaladiza’ hacia la concentración del poder, a la distribución de subsidios y eventualmente hacia la corrupción. Los límites constitucionales o legales que impedían estas prácticas suave y casi imperceptiblemente entran en un cono de sombra hasta desaparecer como restricciones eficaces.

La expresión en el artículo 14 de la Constitución Nacional, “de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio” como límite a los derechos individuales, ha establecido el criterio que los derechos no son absolutos sino relativos, sin mayor aclaración. Esto ha llevado a **una pendiente resbaladiza** hacia la negación de algunos derechos.

Prever la ‘pendiente resbaladiza’ es lo que se plantea un intérprete de la Constitución, un juez por ejemplo, que aceptaría una interpretación particular sobre la extensión de una norma constitucional, pero teme que si esta doctrina es aceptada pueda llevar a una interpretación ulterior que considere incorrecta. En estas circunstancias una actitud del juez podría ser la de negarse a aceptar la primera interpretación extensiva sobre una norma constitucional porque podría llevar a una interpretación definitivamente errónea en posteriores casos. Es la expresión de James Madison de alarmarse ante el primer experimento sobre nuestras libertades. La alternativa es la de aceptar los beneficios inmediatos de la primera interpretación extensiva y tener la esperanza que la interpretación posterior negativa nunca tendrá lugar. Este último caso, es el del origen de teorías como el régimen de emergencia económica o la aceptación de la delegación legislativa que tuvieron orígenes modestos y luego se ampliaron a situaciones riesgosas para la protección de los derechos individuales.<sup>94</sup>

Podemos imaginar situaciones en la que el establecimiento de una doctrina constitucional ha facilitado la implementación de otras doctrinas basadas en ella que no estaban en la imaginación de quienes la desarrollaron originalmente. Estas son las **pendientes resbaladizas** que los intérpretes constitucionales deben prever antes de establecer un precedente constitucional. Estas pendientes resbaladizas pueden ocurrir aún cuando una distinción clara pueda establecerse entre la primera decisión y la segunda, en estos casos no solamente debemos preguntarnos si podemos trazar una línea entre una primera decisión A y una decisión B posterior sino plantearnos si es posible que si adoptamos la decisión A otros intérpretes, ya sean jueces o legisladores aceptarán el trazado de un límite y no la extenderán hacia la decisión B.

Este tipo de pendientes resbaladizas tienen una relación con la dependencia del camino. Una vez que la decisión B ha sido tomada es generalmente asumido que ha sido

---

<sup>93</sup> **ESTA DESAFORTUNADA EXPRESIÓN CORRESPONDE AL POLÍTICO SOCIALISTA FERDINAND LASSALLE QUE LO DIJO EN UN DISCURSO LLAMADO ¿QUÉ ES LA CONSTITUCIÓN?, QUE TUVO UNA INESPERADA DIFUSIÓN EN NUESTRO MEDIO.**

<sup>94</sup> EUGENE VOLOKH, THE MECHANISMS OF THE SLIPPERY SLOPE, HARVARD LAW REVIEW, FEBRUARY, 2003.

consecuencia de poderosas fuerzas sociales que han predeterminado su adopción. Pero puede ocurrir que la decisión B no sea producto del ‘progreso social’ sino simplemente de una decisión A anterior que sesgó la evolución de las normas posteriores de un camino hacia otro, llevando hacia la decisión B que en otras circunstancias no hubiera ocurrido. De esta manera en un precedente se crea una doctrina que aparece inofensiva para resolver un caso, y que luego esa línea argumental lleva a interpretaciones fuertemente limitativas de derechos individuales que no hubieran podido ser originalmente previstas en la decisión original.

### **Cambio de actitudes.**

Las pendientes resbaladizas llevan también a un cambio en las actitudes. El derecho afecta el comportamiento aunque las normas no impongan una sanción o aunque esta sanción no fuera aplicada. De esta manera, el poder expresivo del derecho cambia el comportamiento político de la sociedad al llevarlo a aceptar propuestas que no hubieran aceptado originalmente. La existencia de pendientes resbaladizas puede llevar a soluciones ineficientes, si un intérprete constitucional, legislador o juez, considera que una posible decisión A es socialmente beneficiosa, pero el temor que llevara eventualmente a la decisión B puede llevar que la decisión A no sea adoptada. La respuesta a la pregunta ¿Cuál es la probabilidad que la deseable decisión A lleve a la indeseable decisión B? es plantearnos esta nueva pregunta ¿Qué debemos hacer para impedir que la decisión A lleve a la decisión B, de tal manera que podamos adoptar A sin riesgo que sobrevenga B?

### **Los argumentos con nombre y apellido.**

La primera respuesta es la existencia de una cultura constitucional que excluya comportamientos antirrepublicanos. Esto supone probablemente la existencia de argumentos *ad hominem*, es decir, plantear la oposición a quienes puedan asumir este tipo de comportamientos.

Pero fundamentalmente imaginar la existencia de tendencias resbaladizas en la legislación o en los reglamentos da una mayor importancia a dos aspectos de la decisión judicial, el respeto de los precedentes o *stare decisis*, y la deferencia hacia la opinión del legislativo, que es una forma de la autolimitación judicial. En ambos casos los jueces deben tener presente que en la ausencia de un conocimiento absoluto y del consiguiente control de las consecuencias de sus decisiones deben evitar utilizar doctrinas que puedan crear pendientes resbaladizas. Aún en los casos que existan precedentes muy consolidados pero que tengan consecuencias interpretativas cuyos redactores no previeron. Esto significa que una decisión A estaría basada en un fundamento F y que este fundamento F justificaría la decisión indeseada B. Un tribunal inferior a la Corte Suprema, que considera al precedente vinculante, podría utilizar este fundamento F tomado de la decisión A para aceptar B que no estaba incluido en las intenciones del precedente original.

De la misma manera no puede existir una deferencia a la decisión del legislativo cuando la ley aprobada pueda tener consecuencias no previstas en el momento de su sanción. Esta forma de control judicial permitirá que puedan tomarse decisiones sin el riesgo que interpretaciones posteriores las desnaturalicen. La falta de previsión de la tendiente

resbaladiza en la interpretación es la causa por la cual muchos jueces son renuentes a aceptar nuevos principios que no tengan límites coherentes y bien descriptos. Puede mencionarse el argumento utilizado por la Corte de Estados Unidos en *Hustler vs. Falwell*,<sup>95</sup> “*si fuera posible establecer un estándar de principios para separar (el ataque a Jerry Falwell) de las caricaturas políticas tradicionales, el discurso público probablemente sufriría un pequeño o ningún daño*’ pero, consideraron que “*pero dudamos que exista ese estándar y estamos suficientemente seguros que la descripción peyorativa ‘enfurecedor’ no provee de uno.*” Por lo tanto, al prever que podría haber interpretaciones ‘resbaladizas’ si hubieran determinado un estándar sobre la limitación del discurso político aún en circunstancias extremas, la Corte prefirió otorgar una protección amplia a todo tipo de discurso político.

Hay múltiples ejemplos de cómo la pendiente resbaladiza ha mutado nuestra Constitución vigente. En algunos casos el camino ya estaba señalado por el constituyente como lo indica el extraordinario ejemplo del artículo 76 incluido en la reforma constitucional de 1994 que establece una falsa prohibición. Una simulación constitucional ya que impide formalmente algo que después permite con límites confusos.

*Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

Recordemos que la Corte Suprema en el caso *Cocchia* había dicho que los temas de administración eran indeterminables y en el caso *Peralta* señaló que la emergencia era indefinible.

Pero en otras circunstancias la pendiente resbaladiza actúa en no previsible y de forma inesperada como el caso de la evolución de la llamada ‘cláusula del progreso’ en una ‘cláusula del subsidio’.

---

<sup>95</sup> HUSTLER MAGAZINE V. FALWELL, 485 U.S. 46 (1988) QUE PROTEGIÓ LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN AÚN EN LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DISCURSO ‘ENFURECEDOR’ QUE AUNQUE EXTREMO PODÍA SER UNA FORMA LEGÍTIMA DE EXPRESIÓN.

## **El Poder Constituyente.**

### **¿Cómo se hacen las constituciones?**

El poder constituyente está asociado al origen del gobierno constitucional, del ordenamiento jurídico, de la fundamentación del poder político, de las revoluciones y de los gobiernos de facto, y particularmente de las fuentes del derecho. Es un análisis de la legitimidad del gobierno y de las decisiones que él tome.

La pregunta generalmente asociada al poder constituyente es ¿cuál es el fundamento de la Constitución?, ¿quién puede crear normas constitucionales?

### **Legalidad y legitimidad constitucional.**

El derecho constitucional está asociado con la idea de legitimidad del poder político. Para que una constitución esté materialmente fundada no basta la cobertura de la legalidad formal, tiene que ser intrínsecamente válida. No basta para la Constitución el cumplimiento de un manto de legalidad, se exige la dimensión más profunda de la legitimidad.

### **El concepto tradicional de legitimidad.**

En su concepción tradicional la legitimidad de un poder o de una organización política significaba fundamentalmente dos cosas, legitimidad de origen o de título cuando las personas que ejercen los órganos del poder disponen de un “justo título” (en el derecho moderno la elección popular), basado en las costumbres o principios comúnmente aceptables. y la legitimidad de ejercicio o intrínseca cuando estaba en causa la naturaleza justa o injusta del poder, en cuanto a los fines, valores y métodos proseguidos por los poderes.

La idea de la legitimidad constitucional han superado las ideas del legitimismo dinástico y de la legitimidad como sinónimo de legalidad, es decir legitimidad positiva. La legitimidad de una constitución supone una conformidad necesaria y sustancial con los intereses, aspiraciones y valores de una sociedad en determinado momento de su historia. De esta manera una constitución no representa una simple legitimación del poder, es también hacer positivos ciertos valores jurídicos. El problema de esta teoría de valores es la enorme dificultad de determinarlos en una sociedad pluralista donde las coincidencias valorativas son muy pocas o extremadamente generales.



El problema de la legitimidad de la Constitución ha sido habitualmente respondido con base en **una teoría de los valores**, imaginando de esta manera que todo el derecho es la realización de ciertos principios de valor, residiendo la medida de estos valores en la conciencia jurídica de una comunidad jurídicamente regulada. Un criterio de legitimidad material, contraria al positivismo jurídico valorativamente neutro y contra quienes consideran a la Constitución como un instrumento sociológico que escribe simplemente las realidades del poder.

Las doctrinas contractualistas acentúan la necesidad de un consenso ordenador y de un consenso fundador que sirve de base de legitimidad de un orden constitucional.

La idea de una constitución legítima implica la idea de conformidad de la constitución con una cierta regla determinada previamente. Definirla no es sencillo, porque sería encontrar una “moralidad objetiva” que solo puede ser obtenida luego de un dialogo basado en principios comunes. Los contenidos político sociales hegemónicos pueden ser interpretados de forma radicalmente antagónica por las clases o grupos en conflicto en la sociedad, la ley constitucional de Vichy del 10 de julio de 1940, que supuestamente garantizaba los derechos del trabajo, de la familia y de la patria, que podría aparecer como legítima por su relativa conformidad lógico jurídica con los procesos constitucionales establecidos, fue considerada ilegítima por De Gaulle y por los patriotas franceses de la Resistencia fieles a la tríada republicana libertad, igualdad y fraternidad.

La exigencia de legitimidad constitucional no requiere un consenso universal de todos los miembros y grupos de una sociedad, significa si la necesidad de una coincidencia con algunas normas básicas. Se puede distinguir entre el poder constituyente formal referido al cumplimiento de los procedimientos jurídicamente establecidos para redactar o reformar una constitución, del poder constituyente material o valorativo que está asociado con las bases del contrato social.

En la doctrina tradicional el poder constituyente esta asociado la búsqueda de su titular y asociado a este el problema de la *soberanía*. La idea del poder constituyente ha sido identificada con la soberanía nacional o popular e imposible de una fundamentación lógica o jurídica, y se traduce en el poder de la creación originaria de un complejo normativo. La competencia originaria del pueblo o de la nación para determinar este proceso de creación constitucional es lo que rigurosamente se podría llamar poder constituyente en un sentido estricto. Frente a él aparece también el concepto del contenido constitucional que se conforme a las aspiraciones de una sociedad, en la visión del contrato social. Estos contenidos constitucionales dan fuerza al poder constituyente.

### **La teoría clásica del poder constituyente.**

Sieyès escribió “*Une constitution suppose, avant tout, un pouvoir constituant*” en su *Exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen*, en ocasión de la Constitución del 20 de julio de 1789. Planteando la necesidad de que es necesario que alguien redacte la Constitución y excluyendo a las convenciones constitucionales o a una Constitución tradicionalista.

La soberanía popular consiste esencialmente en el poder constituyente producto de una decisión votada por los ciudadanos. Los poderes creados por la constitución son poderes múltiples y divididos, pero todos sin distinción son una emanación de la voluntad del cuerpo electoral. En este sentido las expresiones: voluntad general, pueblo o Nación tienen un elemento metafísico que no permite una definición clara. Esta opacidad de sus contenidos requiere términos más precisos referidos generalmente a la expresión popular en elecciones libres con todos los elementos del estado de derecho

Al extremar en este tipo de conceptos el concepto de poder constituyente tuvo en su doctrina original expresiones prácticamente incomprensibles. Se decía que al conservar en sus manos el poder constituyente el pueblo no está vinculado a la constitución. La Nación es una realidad natural y no puede estar sometida a ninguna constitución. *“Il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif”* Es Sièyes quien hace la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Estableció una comprensión enteramente nueva del fenómeno constitucional, ya que la existencia de un poder constituyente significa que la Constitución tiene un acto de creación. Es una fuerza originaria de la Nación que organiza el poder político. Schmitt asocia a la relación poder constituyente con poder constituido a la idea de *natura naturans* y *natura naturata*, basada en la filosofía naturalista de Spinoza según la cual la *natura naturans* es la energía creadora que representa al Dios en el mundo, opuesta a la *natura naturata* que es objeto de la ciencia humana. El poder constituyente en la teoría de Sièyes, es un poder inicial, autónomo y omnipotente. Es inicial porque no existe antes de él, ni en los hechos, ni en el derecho, cualquier otro poder. Es en él que se sitúa por excelencia, la voluntad del soberano, como instancia jurídica política dotada de autoridad suprema. Es un poder autónomo ya que es solo a él que compete decidir como y cuando, debe darse una constitución la Nación. Es un poder omnipotente e incondicionado ya que el poder constituyente no está subordinado a ninguna regla de forma o de fondo. Toda esta expresión es un sinsentido sin contenido en un estado de derecho, donde existen competencias basadas en una idea democrática pero con los límites en la división de poderes y de las declaraciones de derechos.

En su formulación clásica el poder constituyente no consentía límites de forma o de contenido. Sin embargo no puede haber una independencia absoluta del poder constituyente de la determinación del contenido de la Constitución. Esta teoría de los límites del poder constituyente material está asociada a la concepción de la constitución como un orden de valores.

Existe un peligro para la libertad en la concepción de la Constitución con un orden de valores, cuando esta se transforma en la apologética de ciertos valores frente a otros, el riesgo no existe en la existencia de valores sino en el establecimiento de una cierta jerarquía de valores impuesta autoritariamente.

## **Poder constituyente originario y poder constituyente derivado.**

Existe un poder de modificar la constitución en vigor de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos en ella. Este poder constituyente es un poder de revisión, poder constituyente en sentido estricto, se distingue del llamado poder constituyente originario. Este último sería un poder que residía siempre en la nación, y no solamente en los momentos de creación de la constitución, permaneciendo fuera de la constitución. Ningún poder de revisión podría regularlo y en ningún órgano de la Constitución podemos encontrar a su conformación político jurídica. Permanecería fuera y sobre la Constitución, no podría estar vinculado a ella. Esta era la tesis revolucionaria perfectamente adecuada para el carácter inicial, autónomo e incondicionado del poder constituyente que sostendría las instituciones surgidas de la revolución. Mal se concibe que el fenómeno de creación constitucional se produzca fuera de los esquemas constitucionales existentes, si el poder constituyente reside siempre en la Nación ¿como configurar el ejercicio del poder constituyente sino es a través de representantes?

El poder constituyente originario caería en las manos del más fuerte y no sería otra cosa que una manifestación de fuerza. La revolución es un hecho patológico fuera del derecho, siendo lógico que todos los actos preparatorios de una constituyente, las manifestaciones inmediatas del poder constituyente originario se sitúan en el terreno de lo prejurídico. El poder constituyente originario reclama un título de legitimidad bajo el manto de la legalidad. Busca la utilización del gran poder justificador del lenguaje jurídico para legitimar un hecho que por su naturaleza está fuera de las normas. El ejercicio del llamado poder constituyente originario será legítimo a partir de determinadas ideas políticas, pero no dentro del concepto de legalidad. La legitimidad de un acto constituyente no es un concepto jurídico, es un concepto asociado a la ideología, concordante con determinadas ideas políticas.

**El poder constituyente originario es un sinsentido**, ya que no tiene contenido jurídico alguno y por lo tanto no puede tener un titular ni ser ejercido en momento alguno, es simplemente un argumento utilizado para justificar ciertas reformas gubernamentales realizadas en la historia.<sup>96</sup>

Según dice Lowenstein<sup>97</sup> que si es posible expresar el problema del *pouvoir constituant* en forma extrema podría decirse que el soberano es aquel, entre los detentadores del poder, que decide sobre la revisión constitucional.

---

<sup>96</sup> VER EN ESTE SENTIDO LA OBRA DE GENARO CARRIÓ. SOBRE LOS LÍMITES DEL LENGUAJE NORMATIVO. ASTREA. BUENOS AIRES. DONDE CONSIDERA AL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO COMO UN SINSENTIDO, ES DECIR UTILIZAR AL LENGUAJE JURÍDICO PARA ALGO QUE NO PUEDE DECIR.

<sup>97</sup> CF. KARL LOEWENSTEIN, TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. EDICIONES ARIEL. 2 ED. 1970, P. 172. DICE ESTE AUTOR QUE LA IDEOLOGÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO EXIGE QUE LA COMPETENCIA PARA LA REFORMA CONSTITUCIONAL NO SEA EL MONOPOLIO DE UN ÚNICO DETENTADOR DEL PODER, SINO QUE DEBE DE ESTAR LO MÁS DISTRIBUIDA QUE SEA POSIBLE.

## **El pueblo como titular de la soberanía. La teoría de la soberanía nacional.**

Durante el período revolucionario iniciado en el siglo XVIII ganan importancia las teorías favorables a la soberanía del pueblo. Es costumbre distinguir entre la teoría de la soberanía nacional y la teoría de la soberanía popular. De acuerdo con la teoría de la soberanía nacional es la Nación como complejo indivisible el titular de la soberanía. Es una teoría asociada al pensamiento político francés.

La teoría de la soberanía popular concibe la titularidad de la soberanía como pertenecientes a todos los componentes del pueblo atribuyendo a cada ciudadano con una parcela de soberanía.<sup>98</sup>

La teoría de la Nación, típicamente francesa, se distingue de la doctrina alemana de la soberanía del Estado. En esta teoría el pueblo es un elemento o un órgano del Estado, con el poder y el territorio según la concepción de Jellinek.<sup>99</sup> Si para la teoría de la soberanía nacional el Estado es la forma jurídica de la Nación para el pensamiento alemán el Estado existe por sí mismo y se no aparece como un orden moral y jurídicamente objetivo que no depende de la voluntad de los hombres o del pueblo. En la teoría de la Nación se puede decir que el pueblo posee el Estado, en la teoría del Estado es el estado que posee al pueblo. Es una concepción tributaria del idealismo hegeliano. El Estado adquiere independencia y personalidad propias donde subordinadamente se considera encuadrado el pueblo.

### ***La soberanía popular.***

Nuestros constituyentes consideraron incluir a la soberanía del pueblo como un elemento fundamental, junto con la forma republicana de gobierno, de la estructura constitucional del Estado argentino. Al punto de considerarlos como los elementos informadores de los derechos individuales que no hubieran sido nombrados en el texto constitucional.

*Artículo 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la **soberanía del pueblo** y de la forma republicana de gobierno.*

El concepto de soberanía del pueblo incluido en la constitución rechaza cualquier noción mística de pueblo en el sentido de unidad política ideal, o totalidad política, o cualquier concepto basado en un sentido biológico o racial. Lo mismo que cualquier concepción del espíritu del pueblo “*Volkgeist*”

---

<sup>98</sup> VER ROUSSEAU, CONTRATO LIBRO I. TIT. II CAP VII Y LIBRO III CAP. I. AL MISMO TIEMPO PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN VER LAS CONSIDERACIONES DEL GOBIERNO DE POLONIA.

<sup>99</sup> CF. GEORG JELLINEK, TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. TRADUCCIÓN DE FERNANDO DE LOS RIOS URRUTI. BUENOS AIRES, 1943. CAPÍTULO 14, P. 355 Y SS.

El concepto de pueblo admitido en la Constitución es el de conjunto de individuos existentes y actuantes en el territorio y ligados a la República a través del estatuto de ciudadanía. Este pueblo participa activamente en la vida política a través de sus representantes y directamente a través de la iniciativa y referéndum.

En el plano político constitucional la Nación tiene valor como elemento simbólico de la unidad no en el sentido de una entidad mística transpersonal e integradora de todos los miembros del cuerpo social, mas en el sentido republicano de operador de las solidaridades concretas entre los ciudadanos. Estas solidaridades son resultantes de una serie de circunstancias sociales, como la lengua, raza, territorio, religión, tradiciones, aspiraciones comunes y mitos políticos.

Por su parte el Estado deja de ser considerado como encarnación de cualquier espíritu objetivo, como sujeto superior, trascendente y preexistente a los ciudadanos para asumirse como una forma de organización del gobierno, con división de poderes y derechos individuales plenamente reconocidos.

### ***El Procedimiento Constituyente.***

Desde el inicio del constitucionalismo estuvieron siempre presentes dos procedimientos para la elaboración de una Constitución, informados por concepciones políticas diversas, el procedimiento directo, que parte de la idea de la soberanía popular, y el procedimiento representativo que parte de la necesidad y ventajas de la forma representativa.

### **Procedimiento constituyente directo.**

Si el pueblo en persona debe estar presente en la creación de una ley lógicamente que debe estar en la creación de la ley suprema, consecuentemente el pueblo debe directamente decidir sobre su constitución, debe plebiscitar su ley fundamental. Toda decisión sobre la constitución necesita del referéndum popular.<sup>100</sup> El referéndum permite que la voluntad popular pueda expresarse sin el filtro de los representantes políticos y de alguna evitar las consecuencias de coaliciones políticas circunstanciales que puedan imponer un pacto constitucional a sus espaldas. Tienen una práctica muy dilatada en Suiza donde los referenda constitucionales requieren la mayoría de los votos y de la voluntad de los cantones. Puede también citarse el ejemplo del Estado de California donde las iniciativas de ley aprobadas por voto popular tienen una jerarquía inferior a la Constitución pero superior a las leyes ordinarias. También pueden presentarse para la reforma de la Constitución. En todos los casos solo puede plantearse por un solo tema.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> VER ROUSSEAU CONTRATO SOCIAL. LIBRO III CAP. XV.

<sup>101</sup> CONSTITUCION DEL ESTADO DE CALIFORNIA, ART. 2, SEC. 8.

En la Argentina no es aplicable al derecho federal aunque sí en el derecho público provincial, donde ha tenido una importante práctica en las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Mendoza entre otras.

### **Procedimiento constituyente representativo.**

Una doble consideración en la necesidad de insertar el poder constituyente en la organización gubernamental y la necesidad de conciliarlo la idea de representación llevó a Sièyes a admitir la posibilidad de asambleas especiales elegidas específicamente con finalidades constituyentes pudieran elaborar democráticamente una constitución.

Curiosamente la Constitución francesa de 1791 no fue elaborada de acuerdo con la doctrina clásica del poder constituyente. Los Estados Generales reunidos en Versalles en mayo de 1789 eran una asamblea sin mandato constituyente especial y más tarde el 20 de junio se transformaron en asamblea constituyente sin ninguna participación popular. Sièyes aunque abara de reconocer a la asambleas poderes constituyentes señaló que la Constitución que ella elaborase tendría un carácter provisorio porque ella *“n’a pas été formée par la généralité des citoyens avec cette égalité et cette parfait liberté qui exige la nature du pouvoir constituant. La constitution ne sera définitive qu’après qu’un nouveau pouvoir constituant extraordinairement convoquée pour cet unique objet lui sera donné un consentement que réclame la rigueur des principes.”*<sup>102</sup>

El procedimiento constituyente directo aparece cuando el proyecto de ley constitucional obtiene su validez jurídica a través de una aprobación directa del pueblo (plebiscito o referéndum), y el procedimiento constituyente indirecto o representativo es la técnica de elaboración de la constitución en la cual la participación del pueblo se sitúa en el momento de elección de representantes a deliberar y aprobar la Constitución. En la forma representativa pura le cabe a la Asamblea constituyente redactar y sancionar la Constitución pero estas dos funciones pueden distribuirse en forma diferente. La distinción entre redacción a cargo de una Asamblea y aprobación cuya competencia pertenece al pueblo a través de un referéndum fue efectuada originalmente por Condorcet.

Desde luego estas funciones pueden realizarse por órganos representativos diversos, una constitución puede ser hecha por una asamblea federal exigiéndose posteriormente la ratificación por las asambleas de los Estados, como es el caso de los EEUU.

Los procedimientos constituyentes representativos y directos tenían inicialmente un valor jurídico y político igual. El principio de la soberanía popular era compatible con cualquiera de los dos principios. Pero con la oposición de las democracias representativas a los procesos de contenido dictatorial, se comenzó a analizar con escepticismo la bondad democrática del proceso plebiscitario señalándose que este podía ser una parodia del ejercicio de la soberanía del pueblo. No era esta la idea de los revolucionarios franceses que veían en el plebiscito una forma excelente de expresión de la voluntad de la Nación.

---

<sup>102</sup> CITADO POR BURDEAU. TRAITÉ, OP.CIT. T. IV, P. 227 NOTA 84.

Las técnicas constituyentes plebiscitarias asociadas con formas autoritarias y cesaristas de ejercicio del poder político, fueron utilizadas en Portugal, Italia, y Chile durante gobiernos autoritarios. Sin embargo, la democracia directa para el ejercicio del poder constituyente ha tenido una larga tradición democrática en Suiza y en los estados en los EEUU.

### **Procedimiento mixto.**

En el procedimiento mixto se efectúa la diferenciación de los momentos de elaboración y de ratificación y se combinan elementos directos con elementos representativos. El pueblo elige una Asamblea constituyente para elaborar una constitución, o una enmienda es aprobada por mayoría calificada por el órgano legislativo, la ratificación jurídica de la constitución cabe al pueblo que se pronuncia en un referéndum sobre el texto constitucional.<sup>103</sup>

### ***El Poder Constituyente en la Argentina.***

La Constitución argentina es **rígida** en la clasificación de Bryce,<sup>104</sup> ya que su procedimiento de reforma es más complejo que el de las leyes ordinarias. Es, asimismo, de una rigidez acentuada por la fuerte calificación de las mayorías necesarias para declararla y también por la necesidad de convocar a un órgano especial, la Convención Constituyente para realizar la reforma.

Dice el artículo 30 *“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de las partes. La necesidad de reformas debe ser declarada por el Congreso, con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.”*

La declaración de necesidad de la reforma es competencia exclusiva del Poder Legislativo. Una pregunta es determinar si es posible la propuesta del Poder Ejecutivo ya que una proposición de estas características supone una presión muy fuerte hacia los legisladores y en particular cuando el Presidente se encuentra directamente afectado por el resultado de la reforma.

La exigencia de una mayoría fuertemente calificada de las dos cámaras es debida a evitar que una reforma constitucional sea impuesta por una mayoría circunstancial. Las

---

<sup>103</sup> EXCLUYO DE ESTE ANÁLISIS DE CONSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS EL PROCEDIMIENTO MONÁRQUICO CARACTERÍSTICO DE LAS CARTAS CONSTITUCIONALES DE LA RESTAURACIÓN EN ELLAS EL REY SE SUJETABA A LOS ESQUEMAS CONSTITUCIONALES PERO SE RESERVABA EL DERECHO DE DAR LA CONSTITUCIÓN A LOS SÚBDITOS, ES EL CASO DE LA CARTA DEL REY LUIS XVIII EN 1815 QUE FUE LA PRIMERA CONSTITUCIÓN CON DECLARACIÓN EFECTIVAMENTE VIGENTE EN FRANCIA. UNA FORMA MIXTA PUEDE RESULTAR EN LA ARTICULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS MONÁRQUICOS Y DEMOCRÁTICOS.

<sup>104</sup> JAMES BRYCE ES UN AUTOR INGLÉS QUE ESTABLECIÓ UNA CLASIFICACIÓN ENTRE CONSTITUCIONES RÍGIDAS Y FLEXIBLES SEGÚN LAS DIFICULTADES ESTABLECIDAS PARA SU REFORMA.

características de nuestro sistema político han demostrado que estos requerimientos que a primera vista parecen excesivos no son ociosos.

En la doctrina se considera que debe considerarse la presencia de los **miembros totales de cada Cámara** en el cómputo de las dos terceras partes de sus miembros. La excepción fue el caso de la reforma de 1949 que no obtuvo esa mayoría calificada en la Cámara de Diputados y fue una de las causas por las cuales su legitimidad fue cuestionada.<sup>105</sup>

## **1. La Convención convocada al efecto.**

Se trata de asambleas especiales, *“una convención especial convocada al efecto”*, y no asambleas legislativas ordinarias, la lógica subyacente a la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos exigirá que el ejercicio del poder constituyente no pueda pertenecer a una asamblea legislativa ordinaria. La convención es probablemente el único elemento jacobino que se ha incorporado a nuestra Constitución. Tiene graves inconvenientes, en particular el grave dramatismo que lleva al procedimiento constituyente y constituye un incentivo además para que las reformas sean más amplias de lo necesario, como si la reunión de convencionales creara una necesidad política de justificación a través de una multiplicación de los textos aprobados.

Por lo establecido en el artículo 30 la Convención tiene poderes limitados en el sentido de que no podrá modificar otros artículos o partes de la Constitución que aquellos cuya reforma ha sido declarada necesaria por el Congreso. La Convención constituyente no tiene poderes suficientes para declarar por sí misma la necesidad de efectuar otras reformas. Ello es debido a que la dificultad para elaborar la reforma, que impone que ésta sea producto de un consenso y no de la imposición de una mayoría circunstancial, es la exigencia de una mayoría fuertemente calificada en cada Cámara votando separadamente. Si la Convención pudiera hacer caso omiso de ese mandato, se permitiría que una mayoría simple de nuevos representantes populares pudiera imponer su voluntad sobre los demás. Para evitar ese tipo de comportamientos se asegura que además que se deba cumplir con el mandato de la declaración de necesidad de la reforma, la Convención deba aprobar las nuevas normas constitucionales por una mayoría de dos tercios, tal como ocurrió en la Constituyente de 1994.

Si bien la Constitución no dice nada al respecto, existe una convención o costumbre constitucional que señala que los constituyentes deben ser elegidos por el mismo procedimiento que los diputados nacionales.

---

<sup>105</sup> PARA UN AMPLIO DEBATE SOBRE ESTE TEMA VER, ERNESTO MIQUEO FERRERO, LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN. ED. EL COLOQUIO BS. AS. PARA UN DEBATE GENERAL SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE VER, CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE. EL PODER CONSTITUYENTE. EDITORIAL BIBLIOGRÁFICA OMEBA, BS.AS.



## ***¿Cuán relevantes son las reformas constitucionales?***

Los precedentes y las convenciones constitucionales son habitualmente tan importantes como el texto de una reforma constitucional. Generalmente la actividad política se concentra en las reformas constitucionales sin tener en cuenta que el derecho constitucional en los sistemas de división de poderes con control judicial difuso es el producto de un proceso evolutivo.<sup>106</sup> A pesar de su dramatismo los procesos de reforma constitucional no han sido un medio importante de cambio constitucional.

La Constitución ha sufrido muchos cambios en su historia pero no como consecuencia de las convenciones constituyentes, sino que por el contrario otras fuerzas influyen en el cambio constitucional generalmente a través de un cambio en los precedentes judiciales, y en formas totalmente diferentes de las establecidas por el artículo 30. Probablemente las dificultades inherentes a un sistema de reforma a través de una Convención constituyente, con los riesgos de dramatismo que ello importa para las libertades individuales, han hecho que este tipo de reformas sean inhabituales e indeseadas.

Analicemos cuatro situaciones,

1. Primero, los cambios son debidos a que las cuestiones consideradas en las constituciones varían a pesar que el texto de la Constitución permanezca sin cambios.
2. Segundo, algunos cambios constitucionales ocurren a pesar que una reforma constitucional que pudiera establecer estos cambios estuviera expresamente prohibida, es la maldición de las cláusulas pétreas.
3. Tercero, cuando se efectúa una reforma constitucional, generalmente solamente ratifican cambios que ya han tenido lugar en la sociedad sin el correspondiente cambio constitucional, los cambios producen las reformas y no a la inversa.
4. Finalmente, cuando se efectúa una reforma constitucional sin que exista un correspondiente cambio en la sociedad, las enmiendas corren el riesgo de ser sistemáticamente incumplidas. Tienen poco efecto hasta que la sociedad la acepta y la incorpora.

Algunos cambios constitucionales pueden ser de gran magnitud a pesar que el texto constitucional permanezca sin reformas, como ha ocurrido en los cambios jurisprudenciales de la Corte Suprema. Esto no quiere decir que las reformas constitucionales no tengan utilidad alguna, pero su importancia es marginal en comparación del estrépito que produce la labor de la Convención constituyente. Por ejemplo, las reformas constitucionales establecen algunas reglas básicas de competencias, que pueden no ser controvertidas en si mismas pero que deben estar claramente determinadas de una u otra manera si es que el sistema de gobierno debe funcionar. Temas como la duración del mandato presidencial, o la reelección, o que ocurre en caso de acefalía deben estar claramente determinadas de lo contrario los costos que traería la

---

**106 DAVID A. STRAUSS THE IRRELEVANCE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS.  
HARVARD LAW REVIEW, MARCH, 2001**

indeterminación de las normas serían prohibitivos para la sociedad.<sup>107</sup> Si bien estos no son temas triviales, no son centrales en el cambio constitucional y en algunos casos no requerirían de una enmienda al respecto.<sup>108</sup>

Una gran mayoría o un acuerdo político puede realizar una reforma constitucional aun cuando la sociedad no hubiera cambiado fundamentalmente y esto podría llevar a un conflicto político o a que la reforma no tenga aplicación práctica. De la misma manera una reforma puede ser consecuencia de un acto de gran sentimiento popular sobre una cuestión momentánea o el resultado de un grupo de interés muy organizado en el cenit de su poder. Estas situaciones son más probables cuando la reforma es consecuencia de un referéndum o por la aprobación de las legislaturas de los estados de una federación.<sup>109</sup> Al mismo tiempo una reforma puede ser incorporada en la Constitución por una mayoría circunstancial en la Convención Constituyente, sin que el tema fuera tratado en detalle en la declaración de la necesidad de la reforma ni consecuencia de un gran debate. En la reforma de 1994 se incluyeron de esta manera temas que luego dieron lugar a debate y a interpretaciones encontradas.

Cuando estas situaciones sobrevienen, puede ocurrir que más tarde una mayoría considere que la reforma fue un error, pero ya se la encuentra incluida dentro del texto de la Constitución. Pero en estas circunstancias una reforma puede resultar relativamente insignificante por una razón diferente, ya que cuando no existe un consenso social permanente detrás de un texto reformado el cambio en la Constitución no tendrá una influencia duradera, a menos que logre influir en un cambio social que acepte la reforma. Como en la metáfora de Lowenstein será como un traje que mal ajustado que deberá esperar en el ropero hasta que cambie el cuerpo del usuario.<sup>110</sup>

### **Cambios constitucionales sin reforma.**

Nuestra historia constitucional tiene decisiones que deben ser consideradas como cambios constitucionales pero que no fueron acompañadas de una reforma constitucional. Alguna doctrina europea las ha denominado *‘mutaciones constitucionales’*<sup>111</sup> pero debe tenerse en

---

<sup>107</sup> SERÍA EL CASO QUE NO ESTUVIERA DETERMINADO SI EL PRESIDENTE PUEDE SER ELECTO O NO, LOS COSTOS PARA ASEGURAR LA REELECCIÓN O PARA IMPEDIRLA, PODRÍAN LLEVAR A LA SOCIEDAD AL CAOS POLÍTICO. LO MISMO OCURRIRÍA SI NO EXISTIERA UNA LEY DE ACEFALÍA Y HUBIERA QUE DETERMINAR QUIÉN OCUPA LA PRESIDENCIA EN ESE CASO.

<sup>108</sup> COMO OCURRIÓ EN EL CASO DE LA MUERTE DEL VICEPRESIDENTE MARCOS PAZ, DURANTE LA GUERRA DEL PARAGUAY, QUE DIO LUGAR A LA APROBACIÓN DE LA PRIMERA LEY DE ACEFALÍA 252.

<sup>109</sup> ES EL CASO EN LOS ESTADOS UNIDOS CUANDO SE APROBÓ LA LEY SECA POR LA ENMIENDA XVIII DE 1919, QUE NUNCA TUVO UN APOYO POPULAR MASIVO Y FUE IMPUESTA POR GRUPOS RELIGIOSOS MUY ORGANIZADOS.

<sup>110</sup> CF. KARL LOEWENSTEIN, TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. OP. CIT. DONDE REALIZA UNA TIPOLOGÍA DE LAS CONSTITUCIONES EN TRES TIPOS, ADEMÁS DEL MENCIONADO, LA CONSTITUCIÓN NORMATIVA ES UN TRAJE QUE SE AMOLDA AL CUERPO, Y LA CONSTITUCIÓN SEMÁNTICA ES LA QUE SE ASEMEJA A UN DISFRAZ.

<sup>111</sup> KONRAD HESSE,.: ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. MADRID, 1983. PÁG. 91. LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL TIENE COMO NOTA CARACTERÍSTICA EL HECHO QUE DEBIDO A QUE SE REALIZA UN CAMBIO AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA, EL TEXTO CONSTITUCIONAL NO PRESENTA MODIFICACIÓN ALGUNA, QUEDA INTACTO, INVARIABLE. SE TRATA, PUES, DE MODIFICAR EL CONTENIDO DE LA NORMA SIN ALTERAR SU TEXTO, ES DECIR, CAMBIAR EL CONTENIDO DE LA NORMA SIN QUE SE CAMBIE O ALTERE SU REDACCIÓN. SU

cuenta que esa situación varía cuando existe el control judicial de constitucionalidad de constitucionalidad que cuando no lo hay. Porque en el primer caso la variación constitucional estará claramente determinada y fundada en un precedente judicial.

Aún en estas circunstancias es conveniente mantener la distinción entre cambios que resulten de una reforma efectuada por el procedimiento constitucional de los que resultan de otros procedimientos. Aunque la distinción es puramente descriptiva y no nos sugiere cuales cambios son legítimos y aceptables y cuales no.

Esta es una de las cuestiones principales de la teoría constitucional, para intentar resolverla debemos plantearnos que temas consideramos de importancia en un texto constitucional a los que toda reforma sobre los mismos no puede ser ignorada aún por un lector no profesional. Particularmente si tenemos en cuenta que ciertos cambios fundamentales han sido realizados sin una reforma estricta. Temas como la organización de los poderes, la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias, los derechos individuales, las bases de la democracia representativa, el sistema tributario son temas de la mayor importancia constitucional y son puntos en los que la Constitución ha sufrido reformas sin que se realizaran convenciones constituyentes.

Es el caso de la explosión de la legislación y reglamentación dictada por el gobierno nacional en áreas que hace un siglo eran consideradas de la exclusiva competencia de las provincias. O, más expresivo, aún las normas de contenido legislativo aprobadas por decreto del presidente. Esta expansión del poder presidencial tuvo origen principalmente a través de la interpretación judicial,<sup>112</sup> Aunque luego tuvieron una aprobación limitada por la Convención reformadora. Indirectamente, por supuesto, fueron consecuencia de una presión política insistente que requería esta función legislativa y que no toleraba la obstrucción legislativa. Estos cambios en la extensión de los poderes del federalismo y del Presidente deben ser considerados como un cambio constitucional aun cuando puedan ser considerados indeseables en ciertos aspectos.

El texto de la Constitución define las competencias presidenciales en detalle y su extensión fueron una parte considerable de los debates en 1853, 1860 y en 1994, pero ninguna reforma autorizó esta gran expansión del poder presidencial.<sup>113</sup> Este poder presidencial tiene una extensión importante en otros temas donde ha habido un cambio constitucional como es el caso de los acuerdos ejecutivos, que tienen el mismo efecto de los tratados internacionales pero que no han sido aprobados por el Congreso sino solamente por la voluntad presidencial. Estas competencias no tienen una base estricta en la Constitución pero son consideradas como bien establecidas dentro del discurso constitucional sin la necesidad de las reformas constitucionales. En algunos casos luego de

---

ORIGEN ESTA EN LA MONOGRAFÍA DE HSU-DAU-LIN, *DIE VERFASSUNGSWANDLUNG*, BERLÍN/LEIPZIG, 1932, EN LA QUE TRAE LA TRADICIÓN CHINA DE LAS MUTACIONES LA DERECHO PÚBLICO.

<sup>112</sup> LOS PRECEDENTES ARGENIO PERALTA Y COCCHIA PRINCIPALMENTE.

<sup>113</sup> ANTES BIEN UNA DE LOS FUNDAMENTOS DE LA REFORMA DE 1994 FUE LA 'ATENUACIÓN' DEL PRESIDENCIALISMO.

una práctica relativamente breve.<sup>114</sup> Al mismo tiempo, la constitución no previó la existencia de la administración nacional expansiva con la capacidad amplia de dictar reglamentos y de ejercer funciones judiciales con un mínimo control.

## **El control de constitucionalidad del poder constituyente**

El primer caso en que la Corte Suprema se pronunció sobre la eventual inconstitucionalidad de una reforma de la Constitución, aun cuando únicamente se debatía la supuesta violación del procedimiento de enmienda fue en la causa “**Soria de Guerrero, Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.**”, fallado el **20 de septiembre de 1963**. El agravio era la violación del procedimiento de enmienda, y la cuestión fue considerada política y no justiciable, a menos que no se cumplieran los requisitos mínimos e indispensables establecidos en el artículo 30.

*Dijo la Corte: 3ª Que reconocida, pues, la facultad del Poder Legislativo para aplicar la Constitución dentro de los límites de su legítima actividad, no constituye cuestión justiciable la consistente en el modo en que aquél cumplió las prescripciones constitucionales... Tal principio solo cedería en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.*

En su disidencia el ministro Luis María Boffi Boggero dijo:

*Que si por parte legítimamente interesada se niega la existencia válida de un precepto constitucional a mérito de no haberse guardado el procedimiento establecido por la Convención Constituyente, o se sienta como necesaria la convocatoria de una nueva Convención que, al declarar existente la norma, en rigor la crearía en su misión específica, que no es de juzgar sino de constituir; o bien el juzgamiento de la materia correspondería —no en violación, sino, a la inversa, en auténtico uso del principio de la separación de poderes— a la justicia, por haber la Convención Constituyente, como se dijo, atribuido esa misión a ella y no al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo... La materia sub examen es en consecuencia, claramente justiciable.*

### **El caso “Fayt.**

El fallo “Fayt” es un caso de control de constitucionalidad hecho por los jueces de una reforma constitucional basado en el incumplimiento de los requisitos que se imponen en el artículo 30. En el caso se discutía la validez de la reforma del artículo 99 inciso 4 referido a las competencias del poder ejecutivo en la designación de los ministros de la Corte Suprema. En el tercer párrafo agregado que ordenaba la solicitud de un nuevo acuerdo del Senado para los jueces que hubieran cumplido más de setenta y cinco años, procedimiento que se reiteraría cada cinco años.

El Ministro Carlos Fayt inicia un amparo que llega por apelación a la Corte Suprema. La Corte Suprema consideró inconstitucional la reforma del artículo mencionado y dijo:

---

<sup>114</sup> COMO ES EL CASO DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA AMPLIA QUE TIENEN UNA HISTORIA MUY CORTA. LA REFORMA DE 1994 INTENTÓ LIMITARLAS SIN DEMASIADO ÉXITO.

“7º) *Que en cuanto al fondo del asunto, la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación —constitucional— en que descansa. Este Tribunal ha afirmado recientemente esta doctrina respecto del poder constituyente derivado provincial (Fallos, 316:2743), con cita de la opinión coincidente de Manuel Gorostiaga, en el sentido de que las facultades atribuidas en nuestro sistema constitucional a las convenciones constituyentes están limitadas (cfr. Manuel Gorostiaga, Facultades de las Convenciones Constitucionales, Rosario, 1898, págs. 52 y 53). Restricción que también resulta del texto del artículo 30 de la Constitución Nacional que, tras declarar la posibilidad de que aquélla sea reformada ‘en el todo o en cualquiera de sus partes’ y conferir al Congreso de la Nación la función de declarar la necesidad de la reforma, atribuye su realización a ‘una Convención convocada al efecto’ (el énfasis es agregado); precisamente, la expresión que se subraya, situada al final del artículo citado, pone de manifiesto que la convención se reúne con la finalidad de modificar aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas y sobre las que el pueblo de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al elegir a los convencionales y no otras, sobre las que no concurren dichos requisitos.*

“8º) *Que tanto es esencial esta característica de la convención reformadora de contar con poderes limitados que por ello, metodológicamente, la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional no se incluye entre las atribuciones del Congreso que reglamenta la parte segunda de la Ley Fundamental, sino en la primera parte que contempla las ‘Declaraciones, derechos y garantías’, pues es una afirmación sobre la naturaleza de la propia Constitución que se sitúa como ley suprema del país. El constituyente originario quiso que el procedimiento del artículo 30 reflejase verdaderamente la voluntad soberana del pueblo en cada una de sus etapas y que toda reforma fuese fruto de una reflexión madura. Por ello, al órgano donde naturalmente está representado ese poder soberano le compete declarar la necesidad de reforma e incluir las partes o puntos cuya revisión justifica la convocatoria y a otro cuerpo legislativo distinto, también representativo de la soberanía, le corresponde llevar a cabo la actividad reformadora dentro de ese marco. En un régimen republicano, fundado sobre el principio de la soberanía del pueblo, debe ser la misma constitución política del Estado la que establezca y asegure su propia existencia, imposibilitando reformas inopinadas o antojadizas (cfr. Juan A. González Calderón, Derecho Constitucional Argentino, T. I, Buenos Aires, 1917, págs. 330, 334, 335, 340). En la adecuación o en el exceso respecto de esos límites reside la cuestión a resolver en el sub lite y este Tribunal centrará su juicio en las relaciones entre la ley 24.309 y el ejercicio de la actividad reformadora. Cabe recordar que no se trata de confrontar un acto legislativo material típico con un acto emanado de la convención reformadora, pues la declaración por el Congreso de la necesidad de reforma bajo las condiciones que expresa el texto de la Constitución, es un acto del poder preconstituyente —aun cuando en la historia constitucional argentina se haya implementado mediante la forma de leyes—, que se funda directamente en la Constitución...*

“15) *Que, por las razones expuestas, esta Corte no comparte la afirmación de que el Congreso, en cumplimiento de su función preconstituyente, habilitó una modificación de significativa trascendencia a la garantía de la inamovilidad de los magistrados judiciales federales a partir del cumplimiento de una edad determinada, ya que una alteración tan sustancial no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución de reformar —en los términos del apartado I del ‘Núcleo de Coincidencias Básicas’ incorporado a la ley 24.309— el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicado en una mera adecuación o actualización de las facultades del Poder Ejecutivo.*

# La Constitución y el Derecho Internacional.

## *El derecho internacional en la cláusula de supremacía.*

La Cláusula de Supremacía se encuentra en el artículo 31 de la Constitución e incluye a los tratados internacionales dentro de la ley suprema de la Nación.

*Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.*

Este artículo es tomado del Artículo VI 2 de la Constitución de los Estados Unidos:

*La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado.*

James Madison sostenía en 1791: *“Los tratados, según entiendo la constitución, son supremos sobre las constituciones y leyes de los estados particulares, y lo son también sobre las leyes preexistentes de los Estados Unidos, toda vez que aquellos se ajusten a la prerrogativa de hacer tratados, que reconoce sin duda, cierto límite.”*<sup>115</sup>

El origen de esta doctrina está en Blackstone que escribiendo en 1765 formuló el principio de la adopción del derecho internacional en el derecho interno en un lenguaje claro y solemne:

*“se adopta aquí por el derecho común de la tierra al derecho de las naciones en su plena extensión. Y aquellas leyes del parlamento, que de tiempo en tiempo han sido sancionadas para hacer cumplir esta ley universal, o para facilitar la ejecución de sus decisiones, no deben ser consideradas como introduciendo una nueva norma, sino meramente como declaratorias de las viejas constituciones fundamentales del reino; sin las cuales dejaría de ser una parte del mundo civilizado.”*<sup>116</sup>

Agustín de Vedia sostiene que la expresión de Madison se refiere a que la violación de la Constitución anularía el tratado ya que *“el soberano no puede ni debe ignorar la ley constitucional en que descansa su poder. No podría prescindir de ella sin atentar contra sí mismo. No puede ser materia lícita de tratado la violación directa de la ley constitucional.”*<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> CITADO EN AGUSTÍN DE VEDIA. CONSTITUCIÓN ARGENTINA. BUENOS AIRES 1907 PÁGINAS 135.

<sup>116</sup> CF. WILLIAM BLACKSTONE. COMMENTARIES ON THE LAW OF ENGLAND. BK. IV, CH. 5. EDICIÓN ORIGINAL DE 1765.

<sup>117</sup> AGUSTÍN DE VEDIA. CONSTITUCIÓN ARGENTINA, PÁGINA 136.

En los Estados Unidos el lenguaje de la cláusula de supremacía del artículo VI identifica a los tratados conjuntamente con la Constitución y las leyes federales como "*the supreme law of the land*" que nuestros constituyentes tradujeron como "*la ley suprema de la nación*". En el caso *Foster v. Neilson* de 1829 se estableció con la redacción de John Marshall que un tratado debía: "*ser considerada los tribunales... con un equivalente de una ley de la legislatura*" y por lo tanto se consideró que un tratado no sería válido si fuera contrario a la Constitución.

La ley 48 en sus artículos 1º y 21, expresamente declara que la Corte Suprema fallará "*del modo que una corte de justicia pueda proceder con arreglo al Derecho de Gentes.*"

La aplicación de 'principios del derecho internacional' fue reconocida por la Corte Suprema inicialmente en el caso *Capitán de la Barca Justus y sus Tripulantes*. T. 2, P. 143 de 1865.

En el caso *Gómez, Avelino c/ Baudrix, Mariano*. Fallos T. 7, P. 282 de 1869 la Corte dijo

*Los Tribunales nacionales deben aplicar a los casos en que conocen no sólo la Constitución y las leyes, sino también los principios del derecho de gentes.*

### ***Las fuentes del derecho internacional.***

Las fuentes del derecho internacional y el derecho de los tratados proveen los elementos básicos de este régimen jurídico. La dificultad en el estudio del derecho internacional es que no existen fuentes formales sólo contamos con el principio que el consentimiento general de los estados crean normas de aplicación general, inclusive la definición de la costumbre en el derecho internacional es una aplicación de este criterio. Todas las fuentes materiales son evidencias importantes de la existencia de un consenso o en algunas circunstancias solamente aquiescencia, entre los estados con referencia a normas prácticas particulares. De esta manera, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y el proceso de negociación de tratados multilaterales son evidencias de la actitud que algunos estados hacia normas particulares y demuestran la presencia o la ausencia de consenso. El derecho de los tratados se refiere al contenido de la obligación existente entre estados individuales y la extensión de las obligaciones que resultan de un acuerdo expreso. Dentro de las fuentes se realiza una distinción entre aquellas fuentes autónomas que el derecho internacional que son vinculantes y las fuentes supletorias que son informativas.

El derecho internacional se convierte en una fuente material directamente obligatoria sobre los estados y aplicable por los tribunales internacionales e internos fundamentalmente de dos maneras: la primera es cuando los estados lo adoptan como regla vinculantes de su conducta. Esto puede ocurrir ya sea por un reconocimiento tácito expresado a través de la costumbre, es decir que la práctica uniforme continuada como obligatoria, o por un consentimiento expreso, es decir a través de tratados establezcan normas adoptadas expresamente por los estados. La costumbre y los tratados dan una forma y sustancia concreta a lo que puede llamarse las causas, las fuentes objetivas, del derecho internacional. De esta manera, el consentimiento de los estados expresado en la

costumbre y en los tratados es la fuente principal y habitual del derecho internacional. Hasta que las normas sean establecidas en los tratados o probadas como costumbre, permanecen en la especulación y la controversia.

Sin embargo, a pesar que la costumbre y los tratados son las fuentes habituales y desde el punto de vista práctico las fuentes operativas más importantes del derecho internacional, no son las únicas fuentes. Están suplementadas por principios jurídicos existentes dentro del derecho interno de cada estado. En algunos casos estos principios deberán ceder frente a normas expresas existentes en los tratados, aunque habitualmente tanto la costumbre como los tratados sean interpretados con referencia a los principios generales de derecho.

### **El consentimiento de los estados como fuente del derecho internacional.**

Al no existir una legislatura internacional que sanciona normas vinculantes para todos sus miembros incluyendo hacia aquellos estados que disientan con ellas, el derecho internacional debe tener en cuenta la actividad de los estados individuales para su creación y desarrollo. Esta doctrina tradicional fue reconocida en el caso *Lotus* por la Corte Permanente de Justicia Internacional:

*El derecho internacional gobierna las relaciones entre estados independientes. Las normas jurídicas vinculantes entre los estados emanan por lo tanto de su propia libre voluntad tal como se expresa en convenciones o por los usos del derecho, y establecida en orden a regular las relaciones entre comunidades independientes que coexisten o con la visión de cumplir con objetivos comunes. Por lo tanto, no se pueden presumir las restricciones sobre la independencia de los estados.*<sup>118</sup>

Sin embargo, este enunciado puede ser equívoco ya que ningún estado puede alegrar su falta de voluntad como una razón decisiva para liberarse de las obligaciones provenientes de la costumbre internacional o de los tratados internacionales. Al mismo tiempo, la necesidad de respetar la voluntad de los estados no es una cuestión relevante en la medida que nuevos estados ingresan en la comunidad internacional. Esos estados no están en condiciones de elegir o desechar las normas existentes en materia de costumbre internacional o decidir por si mismos si aceptan o rechazan una nueva norma de conducta. Todos los estados están obligados a reconocer las normas de la costumbre internacional. Finalmente un estado está vinculado por normas reconocidas del derecho internacional aún cuando su consentimiento hacia estas normas no pueda ser probado en una circunstancia particular. Es suficiente que la norma sea reconocida en forma general y es difícil imaginar que los estados se nieguen a cumplirlas. La misma existencia de los “principios generales de derecho” mencionados en el artículo 38 del Estatuto como una fuente del derecho internacional diferente de la costumbre y los tratados, es una demostración de una práctica que reconoce que mientras la voluntad de los estados que es necesaria en la costumbre y los tratados, la ausencia de una reglamentación específica en éstos no impide que pueda existir una norma internacional que provenga de los principios aplicados por los estados en sus derechos internos.

---

<sup>118</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. PCIJ, SERIE A, N° 10, P. 18.



## ***El estatuto de la Corte Internacional de Justicia.***

El artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia describe las fuentes del derecho internacional en función de la competencia de la Cortes aunque representa un enunciado completo y universalmente aceptado de las mismas. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Estatuto de la Corte Internacional es un tratado del cual son parte prácticamente todos los estados de la comunidad nacional. El artículo no establece un orden jerárquico aunque, en la práctica, la primera fuente mencionada, los tratados internacionales y la segunda, la costumbre internacional, sean consideradas las principales, y sea comprensible la prioridad de los tratados porque se refieren a una fuente de obligaciones mutuas entre las partes. Aunque los tratados no son primariamente una fuente de normas de aplicación general, ya que se aplican exclusivamente entre las partes, algunos tratados pueden proveer evidencia para la formación de la costumbre. En cambio la costumbre internacional y los principios generales de derecho son lo más cercano a una fuente formal en el derecho internacional.

Dice el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

### *Artículo 38*

*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
  - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
  - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
  - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.*
- 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.*

## ***La costumbre internacional.***

El artículo 38.1 b) del Estatuto de la Corte que habla de: "*La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*". También podríamos definirla como la generalización de la práctica de los estados. Lo que se busca es un reconocimiento general entre los estados de una cierta práctica que pueda ser considerada como obligatoria. La palabra "costumbre" y la palabra "uso" tienen diferentes significados, el uso es una práctica general que no constituye una obligación y se pueden dar ejemplos habituales referidos al ceremonial diplomático asociado a la cortesía.

La costumbre requiere de medios de prueba que son numerosos, entre los que se puede incluir, la correspondencia diplomática, las declaraciones políticas, comunicados de prensa, los dictámenes jurídicos de funcionarios, los reglamentos y otras decisiones y prácticas ejecutivas, la legislación, las decisiones judiciales tanto derecho interno como internacional, las expresiones durante negociación de tratados u otros instrumentos internacionales, los principios aplicados en tratados similares, la práctica de los órganos internacionales, y las resoluciones de organismos internacionales en particular de las Naciones Unidas. El valor de las fuentes varía y depende de las circunstancias.

Los tratados y otros acuerdos internacionales proporcionan una parte importante de los derechos y obligaciones internacionales de los Estados pero mucho de ellos se encuentran en la costumbre internacional no escrita: el estado legal de estados en la comunidad internacional los conceptos de soberanía, territorio nacional, nacionalidad; los fundamentos de bienes, contrato y agravio entre naciones; el derecho de tratados en sí mismo, incluyendo el principio *pacta sunt servanda*, que los acuerdos internacionales crean obligaciones y deberían observarse.

La costumbre internacional ya existía cuando nuestro país tuvo su origen como nación y el derecho internacional ha influido la conducta nacional desde entonces. Es principalmente el Presidente, como órgano principal del gobierno en sus relaciones internacionales, quien es responsable del comportamiento de la Nación respecto a derecho internacional y quien participa en su nombre en el proceso por el cual se hace, deshace y se vuelve a hacer el derecho internacional consuetudinario. Hace reclamaciones legales y las justifica según el derecho, en intercambio diplomático, en actuaciones judiciales y arbitrales, en organizaciones internacionales o en el foro público. El Congreso, las legislaturas de estados y aun funcionarios de estado también afectan a las relaciones exteriores regidas por derecho.

El derecho internacional es una norma operativa que puede ser aplicada por los tribunales y la costumbre internacional es parte de ese derecho.

Como los tratados, el derecho internacional consuetudinario se inclina ante las prohibiciones constitucionales, particularmente las de la parte dogmática, pero algunas salvaguardas Constitucionales se interpretan que tienen en cuenta los principios del derecho internacional que preceden en tiempo a la Constitución.

La costumbre internacional debe aplicarse en la misma jerarquía que los tratados como ley suprema de la Nación. Su característica de ser una norma difusa requiere que, a la inversa de los tratados deban ser probados.

Los tribunales también crean derecho de relaciones exteriores cuando determinan y aplican derecho internacional consuetudinario. La costumbre internacional es parte del derecho vigente y se lo aplica cuando sea operativo en carácter. En el lenguaje citado a menudo del Juez Gray de la Corte Suprema de EEUU en *The Paquete Habana*

***El derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser averiguado y administrado por los tribunales de justicia de jurisdicción***

*apropiada, tan a menudo como asuntos de derecho que dependen de él se presenten debidamente para su determinación.*<sup>119</sup>

En este caso la Suprema Corte sostuvo que según el derecho internacional los buques pesqueros pertenecientes a ciudadanos enemigos estaban exentos de captura por buques armados de los Estados Unidos y no podían confiscarse y venderse como presa de guerra. En innumerables casos, los tribunales federales y de estados han disuelto actuaciones contra gobiernos extranjeros, sus diplomáticos, buques u otros bienes, porque el derecho internacional les dio inmunidad del proceso judicial.

Como los tratados, el derecho internacional consuetudinario es derecho para que apliquen el Ejecutivo y los tribunales, solo resta saber si la costumbre internacional es también superior a las leyes federales y al resto del ordenamiento jurídico. Una primera respuesta sería afirmativa, pero debería tratarse de una costumbre internacional firmemente consolidada en la comunidad internacional, o regional.

La posibilidad que un tratado internacional sea derogado o reformado por la costumbre internacional no es plenamente reconocida por la Corte Suprema.

La determinación y aplicación de derecho internacional son esenciales para la conducción de relaciones exteriores y son responsabilidad del gobierno federal. En la ausencia de ley, tratado o reglamento ejecutivo autorizado, el derecho internacional es determinado, de alguna manera recreado, por los tribunales federales como si fuera derecho federal y sus modos de ver obligan con sus precedentes. Los puntos de disputa de derecho internacional que surgen de los juzgados de provincia, entonces, son cuestiones federales y pueden apelarse a la Corte Suprema y ella puede determinar y establecer una regla individual, uniforme de derecho internacional consuetudinario de aplicación general.

Que el derecho internacional sea el derecho del Estado significa que, como en el caso de tratados, los tribunales pondrán en efecto las obligaciones de la Nación según el derecho internacional consuetudinario; a instancia de los particulares interesados.

En el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*<sup>120</sup> la Corte Suprema los Estados Unidos trató la cuestión planteada por la demanda de una agencia del gobierno cubano que solicitaba la entrega de los beneficios de una venta de azúcar que había sido expropiada por ese país. El demandado se opuso manifestando que la expropiación había sido hecha en violación del derecho internacional. La Corte hizo lugar a la demanda señalando que la doctrina del “Acto del Estado” impedía discutir la validez de la expropiación hecha por un gobierno extranjero dentro de su jurisdicción, aún cuando fuera contraria al derecho internacional y aún cuando el gobierno de los Estados Unidos hubiera roto relaciones diplomáticas con Cuba. Hubo un extenso disenso del Juez White. Debido a este precedente se dictó legislación federal determinando que los tribunales no podían utilizar la doctrina del acto del Estado para no dictaminar sobre los méritos de una causa dando

---

<sup>119</sup> **CF. 175 US 677 (1900).**

<sup>120</sup> **CF. 376 U.S. 398 (1964).**

plena vigencia a los principios de derecho internacional cuando se tratara de una confiscación o acto similar contrario al derecho internacional.<sup>121</sup>

La contribución de los tribunales a la política exterior y su impacto en las relaciones exteriores es significativa pero no amplia. La Corte Suprema en particular interviene solo infrecuentemente y sus casos de asuntos exteriores son pocos y casuales.

### **Elementos que integran la costumbre internacional.**

El primer elemento de la **duración**, ya que ello demuestra la generalidad y consistencia de una práctica. Aunque si una práctica es generalizada y consistente no requiere ningún plazo de tiempo específico para ser reconocida. No se requiere una larga práctica, ciertas normas de costumbre internacional han emergido de una práctica relativamente breve, tal es el caso de la costumbre que surgió en algunos puntos del derecho del mar particular la plataforma continental.

El segundo elemento es la **uniformidad y consistencia** de la práctica. No es necesario que la uniformidad sea completa pero ésta debe ser sustancial. La Corte Internacional de Justicia ha considerado que la parte que alega la costumbre debe probar que ésta se encuentra establecida de tal manera que sea obligatoria para la otra parte, que la norma invocada es concordante con el uso constante y uniforme practicado por los estados en cuestión y que su uso es una expresión del derecho perteneciente al estado que lo alega. Eso no se cumple si existe incertidumbre y contradicción, o fluctuaciones y discrepancias en el ejercicio de la costumbre alegada, y en las expresiones oficiales efectuadas en diferentes ocasiones. Al mismo tiempo, si existen inconsistencias en los diferentes tratados sobre el tema, o si éstos han sido ratificados por algunos estados pero rechazados por otros, o que la práctica haya sido influida por consideraciones de oportunidad política en algunos casos de tal manera que no sea posible discernir en todo esto un uso constante y uniforme aceptado como derecho.<sup>122</sup>

El tercer elemento es la **generalidad de la práctica**. Este es un aspecto complementario de la consistencia, y no se requiere su universalidad. Pero se debe determinar el valor de la no participación de otros estados en la práctica que siguen algunos. El silencio puede demostrar al mismo tiempo o un acuerdo tácito o una simple falta de interés en la cuestión. Por lo tanto, el intérprete debe analizar en qué casos existe un verdadero rechazo de la práctica por otros estados.

Pueden existir costumbres regionales aún cuando éstas fueron rechazadas en el caso sobre Derecho de Asilo ya mencionado. En el caso de Derecho de Tránsito por territorio Indio<sup>123</sup>, la Corte Internacional consideró que existía una práctica constante y uniforme de libre tránsito entre el territorio portugués de Damao y los enclaves de Dadra y Nagar

---

<sup>121</sup> CF. THE FOREIGN ASSISTANCE ACT OF 1964, 78 STAT. 1009.

<sup>122</sup> CF. CASO COLOMBIANO PERUANO RELATIVO AL DERECHO DE ASILO, FALLO DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1950. C.I.J. RECUEIL 1950. P. 266 Y SS.

<sup>123</sup> CF. CASO RELATIVO AL DERECHO DE TRÁNSITO POR TERRITORIO INDIO. PORTUGAL V. INDIA, FALLO DEL 12 DE ABRIL DE 1960. RECUEIL C.I.J. 1960 P. 6 Y SS.

Aveli. Por ello la Corte consideró que la práctica sido aceptada por las partes como un derecho y ha dado nacimiento un derecho y una obligación correlativas.

El cuarto elemento es el referido a la **conciencia de obligatoriedad de la práctica**. Se utiliza la expresión *Opinio iuris sive necessitatis* para señalar el requerimiento que la práctica es aceptada como vinculante. Kelsen es contrario al reconocimiento de este elemento psicológico como necesario para la formación de la costumbre. Sin duda, es un elemento de menor importancia que el elemento material, es decir la práctica continúa en el tiempo. Su utilidad es para distinguir a la costumbre vinculante que un mero uso habitual en la cortesía diplomática. Lo que caracteriza a este elemento es que los estados que toman una medida o aquellos estados que pudieron haber reaccionado frente a ésta, deben comportarse de tal manera que su conducta sea la evidencia de una creencia que esta práctica es obligatoria, porque existe una norma jurídica que la impone. La necesidad de esa creencia, la existencia de un elemento subjetivo, está implícito en la noción de la *opinio iuris*.<sup>124</sup>

La Corte Internacional de Justicia ha negado el carácter de costumbre internacional una práctica que no esté asociada a la convicción que corresponde a una obligación jurídica. En el Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte señaló que para que hubiera costumbre "*los actos considerados deben representar una práctica constante*" y "*asimismo... testimoniar, por su naturaleza o la manera en que la cual fueron cumplidos, de la convicción que esta práctica es considerada obligatoria por la existencia de una norma jurídica*" y que, en el cumplimiento de estos actos, los estados interesados tienen "*el sentimiento de que equivale a una obligación jurídica*."<sup>125</sup>

¿Cuáles son los hechos que permiten crear una costumbre internacional? La base del elemento material de la costumbre es una repetición de hechos ya que la costumbre está hecha de precedentes reconocidos. Corresponde analizar si la costumbre nace exclusivamente por la repetición de actos positivos o puede ser creada también por una serie de abstenciones. En el caso Lotus la Corte Permanente consideró que: "*es exclusivamente si la abstención estaba motivada por la conciencia de un deber de abstenerse que podríamos hablar de costumbre internacional*."<sup>126</sup> La Corte Permanente no aceptó la existencia de la norma consuetudinaria invocada por ausencia de *opinio iuris* pero reconoció de una manera implícita que la costumbre internacional puede formarse por una serie de abstenciones. El tema se trató en la Corte Internacional de Justicia en el caso Nottebohm donde se analizó la práctica de los estados de abstenerse de ejercer la protección diplomática a favor de los naturalizados que no han conservado un vínculo efectivo con aquel que les ha otorgado la nacionalidad. La Corte dijo que existía:

*"la práctica de algunos estados que se abstienen de ejercer la protección en beneficio de un naturalizado debido a que éste ha roto en los hechos, por un alejamiento prolongado, su relación con lo que para él no es más que una patria nominal. Así se manifiesta, para estos estados, la*

---

<sup>124</sup> CF. EL CASO DE NICARAGUA V. ESTADOS UNIDOS (MÉRITOS) DE 1986 PÁGINA 14.

<sup>125</sup> CF. CASO DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL DEL MAR DEL NORTE, FALLO DEL 20 DE FEBRERO DE 1969, RECUEIL 1969 P. 3 Y SS.

<sup>126</sup> C.P.J.I. SÉRIE A, N° 10, P. 96.

*convicción que para merecer ser invocada contra un otro estado, la nacionalidad debe corresponder a la situación de hecho.*"<sup>127</sup>

## **La prueba de la costumbre internacional.**

La costumbre internacional tiene que ser probada por quien la alega. Esto supone asumir la dificultad de demostrar de una manera directa y positiva la existencia de la *opinio iuris* por lo que a pesar que los fallos de la Corte Internacional han insistido en la necesidad de la existencia de este elemento psicológico, en la práctica han sido menos exigente en su prueba. Esto demuestra que hay una mayor libertad de apreciación y se puede deducir la presencia del elemento psicológico inherente a la costumbre internacional en el conjunto de las circunstancias que rodean la actividad de los estados interesados. Entre estos se puede mencionar la sucesión de hechos análogos, la existencia una práctica uniforme y constante, la importancia de un número de estados partes en un tratado multilateral que creador de nuevos derechos entre otros.

Para evitar la creación de una nueva costumbre internacional los estados pueden utilizar procedimientos diplomáticos como es la protesta aunque estos procedimientos tiene una eficacia limitada y no impiden además investigar si en la realidad el estado que actúa de esta manera no está jurídicamente obligado por una norma internacional cuya existencia se niega a admitir expresamente.

Los procedimientos jurídicos para evitar la formación de la costumbre internacional requieren de la intervención del estado. Habitualmente todo estado parte de un tratado multilateral cuenta con una instancia arbitral judicial internacional en caso de conflicto la interpretación de dicho tratado. De esta manera, puede recurrir a un sistema de solución de controversias para impedir la formación de una nueva costumbre internacional.

## **La aplicación judicial de la costumbre internacional.**

En la aplicación del derecho internacional como en otros temas, los tribunales crean normas implícitamente cuando determinan e interpretan el derecho aplicable para decidir casos que se presentan ante ellos. La creación de derecho judicial por interpretación es fundamental y dispositiva cuando los tribunales desarrollan el derecho de la Constitución y sus interpretaciones constitucionales han influenciado de manera importante las relaciones exteriores y algunas veces han desempeñado un rol continuo para los tribunales, por ejemplo para controlar aranceles en comercio exterior, o Algunas cláusulas constitucionales, por ejemplo, la del proceso debido, han sido en gran parte completadas por los tribunales. Los tribunales tienen un amplio alcance e influencia, también, cuando leyes, tratados, otros acuerdos internacionales o cuando procuran derecho internacional consuetudinario.

---

<sup>127</sup> CASO NOTTEBOHM (SEGUNDA FASE) LIECHTENSTEIN C. GUATEMALA. EL FALLO DEL 6 ABRIL 1955, C.I.J. RECUEIL 1955, PÁGINA 4 Y SS.

## ***Los principios generales de derecho.***

El artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a:

*"c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;"*

Esta es una fuente de derecho que depende menos del consentimiento de los estados. Su origen histórico es en los compromisos de los tribunales de arbitraje del siglo XIX. Punto quienes redactaron el Estatuto no tenían una opinión común sobre el significado estricto de la frase. Si bien uno de los autores que el Barón Descamps tenía en mente criterios de derecho natural *"reconocidos por la conciencia jurídica de las naciones civilizadas"* otros redactores entre ellos el norteamericano Elihu Root considero que los gobiernos desconfiaría en que un tribunal que pudiera utilizar un concepto subjetivo de los principios de justicia. Fue el mismo Root conjuntamente con Lord Phillimore que propusieron el texto que rige en la actualidad. Esta norma autoriza a la Corte aplicar los principios generales de derecho local, incluyendo el derecho privado en la medida que sean aplicables a las relaciones entre estados. Para hacerlo no se requiere realizar un censo entre los sistemas de los diferentes estados parte, sino que se eligen y se adaptan elementos de los sistemas jurídicos locales se transforman en un nuevo elemento de derecho internacional cuyo contenido está histórica y lógicamente influido por el derecho interno.

Los "principios generales de derecho" son una fuente del derecho internacional, es decir son un hecho creador de normas jurídicas. Tienen como contenido disposiciones provenientes de diversos órdenes jurídicos internacionales. Originalmente los principios del derecho positivo interno susceptibles de pasar integral ordenamiento internacional eran los relativos al derecho civil y al procedimiento civil. Aunque más recientemente se incorporan principios de derecho público. En cuanto al derecho civil existe una analogía entre la teoría general de los contratos y los tratados internacionales, entre principios sucesorios y la sucesión de estados y entre principios que regulan la adquisición de la posesión del dominio y las normas sobre adquisición de la soberanía territorial, en cuanto al derecho procesal del derecho internacional tomado principios como el de la cosa juzgada, la preclusión o *estoppel*, la nulidad de sentencia, la carga de la prueba y la determinación de medios de prueba.

Para determinación de los principios generales de derecho no se realiza un censo una investigación detallada, sino que los jueces han comprobado su existencia a través de su propio conocimiento pasado en los sistemas jurídicos que le resultan familiares. Los jueces y árbitros no indiquen explícitamente el procedimiento seguido para comprobar la existencia de los principios en que basan su decisión. El procedimiento para determinar qué normas del derecho comparados pueden ser consideradas como principios generales de derecho fue mencionado por Lord McNair en su voto individual a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Posición Internacional del África Sud occidental:

*"el derecho internacional ha reclutado y continúa reclutando muchas de sus normas e instituciones de los sistemas privados del derecho. El artículo 38 (I) (c) del Estatuto de la Corte es testigo de que este proceso activo, y debe notarse que este artículo autoriza a la Corte a 'aplicar... c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas'. La manera en que el derecho internacional toma de esta fuente no es a través de la importación directa de instituciones*

*jurídicas listas para aplicar <sup>128</sup>y plenamente equipadas con un conjunto de instrucciones. Sería muy dificultoso reconciliar un proceso de ese tipo con la aplicación de los 'principios generales de derecho'. En mi opinión, la verdadera visión del deber de los tribunales internacionales en este tema es considerar todas las características o terminología que son similares a las normas e instituciones del derecho privado como una indicación de política y principios antes que una importación directa de estas normas e instituciones."*

Es decir, que los principios generales de derecho son creados mediante un procedimiento que tiene por base una generalización de instituciones similares existentes en el derecho privado, generalmente en el derecho civil y el derecho procesal civil. Esta generalización tiene por fin determinar los elementos comunes en las distintas legislaciones. Aunque si se hace una comparación entre un principio general de derecho con el derecho privado interno y origen ocurre que el contenido de este no es idéntico con los de aquél. Es debido a que el principio general posee únicamente las características comunes de normas diferentes de los ordenamientos internos y por qué la estructura propia el derecho internacional provoca también una modificación de la norma al pasar el orden interno internacional. Por ejemplo las normas sobre la buena fe en el derecho internacional son más estrictas y más amplias que la mayoría de los derechos internos lo cual lleva a una cierta modificación en algunos principios sobre contratos pasan a formar parte de derecho de los tratados. De la misma manera, las normas de procedimiento civil que pasan a regular el procedimiento de tribunales internacionales son despojadas del exceso de formalismo que conservan algunos derechos nacionales.

Para la creación de un principio general de derecho se requiere también que las instituciones de derecho interno sean concordantes a través de las distintas legislaciones y al mismo tiempo susceptible de ser trasladadas al orden internacional.

### ***Las normas imperativas del derecho internacional. El Jus Cogens.***

Existe la opinión que pueden existir principios imperativos en el derecho internacional que forman el *Jus Cogens*. Éstas son normas de la costumbre internacional que no pueden ser dejadas de lado por tratados o por la aquiescencia sino exclusivamente por la formación de una costumbre internacional posterior que tengan efecto contrario. Las menos controvertidas de este tipo de normas son la prohibición del uso de la fuerza, las normas sobre genocidio, el principio de la no discriminación racial, los delitos contra la humanidad y las normas que prohíben la trata de esclavos y la piratería. En el caso de la *Barcelona Traction (segunda fase)* el fallo de la mayoría de la Corte Internacional estableció una distinción entre las obligaciones del estado frente a otro estado y las obligaciones hacia "*la comunidad internacional como un todo*". La Corte dijo:

*"Estas obligaciones derivan en el derecho internacional contemporáneo, por ejemplo, de la proscripción de los actos de agresión, y de genocidio, como también de los principios y normas*

---

<sup>128</sup> EN INGLÉS UTILIZA LA EXPRESIÓN 'LOCK, STOCK AND BARREL' SIGNIFICANDO QUE SE TOMA UN NEGOCIO COMPLETAMENTE DESDE EL CONTENIDO A UNA CERRADURA. TAMBIÉN SIGNIFICA TOMAR COMPLETAMENTE UNA ARMA DE FUEGO ANTIGUA.



*concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección de la esclavitud y la discriminación racial.*"<sup>129</sup>

Esta fue una norma controvertida durante el debate sobre la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, finalmente el texto quedó redactado de esta manera:

**"Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).**

*53. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."*

Es decir el estado que alega la existencia de este tipo de norma debe probar que se trata de "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario" lo que supone una estricta carga de la prueba. Ello debe ser así ya que frente a tipos de normas son irrelevantes las protestas diplomáticas, el reconocimiento y la aquiescencia, al mismo tiempo la prescripción no puede purgar este tipo de ilegalidad. Si bien estas normas imperativas son reconocidas por la comunidad internacional existen controversias sobre su contenido. Es una cuestión de interpretación determinar cuáles la intención de las partes contratantes en un tratado si han decidido establecer una norma imperativa o de jus Cogens. En la medida que el número de participantes en ese tipo de decisión sea menor que el de todos los sujetos de derecho internacional, este orden internacional acordado permanecerá derecho estrictamente vinculante solamente a las partes del tratado. Hasta que un orden internacional público de este tipo sea establecido sobre una base consensual que cuente con una universalidad absoluta debe ser considerado un cuasi orden. Esta limitación debe tenerse en cuenta para evitar el horror que ocurre cuando se confunde la aspiración de universalidad con su cumplimiento.<sup>130</sup>

## **El derecho de los tratados.**

La mayor parte de los diferendos internacionales conciernen la validez de interpretación de los tratados u otros acuerdos internacionales. Si bien las normas sobre tratados han estado basados en la costumbre gran parte de esta más otras normas provenientes del desarrollo progresivo fueron incluidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y consiste en 85 artículos y un anexo referido a la solución de controversias a través de un amigable componedor. La convención entra en vigencia en enero de 1980 tiene una amplia ratificación o adhesión por parte de estados miembros de la comunidad internacional, aún cuando existen importantes miembros de la comunidad que no lo han ratificado ni adherido a él. La Argentina ratificó la convención de Viena en 1972.

---

<sup>129</sup> I.C.J. REPORTS 1970. FALLO DEL 5 FEBRERO 1970, PÁGINA 3 Y SS.

<sup>130</sup> GEORG SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW. VOL I. 3<sup>RD</sup>. ED. LONDON 1957.

Podemos decir que un tratado es un acuerdo concluido entre miembros de la comunidad internacional destinado producir efectos jurídicos, corresponde a la vez a lo que en el orden interno son la ley y el contrato. No son tratados los acuerdos entre estados de individuos o empresas extranjeras, aun cuando estos acuerdos pueden producir efectos jurídicos. Son tratados los concordatos con la Santa Sede aun cuando pudieran referirse cuestiones internas y que podrían considerarse de competencia exclusiva de los estados, como las relativas a la organización del culto, disciplina eclesiástica y relaciones entre los fieles el gobierno.

Son también tratados internacionales los concluidos con organismos internacionales, en particular se citan habitualmente los acuerdos de sede concluidos generalmente entre organismo internacional y un estado con el objetivo establecer la sede de la organización internacional en el territorio del estado y determinar los privilegios, inmunidades y facilidades que le son acordadas al organizaciones funcionarios, los acuerdos de incorporación a un organismo internacional, los acuerdos de transferencia de competencias entre distintas organizaciones internacionales, los acuerdos de colaboración, los acuerdos préstamos o de garantía concluidos con organismos financieros internacionales, los acuerdos sentencia técnica entre otros.

Se hace una distinción de orden material, entre tratados contrato y tratados leyes. Tratado establecía partiendo de las funciones que cumplen los tratados, por un lado la realización de la operación jurídica como son los tratados contrato, o el establecimiento de normas jurídicas en este caso los tratados leyes. Si los primeros son actos de carácter subjetivo que establecen prestaciones recíprocas a cargo de estados contratantes que buscan objetivos diferentes; los tratados normativos tienen como objetivo la creación de normas jurídicas objetivamente válidas. En este caso la voluntad de los contratantes es común. Esta distinción es importante ya que en los primeros hay contraprestaciones y un interés directo de cada estado parte en el cumplimiento del acuerdo por el otro. Son las partes contratantes quienes insistirán en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el tratado. En los tratados legislativos se crea derecho que será aplicable internamente en cada estado parte, y de esta manera, particularmente en el caso de los tratados de derechos humanos, el interés en el cumplimiento puede incluir también a los ciudadanos e instituciones de cada estado contratante.

También existe una distinción entre tratados bilaterales y multilaterales. Esta distinción está basada exclusivamente en el número de contratantes, si son dos o más, incluyendo los casos que sean convenciones de carácter universal. Esta distinción tiene importancia con relación a la existencia de reservas.

### ***Procedimientos de conclusión de tratados.***

El tratado internacional entra en vigencia luego de un procedimiento complejo, una parte de este proceso está reglada por el derecho internacional, y otra parte por el derecho constitucional de cada estado parte.

## **La negociación.**

La negociación de los tratados varía según se trate de un tratado bilateral, en cuyo caso es llevado adelante en conversaciones entre cancillerías, o entre los funcionarios de un Ministerio de Relaciones Exteriores y los agentes diplomáticos destinados en esa sede generalmente acompañados de funcionarios técnicos especializados según el tema. En cambio los tratados multilaterales se negocian y acuerdan generalmente a través de una conferencia internacional. En muchos casos, cuando se trata de convenciones de carácter universal o regional se utilizan las sesiones de los organismos del sistema de las Naciones Unidas, o de algún organismo regional, para llevar adelante la negociación del acuerdo.

Puede ocurrir que en la negociación participen además de los representantes del gobierno nacional, representantes de los gobiernos provinciales o estatales en los sistemas regidos por constituciones federales. Asimismo, algunos sistemas federales, entre ellos la Argentina, autoriza al en sus constituciones a sus estados parte como las provincias en nuestro caso, a concluir tratados internacionales de carácter no político.

En algunos casos para la negociación y necesariamente para la firma de los tratados se requieren plenos poderes. Son un documento escrito del jefe de estado o el ministro Relaciones Exteriores según el caso, en el cual se establece de una autorización para negociar, concluir y eventualmente firmar el tratado en cuestión. En el pasado tenían un importancia considerable ya que eran elemento jurídico establecía la validez del tratado, en la actualidad es una simple comunicación que establece la capacidad del funcionario de representar al estado en la negociación y firma del tratado.

## **Conclusión y firma.**

Redactado el tratado firmado. Aunque esto no ocurre inmediatamente. En la práctica contemporánea existe una fórmula suplementaria que es la *inicial* acto en el que los representantes de los estados certifican el texto acordado sin que esto tenga los efectos de la firma, sino simplemente la determinación del contenido del tratado. De esta manera puede ocurrir que estados que han participado en la negociación e inicia lado el texto no firmen el acuerdo ni mucho menos lo ratifican. En de los acuerdos ejecutivos la firma establece el consentimiento para hacer obligado por el tratado. En los tratados que deben ser ratificados según lo establece el proceso ordenado en la Constitución la función de la firma es de darle autenticidad al texto. Aunque el texto puede ser autenticado de otra manera por ejemplo al incorporarlo al texto del acta final de una conferencia o a través de las iniciales al cual ya fue mencionado.

En todos los casos la firma de un tratado es fuente de ciertas obligaciones en particular la de no frustrar el objeto del tratado firmado.

## **La aprobación.**

La aprobación de un tratado internacional es un procedimiento establecido por el derecho interno de cada estado por el cual se autoriza al jefe de estado a firmar el instrumento ratificación. En el sistema contra en la Argentina el tratado debe ser aprobado por una ley del Congreso, cuando contenido no es legislativo sino que es la autorización del Congreso para seguir adelante con la ratificación. Si por algún motivo el tratado no fuera ratificado por nuestro país, o no entrar en vigencia porqué, por ejemplo, no reúne el número mínimo de ratificaciones, el tratado no estaría en vigencia para nuestro país aún cuando hubiera sido aprobado por una ley del Congreso.

### **La ratificación.**

En el derecho internacional la ratificación es el procedimiento internacional que transforma el tratado en vinculante a través de canje formal de sus instrumentos de ratificación o de su depósito en la sede de uno de los estados parte. En el caso de los tratados multilaterales en los que no se ha participado en la negociación o no se ha lo ha firmado durante el período establecido al efecto, el compromiso de obligarse por el tratado es a través de la adhesión.

### ***Las reservas en los tratados internacionales.***

Convención de Viena define a las reservas como:

*d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;*

Esta definición no menciona el problema de la validez de la reserva, que debe ser determinada sobre una base contractual y no unilateral. La norma tradicional en este tema era que las reservas eran válidas en todo tipo de tratados si el tratado en cuestión las permitía y si todas las otras partes la aceptaban. Sobre esta base la reserva constituía una contraoferta que requería de una nueva aceptación, sin la cual el estado que hacía la contraoferta no podía ser parte del tratado. Y la visión está sostenida en la concepción contractual y la de la integridad absoluta del tratado tal como fue adoptado. La Corte Internacional de Justicia la sostuvo en la opinión consultiva sobre las reservas a la convención de genocidio.

### **Las reservas no amplían el contenido de los tratados.**

El objeto de las reservas en los tratados es el de:

*"... de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación..."*

De ninguna manera puede ser el de aumentar la extensión del contenido de los tratados o de establecer nuevas obligaciones internacionales. Si en un tratado multilateral se hace una reserva, es para que algunos de sus efectos no se cumplan en el derecho interno de un

estado, o que sólo se cumplan algunos efectos pero no otros. Podría intentarse hacer una reserva establezca una prohibición el tratado no contiene, de manera que quien realiza la reserva, en nuestro sistema el poder ejecutivo, pudiera incluir dentro del derecho interno una obligación que no existe en el tratado. Esta situación es más grave si se trata de un tratado de derechos humanos nominado en la constitución, en este caso se intentaría hacer una reforma constitucional de manera oculta. Al mismo tiempo debe recordarse que la interpretación de los tratados internacionales no puede ser unilateral, y debe aceptarse la interpretación en el mismo se hacen en tribunales internacionales y en el derecho comparado.

## Los Tratados en la Constitución.

Las relaciones exteriores incluyen la cooperación internacional y no sólo el conflicto (art.27). Es a través de tratados, y la participación en la creación de la costumbre internacional que se crean las normas internacionales vinculantes para el Estado y éstos son una parte importante de las normas constitucionales.

Nuestra Constitución incluye a los **tratados internacionales dentro de la ley suprema de la Nación** (art. 31). Reconoce la existencia del **derecho de gentes** (art. 118), por lo tanto se puso desde su origen dentro de la ley de las naciones. Estas normas establecen este principio de la ubicación de la Constitución dentro del marco del derecho internacional. Nuestros constituyentes no previeron la explosión de las relaciones exteriores, que ocurrirían en la segunda mitad del siglo XX, ni aún la existencia de organismos internacionales de naturaleza universal. Ni la idea que hubiera un cuerpo de normas internacionales que se refiriera a los temas más variados desde derechos humanos hasta el comercio internacional. Es por eso que se refirieron a la principal fuente concebida en aquella época que eran los tratados internacionales.

A estos les pusieron límites generales, el único expreso en la Constitución en cuanto a su contenido y una vez que es aprobado y ratificado, es que el tratado deba estar de acuerdo con los **principios de derecho público** establecidos en la misma. Una vez de estar incorporados al derecho interno tienen el nivel de ley suprema con la misma Constitución y las leyes federales, en sus relaciones con el resto del ordenamiento jurídico.

Como dice el Federalista N° 64 el **poder de hacer los tratados** es especialmente importante ya que se refiere a **la guerra, a la paz y al comercio** y **no puede ser delegado** sino de tal forma y con tales precauciones que otorguen la mayor seguridad y que sea ejercitado por los hombres mejor calificados para la tarea, de la manera que conduzca de la mejor forma al bien común. De esta manera la Constitución provee que nuestras negociaciones para los tratados tengan todas las ventajas que pueden derivar de los talentos, información, integridad y de las investigaciones deliberadas, por una parte, y por el secreto y la rapidez por la otra.<sup>131</sup>

Una distinción se hace entre los tratados y los acuerdos y "*compacts*", que nuestra Constitución traduce como tratados parciales, con un Estado extranjero aparece como implícita entre las limitaciones impuestas a los Estados miembros en el art. I sección 10.

A diferencia con la Constitución argentina los norteamericanos no prescribieron que fines los tratados tenían que tener ni sugirieron ningún tipo de limitación. No anticiparon, ni por lo tanto resolvieron un conflicto entre los tratados y la Constitución y entre los tratados y las leyes. Ni tampoco un posible conflicto de poderes entre los que negociaban y firmaban un tratado y los legisladores. La Cámara de Representantes no tiene

---

<sup>131</sup> CF. JAY, J. "FEDERALIST N° 64, CIT. EN CHASE, DUCAT. CONSTITUTIONAL INTERPRETATION. P. 335.

participación en la aprobación de los tratados internacionales.<sup>132</sup> Los constituyentes argentinos variaron sensiblemente, no se refirieron al asesoramiento y consentimiento del Senado sino que utilizaron los términos aprobar o desechar. Por otra parte, para evitar un conflicto entre la legislación y los tratados en cuanto a quienes participaban en su redacción y aprobación los asimiló. Por un lado evitó un conflicto asimilando a los participantes y por otro lado quitó funciones al legislativo ya que no tiene una tarea amplia de asesoramiento exclusivamente sino de aprobar o desechar.

Originalmente en los debates en la constituyente de Filadelfia la competencia para hacer tratados fue concedida al Senado. Luego, casi al final de las sesiones, la versión actual fue aprobada sin mayor debate siguiendo probablemente una sugerencia anterior hecha por Hamilton, que no tenía el requisito de la mayoría calificada de dos tercios. Hay quién atribuye este cambio del comité de redacción y su rápida aprobación, al cansancio de los constituyentes, aunque lo real es que se incluyó al Presidente en la capacidad de hacer los tratados, dándole al Senado la capacidad de asesorar y dar su consentimiento. Hubo propuestas que requerían la aprobación por la Cámara de Representantes además del Senado, pero fueron rechazadas porque se consideró que sus miembros fluctuaban en razón del corto periodo que eran elegidos y no tendrían por lo tanto la experiencia necesaria para participar cuestiones internacionales. Asimismo su número amplio impediría una acción rápida y secreta.

### ***La conclusión de los tratados internacionales.***

La Constitución establece en el art. 27 la **obligación del gobierno federal de afianzar sus relaciones de paz y comercio** con potencias extranjeras por medio de tratados.

**Art. 27.-** *El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.*

El procedimiento para la conclusión y ratificación de los tratados está disperso en una serie de artículos, citemos primero, quizás por su mayor extensión, el 99 inc. 11, que establece estas competencias para el Presidente,

*“Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”*

En su redacción anterior la norma tenía una enumeración ejemplificativa sobre el tipo de acuerdos a firmar que establecía un contenido ideológico en cuanto a la política exterior que debía mantener el poder ejecutivo. Decía,

*“concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras...”*

---

<sup>132</sup> SE HA INTRODUCIDO UNA COSTUMBRE CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS QUE ESTABLECE LA PARTICIPACIÓN DE AMBAS CÁMARAS DEL CONGRESO POR MAYORÍA SIMPLE EN CIERTOS TRATADOS DE COMERCIO INTERNACIONAL. CF. BRUCE ACKERMAN. IS NAFTA CONSTITUTIONAL? YALE.

En las competencias del Congreso dice en el artículo 75 inc. 22, en una reforma que ha sido de las más importantes, ya que resuelve la cuestión de la jerarquía de los tratados con el derecho interno,

*“Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”*

En un inciso anterior se refiere también a un tema internacional generalmente vinculado a los tratados, el inc. 15 establece la competencia del Congreso de *"Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación."*

La reforma agregó a los Tratados y Concordatos que eran instrumentos internacionales existentes tradicionalmente, la existencia de “otras negociaciones”. Es poco preciso el contenido de estos últimos pero en una interpretación inicial supondría incluir en ellos a los acuerdos que lo requiera la posterior ratificación y comenzaran su vigencia sólo con la firma. Sería el caso de los tratados autoejecutivos (**self executing**) y las notas reversales.

Todas estas normas son las que organizan las competencias sobre tratados. Aparece como función amplia del Poder Ejecutivo, la de negociar, redactar, concluir y firmar el tratado, ello con una serie de directivas programáticas de hacerlo con ciertos fines. Al Congreso establece el poder de aprobarlo o desecharlo. La tarea de éste, salvo en el caso de límites en que la Constitución les da una función algo mayor se limitaría a la aprobación o rechazo del tratado para que luego el Presidente pueda ratificarlo. Es conveniente recordar que **la aprobación del Congreso** si bien se hace utilizando la forma de ley, **no tiene contenido Legislativo** y solo se efectúa para cumplir con el requisito de la aprobación del tratado, la cual no produce efectos jurídicos más allá del establecido en el artículo 75 inc. 22, **no forma el tratado parte del derecho interno hasta su ratificación** por el presidente y los demás requisitos establecidos en el mismo tratado como son el canje de instrumentos de ratificación, o su depósito y en algunos casos la existencia de un número mínimo de ratificaciones o adhesiones. Es necesario evitar la confusión de creer que la ley que aprueba el tratado transforma de por sí las normas del tratado en derecho interno.

El Congreso en principio debe **aprobar o desechar** el Tratado, aunque se considere también posible que pueda asociar su aprobación a **reservas o declaraciones interpretativas**. Un posible rechazo podría llevar a una renegociación o al abandono del acuerdo.

La aprobación de los tratados internacionales por el Congreso parte de una base democrática para la ejecución de la política exterior, a través de la aprobación por el Congreso y no solamente por el Senado. La participación de la Cámara de Diputados en la decisión acentuó la necesidad de una participación popular en las decisiones de política exterior. Surgió como una alternativa al sistema tradicional de aprobación de los tratados, es decir por los dos tercios del Senado. En nuestra historia constitucional, la aprobación por dos tercios del Senado era requerido por la Constitución de 1819 y por la de 1826.



En años posteriores la práctica norteamericana varió para permitir acuerdos con la aprobación del Congreso con procedimiento acelerado. Esta forma de acuerdo Ejecutivo-Legislativo permite la aprobación de un acuerdo por simple mayoría de ambas cámaras. Da un rol igual a la Cámara de Representantes que durante mucho tiempo se ha sentido agraviada por el anacronismo “no democrático” que la excluyó del procedimiento de hacer tratados. Especialmente como tantos tratados requieren implementación legislativa incluyendo la asignación de partidas presupuestarias, asegura la aprobación del acuerdo por cámaras antes de la ratificación eliminando virtualmente el peligro de que la Cámara de Representantes pudiera más tarde rehusar unirse para poner en efecto el acuerdo. Elimina problemas sobre acuerdos de auto ejecución y de no auto ejecución y sobre las consecuencias de incompatibilidad entre acuerdos internacionales y estatutos: todos los acuerdos tales son “ejecutados” por el Congreso que aprueba la legislación necesaria y los fondos para llevarlo adelante.

Otra situación se plantea si el Congreso hace una declaración indicando que el gobierno debe negociar un tratado o adherir a uno ya negociado. En cuanto a sus efectos jurídicos debemos considerarla como una opinión, extraordinariamente calificada por su origen, pero sin carácter vinculante ya que es competencia del Ejecutivo llevar adelante las negociaciones internacionales. La cuestión aparece mucho más compleja cuando un tratado internacional es el motivo para un debate sobre la política general del gobierno y la oposición a un tratado no es enteramente debida a sus méritos sino porque quiere infligirle una derrota política al Poder Ejecutivo.

A pesar de la necesidad de su aprobación por el Congreso de los tratados internacionales, subsisten antes y después de su consideración parlamentaria grandes márgenes de maniobra para el Presidente. No está obligado a enviar al Congreso para su aprobación todos los tratados ya negociados y firmados. Puede retirarlos del Congreso antes de su aprobación y puede negarse a ratificar tratados que el Congreso haya aprobado. El rechazo del Congreso es revisable por el mismo, es decir puede cambiar de opinión y aprobarlo más tarde, sin tener que esperar el plazo que se establece para la leyes de no poder ser reintroducidas en el mismo período de sesiones ordinarias, ya que la función en este caso no es estrictamente legislativa sino de completar la voluntad del Estado para una obligación internacional.

En el caso de que el Congreso cambiara de opinión y quisiera rechazar un tratado luego de haberlo aprobado, pero antes de su ratificación por el Presidente, creemos que una vez concluido el acto con la aprobación este no puede ser revisado, por el Congreso. Sólo quedaría el camino de una resolución de ambas Cámaras solicitando al Presidente la no ratificación del tratado.

En los Estados Unidos el Senado puede dar su acuerdo con reservas. Ello puede ocurrir con un deseo de modificación de los términos del tratado o dar una interpretación particular a alguna de sus cláusulas o establecer una limitación para sus consecuencias. Todo lo cual requiere una renegociación que generalmente preocupa a los Presidentes y

enfurece algunas veces a los demás gobiernos que negocian con él. La Suprema Corte ha reconocido esta capacidad del Senado de aprobar con reservas los tratados.<sup>133</sup>

Esta no parece ser la práctica en la Argentina, ya que la Constitución sólo dice aprobar o desechar<sup>134</sup>. Se podrá argüir que quien puede lo más puede lo menos, argumento probablemente válido para las competencias administrativas pero no en este caso que se refiere a un acto de perfeccionamiento de la voluntad del Estado para obligarse internacionalmente. Es pertinente señalar aquí la relación con otros Estados y que en muchos de los casos el acuerdo es multilateral y de carácter universal concluido luego de una negociación compleja, en idiomas diferentes y tratando de conciliar intereses divergentes. La reapertura de las negociaciones en estos casos resulta imposible. En este caso lo único que el Congreso podría hacer es formular reservas si el tratado lo permitiera.<sup>135</sup>

En el caso de tratados bilaterales si hubiera un riesgo cierto que el Congreso no lo aprobara y la posibilidad de acuerdo fracasara, estará en la prudencia política del Presidente luego del rechazo o amenaza de él restablecer la negociación con el otro Estado para resolver el conflicto.

### ***Los límites constitucionales a la conclusión de tratados internacionales.***

Los tratados internacionales figuran en el artículo 31 como **la ley suprema de la Nación**, con la Constitución y las leyes federales, son todos supremos con respecto a la legislación local. Corresponde saber si tienen diferentes jerarquías con la Constitución y las leyes federales. Descartado el tema de la supremacía de la Constitución sobre las leyes federales, corresponde saber si los tratados están en el mismo nivel de la Constitución o en el de las leyes, o si tienen una jerarquía propia diferente de ellas. La Constitución en el artículo 27 es **menos exigente con los tratados que con las leyes federales con respecto a su constitucionalidad**, porque mientras las leyes, como todo el resto del ordenamiento jurídico deben de estar de acuerdo íntegramente con ella, los tratados **sólo deben coincidir con los principios de derecho público** que ella establece.

Pero los tratados también involucran a otros miembros de la comunidad internacional, a otros Estados generalmente y éstos negocian de buena fe obligaciones internacionales y

---

<sup>133</sup> CF. *Haver v. Yaker*, 9 Wall 32, 35 US 1869

<sup>134</sup> ARTÍCULO 75, INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN.

<sup>135</sup> JOAQUÍN V. GONZALEZ ES MÁS CATEGÓRICO: “NO SE PUEDE PONER EN DUDA UN SOLO INSTANTE LA FACULTAD DE MODIFICAR EL TEXTO DE UN TRATADO, PARCIAL O AMPLIAMENTE POR PARTE DEL CONGRESO, DESDE QUE EL MISMO VA A ENTRAR A SER LEY PERMANENTE DE LA REPÚBLICA Y VA A SER APLICADO POR LOS JUECES DE TODA JERARQUÍA COMO LEY SUPREMA DEL PAÍS. NO SE TRATA DE SIMPLES ACTOS DIPLOMÁTICOS CALCULADOS PARA RESOLVER UN OCASIONAL CONFLICTO, SON LEYES PERMANENTES QUE ENTRAN A FORMAR PARTE DEL ORGANISMO CONSTITUCIONAL JURÍDICO DE LA NACIÓN Y A REGIR LAS RELACIONES PRIVADAS DE LOS ARGENTINOS ENTRE SÍ...” CF. CÁMARA DE SENADORES, SESIÓN DEL 17 DE AGOSTO DE 1911, EN GONZALEZ, OBRAS COMPLETAS, TOMO XI PAG. 195, EL TONO ALGO RETÓRICO ES DEBIDO A SU PRESENTACIÓN EN UN DEBATE PARLAMENTARIO.

no esperan que la legislación interna les sea opuesta como excepción para no cumplir con los compromisos internacionales. Por ello la norma establecida en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que dice,

*Artículo 27*

*El derecho interno y la observancia de los tratados.*

*“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46*

*“Artículo 46.*

*Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.”*

*“1. EL hecho de el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.”*

*“2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la practica usual y de buena fe.”*

Estos artículos de la Convención de Viena plantea uno de los problemas más complejos del derecho internacional, el conflicto entre las limitaciones constitucionales sobre la autoridad que puede comprometer al Estado internacionalmente y la necesidad de que exista una contabilidad internacional sobre la autoridad aparente para comprometer al Estado internacionalmente.<sup>136</sup>

La regla general es que un Estado **no puede invocar** el hecho que su **consentimiento** a ser obligado por un tratado, ha sido **expresado en violación con una norma de su derecho interno** referida a la competencia para concluirlos, como **una forma de invalidar** el consentimiento otorgado. La excepción a la regla se aplica a casos donde la violación de dicha **norma era manifiesta** y concerniente a una disposición de su **derecho interno de importancia fundamental**. La última parte del artículo 46 define cuando el incumplimiento es manifiesto. Lo importante de esta norma de la Convención de Viena es que generalmente las disposiciones constitucionales sobre la capacidad y límites para concluir tratados internacionales no son totalmente claras, están superpuestas por tradiciones, por costumbres constitucionales y a veces por usos o practicas diplomáticas.<sup>137</sup>

La referencia del art. 46.1 de la Convención de Viena cuando indica que la violación debe ser manifiesta *"a una norma de importancia fundamental de su derecho interno,"* establece una coincidencia con el art. 27 de la Constitución que requiere el cumplimiento de los *"principios de derecho publico"* de la Constitución para la validez de los tratados. Este concepto nos pone en la situación de sostener que existen en la Constitución normas de

---

<sup>136</sup> SOBRE EL TEMA DE LOS TRABAJOS DE LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, LA PRINCIPAL OBRA ES ROSENNE, S. THE LAW OF TREATIES, A GUIDE TO THE LEGISLATIVE HISTORY OF THE VIENNA CONVENTION. THE HAGUE 1970 CF. PP. 266-9.

<sup>137</sup> CF. WILDHABER, "TREATY-MAKING POWER AND CONSTITUTION" 1971, P.176

diferente jerarquía, separando del conjunto de reglas constitucionales aquellas que establezcan “principios de derecho público”.

García Pelayo parece reconocer que existan diferencias de jerarquía en las normas constitucionales,

*“..aun partiendo del supuesto de que todos los preceptos incluidos en el texto constitucional son proposiciones igualmente vinculatorias, hoy no parece dudarse de no todas son de la misma especie, rango, efectividad o capacidad engendradora o acusadora de otras normas.”<sup>138</sup>*

Es decir que pueden existir algunas normas que tienen superlegalidad, como principios situados por encima de la constitución escrita, que son *"todos los principios fundamentales del régimen, es decir, los principios individualistas -que son la base del Estado- y los principios políticos -que son la base del gobierno-. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita."*<sup>139</sup>

Esta idea de los constituyentes de que existan ciertos principios de derecho en la Constitución que deban ser respetados por los tratados internacionales que concluya la República, establece para ese efecto una jerarquía constitucional diferente. Esta legitimidad constitucional que deben tener los tratados esta asociada a la definición de ciertos principios que surgen de la Constitución pero que trascienden su normativa formal. Hauriou, menciona a la forma republicana de gobierno en primer lugar y agrega:

*"..conviene integrar en esta legitimidad constitucional todos los principios del orden individualista, y, ante todo, los principios de las libertades individuales contenidos en las Declaraciones de derechos.., Debe quedar bien sentado que lo dicho no se refiere mas que al principio de cada una de las libertades, y no a las modalidades de su organización;.. Muchos otros principios pueden incluirse aun en la categoría de la legitimidad constitucional: el principio de la igualdad y de la publicidad del impuesto, el principio de la separación de poderes entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial, el de la jerarquía administrativa." <sup>140</sup>*

Es de hacer notar que estos principios no provienen de una interpretación puramente doctrinaria sino que surgen de la normativa constitucional, el art. 27 impone un mandato en el interprete de buscar ciertos principios de derecho público, dentro de la Constitución, algunos ya son mencionados expresamente en el art. 33, la forma republicana de gobierno y el soberanía del pueblo, otros están en el espíritu de las normas. Estos principios son los que establecen límites sobre los tratados constitucionales, y no las normas constitucionales en su integridad.

La constitucionalidad de tratados como la Convención de París de 1856 que terminó con las patentes de corso y cartas de represalias establecidas en el artículo 86 inciso 18 de la Constitución histórica y más recientemente del Concordado con la Santa Sede de 1966

---

<sup>138</sup> GARCIA-PELAYO, MANUEL, "EPILOGO" EN TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE CARL SCHMITT, ALIANZA, MADRID, 1982, P.376.

<sup>139</sup> 'CF. HAURIU, M. "PRINCIPIOS DE DERECHO PUBLICO Y CONSTITUCIONAL." MADRID, REUS, 1927, P. 326.

<sup>140</sup> CF. HAURIU, M. PRINCIPIOS DE DERECHO PUBLICO Y CONSTITUCIONAL, OP. CIT. P. 327-8.

que concluyó con el Patronato Nacional, del cual se ocupaban varios artículos de la Constitución, señalan la interpretación correcta del art. 27.<sup>141</sup>

### ***La operatividad de los tratados internacionales.***

### **Las relaciones entre derecho interno y derecho internacional.**

La cuestión teórica es presentada normalmente como un conflicto entre el dualismo (o pluralismo) y el monismo. Estas dos escuelas de pensamiento asumen que hay un espacio común en el que los ordenamientos nacional e internacional pueden actuar simultáneamente con referencia al mismo tema y el problema es cual es superior al otro.<sup>142</sup> La doctrina dualista señala la diferencia esencial entre el derecho internacional y el derecho interno, que consiste primariamente en el hecho de los dos sistemas regulan materias diferentes. El derecho internacional es la ley entre los estados soberanos y el derecho interno se aplica dentro de un estado y regula las relaciones de sus ciudadanos entre sí y con el estado. Dentro de esta concepción ninguno de estos órdenes jurídicos tiene el poder de crear o alterar las normas del otro. Cuando el derecho interno establece que el derecho internacional se aplica en todo o en parte dentro de su jurisdicción, es solamente el ejercicio de la autoridad del derecho interno, una adopción o transformación de las reglas del derecho internacional. En caso de conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno el dualista asumirá que el tribunal local aplicará el derecho local. El dualismo está asociado al positivismo que tiende a negar la validez de las fuentes del derecho internacional fuera de la práctica de los estados.

El **monismo** esta representado por un número de juristas cuyas teorías divergen en aspectos significativos. En el caso de Hersch Lauterpacht el monismo toma la forma de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho local con el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional. Incluye algún desprecio de la capacidad del Estado para el mantenimiento de los derechos individuales. El derecho internacional es visto como el mejor moderador de los derechos humanos y también la condición lógica de la existencia jurídica de los estados y con ello de los sistemas de derecho que existen dentro de competencia legal de los Estados.

Hans Kelsen desarrolló los principios monistas sobre la base de métodos de análisis que dependen de la teoría del conocimiento. El monismo está establecido al ser el derecho interno e internacional parte del mismo sistema de normas que reciben su validez y contenidos como operación intelectual derivada de una norma fundamental. Esta norma fundamental puede ser formulada de la siguiente forma “los estados deben comportarse como lo han hecho de acuerdo a la costumbre”. Aún cuando Kelsen establece el monismo sobre la base formal de su propia teoría no sostiene la primacía del derecho

---

<sup>141</sup> ESTOS TRATADOS FUERON RATIFICADOS POR NUESTRO GOBIERNO Y FUERON CUMPLIDOS ADECUADAMENTE. ESTAS NORMAS FUERON FINALMENTE EXCLUIDAS DE LA CONSTITUCIÓN LUEGO DE LA REFORMA DE 1994.

<sup>142</sup> . CF. LAUTERPACHT, H. GENERAL WORKS . T. I. CAMBRIDGE.

internacional sobre el derecho interno, en su opinión la cuestión de la primacía sólo puede decidirse sobre la base de consideraciones que no son estrictamente legales. La validez de cada norma reposa sobre una relación de interdependencia antes que una relación jerárquica.<sup>143</sup>

## **Teorías de coordinación.**

Se ha intentado escapar de la dicotomía del monismo y del dualismo debido a que las consecuencias de ambas teorías divergen con el comportamiento efectivo de los Estados, de los organismos internacionales y de los tribunales. Fitzmaurice considera que los dos sistemas funcionan en diferentes esferas, cada uno es supremo en su propio campo. Sin embargo, puede existir un conflicto de obligaciones por la inhabilidad del Estado en el plano doméstico para actuar de la manera requerida por el derecho internacional. Las consecuencias de ello no es la invalidez de la norma interna sino la responsabilidad internacional del Estado. Charles Rousseau propone una visión similar caracterizando al derecho internacional como una norma de coordinación que no dispone la abrogación automática de las normas internas en conflicto con las normas internacionales. Estos autores expresan la preferencia de la práctica sobre una estricta teoría y es conveniente remitirse a la práctica de los Estados.

Un Estado no puede alegar a las disposiciones de su propia ley o a deficiencias en dicha ley para responder a un reclamo debido a violaciones de obligaciones bajo el derecho internacional. Las leyes y otras fuentes de derecho interno no pueden ser consideradas como actos de un tercero de los cuales el Estado no es responsable y la aceptación de cualquier otro principio facilitaría la evasión de sus obligaciones. Existe en este tema jurisprudencia consistente de todos los tribunales internacionales desde el **caso Alabama** entre los EE.UU. y Gran Bretaña luego de la guerra de secesión. En el caso de las **Zonas Libres de la Alta Saboya y el País de Gex** la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló:

*“es cierto que Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales.”*

En el caso de las **Comunidades Greco Búlgaras** dijo la Corte Permanente:

*“es un principio generalmente aceptado del derecho internacional que en las relaciones entre Potencias que son Partes contratantes de un tratado las disposiciones derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado.”*

Con respecto al conflicto entre normas constitucionales y tratados dijo la Corte Permanente en el caso de los **Nacionales Polacos en Danzig**:

*“Debe observarse que un Estado no puede alegar ante otro Estado su propia Constitución con el objetivo de evadir las obligaciones que le incumben bajo el derecho internacional o los tratados vigentes. Aplicando estos principios al presente caso, resulta que la cuestión del tratamiento de los nacionales polacos o otras personas de origen o lengua polacos debe ser resuelto exclusivamente sobre la base de las reglas del derecho internacional y de las provisiones de los tratados en vigencia entre Polonia y Danzig.”<sup>144</sup>*

---

<sup>143</sup> LA OBRA DE HANS KELSEN SOBRE ESTE TEMA ES PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. EDITORIAL EL ATENEO BS.AS.

<sup>144</sup> . POLISH NATIONALS IN DANZIG. C.P.J.I.

De la propia naturaleza de las obligaciones de los tratados y de la costumbre internacional surge una obligación de conformar al derecho interno con las obligaciones que provienen del derecho internacional. Sin embargo, en general un fracaso para establecer esa conformidad no causa de por sí un ilícito internacional. El ilícito ocurre cuando un Estado no cumple con sus obligaciones internacionales en una ocasión específica. En algunas circunstancias la legislación puede de por sí constituir una violación a la obligación que surge de un tratado y un tribunal puede ser requerido para que enmiende ese ilícito. De la misma manera un cambio de gobierno no puede ser alegado para evitar el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

### **Los tratados como ley suprema de la Nación.**

Para la vigencia de un tratado la Constitución no exige que el mismo sea introducido en nuestro ámbito jurídico a través de ley alguna: basta su ratificación luego de la aprobación del Congreso. Se trata de un acto administrativo emitido por el Congreso. Si bien la aprobación del mismo se sujeta en el Congreso a los mismos trámites de una ley, tal aprobación reviste tan solo el carácter de una formalidad habilitante, substancial y previa a la ratificación del mismo. Pero se trata de un acto administrativo del gobierno y no un acto legislativo. De modo que los tratados concluidos y firmados por el Presidente de la Nación, aprobados por el Congreso, ratificados por el Presidente, canjeados por las partes contratantes y publicados, deben ser considerados como recibidos en el ordenamiento jurídico argentino. Aparte de lo dicho por una modalidad seguida en la práctica internacional un convenio, en ciertas circunstancias, puede adquirir validez por el mero acuerdo de las partes contratantes, sin necesidad, en el caso, de que sea aprobado por el Congreso, tal temperamento se ha seguido entre nosotros, de suerte que en ciertos grupos de casos, los convenios adquieren validez interna sin la aprobación del Congreso.<sup>145</sup>

EL art. 31 considera a los tratados como ejecutivos ya que los considera como las leyes e integrando la *ley suprema de la Nación*. Sin embargo podría ocurrir que el texto del tratado remita al derecho interno para ser operativo, como sería el caso si enunciara principios generales que deban orientar la legislación interna sobre un tema. ¿Qué ocurre si el Congreso omite sancionar esa legislación? Una solución es la de considerar al tratado como no ejecutivo. Así lo entendió la Corte Suprema en el caso "**Gregorio Alonso c. Haras Los Cardos**" referido a la aplicación de una convención aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo aprobada por ley y referida a los accidentes de trabajo en la Agricultura. El caso se trató en 1940 y se trataba de una situación de grave desigualdad social. Dijo la Corte:

*" (Luego de citar normas de la Convención)...hácese innecesario decidir si las citadas convenciones, adoptadas por la Conferencia de Ginebra a que se refiere la ley núm. 12.232 carecen del carácter de tratados con potencias extranjeras, en el sentido del art. 31 de la*

---

<sup>145</sup> CF. **MARIENHOFF, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, T. I. ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, P.263-4.**

*Constitución, por no habérselas concluido y firmado por el presidente de la Nación en ejercicio de la facultad que le acuerda el art. 86, inc 14 de la Constitución, concordante con la de aprobarlos que el art. 67, inc. 19 confiere al Congreso, a que se refiere la sentencia apelada. ..Y la única forma de hacer efectiva 'la reparación de los accidentes del trabajo en la agricultura' (art. 1, inc 3) es por medio de una ley que reglamente en forma clara y concreta los derechos y obligaciones de los asalariados agrícolas... Ese acto legislativo es tanto más necesario en un país como el nuestro, cuya ley de accidentes de trabajo, al referirse a los asalariados en las industrias forestal y agrícola, tan sólo incluye a las personas ocupadas en el transporte o servicio de motores inanimados (art. 2, inc. 6 de la ley 9.688)<sup>146</sup>*

La Corte pudo haber interpretado la omisión del Congreso de dictar la norma indicada en el tratado, de otra forma, supliendo por una sentencia la inacción legislativa. El caso indicaba una injusticia notoria que la misma Corte reconoce, esa injusticia fue reparada por un tratado internacional aprobado por el Congreso en 1925, es decir quince años antes de la fecha de la consideración de la cuestión. La Corte hubiera podido extender las reparaciones establecidas por la ley de accidentes de trabajo a los obreros agrícolas considerando al tratado como operativo, como las leyes los tratados deben suponerse operativos y no meros programas de gobierno.

## **El dilema del derecho internacional.**

Aparece en todos estos casos el comprensible **dilema del intérprete** que desea poder **reservar para su país la última decisión en materia de obligaciones internacionales** y al mismo tiempo **cumplir con las reglas de la interpretación constitucional**. Es por ello que en contradicción con el texto de la Constitución, dan al art. 31 una interpretación que permita establecer una jerarquía dentro de la ley suprema de la Nación. Donde los constituyentes sólo pudieron establecer una enumeración de las normas federales que debían ser supremas frente al ordenamiento provincial, algunos han entendido una igualdad en sus componentes con la inevitable excepción de la Constitución misma. De ser interpretada de esa manera esta norma podría ser superflua, ya que la Constitución es suprema y es la norma de organización de los dos sistemas de gobierno, el federal y el provincial, no correspondería incluir a las leyes federales dentro de la ley suprema, ya que una norma provincial podría tener validez sobre una norma federal si esta última fuera contraria a la Constitución. Lo mismo ocurriría con los tratados. Por ello el artículo 31 sería superfluo, o lo que es peor engañoso. Pero los constituyentes conocían el derecho lo suficiente para no entrar en un conflicto tan obvio, es conveniente siempre analizar la cláusula de supremacía como limitada al conflicto entre derecho federal y derecho local.

Por un lado señalaron la supremacía de la Constitución sobre el orden jurídico local, luego agregaron las leyes "*de la Nación que en su consecuencia dicte el Congreso,*" indicando que esas leyes derivadas de la Constitución son de por sí una fuente de derecho federal. Señalaron que en caso de diversas opiniones posibles sobre la competencia para regular una conducta si el Congreso eligió una, sancionando sobre el tema una ley en

---

<sup>146</sup> FALLOS, 186:262.



consecuencia con la Constitución, esa interpretación salvo conflicto ostensible con el texto constitucional, debía ser respetada y reconocida como ley suprema de la Nación.

Pero el artículo 31 incluyó también a los tratados internacionales como ley suprema, señalando que eran algo distinto de la legislación interna y que debían ser reconocidos como una norma operativa, más aún como una norma operativa suprema. Como primera reflexión debemos recordar que **todos los tratados son operativos salvo que su redacción indique que se trata de un texto programático que deba ser operativizado**. Por otro lado el artículo indica que los tratados son una norma diferente de las leyes que los han aprobado, es decir que la Constitución reconoce que deben cumplir las normas del derecho internacional de ratificación o adhesión y el canje o depósito de los instrumentos respectivos para que entren en vigencia. En este punto la doctrina de la Corte Suprema fue menos nítida que la opinión de los constituyentes, ya que en casos citados han confundido la ley que aprueba al tratado, que completa la voluntad de la Nación para obligarse internacionalmente, con la ley como acto normativo interno. De seguirse esa doctrina la Argentina consideraría un acto como obligatorio aunque la otra parte no lo hubiera ratificado. Para evitar este absurdo la Corte inventó la doctrina de la reciprocidad entre los tratados para que entren en vigencia, pero ella es inconsistente con la existencia de tratados multilaterales y más aún con la creación de organismos internacionales que toman decisiones vinculantes, donde la posibilidad de reciprocidad se diluye hasta desaparecer.

Pero queda pendiente de resolver la cuestión del **conflicto** entre los tratados internacionales y las leyes federales.

### ***El conflicto entre los tratados y las leyes.***

Como los tratados no tienen límites en cuanto a su contenido, es posible, y generalmente habitual que un tratado y una ley no coincidan. La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió el tema así:

*"Por la Constitución un tratado se ubica en el mismo nivel y con los mismos efectos que una ley. Ambos son declarados por ese instrumento la ley suprema de la nación, y ninguna eficacia suprema se da a una sobre la otra. Cuando ambos se refieren al mismo sujeto, las cortes tratarán siempre de interpretarlos para que ambos tengan efecto, si esto es posible sin violar el lenguaje de alguno de ellos; pero si ambos son contradictorios, el que sea de última data controlará al anterior, siempre que la estipulación del tratado sea auto ejecutiva."*<sup>147</sup>

Se confiere participación a las dos Cámaras del Congreso en el poder de contraer compromisos internacionales que vinculen al Estado como consecuencia del régimen de control de poderes propio de la forma republicana de Gobierno.

---

<sup>147</sup> CF. WHITNEY V. ROBERTSON, 124 U.S. 190, 194 EN 1888.

La Constitución adopta un método de creación democrática y no autocrática del derecho. Es decir, requiere de la participación de los destinatarios del poder; a quienes están dirigidas las normas. Los tratados, en cuanto ley suprema de la Nación, forman parte del orden jurídico del Estado para cuya creación rije el método democrático.

En el más reciente y conocido caso de *Baker v. Carr* la misma Corte dijo: "...Una corte no interpretara un tratado en una forma que fuera contraria con una ley federal posterior." Esta interpretación de igualdad entre las leyes federales y los tratados no aparece como inevitable, ni en los Estados Unidos ni mucho menos en la Argentina. La norma dice que los tratados y la leyes son la ley suprema de la Nación, y que lo son ambos supremos por sobre las leyes locales y vinculantes para los tribunales locales, pero de ahí no surge que dichas normas sean iguales entre si. Es como decir que 3 y 2 son más que 1, pero no por ello idénticos.

Con más razón si la misma norma incluye en su numeración a la Constitución, que es indubitablemente superior a las leyes federales, por lo que se deduce que las tres normas mencionadas no fueron consideradas por los constituyentes como iguales entre sí.

No es del caso relatar larga travesía jurídica culmina con la reforma constitucional de 1994 y la preeminencia de los tratados internacionales sobre el resto del ordenamiento jurídico interno.<sup>148</sup> La principal aplicación jurisprudencial de esta doctrina es el caso *Cafés La Virginia*<sup>149</sup> del 13 de octubre de 1994.

La reforma de la Constitución y la nueva doctrina judicial sobre el orden jerárquico de los tratados han producido una profunda transformación en nuestro sistema político cuyos resultados no se vislumbran aún en su totalidad. Las decisiones sobre tratados internacionales y en particular sobre aquellos que tienen contenido legislativo, no podrán tomarse a la ligera por las consecuencias amplias que pueden tener y por la grave dificultad para cambiar sus disposiciones. Corresponderá a los decisores en política exterior hacer una **reflexión mayor antes de asumir compromisos internacionales que tengan efectos que probablemente no puedan apreciarse inicialmente en toda su integridad.** Al mismo tiempo el **Congreso** deberá asumir una **función de control más profunda** y en consonancia con los nuevos efectos de los acuerdos internacionales.

### ***La incorporación del Derecho Internacional a la Constitución.***

La reforma de 1994 a la Constitución Nacional dispuso la incorporación en su texto de ciertas declaraciones y tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos, de los cuales la Nación ya era parte. Se reformó asimismo el orden de

---

<sup>148</sup> ESTÁ DESCRIPTA CON ALGÚN DETALLE EN JUAN VICENTE SOLA, TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. TOMO CUARTO. CAPÍTULO: 'LOS TRATADOS COMO LEY SUPREMA DE LA NACIÓN.'

<sup>149</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, *CAFÉS LA VIRGINIA S.A. C/ S/ (NAZARENO- BELLUSCIO- LEVENE- LÓPEZ- BOSSERT. SEGÚN SU FUNDAMENTO:-BOGGIANO:. EN DISIDENCIA: MOLINÉ O'CONNOR:. ABSTENCIÓN:-PETRACCHI.)* SENTENCIA, CO00000572 DEL 13/10/1994

jerarquías de los tratados Internacionales con respecto al ordenamiento jurídico interno. Todo ello nos impone ciertas reflexiones.

La primera es la ubicación de los tratados de derechos humanos dentro del capítulo de atribuciones del Congreso en el nuevo artículo 75 inc. 22 referido principalmente a la aprobación o rechazo por el Legislativo de los Tratados Internacionales como paso necesario para su ratificación. Daría la impresión de que estos Tratados son más una guía para los legisladores que fuentes autónomas de derechos para los habitantes. Su lugar deba haber estado en alguno de los capítulos sobre Declaraciones, Derechos y Garantías.

Una segunda reflexión está referida a los fundamentos de selección de estos tratados y Declaraciones. Las Declaraciones de Derechos mencionadas, desprovistas inicialmente de carácter normativo, fueron profundizadas por tratados posteriores. Tanto la *Declaración Universal* como la *Declaración Americana* fueron consolidadas por los *Pactos Internacionales* y por la *Convención Americana*. Al incluirse los últimos, parece innecesario y aun contradictorio incluir a las primeras, que son más genéricas. Al mismo tiempo existen algunas ausencias importantes, como es el caso de los Tratados aprobados en el marco de organismos especializados, que son más específicos y por lo tanto más eficaces. La mención de un Tratado General como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y ninguna norma especializada, puede llevar por interpretación a un debilitamiento de los derechos y no a su profundización. Es decir, a que un juez aplique el Tratado más amplio mencionado en la Constitución, y no el específico que se encuentra vigente pero que no está nombrado. En este sentido, es particularmente llamativa la ausencia de la Convención sobre Libertad Sindical, que trata uno de los temas de mayor trascendencia para la defensa de los derechos de los trabajadores y que se encuentra relacionado directamente con el artículo 14 bis de la Constitución vigente.

En cuanto a la eficacia de la incorporación al texto constitucional de estos Tratados, debemos insistir en que la inclusión en la Constitución no hace a los tratados Internacionales más obligatorios dentro del sistema jurídico interno, ni más vinculantes con respecto a la comunidad internacional. Ello, en razón de que la reforma constitucional estableció que los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior a las leyes* por lo que tienen ya vigencia normativa sólo inferior a la Constitución misma. La enumeración cumple, en cambio, un importante fin didáctico, ya que textos en gran medida ignorados por la opinión pública serán ahora de lectura habitual.

## **El Gobierno**

### **De la división de poderes a la confusión de poderes.**

Uno de los cambios producidos en la resbaladiza pendiente al autoritarismo es la causada por la utilización de procedimientos tomados de sistemas parlamentarios para fortalecer la concentración de poder presidencial. En una prestidigitación constitucional prácticas tomadas del parlamentarismo, democráticas en esos sistemas, disminuyen el poder del Congreso y llevan al hiperpresidencialismo.

En una conferencia <sup>150</sup>el Juez Antonin Scalia expresó que la principal tarea de la Corte Suprema era defender la división de poderes, ya que sin ella no podían existir los derechos individuales. Leyó unos artículos de la Constitución Soviética y señaló que estaba en esos casos mejor redactada que la norteamericana, pero que sin división de poderes esa descripción constitucional era ineficaz. En la Argentina hemos abandonado la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que limita el monopolio político, fue una larga pendiente resbaladiza originada por la confusión entre el sistema presidencial y el parlamentario. Eso nos llevó a adoptar instituciones imposibles en la división de poderes como la multiplicación de decretos de necesidad y urgencia, que permiten la legislación presidencial. También el crecimiento desordenado de la delegación legislativa que transformó al presidente y a funcionarios de menor rango en los principales legisladores aún en temas como el establecimiento de impuestos y la aplicación autoritaria de las partidas presupuestarias.

### ***Presidencialismo y parlamentarismo.***

La convicción que la división del poder político aseguraba las libertades se afirmó con los autores del siglo XVIII, a través de la teoría imaginada por Locke y Montesquieu y de la lectura que hicieron de ellos Hamilton y Madison, llamada de la división de poderes.<sup>151</sup> Aparecen en esta noción dos elementos: por una parte un reconocimiento de la necesidad de dividir la autoridad, al mismo tiempo la determinar la manera de distribuir esas competencias separadas.

---

<sup>150</sup> UNA VIDEO CONFERENCIA TRANSMITIDA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES HABLÓ EL JUEZ DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS ANTONIN SCALIA.

<sup>151</sup> CF. JAMES MADISON, EN EL FEDERALISTA N° 47 HACE UN ANÁLISIS DE LA OBRA DE MONTESQUIEU Y SOBRE ELLA CREA EL CONCEPTO MODERNO DE LA DIVISIÓN DE PODERES. CF. WRITINGS, THE LIBRARY OF AMERICA P. 273 Y SS.

Montesquieu fue un observador inexacto, su descripción de la constitución inglesa tiene graves omisiones y correcciones arbitrarias. Pero estos defectos son solo referidos a la inclusión de las instituciones inglesas dentro del esquema de la separación de poderes, pero dejan intacta la importancia de la división del poder para establecer un régimen de libertad. *‘Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.*

*No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y el poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos, como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de opresor. Todo se habría perdido si el hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.’<sup>152</sup>*

Diría más tarde que es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder.

Esta idea era revolucionaria ya que hasta el momento se consideraba que la unidad era una de las características de la autoridad.<sup>153</sup> Los constituyentes de Filadelfia consideraron que la competencia era una garantía de la libertad y en vez de concentrar la autoridad en una sola institución prefirieron dispersar la autoridad en tres ramas independientes del gobierno. *‘...el objetivo constante ha sido dividir y organizar a los diferentes organismos de manera que cada uno sea el control del otro, y que el interés particular de cada individuo, sea un centinela de los derechos públicos.’* según las palabras de Madison del Federalista N° 51<sup>154</sup>. Jefferson señaló que *‘los poderes gubernamentales estuviesen de tal manera divididos y equilibrados entre las diferentes autoridades, que ningún poder pudiese traspasar sus límites legales sin ser eficazmente controlado y restringido por los otros.’* Supone una visión mecánica del gobierno en la que un sistema de frenos y contrapesos lleve al equilibrio de las fuerzas enfrentadas.

### ***El gobierno parlamentario.***

El parlamentarismo es el tipo más corriente de gobierno en los sistemas europeos y tiene una larga evolución proveniente de las limitaciones que fueron imponiéndose a los gobiernos monárquicos. En la evolución de estos procesos constitucionales ocurridos a través de dos siglos, la Constitución transfiere al parlamento poderes que tenía

---

<sup>152</sup> MONTESQUIEU, L’ESPRIT DES LOIS. LIVRE XI, 6. DE LA CONSTITUTION D’ANGLETERRE. EN OEUVRES COMPLÈTES. PARIS ÉDITIONS DU SEUIL P. 586. ESTE PÁRRAFO TAMBIÉN ES COMENTADO POR MADISON EN EL FEDERALISTA N° 47.

<sup>153</sup> A PESAR DE LA LARGA TRADICIÓN DEMOCRÁTICA DE LA DOCTRINA DE LA DIVISIÓN DE PODERES, EXISTE TAMBIÉN UNA DOCTRINA ESENCIALISTA DEL PODER QUE LO IMAGINA COMO ÚNICO Y DE DESMEMBRACIÓN IMPOSIBLE Y QUE SOLAMENTE PUEDEN DIVIDIRSE LAS FUNCIONES DEL PODER Y NO EL PODER MISMO. ESTA ÚLTIMA DOCTRINA GENERALMENTE SOSTENIDA POR AUTORES QUE HAN SEGUIDO AL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX TIENE UN FUERTE CARÁCTER AUTORITARIO Y DEBE SER FORMALMENTE DESACREDITADA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.

<sup>154</sup> CF. JAMES MADISON THE FEDERALIST N° 51 OP.CIT. P. 295.

originalmente el Rey. Esto supone que será el Parlamento el que designe al gobierno y que por lo tanto dependa políticamente de él.

Algunas de sus características salientes son:

1. los **ministros son al mismo tiempo parlamentarios**, generalmente diputados. Existe alguna excepción en los sistemas semiparlamentarios como Francia, donde los ministros debe renunciar a sus bancas, pero su origen electoral es parlamentario.
2. El gobierno se conforma con los jefes políticos del partido mayoritario o de partidos asociados que forman una coalición de gobierno.
3. El gobierno permanece en el poder siempre y cuando cuente con la confianza de la mayoría del Parlamento. Al inicio de su gestión requiere de un **voto de investidura**, para lo cual generalmente se requiere de la formación de una coalición. Pero cuando la mayoría le niegue su apoyo a través de un voto de censura deberá renunciar y puede conformarse una nueva coalición o llamarse a nuevas elecciones.
4. Los sistemas parlamentarios son generalmente **inestables**, y puede ocurrir que varios gobiernos se sucedan en un breve plazo.<sup>155</sup>
5. El sistema parlamentario requiere un sistema de **cooperación o de confusión de los poderes**, no hay la clásica división del presidencialismo. Como el gobierno surge del parlamento y depende de su confianza, generalmente hay una amplia delegación legislativa. El control que ejercer el legislativo es político y si el gobierno no retiene su confianza puede sufrir un voto de censura. Debido a ello los **legisladores autorizan generalmente al gobierno a sancionar normas de contenido legislativo mediante las leyes de habilitación**.
6. El instrumento más eficaz con que cuenta el Parlamento es la posibilidad permanente de **exigir la responsabilidad política** del Gobierno. Esto puede llegar hasta el extremo del voto de censura, con la consecuente dimisión del gobierno si éste tiene éxito. Pero, por parte del gobierno el medio más riguroso de control político es la facultad de disolver el Parlamento y convocar a nuevas elecciones. Esta medida puede llevar a impedir que una coalición opositora intente un **voto de censura**.
7. El sistema parlamentario tiende a la **conformación de un sistema de partidos, a formar alianzas de gobierno** entre los partidos políticos, en algunos casos independientemente de las consecuencias aparentes resultado electoral. El gobierno es el producto de coaliciones, en muchos casos post electorales.

---

155 EN ALGUNOS CASOS ESTO LLEVA A SITUACIONES DRAMÁTICAS, COMO ES EL CASO DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR, DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA, Y DE LAS TERCERA Y CUARTA REPÚBLICAS DE FRANCIA. EN ESOS CASOS LA INESTABILIDAD GUBERNAMENTAL LLEVÓ A LA QUIEBRA VIOLENTA DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO.

## ***La división de poderes.***

### **El régimen presidencial.**

El régimen presidencial es el arquetipo del sistema de división de poderes.<sup>156</sup> Tuvo su origen y desarrollo en los Estados Unidos de donde surgió como paradigma para incorporarse al derecho constitucional argentino. Se trata de un sistema de separación de poderes y de **‘frenos y contrapesos’**. De esta manera, cada una de las funciones de gobierno, la ejecutiva, la legislativa y la judicial, deben ser realizadas por órganos independientes con un control mutuo. Esta idea fue producto de la racionalización del gobierno en el siglo XVIII y conjuntamente con el control judicial la principal contribución norteamericana a la doctrina política. Hasta ese momento, en todo el derecho medieval y moderno se asociaba la función de gobierno con la unidad del poder, el paradigma de la soberanía de Bodin.<sup>157</sup> Si bien la división de poderes tiene un fundamento en la obra de Montesquieu<sup>158</sup> su definición aparece en la obra de la Constituyente de Filadelfia y su difusión en los Papeles Federalistas, obra de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. Quienes redactaron la Constitución de los Estados Unidos concibieron al conflicto de poderes como la garantía de la libertad, con lo cual se alejaron de la tradición política de un poder absoluto cuyas limitaciones provenían de la doctrina del derecho natural. En lugar de concentrar la autoridad en una institución, pensaron en dispersarla en tres ramas independientes de gobierno, concediendo a quienes encabezaran cada uno de esos poderes **‘los medios constitucionales y motivos personales necesarios para resistir las usurpaciones de los otros’**.<sup>159</sup> Es decir que se institucionalizó al conflicto como base de la libertad y de la especialización en la función gubernativa. Los constituyentes norteamericanos tenían una concepción de la mecánica newtoniana y la trasladaron al gobierno, crearon una ‘máquina que anduviera por sí misma’ según la expresión utilizada en el momento. El sistema de frenos y contrapesos limitaba el autoritarismo. El establecimiento de un equilibrio entre quienes ejercían el poder, de tal manera que si una rama de gobierno era muy potente las demás se coaligaban para evitar el abuso, es un mecanismo que ha permitido a esa Constitución sobrevivir hasta el presente. Su denominación de ‘presidencialismo’ se debe a la magnitud adquirida por la figura del Presidente de los Estados Unidos, este carácter fue instituido por algunos presidentes que fortalecieron su función. Su poderío ha variado en el tiempo concentrándose en momentos de crisis como la gestión de Abraham Lincoln durante la

---

<sup>156</sup> EL SISTEMA DIRECTORIAL O COLEGIADO, TAMBIÉN ES DE DIVISIÓN DE PODERES Y DE PRÁCTICA TRADICIONAL EN LA CONFEDERACIÓN SUIZA Y EN EL URUGUAY, PARTICULARMENTE DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1952.

<sup>157</sup> JEAN BODIN (1529-1596), AUTOR DE LOS ‘SEIS LIBROS DE LA POLÍTICA’ (1576), AUTOR DE LA DOCTRINA DE LA SOBERANÍA Y DEL ABSOLUTISMO MONÁRQUICO.

<sup>158</sup> CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE MONTEQUIEU (1689-1755) EN EL CAPÍTULO 6 DEL LIBRO XI, DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES DESCRIBE LA CONSTITUCIÓN DE INGLATERRA, A UNA VERSIÓN IDEALIZADA DEL SISTEMA DE DIVISIÓN DE PODERES QUE SERÁ TOMADA POR LOS AUTORES DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA.

<sup>159</sup> CF, EL FEDERALISTA N° 51.

guerra civil o de Franklin Roosevelt en la segunda guerra mundial. Hubo también presidentes de liderazgos débiles.

Al mismo tiempo del desarrollo del sistema presidencial apareció el predominio de otro poder que consolidó el **sistema de frenos y contrapesos**. Fue la creación del **control judicial de constitucionalidad** por el fallo '*Marbury vs. Madison*' de la Corte Suprema. John Marshall, que había sido Secretario de Estado del Presidente John Adams, fue designado presidente de la Corte Suprema antes de la asunción de su adversario político Thomas Jefferson como Presidente. En los inicios de su cargo en febrero de 1803 dictó el mencionado fallo que determinó que es competencia exclusiva del poder judicial establecer que normas están de acuerdo con la Constitución y declarar nulas las que se le opusieran. Marshall presidió la Corte por tres décadas y transformó al órgano judicial en un garante de la división de poderes.

En el sistema presidencial **los poderes legislativo y ejecutivo están netamente separados**. El Congreso ejerce el primero votando las leyes y el presupuesto, el presidente conduce la política general del país dentro del marco jurídico y económico establecido por el legislativo. **No puede el presidente disolver las cámaras**, éstas a su vez **no pueden censurar a los ministros ni al Presidente**, lo que los obligaría a renunciar. Cada uno en su función tiene las manos libres, pero debe adecuarse a la presencia del otro.

**La circunstancia de compartir el poder entre un número de personas y la necesidad de consultar a muchas más es una garantía frente al error y al autoritarismo**. Al mismo tiempo, la división de las funciones de gobierno entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, aumenta los costos de transacción positivos de la actividad gubernativa. Es decir, que los costos de transacción de gobernar son mayores para el gobernante con división de poderes, que los que serían en un poder concentrado. Esto supone que le es más difícil abusar del poder.

Pero la división de poderes también puede reducir los costos de transacción del gobierno, no solamente al aumentar la deliberación, sino también al permitir **una mejor división del trabajo**. Si la estabilidad de los jueces estuviera supeditada a las vicisitudes de la política legislativa sería muy difícil atraer a personas capacitadas a una carrera judicial y como consecuencia el derecho vigente sería aún más inestable de lo que es en la actualidad, ya que cambiaría con las opiniones o deseo de los legisladores poderosos. De esta manera, la calidad de la justicia provista por los tribunales dependientes sería baja en los casos en que la legislatura, o en su caso el Presidente, tuvieran interés. Esta situación aún complicaría la participación de los ciudadanos en la legislación, ya que la garantía de la aplicación del acuerdo legislativo concluido es la existencia de una justicia independiente. Un grupo de interés solo participaría en un acuerdo legislativo si tiene la confianza que éste último durará más tiempo que la duración efectiva que el mandato de los legisladores que le dieron origen.

De la misma manera si el Congreso asumiera la función ejecutiva lo haría de una manera deficiente porque la conducción efectiva de una decisión política requiere de una unidad de dirección, los sistemas parlamentarios han resuelto este problema creando un gabinete con una dependencia lejana del parlamento. Cuando esa dependencia es directa se establece una fuerte inestabilidad política como es el caso de la III y IV Repúblicas en Francia o la llamada primera República en Italia.



Asimismo los tribunales no están bien equipados para hacer ejecutar las leyes fuera de la función judicial tradicional, es por ello que los proyectos de control judicial abstracto tienden a diluirse en una práctica del control judicial en casos concretos.

Por lo tanto, la separación de poderes es en parte un esfuerzo para aumentar la eficiencia gubernamental al organizar la estructura institucional para cumplir tareas específicas. Esta especialización para el gobierno producto de la separación de poderes. De esta manera, el no tiene porque ser más débil que un gobierno autoritario de poderes concentrados. Un sistema de división de poderes equilibra por un lado el aumento de los costos de transacción consecuencia de tener que incluir la voluntad de ramas diferentes en las decisiones gubernamentales, con la reducción de costos que supone la especialización de funciones entre los diferentes poderes.

Al mismo tiempo, el invertir diferentes funciones gubernamentales en ramas diferentes e independientes pone límites al crecimiento del gobierno. Porque la capacidad de cada rama de crecer en poder sin control está fuertemente limitada. En el caso del poder Ejecutivo que tiene la ventaja de una decisión centralizada y en gran medida única, se ve limitada por la actividad de la burocracia, que tiene intereses propios que pueden no coincidir con los del gobierno. Al mismo la existencia de una carrera administrativa jerarquizada se transforma en una garantía de buen gobierno frente al público.

La Argentina adoptó el sistema de división de poderes pero la última reforma constitucional ha oscurecido esta situación. En 1994 "se votó una Constitución para gobernar por encima, por debajo, alrededor y a través de ella, pero nunca honradamente con ella"<sup>160</sup> Se estableció una institución equivocada como es la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que remedaba un primer ministro pero sin sus competencias y responsabilidades. Al mismo tiempo, la existencia de la delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y el veto parcial han llevado a una situación que ha sido denominada la 'Constitución evanescente'. Con un sistema con estos incentivos perversos hasta un hombre personalmente honrado y honorable y aún abnegado podría ser el mayor corruptor de la vida política.

En el sistema presidencial **los poderes legislativo y ejecutivo están netamente separados**. El Congreso ejerce el primero votando las leyes y el presupuesto, el presidente conduce la política general del país dentro del marco jurídico y económico establecido por el legislativo. **No puede el presidente disolver las cámaras**, éstas a su vez **no pueden censurar a los ministros ni al Presidente**, lo que los obligaría a renunciar. Cada uno en su función tiene las manos libres, pero debe adecuarse a la presencia del otro. Es un matrimonio sin divorcio ni separación de cuerpos, que obliga a compromisos permanentes.

**La circunstancia de compartir el poder entre un número de personas y la necesidad de consultar a muchas más es una garantía de frente al error y al autoritarismo**. Al mismo tiempo, la división de las funciones de gobierno entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, aumenta los costos de transacción positivos de la

---

<sup>160</sup> UNA EXPRESIÓN SIMILAR UTILIZA SALVADOR DE MADARIAGA EN SU OBRA 'ESPAÑA, ENSAYO DE HISTORIA CONTEMPORÁNEA', MADRID 1931 PÁG. 27.

actividad gubernativa. Es decir, que los costos de transacción de gobernar son mayores para el gobernante con división de poderes, que los que serían en un poder concentrado. Esto supone que le es más difícil abusar del poder.

Pero la división de poderes también puede reducir los costos de transacción del gobierno, no solamente al aumentar la deliberación, sino también al permitir **una mejor división del trabajo**. Si la estabilidad de los jueces estuviera supeditada a las vicisitudes de la política legislativa sería muy difícil atraer a personas capacitadas a una carrera judicial y como consecuencia el derecho vigente sería aún más inestable de lo que es en la actualidad, ya que cambiaría con las opiniones o deseo de los legisladores poderosos. De esta manera la calidad de la justicia provista por los tribunales dependientes sería baja en los casos en que la legislatura, o en su caso el Presidente, tuvieran interés. Esta situación aún complicaría los acuerdos que los grupos de interés acuerdan con los legisladores, ya que la garantía de la aplicación del acuerdo legislativo en sus términos originales es la existencia de una justicia independiente. Un grupo de interés interesado en una legislación solo participaría en un acuerdo legislativo si tiene la confianza que éste último durará más tiempo que la duración efectiva que el mandato de los legisladores que le dieron origen.

De la misma manera si el Congreso asumiera la función ejecutiva lo haría de una manera deficiente porque la conducción efectiva de una decisión política requiere de una unidad de dirección, los sistemas parlamentarios han resuelto este problema creando un gabinete con una dependencia lejana del parlamento. Cuando esa dependencia es directa se establece una fuerte inestabilidad política como es el caso de la III y IV Republicas en Francia o la llamada primera República en Italia.

Asimismo los tribunales no están bien equipados para hacer ejecutar las leyes fuera de la función judicial tradicional, es por ello que los proyectos de control judicial abstracto tienden a diluirse en una práctica del control judicial en casos concretos.

La especialización en las tareas hace que cada rama cumpla con su función de una manera más eficiente. Esto no quiere decir que cada poder no intente cumplir con algunas tareas de los demás, como es el caso de la legislación y adjudicación por el Ejecutivo como es el caso de los reglamentos en todas sus formas y las decisiones de tribunales administrativos cualesquiera fuera el nombre que este tipo de organismos tome.

Por lo tanto, la separación de poderes es en parte un esfuerzo para aumentar la eficiencia gubernamental al organizar la estructura institucional para cumplir tareas específicas. Esta especialización para el gobierno producto de la separación de poderes. De esta manera, el no tiene porque ser más débil que un gobierno autoritario de poderes concentrados. Un sistema de división de poderes equilibra por un lado el aumento de los costos de transacción consecuencia de tener que incluir la voluntad de ramas diferentes en las decisiones gubernamentales, con la reducción de costos que supone la especialización de funciones entre los diferentes poderes.

Al mismo tiempo, el invertir diferentes funciones gubernamentales en ramas diferentes e independientes pone límites al crecimiento del gobierno. Porque la capacidad de cada rama de crecer en poder sin control está fuertemente limitada. En el caso del poder Ejecutivo que tiene la ventaja de una decisión centralizada y en gran medida única, se ve limitada por la actividad de la burocracia, que tiene intereses propios que pueden no coincidir con los del gobierno. Al mismo la existencia de una carrera administrativa jerarquizada se transforma en una garantía de buen gobierno frente al público.

### ***La división de poderes y frenos y contrapesos.***

La expresión "división de poderes" es una organización establecida originalmente en la Constitución de los Estados Unidos para la limitación del poder, aunque la expresión "división" sea equívoca. James Madison en El Federalista 47 recordó que Montesquieu a quien llamó él "oráculo" de la separación, no sostenía que los departamentos de gobierno no tuvieran alguna forma de control sobre la actividad de los demás, sino que " el poder absoluto de un departamento no debía ser ejercido por las mismas manos que poseían el poder absoluto de otro departamento." A este mérito de mezcla de poderes en el que conjuntamente con el bicameralismo y el federalismo producían una red de seguridad de "frenos y contrapesos". Los constituyentes estaban preocupados por el poder absoluto en los Estados Unidos que este estaba asociado con la monarquía británica. Algunos historiadores han señalado que probablemente también temieran los conflictos sociales que se avecina harían con la independencia y por ello se buscó un sistema de frenos y contrapesos que incluyera el control judicial.<sup>161</sup> En la Argentina era el temor de la "suma del poder público" en la que los tres poderes podían ser asumidos por una misma persona ha sido la fuente más temida de autoritarismo según ha sido expresado a la Constitución en el artículo 29:

*El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni **la suma del poder público**, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.*

En el Federalista 15 Hamilton se pregunta: "*¿Por qué, después de todo, ha sido instituido un gobierno? Porque las pasiones de los hombres no se conformarán a los dictados de la razón y la justicia sin coacción.*" La respuesta eran los poderes separados con los frenos y contrapesos como límite es al poder político según son estrictos en los Papeles Federalistas números 10, 47 y 51. Para sus autores los riesgos podían surgir de facciones minoritarias como

---

<sup>161</sup> PARA UNA VERSIÓN PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS VER :CHARLES AUSTIN BEARD. AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES, MACMILLAN CO., 1913. LEO HUBERMAN. AMERICA, INCORPORATED: RECENT ECONOMIC HISTORY OF THE UNITED STATES. THE VIKING PRESS, 1940. LEO HUBERMAN. NOSOTROS, EL PUEBLO: HISTORIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. NUESTRO TIEMPO, 1997.

mayoritarias, lo que posteriormente llevaría a la doctrina de la defensa de las "minorías discretas e insulares" por el control judicial frente a la opresión de grupos mayoritarios.<sup>162</sup>

En una imagen errónea podría sostenerse que esta solución de vivir los poderes y establecer control entre ellos sería una solución ineficiente, en el sentido que establecería obstáculos para el desarrollo de las actividades gubernamentales. Sin embargo, la división de poderes es una solución eficiente ya que mejora la calidad de gobierno primero, establece la especialización en las funciones lo que permite que cada rama de gobierno desarrolle con mejor formación y conocimiento su actividad. Segundo que establece que el proceso de toma de decisión sea conocido y se aumente la información que reciben los ciudadanos. La información siempre es incompleta y en ocasiones asimétrica, es decir, que no todos tienen la misma información, en particular quienes participan de los procesos de gobierno están mucho mejor informados que los ciudadanos lo que crea una peligrosa asimetría favorable al autoritarismo. En cambio, el proceso legislativo es público y los debates y trabajos de comisiones son conocidos lo que permite mayor contralor. De la misma manera al publicarse las argumentaciones de las decisiones judiciales y de las partes que participaron en el debate los precedentes establecidos por los jueces tienen una mayor ejemplaridad. En cuanto al poder ejecutivo su función se ve reducida por la acción legislativa informada a la sociedad, y al mismo tiempo se establecen procedimientos de participación política en la toma de decisiones administrativas. Finalmente la división de poderes establece una estabilidad en la toma de decisiones, como las principales decisiones en materia de reglamentación de derechos es efectuada por el Congreso los altos costos de transacción de aprobar una ley hacen que esta tenga menos reformas que un reglamento, esto reduce los costos de transacción para los ciudadanos de conocer la norma aprobada. Cuando se trata de resolver una cuestión constitucional, o legal compleja, la decisión por los jueces debe seguir un procedimiento formal en el cual las partes deben participar en el debate, de esta manera el precedente tiene una mayor estabilidad.

### **Separación de poderes y sistema de partidos.**

La necesidad de coordinación de las ramas separadas del gobierno explica el comportamiento político a partir del gobierno de George Washington. Una vez concluida la convención constituyente varios de sus miembros se incorporaron a las distintas ramas de gobierno, de esta manera los miembros del llamado partido Federalista prevalecieron en los cargos políticos y judiciales del gobierno. De esta manera a pesar del sistema de frenos y contrapesos Alexander Hamilton tuvo una actividad predominante en el desarrollo institucional de la nascente República. Ello fue debido a que existía una forma elemental de partido único que neutralizaba la separación de poderes y los frenos y contrapesos. Esto se acrecentó en el siguiente gobierno de John Adams y particularmente con la designación como Presidente de la Corte Suprema de John Marshall que continuaría alguna de las políticas federalistas aún después de que este partido dejara definitivamente el gobierno. Esto llevó a que quienes tenían posiciones anti federalistas, Thomas Jefferson buscaran salir del gobierno y crear un partido político opositor. Esta

---

<sup>162</sup> FUNDAMENTALMENTE EN EL CASO *CAROLINE PRODUCTS* EN 1938.

manera puede decirse que tienes razón estableció definitivamente el sistema de división de poderes al asociar lo con el sistema de partidos, es decir con la existencia al menos del bipartidismo. Es decir, que el sistema de división de poderes supone la existencia de partidos políticos que se alterna en el poder, que compitan y que cooperen dentro del gobierno esto ha probado ser una regla que reduce las posibilidades de autoritarismo. En los sistemas de confusión de poderes, es decir el sistema parlamentario existe una tendencia al autoritarismo en el pasado, ya que un gobierno que tuviera un apoyo parlamentario mayoritario no encontraba en el sistema de gobierno de límites agresores a su capacidad de acción, los únicos límites posibles eran los que provenían de las convenciones constitucionales, según la expresión de Dicey, o de alguna fórmula de control de constitucionalidad judicial concentrado, según el diseño de Hans Kelsen. Punto de esta manera, los movimientos autoritarios tuvieron en Europa de la primera mitad del siglo XX su origen en un gobierno parlamentario, es el caso es el caso de Hitler, Mussolini, Oliveira Salazar, y en circunstancias diferentes del de Philippe Pétain. En todos los casos fueron aprobados sus gobiernos y gran parte de sus competencias extraordinarias por asambleas parlamentarias.

De esta manera, podemos decir que el sistema de frenos y contrapesos no impide la innovación sino que requiere un mayor consenso para llevarla adelante, al mismo tiempo pueden existir minorías que sientan que alguna medida las afecta de tal manera que no pueden convivir con ella. Esto ha dado lugar a la doctrina de la "mayoría concurrente" y del consenso político que les permite utilizar alguna forma de veto para que la norma no se les aplique. La decisión judicial que analiza la constitucionalidad de estas normas intenta delimitar la extensión de medidas mayoritarias que afectan indebidamente o en forma extrema a minorías.

### **Frenos y contrapesos e independencia judicial.**

La Constitución supone la existencia de la independencia judicial al mismo tiempo que los frenos y contrapesos. Esto requiere que el juezes y en particular la Corte Suprema se han la rama de gobierno más distante de la actividad política. Esto es necesario porque la función de la justicia no es solamente en los sistemas de división de poderes el de resolver casos concretos, sino de determinar la extensión y contenido de la Constitución. Si una ley es aprobada por el Congreso y un Congreso posterior la considera inaceptable puede derogar, o si los que la consideran inaceptable son un grupo de ciudadanos pueden iniciar una campaña para que un Legislativo posterior la reforme. Pero si la Corte Suprema o cualquier otro tribunal, declaran una norma inconstitucional, ésta no puede ser restablecida en ningún caso, ya que mientras se mantenga el precedente esta norma es considerada contraria a la Constitución y por lo tanto inválida.<sup>163</sup>

Que la decisión final sea judicial y no legislativa, no la hace menos controvertida, particularmente si se tiene por un voto un ajustado dentro de la Corte Suprema. Lo particular de la decisión de la Corte es que participan pocas personas en ella, sólo la

---

<sup>163</sup> LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SON VARIADOS, SEGÚN PUEDE OBSERVARSE EN EL CAPÍTULO CORRESPONDIENTE DE ESTA OBRA.

voluntad de cinco o nueve jueces según el momento que la decisión fue que fuera tomada. En cambio una decisión igualmente trascendente tomada por legislación requeriría la aprobación del Senado y de la Cámara de Diputados y la promulgación por el presidente. Más aún si el presidente vetar la norma esta sólo podría entrar en vigencia si obtiene los dos tercios de los votos de ambas Cámaras. El camino de la ley no ha concluido ya que puede ser atacada judicialmente. Podríamos decir que existe un mayor activismo judicial cuando hay partidos políticos más débiles, o cuando hay un partido fuerte en el poder y una oposición política que no puede ser alternativa electoral pero que mantiene una fuerte opinión pública en oposición. En estos casos el control judicial ejerce un mayor control sobre el gobierno en la ausencia de un control efectivo en el legislativo. Un argumento en favor del mayor activismo judicial en estas circunstancias fue expresado por la mayoría de la Corte Suprema en el caso *Ezio Verrocchi*.<sup>164</sup>

*11... la falta de sanción de una ley especial que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso (art. 99, inc. 3º; párrafo cuarto "in fine") [se refiere a la aprobación de los decretos de necesidad y urgencia] no hace sino reforzar la responsabilidad por el control de constitucionalidad que es inherente al Poder Judicial de la Nación.*

Asimismo hay un mayor activismo judicial cuando existe la impresión que el proceso político no puede resolver algunas cuestiones que son trascendentes en la sociedad y la decisión es reemplazada por el proceso judicial. Esto no hace a la decisión judicial menos polémica, como es en el caso *Sejean* <sup>165</sup> la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley de Matrimonio Civil 2393, por cuanto al establecer la indisolubilidad del vínculo matrimonial impedía readquirir su aptitud nupcial. De esta manera, la Corte Suprema permitió el nuevo matrimonio luego de un divorcio lo que nunca había sido autorizado en nuestra legislación.

### ***El estado administrativo.***

Podemos intentar una definición de la creación del estado administrativo, de las competencias agregadas por la práctica a la división primaria de poderes, y de qué manera puede hacerse sin caer en el autoritarismo.

Con simplicidad la Constitución divide las competencias gubernamentales en tres poderes. La función legislativa está investida en el Congreso, el poder Ejecutivo en el presidente y el poder judicial en la Corte Suprema y demás tribunales inferiores según sean establecidos por el Congreso. Dentro de esta simplicidad la principal actividad política corresponde al Congreso, ya que la Constitución concede una amplia competencia al legislativo frente a enumeraciones más reducidas que los otros poderes. Por lo tanto el Congreso tiene la capacidad de legislar tanto normas federales como de derecho común, establece los impuestos, autoriza el gasto público, regula el comercio, establece la organización y composición de las Fuerzas Armadas. Todo ello además de la competencia general de sancionar todas las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio a los poderes y "todos los otros concedidos por la presente Constitución al

---

<sup>164</sup> VERROCCHI, EZIO D. C. ADMINISTRACIÓN NAC. DE ADUANAS. FALLOS 322:1726.

<sup>165</sup> SEJEAN, J. B. C. ZAKS DE SEJEAN, A. M. FALLOS 308:2268

Gobierno de la Nación Argentina." (Artículo 75 inciso 32) Es decir, que toda competencia del gobierno nacional que no esté asignada a otro poder está en cabeza del Congreso.

Sin embargo, esta simplicidad es engañosa ya que quien observe la actividad de los poderes del gobierno y su distribución en el sistema constitucional contemporáneo, verá que hay una gran cantidad de competencias ejercidas no por el Congreso sino por el presidente. Debido un proceso iniciado con el llamado estado de bienestar, consolidado durante gobiernos dictatoriales y con la influencia de los Estados Unidos durante el proceso del New Deal la legislación aprobada por delegación ocupa un espacio importante en la regulación de la vida de los habitantes. En esta transformación han habido tres actores: legisladores renuentes a legislar y dispuestos a delegar sus competencias en el poder Ejecutivo, y al mismo tiempo condescendientes con el ejercicio de facultades regulatorias asumidas por el presidente; un Ejecutivo dispuesto a ejercer activamente la función legislativa y regulatoria y finalmente una Corte Suprema que no ha determinado con claridad las líneas de competencias entre los poderes.

En este proceso de expansión de las competencias ejecutivas han tenido una influencia importante en los períodos de dictaduras militares, que en la ausencia del Congreso dictaron decretos leyes cuya vigencia e influencia todavía subsiste sin que Congreso haya recuperado plenamente la función legislativa. Ello a pesar de lo establecido en la disposición transitoria Octava que la Constitución que establecía un plazo de caducidad de cinco años para toda la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994, este plazo fue postergado por sucesivas decisiones del Congreso.

La Constitución no admite esta transferencia de las competencias gubernamentales entre los poderes, ya sea por delegación directa al presidente, o a una agencia creada por el Congreso, o finalmente por algún decreto legislativo de necesidad y urgencia, en realidad el texto sugiere lo opuesto. Dice el artículo 76 'Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo...' En realidad la Constitución confiere todas las competencias legislativas al Congreso y todas las funciones judiciales a los jueces. El dilema principal del estado administrativo se centra en saber si las delegaciones legislativas y el ejercicio legislativo directo por el poder Ejecutivo son constitucionales o si por el contrario son pendientes al autoritarismo. La respuesta afirmativa dada por la Corte Suprema a estas preguntas es el desarrollo más importante de la historia constitucional.

Es conveniente por lo tanto señalar cuando ésta transferencia de competencias ha sido producto del aumento del poder presidencial o de la administración por razones de autoritarismo político o avaricia burocrática de poder, o si por el contrario son una respuesta posible frente a situaciones de complejidad técnica que requieren una agencia especializada para su regulación. El objetivo de este análisis debe ser establecer una regla de delimitación clara aunque flexible ante distintas situaciones y que pueda ser aplicada judicialmente.

En los Estados Unidos aún antes del New Deal la Cort Suprema consideró que algunas delegaciones efectuadas por el poder legislativo eran constitucionales. En el caso *Field v. Clark* de 1892 los jueces consideraron que la delegación efectuada por el Congreso para

establecer una tarifa compensatoria sobre importaciones era constitucional. La ley autorizaba al Presidente a imponer esa tarifa en casos de tarifas aduaneras irrazonables impuestas por un país extranjero. Pero la tarifa retorsiva debía ser justa. A pesar que el Congreso no podía delegar la competencia legislativa en el presidente, la Corte aceptó esta ley ya que consideraba que se trataba de una sanción legislativa y que el presidente solamente tenía la función de encontrar las circunstancias a las cuales sería aplicable, es decir determinar los estados extranjeros que establecieran estas tarifas desiguales o irrazonables. De la misma manera en el caso *United States v. Grimaud* de 1911 los jueces consideraron que una ley que autorizaba al secretario de Agricultura a adoptar reglamentaciones que protegieran los bosques públicos eran constitucionales, ya que su función era la de completar los detalles establecidos en la ley.

La tolerancia judicial de transferencia de competencias legislativas al presidente fue atacada durante los años 30, ya que debido a la depresión el Congreso había adoptado una cantidad de medidas que transferían competencias legislativas sustanciales en el Ejecutivo. Hay que mencionar los dos grandes casos *Schechter Poultry Corp.* y *Panama Refining Co.* Ambos en 1935. Si bien estos casos señalaron la última vez que la Corte Suprema invalida legislación sobre la base de la delegación indebida de competencias legislativas, establecieron un marco de mayor limitación que subsiste hasta el presente. Si bien es cierto que durante el período de la depresión hubo una amplia delegación legislativa en el presidente ésta se fue reduciendo con el tiempo y los precedentes creados en estos casos continúan siendo citados por los jueces. En algunos casos la mayor condescendencia judicial se debió a situaciones de extrema emergencia, por ejemplo en el caso *Yakus* de 1944 que aceptó la constitucionalidad de la ley de Control de emergencia de precios de 1942 que autorizaba la fijación de precios de bienes y alquileres que fue adoptada en plena vigencia de la Segunda Guerra Mundial.

Esta doctrina de la Corte Suprema de una mayor restricción en materia de delegación puede observarse en una decisión reciente en el caso *Mistretta* sobre delegación sobre guías para las sentencias judiciales en materia penal, transformando esas guías de obligatorias en optativas por el juez. En todos los casos la Corte Suprema de Estados Unidos ha exigido una adecuada política legislativa determinada por el Congreso y no una delegación en blanco. Esta adecuada determinación de la política legislativa puede verse en particular en el caso *Whitman v. American Trucking Assoc.*, del 2001. En este caso referido a la interpretación de las normas en materia de contaminación en el transporte por camiones, el debate se centro en la interpretación por la agencia gubernamental de la extensión de las directivas aprobadas por el Congreso en la delegación.

¿Cuáles son las razones por las cuales el Congreso delega en el poder Ejecutivo? una primera respuesta sería la falta de interés del legislador de analizar el tema, debido a su complejidad o porque existirían grupo de interés muy fuertes que podrían influir decisivamente en la legislación. De esta manera, si se estableciera un mandato legislativo completo la agencia a la cual se delega, podría llenar los huecos para los cuales se requiere un conocimiento técnico adecuado y que probablemente deban variar en el tiempo sin la necesidad de tener que cumplir todo el trámite legislativo.



La existencia de agencias u organismos administrativos que reciban una delegación por parte del Congreso requiere determinar la capacidad que tiene el presidente de regular estos organismos y de designar y remover a sus integrantes. En la Argentina se ha aplicado la doctrina del Ejecutivo unitario por la cual las delegaciones se hacen en cabeza del presidente que a su vez puede delegar estas funciones a sus subordinados. Por este motivo se ha considerado que la regulación de los órganos o agencias administrativas puede ser hecho por reglamento autónomo, llegando inclusive a la posibilidad de avocarse el presidente de las funciones de la agencia. Esta doctrina fue originalmente aceptada en los Estados Unidos y luego desechada. En un caso que fuera citado por nuestra Corte Suprema aún en épocas modernas, sin mencionar que había revocado en los Estados Unidos, *Myers v. United States*, de 1926 se analizó la cuestión de la capacidad de remoción de los funcionarios a cargo de las agencias administrativas. En este caso se trataba de un agente de correos que atacó la decisión de removerlo diciendo que contaba con estabilidad en su cargo. La Corte Suprema consideró que era inconstitucional para el Congreso interferir en las competencias presidenciales para remover a los funcionarios de las agencias administrativas. Esta doctrina duró poco tiempo ya que en 1935 en el caso *Humphrey's Executor* la Corte Suprema rechazó la competencia presidencial de remover a los jefes de las agencias gubernamentales sin justa causa. Este caso tiene una particular importancia para la estructura del estado administrativo. De ella surge que la delegación legislativa no puede hacerse solamente al presidente o a los ministros que dependen de su voluntad para permanecer en sus cargos sino también a las agencias administrativas independientes. Éstas agencias son creadas por ley, ejercen sus funciones dentro de las competencias establecidas en la norma que las creó y los están integradas al menos en los cargos directivos por funcionarios que cuentan con una estabilidad que los pone al margen de la capacidad de remoción del presidente, o de una posible intervención presidencial en sus decisiones. Este caso y esta doctrina de delegación mediante agencias, han impedido que la delegación legislativa se haya transformado en una escalada hacia un presidencialismo autoritario, que cuente además de las funciones ejecutivas propias con funciones legislativas delegadas de una manera descontrolada.

El precedente de *Humphrey's Executor* ha sido confirmado en *Morrison v. Olson* de 1988 que declaró la constitucionalidad de la facultad del Congreso de limitar el poder presidencial de remover a funcionarios que debían controlar el ejercicio de las actividades del poder Ejecutivo, como es el caso de los fiscales independientes. El fundamento de este fallo es que pudieran existir dentro del poder Ejecutivo funcionarios que investigaran a la administración sin el riesgo de perder sus cargos.

La deferencia de los tribunales hacia la delegación legislativa tenía su fundamento en la creencia que pudieran existir expertos por encima de la política que propusieran soluciones estudiadas y duraderas a los problemas de políticas públicas. Esta fue la creencia muy difundida durante la vigencia del estado de bienestar. Los tribunales aceptaron esta idea que el poder Ejecutivo 'sabía más' que el Congreso sobre la solución que tendrían estos problemas y por eso se establecieron doctrinas como la "deferencia", de la "autolimitación judicial" y expresiones vacías de contenido como "oportunidad, mérito y conveniencia". Pero la realidad demostró que los expertos gubernamentales podían no ser tales y que muchas veces la delegación era producto de la falta de interés

por parte del Congreso en tratar algunos temas antes que en remitirse a una opinión experta que pudiera estar situada dentro del poder Ejecutivo. Esto fue reconocido en el caso Chevron de 1984 en el cual la Corte Suprema reconoció explícitamente que el Congreso podía delegar decisiones políticas en agencias gubernamentales para evitar tener que tomar una decisión y por lo tanto dejar que esta agencia que el Ejecutivo resolviera el conflicto entre grupos de intereses opuestos. De esta manera la Corte sostuvo que la interpretación que hacía la Agencia de protección del medio ambiente sobre la Ley de aire limpio de 1977 era constitucional. La Corte reconoció que el Congreso había evitado específicamente buscar la solución de la cuestión y que la decisión debía ser tomada por una agencia gubernamental políticamente responsable y no tomada por los tribunales. De esta manera, la Corte Suprema reemplazó la doctrina de la deferencia basada en el conocimiento técnico superior de la agencia, por una doctrina de la responsabilidad política de la agencia. Señaló que este carácter explícitamente político de la decisión de la agencias debía ser el resultado de **una elaboración razonada y de un proceso justo**. Esto en cumplimiento del estándar establecido **contra las decisiones "arbitrarias y caprichosas"** que supone que las partes interesadas deben tener un **acceso significativo al proceso** de decisión, que en la agencia se tenga en cuenta las opiniones de las partes interesadas y que los funcionarios deban elaborar una explicación que fundamente su decisión. De esta manera, la Corte Suprema permite que la agencia pueda hacer su actividad regulatoria pero que el proceso por el cual llega su decisión sea racional.

De la misma manera en el caso Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Automobile Insurance Co., de 1983 la Corte Suprema invalidó una decisión de una agencia que si bien podía elegir los medios para asegurar la seguridad de los automóviles, era necesario que cualquier elección fuera el resultado de una **consideración completa y adecuada de las alternativas razonables**. Esta doctrina enunciada en el mencionado caso State Farm es llamada la obligación de cumplir con una **toma de decisiones razonada**. Ella requiere que la administración o la agencia expliquen cómo han razonado la medida o disposición que tomaron a partir de la ley aplicable y de los hechos a su disposición. Ello permite a los tribunales asegurar que las acciones gubernamentales son consistentes con los criterios de política legislativa instruidos por el Congreso para la aplicación de la ley que autorizó la acción administrativa.

La evolución de los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos pueden compararse favorablemente frente a algunas decisiones de la Corte Suprema argentina. Particularmente en los casos como Cocchia y Peralta que confirieron competencias legislativas prácticamente incontroladas al poder Ejecutivo. En Cocchia se concedió una capacidad legislativa por delegación al poder Ejecutivo en casos de emergencia impropia del sistema de división de poderes. En Peralta se concedió al poder Ejecutivo la capacidad de dictar normas de contenido legislativo por decreto de necesidad y urgencia aún en casos en que esta competencia era dudosa de ejercer por el Congreso. Es decir se trasladó las competencias excepcionales que el legislativo solo podía ejercer en caso de emergencia económica, al poder Ejecutivo.

La función de la Corte Suprema en el estado administrativo debe ser al mismo tiempo de flexibilidad y de escepticismo. Por una parte la Corte debe asumir el liderazgo en la

evolución constitucional que permite integrar a las agencias administrativas dentro de la estructura constitucional. Pero al mismo tiempo debe ser una estricta supervisora de la toma de decisiones para que se asuman las políticas públicas adecuadas por la administración sin que esto signifique una pendiente al autoritarismo. El control judicial debe ser un estricto defensor de la división de poderes.

### ***La falacia de los ‘órganos extra poder’***

En un sistema de gobierno de división de poderes, cada funcionario, órgano, o agencia de gobierno integran algunas de las ramas en que se divide el poder. No existen órganos que puedan estar fuera de los poderes de la Constitución, porque los principios de la división de poderes y de los frenos y contrapesos requieren la existencia de ramas diferentes e independientes como garantía de la forma republicana de gobierno.

El origen de esta falacia es imaginar que los tres poderes son jerárquicos, es decir, que dentro de cada rama existe un orden de rango con una cabeza visible del cual depende toda la organización. Esta doctrina también llamada del Ejecutivo Unitario, no se compadecen con la realidad constitucional. Cada rama está integrada por los organismos que la Constitución menciona y no es posible separarlos de ella. De esta manera las agencias independientes u organismos descentralizados integran el poder Ejecutivo, aunque no tengan dependencia jerárquica del Presidente de la Nación. El Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público integran el poder Judicial aunque no dependan de la Corte Suprema de Justicia, y la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo integran el Poder Legislativo, aunque no tengan dependencia funcional del Congreso.

El concepto del órgano extra poder es un producto de la confusión de doctrinas jurídicas parlamentarias dentro de un sistema de gobierno de división de poderes. El riesgo que esta visión plantea es la de suponer que todo lo que integra el poder tiene esta dependencia jerárquica de su cabeza, lo que supone un fuerte contenido autoritario.

## **EL PODER LEGISLATIVO.**

### ***Composición y de la elección de sus miembros.***

Una de las características propias de los sistemas *presidenciales* es la clara “división de poderes” y el establecimiento de los “frenos y contrapesos” entre aquellos, conforme la versión que Madison y Hamilton hicieron de la visión de Montesquieu. En el esquema *presidencialista* existen dos poderes, el Congreso y el Ejecutivo, que están –tanto en la selección de sus titulares cuanto en la orientación de sus acciones- con relacionados el voto popular.

El es un órgano colegiado y complejo refleja los diversos intereses y opiniones existentes en la sociedad, y puede ser un ámbito adecuado para la deliberación, y la búsqueda de consensos. Tiene además la función legislativa.

La Constitución inicia su Segunda Parte denominada “Autoridades de la Nación” con la descripción “Del Poder Legislativo”(Sección Primera del Título Primero, artículos 44 a 86).

### **El bicameralismo.**

El Congreso Nacional se compone de dos cámaras, *una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires* (Art.44).

Siguiendo el modelo estadounidense, que adoptó el *federalismo* como forma de estado, mientras la Cámara de Diputados representa al pueblo de la nación, la de Senadores, representa a las provincias.

En el caso de países federales como el nuestro en el que cada Cámara del Congreso Nacional representa distintos sujetos políticos, el bicameralismo equilibra la representación proporcional del pueblo con la paridad de las instituciones provinciales..

Por ello es que en la Argentina, esta discusión se concentró en la estructura de las legislaturas provinciales. Hoy coexisten las unicamerales y las bicamerales. En muchos casos, éstas últimas fueron concebidas como una réplica del Congreso Nacional, es decir compuestas por dos Cámaras, la de Senadores y la de Diputados, aunque no siempre respondieron a la necesidad de establecer diversas representaciones.

Un ejemplo de ello es el caso de la Provincia de Buenos Aires, en donde los senadores provinciales representan también al pueblo de la Provincia, y son elegidos por el pueblo, tomando como base la población y las mismas divisiones territoriales (Secciones) que son utilizadas para la elección de los diputados.

## ***Elección de Diputados y Senadores.***

Si bien originariamente las diferentes “representaciones” ejercidas determinaron que las formas de elección de Diputados y Senadores fueran muy diversas, la transformación de la vida política durante el Siglo XX - con el protagonismo de los partidos, la creciente participación popular y el rol esencial asignado a la oposición política en las democracias- terminó por acercarlas.-

Actualmente, tanto Diputados como Senadores, son elegidos en forma directa, por el pueblo, tomándose cada Provincia como distritos electorales (Arts. 45 y 54).-

La diferencia fundamental que subsiste –consagrada en la propia Constitución- es que mientras el número de Diputados Nacionales que elige el pueblo de cada **provincia** está relacionado directamente con su cantidad de habitantes, en el caso de los Senadores, se establece un número igual (tres), que representa a cada una de aquellas.

La otra característica diferenciadora es la relacionada con la **forma** en que se asignan las bancas entre las listas competidoras, si bien cabe destacar que mientras para los Senadores, la misma tiene rango constitucional, para los diputados está establecida legalmente.

### **La elección de los senadores.**

Antes de la Reforma de 1994, la elección de los dos senadores nacionales por cada provincia era realizada por la respectiva legislatura provincial. En el caso de la Capital Federal, como carecía de Legislatura local (5) se realizaba por elección indirecta. El Pueblo elegía *electores* que integraban el Colegio Electoral, encargado de designarlos.

Luego de tal Reforma, la elección de los **tres** senadores nacionales por cada provincia y por la Ciudad de Buenos Aires se realiza por el pueblo, en forma “*directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido político que le siga en número de votos...*” (Art. 54). El Código Electoral Nacional –en sus artículos 156 y 157- complementa la norma.

### **Elección de Diputados.**

El sistema electoral para la elección de Diputados Nacionales, éste se encuentra en Código Nacional Electoral (Arts. 158-164) que regla la elección de los Diputados Nacionales.

Para la asignación de las bancas se adoptó una de las variantes del sistema proporcional - el conocido por el nombre de su creador, el matemático D’hondt- con un piso del 3% del padrón electoral del distrito (Arts. 161 y 160).

En la práctica electoral, *ese piso* reviste una importancia mayor en distritos como el de la Provincia de Buenos Aires, ya que –dado el número de bancas a elegir en cada elección (35)- impide la adjudicación de bancas a fuerzas minoritarias que llegarían a obtenerlas si dicho *piso* no existiera.-.

### **Requisitos para ser diputado.**

*“Para ser diputado se requiere haber cumplido la edad de veinticinco años, tener cuatro años de ciudadanía en ejercicio, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella”. (Art. 48)*

Respecto de la edad, también aquí, inclinándonos por una interpretación textual, consideramos que el requisito de los veinticinco años – a diferencia de los Senadores, debe exigirse en el momento de la asunción. Es decir que la autoridad electoral deberá admitir a aquél candidato que no cuente al día de la elección con la edad requerida, siempre que la tenga para la fecha de su asunción.

Ese fue el criterio seguido en el caso de la elección del primer diputado socialista de la Argentina, el Dr. Alfredo Palacios. En efecto, al tiempo de la elección éste tenía aún 24 años, pero al de su asunción ya cumplía con el requisito de la edad mínima.-

Respecto de ser natural, o con dos años de residencia inmediata en la Provincia, la cláusula constitucional pretendió .. evitar los “alquilones”, personajes típicos de nuestro folklore político, que sin antecedente alguno que lo relacionara con una provincia; aparecían como candidatos por ella; digitados desde las conducciones nacionales.

### **Requisitos para ser electo Senador.**

*“Son requisitos para ser elegido senador: tener la edad de treinta años, haber sido seis años ciudadano de la Nación, disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente, y ser natural de la provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella” (Art. 55).*

Como ya adelantara, en el caso de los Senadores el requisito de la edad debe ser cumplido al tiempo de la elección.

La prescripción constitucional relativa a la renta anual, ha caído en desuetudo.

### **Vacantes.**

Si bien existen normas constitucionales que prevén la cobertura de las bancas ante el supuesto de vacantes de Diputados (Art. 51) y de Senadores (Art. 62) la aplicación estricta de las mismas originaría una costosa y dificultosa instrumentación, toda vez que se debería llamar a elecciones con una asiduidad poco aconsejable.

La solución la aportó el Código Nacional Electoral que - sin atenerse a la estricta literalidad- armonizó el texto constitucional con las exigencias de los tiempos y con las posibilidades del sistema electoral vigente.

Respectivamente para Diputados y Senadores, establece:

*Art. 164: En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un diputado nacional **lo sustituirán quienes figuren en la lista como candidatos titulares según el orden establecido.** Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva. En todos los casos los reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular”*

**Art. 157. “...resultarán electos los dos titulares correspondientes a la lista del partido o alianza electoral que obtuviere la mayoría de los votos emitidos y el primero de la lista siguiente en cantidad de votos.** El segundo titular de esta última lista será el primer suplente del senador que por ella resultó elegido. Los suplentes sucederán al titular por su orden en el caso previsto por el artículo 62 de la Constitución Nacional”. *(El énfasis en ambos artículos es nuestro).*

## ***La formación y sanción de las leyes***

La función legislativa, es atribuida al Congreso de la Nación, que ejerce el Poder Legislativo y sanciona las leyes de acuerdo al procedimiento fijado en la Constitución.

El dictado de una ley supone un procedimiento complejo con intervención del Congreso y también del Presidente sin perjuicio del **art. 40 DE LA CONSTITUCIÓN** sobre consulta popular vinculante que limita la intervención del Presidente en cuanto a la promulgación de leyes.

El proceso de formación y sanción de leyes comienza en el **art. 77 1ª parte** cuando nos dice que **“Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo.....”**, de tal manera que los proyectos de ley pueden ser promovidos por diputados o por senadores (dentro de sus respectivas Cámaras) o por el mismo Presidente de la Nación que remite el proyecto a alguna de las Cámaras. En ese sentido, muchas veces y más allá de las limitaciones temáticas que el mismo **art 77 in fine** prevé, el PRESIDENTE atiende a la composición política de las Cámaras a la hora de decidir por cual habrá de darle entrada a una propuesta de ley.

Por cierto recordemos que los ciudadanos también pueden dar origen a proyectos de ley a través del **derecho de iniciativa** previsto en el **art. 39 CN** como forma de democracia semidirecta.

Luego el mismo **art. 77 2ª parte** nos recuerda una serie de limitaciones y excepciones en materia de iniciativa y origen de las leyes pues conforme al **art. 52** la iniciativa sobre leyes relativas a contribuciones y reclutamiento de tropas es exclusividad de la Cámara de Diputados. Otras excepciones encontramos en los **arts. 39 y 40** (sobre iniciativa popular y consulta popular vinculante) que tienen también como cámara de origen a la de Diputados y en el **art. 75 inc. 2 4º párr.** del que surge que la ley sobre coparticipación debe originarse en la Cámara de Senadores y en el **art. 75 inc. 19** que señala que los proyectos sobre desarrollo humano y crecimiento armónico de la Nación también deben iniciarse en el Senado.

**Volviendo al trámite** de formación y sanción de las leyes, el **art. 78 DE LA CONSTITUCIÓN** desarrolla el esquema básico o digamos simple de esta formación y sanción de leyes y así nos dice que **“Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara. Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.”** Al respecto recordemos que la tramitación interna de un proyecto para su tratamiento y sanción está regulada además por el Reglamento de las Cámaras. El proyecto ingresa por mesa de entradas de una cámara que es entonces Cámara de origen. Se gira a la o las comisiones que se estime corresponde por la temática que regula el proyecto. Se producen los dictámenes, que



pueden ser por unanimidad, de mayoría o de minoría y así el proyecto está en condiciones de llegar al plenario para su tratamiento y eventual aprobación. Llegado al recinto se lo trata en general y de ser aprobado se trata en particular artículo por artículo pudiéndose aquí hacer modificaciones. Aprobado en general y en particular, el proyecto es aprobado por la Cámara de origen y pasa a la otra que es entonces Cámara revisora y se sigue el mismo trámite, giro a comisiones, dictámenes, y aprobación, etc. si la Cámara revisora no hace modificaciones y aprueba el proyecto tal como llegó de la originaria y entonces ese proyecto queda sancionado con fuerza de ley, el **art. 84** aclara la fórmula que debe emplearse, y se envía al PRESIDENTE que si lo aprueba lo promulgará como ley.

El **art. 78** diseña un procedimiento básico en la creación de las leyes; describe un trámite simple, sin modificaciones u observaciones hechas por la cámara de revisión ni por el PE pero también de este **art. 78 in fine** surge que el dictado de leyes es un procedimiento complejo que incluye la intervención del Presidente a través de la **promulgación**. Esta una manifestación del Presidente dando su consentimiento para la entrada en vigencia del proyecto de ley sancionado por el Congreso. Pero, la promulgación puede darse **expresamente** tal como surge del **art. 78 in fine** y se concreta a través de un decreto que tiene una estructura pues muestra el texto del proyecto sancionado y luego dice **“Por tanto, téngase por ley de la Nación, cúmplase, comuníquese, publíquese...”**. Esta es la promulgación expresa del **art. 78 in fine** pero también la **promulgación es tácita** que se da cuando el Presidente deja vencer un plazo de 10 días útiles y no devuelve el proyecto con observaciones al Congreso (a la Cámara de origen). La **promulgación tácita** aparece cuando el **art. 80 1ª parte** dice que se reputa aprobado por el PE todo proyecto no devuelto en el término de 10 días útiles.

El **art. 81 2ª parte** regula el caso en que la Cámara revisora introduzca adiciones o correcciones al proyecto que le llega de la Cámara de origen. En ese caso éste vuelve a la Cámara de origen. **Si** el proyecto modificado y vuelto a la de origen es aprobado con esas reformas por la mayoría absoluta de los miembros presentes de la originaria, el proyecto queda sancionado (con dichas reformas) y va al PE. **Pero puede ocurrir** que la Cámara de origen piense en insistir con la redacción original pues no está de acuerdo con las reformas hechas por la Cámara revisora y en consecuencia:

1. Si la Cámara de origen **no alcanza la misma mayoría** (absoluta o de 2/3 de los presentes) con que la revisora hizo las modificaciones, el proyecto queda sancionado con las modificaciones y pasa al PE.
2. Si la Cámara de origen alcanza la mayoría absoluta o los 2/3, esto es empata la votación con que la revisora modificó el proyecto original, **caen las reformas** y el proyecto queda sancionado tal como fue redactado originalmente y va al PE.

Este procedimiento fue establecido por la reforma del '94 y significó **reducir el trámite de 5 a 3 pasos** pues se eliminó la posibilidad de insistencia de la cámara revisora a favor de sus modificaciones y su nueva devolución a la cámara de origen y además da cierta **prevalencia** a la voluntad de la cámara de origen cuando se igualan las votaciones y porque el **art. 81 última parte** prohíbe que la Cámara de origen introduzca reformas a

las que hubiera hecho la Cámara de revisión, con lo cual obliga a que la Cámara de origen cuando aprueba un proyecto lo haya hecho de un mayor estudio pues luego, ya no podrá hacer nuevas reformas (a menos claro está, que apruebe las que vienen de la revisora pero a decir verdad no son nuevas ni propias). Este procedimiento acelerado de aprobación de las leyes es contrario a una importante convención constitucional que establece que las leyes deben ser aprobadas por las dos cámaras del Congreso. Al mismo tiempo es una forma de consolidar la preeminencia del Presidente ya que le bastará tener la mayoría en una sola Cámara para asegurar su voluntad sobre el Congreso e imponer las leyes que desee.

Hemos analizado la **2ª y la última parte del art. 81** pero éste comienza señalando **dos prohibiciones** en materia de tratamiento de proyectos de ley y así establece: **1) “Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras puede repetirse en las sesiones de aquel año.....”** Es un párrafo que genera dudas e interpretaciones. Tiene su fuente en la Constitución de 1826. **¿A qué sesiones y a qué año se refiere?** Son sesiones ordinarias, a las prorrogadas y a las extraordinarias y se entiende que se refiere al año actual y entonces deberá esperarse al siguiente período de ordinarias. Lo que no se permite es una suspensión sin plazo pues de ser así, la Cámara revisora tendría la potestad de frenar la labor de la otra. No obstante, podría ocurrir que la revisora opte por no tratar el proyecto que llegó de la originaria y obtiene así el mismo resultado. **¿Qué determina que un proyecto sea o no el mismo que fue desechado haciendo que no pueda volver a ser tratado en el mismo año?** Pues, podría salvarse el asunto con una pequeña modificación. Entiendo que si el objetivo es el mismo (aún cuando la redacción sea distinta), los proyectos serán idénticos. Para otros, si varían los medios previstos en el proyecto de ley, se puede considerar que los proyectos no son iguales.

2) La otra prohibición de la primera parte del mismo art. 81 dice: **“...Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiera tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora...”**. Es decir que llegado –a la Cámara iniciadora- el proyecto con modificaciones hechas por la revisora, la Cámara de origen puede: insistir con su redacción original (empatando la votación con que la revisora introdujo las reformas) o aceptar (con mayoría absoluta) las reformas. De todas formas, aunque no está escrito, la Cámara de origen puede directamente no tratar el proyecto reformado y provocar su caducidad pues no hay sanción ficta o tácita; es decir su silencio no importa aprobación de las correcciones.

### ***La aprobación por comisiones y la prohibición de sanción tácita o ficta.***

La reforma constitucional de 1994 introdujo un procedimiento para la **aprobación en particular en comisión** de los proyectos. Así, el **art. 79** establece que luego de

aprobado en general un proyecto, la Cámara con el voto de 2/3 de sus miembros puede delegar en sus comisiones la aprobación en particular. Hay una imputación de funciones a las comisiones internas de la cámara respectiva que se reunirán y con el voto de la mayoría absoluta pueden aprobar el proyecto en particular. Aprobado así en particular en las comisiones, se imprime al proyecto el trámite ordinario, pasa a la cámara revisora o al Presidente según corresponda,. El mismo art. 79 contempla que se deje sin efecto dicha delegación con el voto también de los 2/3 de los miembros de la Cámara y el proyecto vuelva para su debate en particular al pleno de la Cámara.

La reforma también introdujo la **prohibición de sanción tácita o ficta** que consagra el **art. 82 de la Constitución**. Ella ordena en el primer párrafo del art. 82 que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente y por si alguna duda queda completa proclamando que “...*se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta*”. Con esta cláusula muy breve en su redacción se evita una práctica que empezó a aplicarse en los años '90 del siglo pasado y que consistía en que frente al ejercicio de facultades legislativas por parte del PE (decretos de necesidad y urgencia, intervención federal, declaración del estado de sitio), el Congreso no se pronunciaba, guardaba silencio y así- en los hechos- convalidaba esa actividad exorbitante del PE. Es decir, se interpretaba- incluso judicialmente- que el silencio del Congreso era convalidación tácita. Este criterio aparece con el caso Peralta en materia de reglamentos de necesidad y urgencia.

La ley reglamentaria sobre el trámite de los decretos de necesidad y urgencia que mantiene la vigencia de ese decreto hasta tanto no haya un pronunciamiento del Congreso con lo cual se la ha cuestionado por introducir el mecanismo de sanción ficta.

## **Las competencias del Congreso.**

El poder presidencial es interpretado en gran medida por extensión de ciertas funciones que la Constitución le concede, con las ampliaciones que ha adoptado como resultado de sus poderes, y también la intervención de funciones que el derecho internacional reconoce a los jefes de Estado. En cambio, el Congreso no necesita una interpretación constitucional amplia o extensiva de sus competencias, las tiene claramente establecidas y son vastas. Tiene una importante lista de funciones expresamente enumerada en la Constitución y no es la menor de ellas el manejo financiero que proviene de la aprobación del presupuesto y de la aprobación de impuestos.

El Congreso tiene una autoridad limitada, sus límites provienen de la protección constitucional de los derechos y libertades individuales, pero también de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias.

Dentro de los límites a la legislación están:

1. Las acciones privadas, artículo 19.
2. La imposibilidad de alterar los principios, garantías y derechos reconocidos en la Constitución, artículo 28.

Los límites en materia de distribución de competencias son:

1. La prohibición de conceder facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, artículo 29. y
2. Las competencias reservadas por las provincias, artículo 121.

En nuestra práctica constitucional surge además el conflicto con las competencias ejercidas por el poder Ejecutivo, muchas de ellas que tienen contenido legislativo.

Una primera lectura de estas normas daría la impresión que para conocer las facultades del Congreso bastaría una lectura de la larga enumeración del artículo 75, o de otras normas dispersas en la Constitución. Pero ello solamente nos daría una visión de las competencias expresas. Las competencias del Congreso son expresas o implícitas. El principio básico del gobierno en la división de poderes, es que el Congreso solo puede actuar si existe una autorización expresa o implícita para actuar dentro de la Constitución. Las provincias sin embargo pueden legislar a menos que la Constitución lo prohíba.

El artículo 44 señala la constitución del Congreso, dice

*“Un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires, será investido el Poder Legislativo de la Nación.”*

Sobre las competencias de las provincias dice el artículo 121

*“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.”*

Es cierto que esta norma señala una tautología, las provincias conservan el poder no delegado, el problema comienza al determinar que es lo *no delegado* y que *lo conservado*. Por lo tanto al evaluar la constitucionalidad de una ley dictada por el Congreso se plantea siempre dos preguntas.

1. La primera es saber si es que el Congreso esta dentro de las competencias establecidas en la Constitución para legislar.
2. La segunda es si es así, si la ley viola otra disposición constitucional como es la de infligir la separación de poderes o si interfiere con las libertades individuales.

Por lo contrario, cuando se evalúa constitucionalidad de una ley provincial se hace una sola pregunta que es saber si la legislación viola la Constitución. Es decir, la diferencia fundamental entre el gobierno nacional y los gobiernos de provincias es que solamente los gobiernos locales poseen el poder de policía porque el poder de policía es lo que permite a los gobiernos locales adoptar cualquier ley que no esta prohibida por la Constitución. Existen también situaciones en que el Congreso ejerce el poder de policía.

Dicho esto esta clásica fórmula de los gobiernos o de los poderes gubernamentales no refleja plenamente la realidad del poder del gobierno nacional. A partir de 1936 la Corte Suprema ha concedido al Congreso una autoridad amplia para regular múltiples actividades, fundamentalmente de regulación económica<sup>166</sup>. Esta situación ocurrió o tuvo también precedentes en algunas interpretaciones anteriores en cuanto a la extensión que se le dio a la *cláusula del progreso*. Esta interpretación expansiva hecha por la Corte Suprema de la autoridad del Congreso ha estado basada en la concepción de que existe una necesidad de un gobierno nacional fuerte que resuelva los problemas los problemas del Estado de Bienestar y en gran medida como una reacción frente a la crítica realizada a las decisiones de la primera parte del siglo XX que limitaban la capacidad del gobierno federal. En suma existen estas dos visiones para ver la competencia del Congreso el conflicto con el federalismo, es decir, la competencia de las provincias para legislar sobre el mismo tema y por segunda parte el conflicto por el respeto de la división de poderes y por las limitaciones en materia de derecho y libertades individuales.

### ***¿Cuándo puede legislar el Congreso?***

¿Qué tipo de leyes puede sancionar el Congreso? Las respuestas a estas preguntas nos enfrentan a dos situaciones diferentes, no es igual la legislación nacional de las de las provincias. El Congreso sólo puede legislar si existe una competencia expresa o implícita en la Constitución, en cambio los gobiernos de las provincias sólo están limitados por las prohibiciones expresas de la Constitución. Al evaluar la constitucionalidad de cualquier ley nacional siempre se plantean estas dos preguntas, si tiene la competencia dentro de los poderes que han sido concedidos en la Constitución, particularmente en el artículo 75, para legislar. Y segundo si la legislación viola alguna otra provisión o doctrina

---

<sup>166</sup> LA FECHA ES LA DEL CASO AVICO C/ DE LA PESA, YA CITADO.

constitucional como es la tergiversación de la separación de poderes o la interferencia con las libertades individuales. Al responder a estas cuestiones ha surgido un debate sobre las competencias del gobierno nacional y sus prerrogativas.

De esta manera podemos señalar las fuentes de extensión de la competencia legislativa del Congreso extendiendo los límites establecidos en la Constitución:

1. Los poderes implícitos por aplicación de la **'cláusula de conveniencia'** del artículo 75 inciso 32. Dice: *Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.*<sup>167</sup> Dio lugar a las competencias implícitas.
2. La **cláusula comercial**. El artículo 75 inciso 13 dice: *Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.*<sup>168</sup> Por influencia de la jurisprudencia de Estados Unidos fue una fuente de ampliación de los poderes del Congreso.
3. La **cláusula del progreso**. Establecida en el artículo 75 inciso 18 y ahora ampliada con el inciso 19, fue tempranamente considerada por la Corte Suprema como fuente de competencias legislativa del Congreso.<sup>169</sup>
4. La teoría del **poder de policía amplio** que amplió las competencias regulatorias del Congreso a partir del caso *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*.
5. La **doctrina de la emergencia económica**, establecida a partir del caso *Avico c/ de la Pesa*. En este caso la indefinición del concepto de emergencia permitió una regulación prácticamente ilimitada de los derechos individuales de incidencia patrimonial.

### ***Las competencias del Congreso y las provincias.***

La expansión de las competencias del Congreso para legislar sobre temas que podrían ser competencia provincial tiene dos fuentes principales. Si bien las dos están basadas sobre textos constitucionales que tienen su origen en la Constitución de los Estados Unidos una de ellas ha tenido un desarrollo particular de nuestro país. se abren dos fuentes de la competencia del legislativo sobre las competencias de los gobiernos provinciales, una que continúa la tradición de los Estados Unidos sobre la cláusula comercial y la segunda que surge de la extensión de la 'cláusula del progreso' como fuente de competencias

---

<sup>167</sup> LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS UTILIZA LA FÓRMULA MÁS RESTRINGIDA DE 'NECESARIAS Y CONVENIENTES'. DICE EL ARTÍCULO I SECCIÓN 8. 18. PARA DICTAR TODAS LAS LEYES QUE FUEREN NECESARIAS Y CONVENIENTES A FIN DE PONER EN EJECUCIÓN LOS PRECEDENTES PODERES Y TODOS LOS DEMÁS CONFERIDOS POR ESTA CONSTITUCIÓN AL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS O A CUALQUIER DEPARTAMENTO O FUNCIONARIO DEL MISMO.

<sup>168</sup> LA FUENTE DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DICE: I.8. 3. PARA REGLAR EL COMERCIO CON LAS NACIONES EXTRANJERAS Y ENTRE LOS DISTINTOS ESTADOS, Y CON LAS TRIBUS INDIAS.

<sup>169</sup> NO ASI EN LOS ESTADOS UNIDOS DONDE EL GENERAL WELFARE CLAUSE, O CLÁUSULA DEL BIENESTAR GENERAL SOLAMENTE ES UNA AUTORIZACIÓN DEL GASTO PÚBLICO FEDERAL PERO NO DE FUENTE DE LEGISLACIÓN. ARTÍCULO I. 8. 1. EL CONGRESO TENDRÁ PODER PARA ESTABLECER Y RECAUDAR CONTRIBUCIONES, DERECHOS, IMPUESTOS Y SISAS A FIN DE PAGAR LAS DEUDAS Y PROVEER A LA DEFENSA COMÚN Y BIENESTAR GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, PERO TODOS LOS DERECHOS, IMPUESTOS Y SISAS SERÁN UNIFORMES DENTRO DE LOS ESTADOS UNIDOS.

legislativas. Durante algunos períodos de la historia argentina particularmente hacia fines del siglo XIX en aplicación de la doctrina del caso *Ferrocarril Central Argentino*<sup>170</sup> se le concedieron poderes muy amplios al Congreso para legislar en todos los temas que estuvieran dentro de la llamada "cláusula del progreso".<sup>171</sup> Pero la mayor ampliación de las competencias de legislación del Congreso surgió fundamentalmente a raíz de las doctrinas de los 'poderes implícitos' y de la 'cláusula comercial'. En estas doctrinas se siguió un correlato con la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos fundamentalmente a partir de la década del año 1937. Es decir la primera gran definición de las competencias del Congreso está asociada a la relación entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales.

Al analizar las competencias del Congreso una cuestión ha sido la extensión que se deben proteger las prerrogativas e instituciones de los gobiernos provinciales. La pregunta a resolver que es si la autoridad del Congreso bajo la cláusula comercial y de las normas referidas al gasto público incluyendo la "Cláusula del Progreso" deben ser interpretadas estrictamente para permitir mayores competencias a las provincias. O, por el contrario las competencias del Congreso deben ser definidas ampliamente sin mayor preocupación por preservar espacios para el control de los gobiernos provinciales. Al mismo tiempo, ¿debemos considerar al artículo 121 como un límite que deben imponer los jueces a las competencias del Congreso para proteger las competencias de los gobiernos provinciales? o, por el contrario, el artículo 121 es un simple recordatorio del Congreso debe actuar si tiene competencias expresas implícitas mientras que los gobiernos provinciales pueden actuar a menos que la constitución prohíba expresamente su conducta.

La Corte Suprema ha resuelto estas preguntas de manera diferente a través de la historia. En ese desarrollo hay dos visiones normativas diferentes. La primera es determinar cuán importante para el debate político es la protección del federalismo y de las competencias provinciales. Si es solamente una categoría histórica que requiere una amplia revisión frente a la existencia de grandes espacios económicos, o si por el contrario es una forma necesaria de vida democrática y un límite efectivo frente al autoritarismo político. Al mismo tiempo, la segunda misión es determinar si la protección de las competencias provinciales debe ser una función primordialmente judicial o debe ser dejado al proceso político.

Los argumentos en favor de una protección limitada de las competencias provinciales son que se requiere respuestas nacionales a problemas nacionales, esta doctrina ha sido sostenida durante la vigencia del estado de bienestar. La intervención activa del gobierno en la actividad económica la existencia de empresas del estado han en gran medida significa una fuerte limitación de los poderes de las provincias. Es por ello que se ha hablado de un "nuevo federalismo" luego de la limitación de las políticas del estado de bienestar. Por otra parte, hay tres argumentos principales en favor de una utilización activa del proceso judicial en defensa del federalismo:

---

<sup>170</sup> FALLOS 68:227, DE 1897.

<sup>171</sup> ES EL ARTÍCULO 75 INC. 18, EL 67 INC. 16, EN LA ANTIGUA NUMERACIÓN. LA 'CLAUSULA DEL PROGRESO' ES TOMADA DE LA 'GENERAL WELFARE CLAUSE' ART. I INC. 8 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS. PERO EN ESE PAÍS MANTIENE SU CONTENIDO ORIGINAL DE REFERIRSE EXCLUSIVAMENTE A LA EXTENSIÓN DEL GASTO PÚBLICO.

1. la limitación del autoritarismo en el gobierno federal,
2. la promoción del comportamiento democrático ya que el gobierno provincial es más cercano al pueblo, y
3. la importancia de los gobiernos provinciales como laboratorios de ideas.

Primera justificación para proteger a los gobiernos provinciales de las presiones por parte del gobierno federal, incluyendo la intervención, es que la licitación vertical del poder entre gobiernos federal y local disminuye las posibilidades del autoritarismo.<sup>172</sup> En la teoría del federalismo se imaginó que los abusos que pudiera cometer el gobierno federal podían ser limitados si se restringía su autoridad y se permitía una mayor actividad a los gobiernos locales. Si bien en la reciente historia política argentina han existido casos reiterados de autoritarismo en los gobiernos locales, los efectos del autoritarismo en el gobierno nacional son mucho más graves. Si el gobierno federal es capturado por un movimiento autoritario de la opresión resultante sería mucho más severa y permanente que lo que podría ocurrir en cualquier provincia. Al mismo tiempo gobiernos democráticos activos en las provincias limitan las posibilidades de autoritarismo a nivel nacional.

Sin embargo, hay quienes sostienen que la noción de un gobierno nacional imitando sus competencias frente a los gobiernos locales aparece como una idea anacrónica frente a una economía global y a un mercado ampliado a todo el territorio y particularmente luego de la experiencia de décadas de amplias reglamentaciones por el gobierno nacional. En estas circunstancias la función principal de control de los abusos de un gobierno nacional con tentaciones autoritarias debe estar necesariamente en el poder judicial.

Un segundo argumento habitualmente mencionado las ventajas del federalismo es que los gobiernos provinciales están más cercanos a las personas y por lo tanto respondería más eficazmente a sus necesidades y preocupaciones. Esta idea es cercana a los conceptos de "voz" y "salida" sostenidos por Albert Hirschman. Las jurisdicciones menores permiten más eficazmente el ejercicio de las protestas y otorgan una mayor difusión de las expresiones contrarias al gobierno. También dentro del federalismo es más fácil moverse de una jurisdicción a otra de manera que si existieron gobierno autoritario en una provincia existiría la posibilidad de mudarse a otra. Estas dos alternativas son mucho más difíciles en jurisdicciones más extensas. Al mismo tiempo las ventajas de una estructura política descentralizada es que al tener electorado más reducidos los votantes pueden ejercer un control más activo y eficaz sobre sus representantes. Sin embargo esto también favorece los riesgos de un gobierno autoritario, ya que más sencillo que grupos de interés puedan adueñarse de un gobierno de menor tamaño que en uno mayor. Éste temor fue planteado originariamente por James Madison en El Federalista N°10 cuando habló del riesgo de las "facciones" que podían apoderarse de un gobierno local. Al mismo tiempo es muy difícil terminar cuál es el tamaño ideal de un territorio o población.

El tercer argumento que frecuentemente mencionado en la protección del federalismo es que los gobiernos locales sirven como laboratorio para la experimentación política. Fue

---

<sup>172</sup> ANDREI RAPCZYNSKI, FROM SOVERIGNTY TO PROCESS: THE JURISPRUDENCE OF FEDERALISM ALTER GARCIA. 1985 SUP. CT. REV. 341.



expresado originalmente por el juez Brandeis que señaló sobre los riesgos de no permitir la experimentación en cuestiones sociales y económicas. Negar este derecho a experimentar puede traer consecuencias serias para la nación. Uno de los incidentes felices del sistema federal es que un estado individual con coraje puede, si así lo quieren sus ciudadanos, servir como laboratorio e intentar experimentos económicos y sociales novedosos sin riesgo para el resto del país.<sup>173</sup>

Sin embargo, cualquier legislación nacional que impida la reglamentación por los gobiernos locales y limita la experimentación. Más aún, la aplicación de ciertas interpretaciones sobre los derechos individuales a las provincias y limita su posibilidad de experimentar a través de la aplicación de otras visiones sobre las libertades individuales. La cuestión que es determinar cuándo se debe experimentar cuando la experimentación debe ser rechazada porque existe la necesidad de imponer un mandato nacional. Existe una cuestión relacionada con el proceso. Es la de determinar quién debe decidir cuándo se requiere una mayor experimentación o cuando ya existe un conocimiento suficiente que permita justificar las acciones por el gobierno federal. Los críticos de la protección judicial de las competencias de las provincias sostienen que el deseo de utilizar a los gobiernos locales como laboratorios es un argumento de política que debe plantearse al Congreso quien quién determinará cuándo dictar o no la legislación correspondiente. Pero, que la experimentación no debe ser un argumento judicial utilizado para invalidar leyes nacionales específicas que limiten la actividad de los gobiernos locales como laboratorios de políticas públicas. Al mismo tiempo tanto el Congreso como las agencias del gobierno nacional pueden al mismo tiempo experimentar y plantear distintas alternativas en distintas partes del territorio.<sup>174</sup>

Una cuestión importante al evaluar la protección judicial de las competencias de las provincias frente al avance del gobierno nacional que es determinar cuál es el papel del poder judicial en la aplicación de artículo 121 de la Constitución sobre el poder no delegado. La primera alternativa sería que los jueces aplicaran esta distribución constitucional de funciones de una manera estricta, la otra posibilidad es que esta actividad sería innecesaria ya que el Congreso a través del proceso político protegerá activamente los intereses de los gobiernos provinciales. Herbert Wechsler sostuvo que los intereses de los gobiernos locales estaban representados en el proceso político nacional y que ese proceso proveía una protección suficiente a la soberanía estadual. De esta manera era innecesario que los tribunales actuaran limitando la actividad del Congreso para proteger al federalismo.<sup>175</sup> Pero la presunción que los intereses de las provincias están adecuadamente representados en el proceso político nacional es opinable. En particular porque si bien el proceso político puede proteger los intereses de los gobernantes y otros sectores políticos, puede ocurrir que existan "minorías discretas o

---

<sup>173</sup> EN EL CASO *NEW STATE ICE VS. LIEBMAN*, 285US262, EN 1932.

<sup>174</sup> *SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PROCESO POLÍTICO FRENTE AL JUDICIAL* CF. *JESSE H CHOPER. JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS: A FUNCTIONAL RECONSIDERATION OF THE ROLE OF THE SUPREME COURT.* UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 1980.

<sup>175</sup> CF. *HERBERT WECHSLER. THE POLITICAL SAFEGUARDS OF FEDERALISM: THE ROLE OF STATUS IN THE COMPOSITION AND SELECTION OF THE NACIONAL GOVERNMENT.* 54 COLUM. L. REV. 543 (1954).

insulares"<sup>176</sup> que estén excluidas del proceso político local y por lo tanto del proceso político nacional para estos sectores el proceso judicial en la única alternativa de que sus intereses legítimos sean reconocidos.

### **Las competencias implícitas.**

En cuanto a la extensión de las competencias del Congreso, debemos comenzar por las llamadas **competencias implícitas, están establecidos en la 'cláusula de conveniencia'**.

El artículo 75 inc. 32 sobre los poderes inherentes dice:

*"Hacer todas la leyes y reglamentos que sean **convenientemente** para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina." (subrayado nuestro).*

Está basado en el art. I sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos. Nuestros intérpretes han seguido en este sentido el argumento tradicional de John Marshall en *McCulloch v. Maryland*<sup>177</sup> referido a los actos legislativos.

*"Si el fin es legítimo, dice Marshall, que esté dentro del alcance o de los fines de la Constitución, que todos los medios sean los apropiados, que sean los que plenamente se adapten a ese fin, que no estén prohibidos pero coincidan con la letra y el espíritu de la Constitución, entonces son constitucionales. "*

No hay duda que artículo 75 inc. 32 es una de las fuentes principales de las competencias del Congreso y su utilidad excede el campo que nos ocupa, aunque en el tema de las relaciones exteriores tiene, una importancia adicional. Porque permite al Congreso no solo ejercer sus propios poderes sino también todos aquellos que estén en cabeza del gobierno federal, es decir los concedidos por la Constitución al gobierno de la Nación Argentina deben ser puestos en ejercicio o en funcionamiento por el Congreso.

Es esta capacidad de control presupuestario del Congreso que lo ha transformado, en el caso de los Estados Unidos, en un actor importante en el campo de la política exterior, todavía en nuestro país el arma presupuestaria no ha sido utilizada por los legisladores en la determinación de políticas a seguir, y menos aún en la política exterior. Como el Presidente no puede vetar el presupuesto, ya que no existe el veto parcial y mucho menos en cuestiones financieras y tributarias tiene que negociar con las comisiones parlamentarias en qué condiciones se establecen los créditos necesarios para la acción de gobierno.

La visión contraria a la expresada por Marshall en el caso *McCulloch* es que la cláusula de conveniencia es un límite a las competencias del Congreso ya que le permite al Congreso adoptar solamente aquellas leyes que son verdaderamente necesarias y convenientes. En realidad en una visión estricta la palabra *necesaria* significa *indispensables*.

<sup>176</sup> CITADAS POR EL CHIEF JUSTICE HARLAN STONE EN LA NOTA N° 4 EN EL CASO UNITES STATES VS. CAROLINE PRODUCTS.

<sup>177</sup> 4 WHEAT, 316, 421, U.S. 1819

Sin embargo John Marshall rechaza esta interpretación restrictiva de la cláusula de conveniencia o de necesidad y conveniencia. Aquí *necesario* significa *útil* o *deseable* y no *indispensable* o *esencial*. En parte Marshall también explica que debido a la naturaleza de la Constitución y observa que ***“se ha hecho una provisión en la Constitución destinada a que permanezca para las épocas que vienen, y consecuentemente para adaptarse a la variadas crisis de los asuntos humanos.”***

Más aun Marshall señaló que la **cláusula de conveniencia** está establecida en el artículo referido a las competencias del Congreso que es el que concede competencias y no la parte de la Constitución que limita las competencias del Congreso. Y además hace una interpretación gramatical general señalando que este artículo tiene terminología que significa un aumento y no una disminución de las competencias investidas en el gobierno.

Las Corte Suprema sin embargo rechazó cualquier idea que esta cláusula podía darle al Congreso una autoridad ilimitada. Así lo dijo Marshall que señaló que *“si el Congreso, en la ejecución de sus competencias adoptara medidas que estas prohibidas por la Constitución o si el Congreso, bajo el pretexto de la ejecución de su competencia, aprobara leyes para llevar adelante objetivos que no están dentro de los poderes del gobierno; se transformaría o se llevaría adelante la penosa tarea de este tribunal de decir que esa norma no es parte de el derecho vigente.”* De esta manera Marshall confirmó el precedente de Marbury vs. Madison reconociendo el poder de los jueces de revisar la constitucionalidad de las leyes federales.

En este caso también Marshall analiza el problema de cuales es la función de los impuestos y que limites pueden tener. Haciéndose la pregunta si el estado de Maryland tenía la competencia de establecer un impuesto sobre el Banco, Marshall explico que el poder de crear un Banco incluía también el poder de preservar su existencia. Sin embargo señaló que ***“el poder de establecer un impuesto incluye el poder de destruir, y que el poder de destruir puede derrotar y hace inútil el poder de crear”***, este tema la idea de poder imponer a la competencia de establecer impuestos tiene en si un carácter destructivo esta asociado también a la idea que el poder tributario puede ser de alguna manera destructivo de la actividad tanto pública como privada, privada cuando tiene un efecto confiscatorio.

De esta manera la Corte Suprema concluyó que un Estado no podía imponer o establecer un impuesto al Banco de los Estados Unidos porque esas exacciones podían impedir su operación y eventualmente sacarla o destruirla, es decir sacarla de la existencia por el impuesto.

Este caso McCulloch establece varios aspectos cruciales el derecho constitucional. Primero, al rechazar del "federalismo de pactos" enfáticamente declaran el gobierno federal supremo sobre los gobiernos locales y que éstos no tienen autoridad para oponerse al ejercicio de los actos del gobierno federal. Segundo, la Corte define en forma expansiva la extensión de la competencia del Congreso. Finalmente, la Corte limita la capacidad de los gobiernos locales al interferir con las actividades del gobierno federal a través de impuestos o regulaciones. Este marco establecido en 1819 es aplicable también Argentina hasta el día de hoy.

## La Cláusula Comercial.

La cláusula comercial es la referida a la competencia del Congreso para regular el comercio interprovincial e internacional, según lo expresa de art. 75 inc. 13: *Regular el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.* Está tomado del artículo I inc. 8 de la Constitución de los Estados Unidos, que dice: *El Congreso tendrá el poder:*

*"Para reglamentar el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y con las tribus indias;"*

La cláusula comercial ha sido una de las dos fuentes principales para la expansión de la legislación por el Congreso sin prácticamente límites en cuanto a la competencia legislativa de las provincias. La otra gran fuente de expansión de la legislación, ha sido para la Argentina, la llamada "cláusula del progreso". La cláusula comercial ha tenido una interpretación por la Corte Suprema con variaciones importantes a través del tiempo. Inicialmente en los Estados Unidos en el caso *Gibbons vs. Orden* se adoptó una visión expansiva de la extensión de la cláusula comercial.<sup>178</sup> Pero a fines del siglo XIX y hasta 1937 la Corte Suprema de los Estados Unidos adoptó una visión mucho más estricta de la cláusula comercial invalidó muchas leyes federales que excedían la competencia del Congreso en materias que la Constitución concedía a los gobiernos locales. Esta visión varió desde 1937 hasta 1995 época en el que la cual ninguna ley Federal fue declarar inconstitucional por motivos que excediera la competencia del Congreso en la cláusula comercial. Esta visión limitada del poder del Congreso para legislar basado en la cláusula comercial tuvo una enorme influencia en la Corte Suprema argentina que sostuvo una posición similar hasta el presente. Sin embargo, en 1995 en el caso *United States vs. López* la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley Federal que prohibía que una persona pudiera llevar un arma de fuego a una distancia cercana de una escuela, sosteniendo que esta norma excedía los límites de la cláusula comercial.

Hay tres cuestiones que se deben considerar para analizar la cláusula comercial:

1. ¿Qué es comercio? Es decir se trata solamente de una actividad estricta de negocios o incluye todos aspectos de la actividad económica y aun de la vida en la sociedad.
2. ¿Qué significa 'de las provincias entre sí'? se limita instancias donde hay un efecto directo en el comercio entre las distintas provincias o cualquier tipo de efecto sobre las actividades inter jurisdiccionales es suficiente.
3. ¿Puede la limitación establecida en el artículo 121 que las provincias conservan el poder no delegado al gobierno federal, limitar al Congreso? Si el Congreso actuara dentro de su competencia por la cláusula comercial, puede una ley ser declarada inconstitucional porque viola ese artículo.

El artículo 75 inc. 13 de la Constitución dice ***"regular el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre si."***

Este artículo de la Constitución enumera las competencias que tiene el Congreso para ejercer o regular el comercio. En una visión práctica esta norma ha tenido una larga

---

<sup>178</sup> CF. 22U.S.1 EN 1824.

aplicación para aplicación para ampliar la competencia del Congreso nacional en su legislación. Si bien no ha tenido la extensión que ha tenido la práctica de los Estados Unidos donde ha sido utilizada para ampliar competencias en materia de Derecho Penal hasta de temas de mercado de valores, Derechos Humanos y normas de Medio Ambiente, ello fue en gran medida porque nuestro Congreso también utilizó las competencias establecidas en la *cláusula de progreso*. Puede decirse que el concepto de la cláusula comercial ha estado presente en muchas decisiones de la Corte Suprema que ha ampliado la extensión del poder del Congreso para legislar en temas donde ha habido conflicto con las provincias o de competencias conflictivas con las provincias.

La cláusula comercial tiene su origen en la doctrina más antigua de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha dicho la Corte:

2) *Que desde antiguo esta Corte hizo mérito de la doctrina establecida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica en la interpretación de una norma análoga al art. 75, inc. 13 antes citado, conocida como "cláusula comercial". Así, la causa "Gibbon v. Ogden" (9 Wheat, 1) fue reiteradamente mencionada por este Tribunal como referencia ilustrativa de la amplitud con que la corte norteamericana definió la palabra "comercio" y -por derivación- la extensión de los poderes del Estado central para regular las múltiples actividades alcanzadas por esa denominación. La jurisprudencia del citado tribunal continuó, hasta el presente, elaborando conceptualmente los límites de los poderes centrales frente a los locales a partir de la cláusula comercial, con intensidad variable según la época en que se dictaron los pronunciamientos en tal materia.*<sup>179</sup>

Como lo expresa el voto mencionado la primera gran expresión de la aplicación de la cláusula comercial fue en los Estados Unidos en 1824 en el caso **Gibbons vs. Ogden 22 U.S. 1 de 1824**, en una doctrina que fuera luego admitida por nuestra propia Corte. Luego hubo un período de mayor reconocimiento a las competencias federales que duraría hasta la década del '30 en cuando el período de lo que podemos llamar es Estado de Bienestar, tanto en Estados Unidos y en la Argentina lo consideró una ampliación de las competencias federales nuevamente. Este período en los Estado Unidos duró hasta 1995 cuando en caso **United States vs. López** se comenzó un nuevo período de limitación de las competencias comerciales del gobierno federal y una mayor autorización de las competencias locales. En la Argentina no hubo una reacción similar y esto ha sido también una de las causas del marasmo de nuestro federalismo.

El Chief Justice John Marshall escribió también este fallo y considero que la extensión de la cláusula comercial analizando el límite de las competencias del Congreso al evaluar la constitucionalidad de la ley federal que autorizaba la licencia concedida a Gibbons.

Primero la Corte Suprema consideró lo que significaba la palabra comercio. La Corte dijo "*comercio indudablemente es tráfico, pero es algo más, es intercambio. Describe el intercambio comercial entre naciones parte de naciones, en su todas sus gamas, y es regulado por reglas que determinaba*

---

<sup>179</sup> DEL VOTO DEL DOCTOR EDUARDO MOLINE O'CONNOR Y DEL DOCTOR DON CARLOS S. FAYT EN TRANSPORTE INTERPROVINCIAL ROSARINA S.A. C/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ SUMARIO. FALLOS 324:3048.

*como se llevan adelante ese intercambio.*” En otras palabras de acuerdo con el caso Gibbons, el comercio incluye todas las fases de una actividad económica, esto incluye la navegación que era la materia en el caso.

Luego, la Corte consideró el significado de interestadual e internacional, el Congreso limitaba la regulación del Congreso cuando era interestatal, la pregunta se planteaba si era comercio interestadual o varia fuera de la competencia del Congreso si no era entre Estados. Es decir el comercio entre un Estado y otro. La Corte Suprema resolvió la cuestión señalando que el comercio entre los estado no podía limitarse al límite entre cada estado sino que se introducía en el interior de cada uno.

La Corte también aclaro que el Congreso podía regular el comercio intraestadual si tenía un pacto en las actividades interestadales. Señaló Marshall que al regular el comercio con los estados extranjeros la competencia del Congreso no se limitaba a la línea jurisdiccional de los diferentes estados. El poder del Congreso podía ser ejercido dentro de la jurisdicción territorial de distintos estados. Es decir la Corte señaló que el comercio dentro de cada Estado, es decir dentro de cada provincia no estaba fuera de la cláusula comercial si tenía algún contacto con una actividad económica fuera del estado. Y solo podía ser restringido si no abarcaba si no concernía a varios estados. El comercio completamente interno de un estado estaba reservado a la regulación local. De esta manera el Congreso puede regular cuando el comercio tiene efectos interestadales o interprovinciales aun cuando el comercio ocurra dentro de un estado. Esta definición requiere necesidad de nuevos casos que determinen con claridad donde traza la línea divisoria. Existen por ejemplo efectos interestadales o interprovinciales suficientes o el impacto tiene que ser directo y sustancial estas preguntas han requeridos respuestas diversas a través del tiempo.

La tercera pregunta que se plantea en este caso es si la autonomía local o como dice la doctrina norteamericana la soberanía estadual y la idea de los poderes no delegados y la norma sobre poderes no delegados limita la competencia sobre el Congreso y de que manera. ¿Acaso el Congreso al regular el comercio entre las provincias puede tener un límite debido a la autonomía local? En este caso la Corte Suprema rechazó enfáticamente cualquier limitación de este tipo. Dijo “ *esta competencia, como todas las otras investidas en el Congreso, es completa en sí misma, puede ser ejercida a sus más amplia extensión, y no reconoce otras limitaciones que las prescritas en la Constitución, sí como ha sido siempre entendido, la soberanía del Congreso, aunque limitada, a objetos específicos, es plenaria en cuanto a esos objetos, la competencia sobre el comercio sobre naciones extrajeras, y entre los diferentes estados esta investida en el Congreso **tan absolutamente como si fuera en un gobierno único.***”

En otras palabras el Congreso tiene autoridad completa para regular todo el comercio interprovincial. Cuando actúa dentro de ésta cláusula comercial el Congreso puse regular de la misma manera como si no hubiera gobiernos locales. La Corte señaló que el único al Congreso es el proceso político, que no impone límites judiciales para la protección de los estados. Esta visión extrema que plantea Marshall fue revisada por la jurisprudencia posterior en diferentes posiciones que veremos. Entre otros se planteo la cuestión si, los derechos no enumerados podían establecer una zona de reserva para las actividades locales.

La primera parte del XX fue en Estados Unidos un período en el cual la Corte Suprema aplicó la doctrina del debido proceso económico y muchos aspectos de tuvo una visión de sostenimiento de la libertad comercial. Este período de la Corte Suprema hasta el año 1937 en Estados Unidos y 1936 en la Argentina fue un período en la cual la Corte Suprema anulo medidas en contra de la libertad económica. El argumento ha variado, en algunos casos se utilizó el concepto de libertad contractual que esta protegida por le debido proceso de ley, en otros casos se refirió al tema libertad de comercio claramente determinada. Esta era del Derecho Constitucional es extremadamente importante y es la primera vez que la Corte Suprema agresivamente utilizó su poder de control judicial para anular legislaciones locales y nacionales.

### **El federalismo dual.**

Desde fines del siglo XIX hasta 1937 la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizó la doctrina del **federalismo dual**. Esta visión señala que el gobierno nacional y los gobiernos locales tiene soberanías separadas, que cada uno tiene zonas separadas de autoridad y que la función judicial la de proteger a los gobiernos locales al interpretar y aplicar la Constitución para proteger la zona de las actividades reservadas a las provincias o estados.

La Corte Suprema norteamericana desarrolló tres doctrinas importantes para sostener este concepto del federalismo dual.

Primero la Corte Suprema definió estrechamente el significado del comercio para permitir una zona de competencias locales, específicamente la Corte sostuvo que el comercio era una parte del proceso comercial distinto de etapas anteriores como serian la minería, la industria o la producción. Bajo esta visión solo es comercio podía ser regulado por el Congreso y las otras solo tendrían regulaciones estaduales.

Segunda es que la Corte Suprema definió restrictivamente la idea del comercio interestadual al permitir al Congreso que regulara exclusivamente cuando hubiera un efecto sustancial en el comercio entre los estados en todas otras circunstancias se dejaba a los estados la regulación del comercio y la economía.

Finalmente la Corte Suprema sostuvo que la limitación de los derechos no delegados constituían una reserva a una zona de actividad de los gobiernos locales que aun las leyes federales dentro de la extensión de la cláusula comercial serian inconstitucional si invadiera esa zona.

En algunos de sus fallos se encuentran palabras premonitorias para la situación argentina. En el caso **Carter vs. Carter Coal Company** de 1936 **298 U.S. 238** la Corte Suprema en voto del juez Sutherland sostuvo:

*“cada viaje hacia un fin prohibido comienza con un primer paso, y el peligro de ese paso por un gobierno federal en la dirección de acaparar las competencias de los estados es que el final del viaje puede encontrar a los estados privados de tal manera de sus poderes o lo que puede significar la misma, tan relevados de sus responsabilidades, hasta reducirlos a nada mas que una subdivisión geográfica en el dominio nacional.”*

Otro caso similar la Corte dijo, se trataba de las regulaciones establecidas en la *National Industrial Recovery Act*, una pieza legislativa muy importante del *New Deal* entonces en este caso también llamado **las gallinas enfermas** el nombre es **A. L. A. Schecter Poultry Corp. vs. United States 295 U.S. 495** de 1935 ahí se plateó la necesidad de determinar que existía una consecuencia directa o indirecta del comercio interestadual o interprovincial y regularlo diferentemente. La Corte señaló que esta distinción era esencial para proteger a los gobierno locales y de alguna manera al sistema de gobierno constitucional. Dijo la Corte Suprema: *“si la cláusula comercial fuera interpretada para llevar a todas las empresas y transacciones de las pudieran decirse que tienen un efecto indirecto sobre el comercio interestadual, la autoridad federal abrazaría prácticamente todas las actividades del pueblo y la autoridad del estado sobre su situación local o domestica existiría únicamente en la medida que lo permitiera el gobierno federal.”*

El derecho constitucional de la década del `30 ha sido en gran medida una reacción frente a esta época anterior. En Estados Unidos entre 1937 y 1995 la Corte no invalidó una ley que excediera la extensión de la cláusula comercial y en gran medida tuvo una amplia deferencia a las regulaciones económicas tanto federales como locales. Es por eso que en la actualidad cuando hay un amplio debate sobre este tema se analiza nuevamente los precedentes de las dos épocas.

El concepto de cláusula comercial y su interpretación tuvieron una consecuencia dramática durante la crisis de la década del `30 en la cual hubo gran presión para que los jueces para que los jueces cambiaran de opinión. El presidente Roosevelt luego de su victoria en el `36 intento el cambiar en número de jueces aumentando la Corte Suprema eventualmente hasta quince, esto fue rechazado por el Congreso pero la Corte cambio su manera de pensar en gran medida porque algunos jueces se jubilaron y se incorporaron otros. Los cambios de jurisprudencia de esta naturaleza puede marcarse en dos casos notables en la Argentina es el caso Avico contra De la Pesa y en los Estados Unidos es el caso West Coast Hotel en 1937.

Esta doctrina permisiva de la legislación federal en temas de competencia de los estados utilizando la cláusula comercial sufrió un cambio profundo a partir del caso **United States v. Lopez, 514 U.S. 549(1995)**<sup>180</sup> que devolvió la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos a la doctrina del federalismo dual.

A mediados de la década del 30 comenzó una revolución judicial tanto en los Estados Unidos como en la Argentina que ha sido calificada como de una reforma constitucional fuera del procedimiento ordinario<sup>181</sup>. La crisis económica de la depresión y las nuevas doctrinas económicas aplicables en el momento imaginaban que una política económica

---

<sup>181</sup> CF. BRUCE ACKERMAN. WE THE PEOPLE. VOL II.



estrictamente basada en el mercado resultaba inaplicable. Tuvieron una enorme repercusión en la época, entre otras, las obras de John Maynard Keynes, particularmente en los capítulos 23 y 24 de su *Teoría General de la ocupación, de interés y del dinero*; así como de varios de sus artículos en los que se sostenía el dinero mercantilismo y la apropiación de fondos bancarios a través de la utilización de tasas de interés negativas. Esto último fue llamado por Keynes la "eutanasia del rentista." Si bien estas teorías económicas fueron dejadas de lado en el futuro los precedentes constitucionales establecidos bajo su influencia continúan vigentes.

Tres decisiones establecieron los precedentes de la teoría expansiva de la cláusula comercial: *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* en 1937, *United States v. Darby* en 1941 y *Wickard v. Filburn* en 1942. Más aún, debido a estas tres decisiones, entre 1937 y 1995 ninguna ley Federal fue declarada inconstitucional por incumplimiento de las competencias del Congreso en la cláusula comercial. Un fenómeno similar ocurrió en la Argentina donde en este período se estableció una expansión prácticamente ilimitada de las competencias del gobierno nacional sobre las provincias. En los dos primeros casos se analizó la capacidad del Congreso para regular relaciones laborales aún cuando estuvieran de exclusivamente dentro del territorio de los estados. Transformando normas que eran tradicionalmente de derecho común y por lo tanto primariamente dentro de la competencia de la capacidad legislativa de los estados, en normas de derecho federal.

En el caso *Darby* se señaló que el texto constitucional que dice *Las facultades que esta Constitución no delegue a los Estados Unidos, ni prohíba a los estados, quedan reservadas a los estados respectivamente o al pueblo.*<sup>182</sup> Similar al artículo 121 de la Constitución argentina era simplemente una tautología: *"la enmienda sostiene solamente una tautología que señala que se retiene todo lo que no ha sido entregado."* Es decir, una ley constitucional en la medida que esté dentro de la extensión de la competencia del Congreso, esta cláusula constitucional no podría ser utilizada por los jueces como una base para declarar inconstitucionales a las leyes federales.

En la decisión *Wickard v. Filburn* en 1942 se planteó la situación de la Ley de ajuste agrícola, que permitía establecer una cuota en la producción de trigo para cada granjero. El señor *Filburn* era un pequeño productor lechero que plantaba trigo primordialmente para su consumo hogareño y para alimentar a sus animales. Tenía una cuota en 1941 de 222 quintales pero cosechó 461 quintales y se le impuso una importante multa. Sostuvo que una ley Federal no podía constitucionalmente serle aplicada ya que el plantaba trigo para su consumo hogareño y no podía ser parte del comercio inter jurisdiccional. El fallo de la corte es probablemente el punto más extremo de reconocimiento de la competencia expansiva del Congreso para regular el comercio inter jurisdiccional, aún en casos en que se referían exclusivamente a actividades que no correspondían al comercio intra jurisdiccional y mucho menos entre estados. La Corte por voto del juez Jackson rechazó la defensa de *Filburn*, señalando que no podía hacerse una distinción entre comercio y producción o entre los efectos directos e indirectos del comercio. Una vez que se acepta una medida económica de la extensión de la competencia concedida al Congreso por la cláusula comercial, las cuestiones de la extensión del gobierno federal no pueden ser

---

<sup>182</sup> LA DÉCIMA ENMIENDA.

decididas simplemente porque se considere a la cuestión una de "producción" o porque los efectos económicos sean "indirectos".<sup>183</sup> *"Aún cuando la contribución individual de Filburn sea trivial en sí misma, no es suficiente para sacarlo de la extensión de la reglamentación federal ya que todas las contribuciones tomadas en conjunto estaban lejos de ser triviales."*

Durante este período la cláusula comercial puede ser definida de una manera sencilla: el Congreso puede regular cualquier actividad si existe un efecto sustancial sobre el comercio inter jurisdiccional. Con la aclaración que no es necesario que una persona en particular cuyos derechos estén siendo limitados tenga un efecto sustancial sobre el comercio. El requerimiento era solamente que la actividad vista a través de un efecto acumulativo en todo el país, pudiera tener un efecto sustancial en el comercio. Más adelante en el caso ***Hodel v. Indiana*** en 1981 la corte señaló que: *"un tribunal puede invalidar la legislación sancionada bajo la cláusula comercial solamente si es claro que no existe una base racional para el descubrimiento efectuado por el Congreso de que la actividad regulada afecta al comercio inter estadual, o que no existe una conexión razonable entre los medios regulatorios seleccionados y los fines sustentados [por el legislador]."*<sup>184</sup> Bajo esta regla de delimitación es difícil imaginar que haya algo que el Congreso no pudiera reglamentar bajo la cláusula comercial a menos que violara alguna otra norma constitucional.

### **La regulación económica.**

Un aspecto central a partir de 1937 ha sido el aumento dramático en la regulación de la economía a través particularmente de la expansión de organismos gubernamentales con la capacidad de dictar normas. La amplia definición hecha por la Corte Suprema de los Estados Unidos facilitó esta expansión, ya que sostuvo que el Congreso podía establecer los términos de los contratos referidos al comercio inter jurisdiccional. Éste incluía virtualmente todo lo que potencialmente podía cruzar un límite territorial. Por ejemplo, se sostuvo que el Congreso podía regular intangibles como son la póliza de seguro o las empresas de servicios públicos aunque fueran puramente locales. De esta manera, se consideró que existía la competencia federal para regular la minería aún cuando la organización territorial no pudiera ser parte del comercio inter jurisdiccional y su regulación había sido una función tradicional de los gobiernos locales. Se consideró que las operaciones mineras en superficie podían causar perturbaciones en las áreas que podían tener un efecto adverso hacia el comercio y al bienestar general al destruir o disminuir la utilidad de la tierra, por causa de la erosión o de los deslizamientos de tierra, o por la contribución a inundaciones, la contaminación del agua, la destrucción de peces y el hábitat natural, al limitar las bellezas naturales, al dañar la propiedad de los ciudadanos, al crear riesgos peligrosos para la vida y la propiedad y por oponerse al avance de programas gubernamentales y a los esfuerzos para conservar la tierra, el agua y otros recursos naturales.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> **CF. 317 US 111 (1942).**

<sup>184</sup> **CF. 452 US 314, (1981) ES DE HACER NOTAR QUE NO TODO LOS JUECES COMPARTIERON ESTA DEFINICIÓN AMPLIA DE LA CLÁUSULA COMERCIAL LO QUE LLEVARÍA QUE LA CORTE HARÍA LA POSICIÓN ALGUNOS AÑOS MÁS TARDE EN EL CASO UNITED STATES V. LOPEZ DONDE SE APLICÓ LA DOCTRINA DEL "EFECTO SUBSTANCIAL" SOBRE EL COMERCIO INTER JURISDICCIONAL PARA QUE LA COMPETENCIA DEL CONGRESO PARA LEGISLAR SEA RECONOCIDA.**

<sup>185</sup> **CF. HODEL V. VIRGINIA SURFACE MINING & RECLAMATION ASSOCIATION, INC. 452 US 264 (1981).**

La pregunta que surge frente a esta situación es si es deseable una definición amplia de la cláusula comercial con los principios centrales del derecho constitucional en una federación que es que el gobierno Federal tiene poderes limitados frente a los poderes amplios que tienen los gobiernos locales, las provincias. Una visión amplia de la "cláusula comercial", de la misma manera que una visión amplia de la "cláusula del progreso", ponen prácticamente todas las actividades dentro de la competencia el Congreso con el único límite que no viole alguna prohibición constitucional expresa. Sería establecer que los gobiernos de provincia serían simplemente unidades políticas pero sin competencias legislativas propias.

### **El caso United States v. Lopez.**

En los Estados Unidos esta visión prácticamente ilimitada de la competencia del Congreso para legislar temas que podría ser competencia de las provincias encontró su límite en este caso *United States v. Lopez*.

Chief Justice Rehnquist señaló que la Constitución creaba un gobierno federal de poderes enumerados e identificó el tipo de actividades que el Congreso podía regular bajo esta competencia. Primero, el Congreso puede regular el uso de los canales para el comercio inter jurisdiccional, y citó como ejemplo el caso *Heart of Atlanta Motel, Inc., v. United States*<sup>186</sup>, que había aceptado la constitucionalidad de una ley Federal que prohibiera la discriminación en hoteles y restaurantes como un ejemplo de protección de los canales de comercio inter estadual. Segundo, señaló que el Congreso podía legislar para regular y proteger las instrumentalidades del comercio inter jurisdiccional. Incluyó en esto la capacidad de regular a las personas y a las cosas que participan de este comercio, como es el caso de la regulación de los ferrocarriles. Finalmente, dijo que el Congreso podía regular aquellas actividades que tuviera una 'relación sustancial' con el comercio inter estadual. En estos casos concluyó que la interpretación más restrictiva del poder del Congreso era preferible frente a otras y que se requería un análisis preciso sobre si la actividad regulada "afecta sustancialmente" el comercio inter jurisdiccional.

Este caso es dramático en cuanto terminó con una larga jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y se abandonó la doctrina de la "deferencia" hacia el Congreso en temas de la cláusula comercial. Es una aplicación de la doctrina del llamado "nuevo federalismo" que busca un reconocimiento el aumento de las competencias legislativas de los gobiernos locales. La Corte atacó una ley que era particularmente popular como es la limitación de la utilización de armas en las escuelas, aunque debe tenerse en cuenta que varios estados, incluyendo el de Texas, habían dictado normas similares a la del Congreso. Lo complejo del precedente es que requiere determinar qué significa "efecto sustancial" sobre el comercio inter jurisdiccional. En este sentido, la duda es si el criterio debería remitirse a una amplia aceptación de aquellas leyes que regulan el comercio, pero no en otras circunstancias. O simplemente hacer la distinción entre

---

<sup>186</sup> CF. 379 U.S. 241 EN 1964.

aquellas cuestiones que tradicionalmente hubieran sido reguladas por los gobiernos locales de aquellas en las cuales ya existe una historia de regulación federal.

La cláusula comercial requiere que el Congreso haya legislado sobre el tema que la provincia quiere regular, la reglamentación nacional excluye en ese caso la provincial. Cuando el Congreso no ha legislado se aplica la Cláusula comercial 'durmiente' o 'negativa'. En el caso Provincia de Buenos Aires c/ Edenor S.A. se trataba de la aplicación estricta de la cláusula comercial. La Provincia de Buenos Aires promovió demanda, en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contra una distribuidora de energía eléctrica, para que se la condene a remover, a su costo, los electroductos de su propiedad ubicados en un partido local, por interferir en la ejecución de una obra pública provincial. El Tribunal rechazó la demanda. Dijo la Corte:

*el Tribunal ha dicho que: "Las facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional, ni justifica la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda. El sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes" (Fallos: 304:1186 y 305:1847, ya citados).*

### ***La cláusula comercial como garantía del mercado único.***

La Cláusula Comercial asegura la existencia de un mercado único de bienes y servicios en todo el territorio nacional, de esta manera se evitan medidas proteccionistas ostensibles u ocultas por parte de los gobiernos provinciales que discriminan contra la producción de otras provincias. La doctrina del mercado único fue reconocida por la Corte Suprema en el caso Molinos Río de la Plata.

*2º) Que el thema decidendum consiste en dilucidar si, tal como lo sostiene la actora, el decreto nacional 815/99 asigna al SENASA la competencia para otorgar los registros de los productos de origen animal de tránsito federal o interjurisdiccional, o si frente a los antecedentes que presenta el sub lite, ello también le corresponde a la provincia de Buenos Aires, como ésta pretende en ejercicio del poder de policía. En efecto, la discusión central en el sub júdice gira en torno a la concordancia, en el aspecto discutido en autos, entre la norma federal vigente en la materia y la pretensión de la Dirección de Laboratorio Central de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires de regular la comercialización y venta de productos ya certificados por el organismo nacional SENASA....*

*[la] imposición a actividades económicas netamente interjurisdiccionales, como la que se presenta en autos, **altera e interfiere en la visión de mercado único que la cláusula comercial cristaliza en orden a la unidad del sistema federal.** En estas condiciones, el hecho de exigir una nueva registración obstaculiza el tránsito de los productos en cuestión y afecta así la actividad comercial que cumple la empresa demandante.*

*...la doble registración que la actora procura evitar, implica una duplicidad de registros y de trámite y una doble imposición, como también problemas de rótulo final. Por lo tanto, también desde el punto de vista económico, administrativo y operativo resulta **más eficiente que la inscripción de los productos de origen animal, de tránsito federal, se realice ante el SENASA.***

## **El Comercio Internacional.**

La regulación del comercio internacional es una competencia del Congreso que tiene amplias consecuencias y donde se extraen principios aplicables a muchos campos. Excede la competencia que tiene para regular el comercio interprovincial, ya que no existe conflicto con las competencias que tienen las provincias en el tema del comercio local. En la Argentina la utilización de estas competencias por parte del Congreso han sido muy amplia y se ha centralizado en la creación de tarifas y barreras arancelarias para productos extranjeros que compiten con los locales. Se ha seguido activamente la política de sustitución de importaciones a partir de la década del 40. Debe tenerse sin embargo presente que la gran parte de los acuerdos ejecutivos concluidos sin la aprobación del Congreso se refieren a temas de comercio e integración económica.

### ***La cláusula comercial durmiente o negativa.***

La cláusula comercial negativa indica que las leyes locales y estatales son inconstitucionales si imponen una carga indebida sobre el comercio interjurisdiccional. No existe una norma constitucional que declare expresamente que los gobiernos locales no pueden imponer una carga sobre el comercio interjurisdiccional, ha sido una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos que la ha inferido de la competencia federal para regular el comercio interestatal e internacional. Si el Congreso ha legislado la pregunta que surge es determinar si esa norma excluye la aplicación del derecho local sobre la misma cuestión, en ese caso hablaríamos de la doctrina de la preferencia del derecho federal. Pero aunque el Congreso no haya actuado es decir, no haya legislado sobre un tema y si lo han hecho las legislaturas locales, las normas locales pueden ser atacadas en su constitucionalidad si imponen una carga excesiva sobre el comercio interjurisdiccional. Es decir aún ante la inactividad del Congreso sus competencias en materia de regulación del comercio quedan "durmientes" y las normas locales que se dicten sobre el tema pueden ser atacadas si establecen un obstáculo a la competencia federal. De esta manera la cláusula comercial tiene dos funciones diferentes: una es la competencia que tiene el Congreso para legislar, la otra es una limitación a la reglamentación por los gobiernos locales del comercio interjurisdiccional. Esta última es la cláusula comercial negativa.

El fundamento de la cláusula comercial negativa que es asegurar la existencia de un mercado ampliado para todos los bienes y servicios que se produzcan dentro del territorio nacional. Es la limitación existente a normas provinciales proteccionistas que impidan el acceso de bienes y servicios producidos en otras provincias. Según fue expresado por el juez Robert Jackson:

*"nuestro sistema, creado por la cláusula comercial, es que cada granjero y cada artesano sean estimulados a producir por la certeza que tendrán un libre acceso a cada mercado en la Nación, y que no habrá embargos internos que impidan sus exportaciones, y que ningún otro estado [por provincia] podrá excluirlos a través de aduanas internas o reglamentos. De la misma manera, cada consumidor encontrará que la libre competencia de cada área productiva en la Nación lo*

*protegerá de la explotación por algunos. Esa fue la visión de los Fundadores, ésta ha sido la doctrina de esta Corte que la ha hecho realidad."*<sup>187</sup>

Existe una justificación económica para la cláusula comercial negativa y es que si una provincia actúa con normas proteccionistas frente a las demás las otras actuarán en retaliación y establecerán una legislación proteccionista. Este tipo de política frenaría la producción y estancaría la economía general. Al mismo tiempo existe una justificación de política constitucional de la cláusula comercial negativa, y es que las provincias y sus habitantes no deben ser dañados por las leyes de las otras provincias en las cuales no tienen representación política. Es decir, no puede confiarse que el proceso político resuelva estos problemas cuando un gobierno local obtenga ventajas a expensas de los habitantes de otras provincias que no tienen representación política ni participación en la decisión. Cuando los costos de una reglamentación son sufridos por quienes viven fuera del territorio de una provincia, no puede confiarse que las restricciones del proceso político puedan limitar la legislación dañina, de la misma manera que puede ocurrir con quienes habitan dentro del territorio. Existe siempre una tendencia a discriminar en contra de quienes viven fuera del territorio ya que no tienen participación en la decisión política.

El origen de la cláusula comercial negativa comienza con el caso *Gibbons v. Ogden* en 1824 que es el caso general en el cual John Marshall analiza la cláusula comercial. Se trataba de si el estado de Nueva York podía otorgar un monopolio exclusivo a los buques de vapor que navegaban en sus aguas y por lo tanto impedir que una persona con una licencia federal para navegar pudiera operar en ellas. Marshall utilizó la ocasión para definir ampliamente la extensión de la competencia del Congreso bajo la cláusula comercial. Marshall dijo que la expresión "*comercio*" se refería a todos los aspectos de los negocios y que "*entre los estados*", equivalente a la expresión en nuestra Constitución "*de las provincias entre sí*", incluía temas que afectaba más de una jurisdicción y que no eran puramente internas.<sup>188</sup> En este caso Marshall considera que la cláusula comercial establece un límite independiente sobre competencia del gobierno locales aún cuando el Congreso no hubiera actuado. Explica que "*cuando un estado procede a regular el comercio con naciones extranjeras, o con los demás estados, está ejerciendo una competencia que está concedida al Congreso, y está ejerciendo la verdadera función que el Congreso está autorizado a realizar.*"<sup>189</sup> El omento implica que las competencias del Congreso son exclusivas y que cualquier regulación local que afecta el comercio es inconsistente con las competencias federales. Es decir que la competencia para regular el comercio incluiría la competencia para decidir que el comercio no puede ser regulado de otra manera y que por lo tanto, los estados no pueden actuar en relación al comercio a menos que estén específicamente autorizados por el Congreso. Sin embargo, Marshall no llegó tan lejos en su argumentación y planteó la distinción entre el ejercicio por el gobierno local del poder de policía que era legítimo y el ejercicio de la competencia Federal de regular el comercio que no lo era. De esta manera consideró que las normas locales de inspección eran constitucionales a pesar que

---

<sup>187</sup> EN EL CASO *HOOD & SONS, INC. V. DUMOND*, 336 U.S. 525 EN 1949.

<sup>188</sup> EN EL ARTÍCULO CORRESPONDIENTE DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA ES EL 75 INCISO 13 QUE DICE: "13. REGLAR EL COMERCIO CON LAS NACIONES EXTRANJERAS, Y DE LAS PROVINCIAS ENTRE SÍ."

<sup>189</sup> EL CASO *GIBBONS* 22 U.S. 1, 199 EN 1824

podían tener "una influencia considerable sobre el comercio" porque el de una "parte de esa inmensa masa de legislación, que abarca todo dentro del territorio del estado que no ha sido entregado al gobierno general: todo lo cual puede ser ejercitado ventajosamente por los estados mismos. Las leyes sobre inspecciones, es de cuarentenas, de todas la variedades sobre salud así como las leyes que regulan el comercio interno de un estado, y aquellos en relación con los caminos, buques etc., son una parte que compone esta masa." El problema con la visión original planteada por Marshall es que considera diferentes dos categorías en la realidad no están totalmente separadas, estas son: las normas locales para el ejercicio del poder de policía y las normas locales que regulan el comercio inter jurisdiccional. Sin duda, las normas locales que se adopten en ejercicio del poder de policía pueden imponer una enorme carga sobre el comercio inter jurisdiccional, como es el caso cuando se utilizan normas de salubridad para discriminar en contra de productores de otras provincias. Por lo tanto la cuestión no resuelta en Gibbons es cuando las normas locales incluyendo aquellas que se adoptan en ejercicio del poder de policía violan la cláusula comercial negativa porque impone una carga indebida sobre el comercio entre jurisdicciones.

En la actualidad para resolver este problema no se utilizan categorías rígidas como la planteada originalmente por Marshall, categorías que intentan determinar en qué áreas la norma Federal es exclusiva y en aquéllas en que los gobiernos locales puedan legislar. Por el contrario se busca el equilibrio entre los beneficios de la norma frente a los inconvenientes que pudiera imponer sobre el comercio inter jurisdiccional. En dos casos la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció el criterio del equilibrio. En el primero *South Carolina State Highway Dep. v. Barnwell Bros.*, de 1938 la Corte consideró constitucional una ley local que imponía requerimientos de largo y ancho en los camiones que operaran dentro de su territorio.<sup>190</sup> El fundamento para al la importancia del interés local en la protección de la seguridad y de preservación de sus rutas. Por el contrario, el segundo caso *Southern Pacific Co., v. Arizona* de 1945 la Corte Suprema declaró inconstitucional la ley local que limitaba la extensión de los trenes que operaban dentro del estado. En este caso la Corte articuló expresamente la prueba del equilibrio cuando dijo: "En consecuencia las cuestiones para finalmente determinar aquí sobre la naturaleza y extensión de gravamen que la regulación estadual de los trenes inter estaduales, adoptada por medidas de seguridad, impone sobre el comercio inter estadual, y determinar las cargas relativas de los intereses estaduales y nacionales en juego para determinar [si la legislación está autorizada]." La diferencia ambos casos es leve en el primero *Barnwell* la corte consideró que el gravamen sobre el comercio inter estadual estaba equilibrado por los beneficios obtenidos en materia de seguridad vía; mientras que en *Southern Pacific*, la Corte consideró que el gravamen sobre el transporte inter estadual eran superiores que los beneficios de seguridad que obtenía el estado por la aplicación de esta ley. En suma, cuestión central en los casos de cláusula comercial negativa es determinar si los beneficios de la ley local superan los gravámenes que imponen sobre el comercio interprovincial o internacional. Esta prueba de equilibrio con sede una gran discrecionalidad a los tribunales porque les permite comparar dos cuestiones diferentes en sí mismas, los gravámenes al comercio entre distintas provincias o naciones frente a la dimensión del beneficio contiene el gobierno local esta comparación de utilidades que siempre riesgosa y sólo puede hacerse cuando no existe una acción por parte del Congreso, en estos casos no se trataría ya de la aplicación de la cláusula

---

<sup>190</sup> 303 U.S. 177 EN 1938.

comercial negativa sino de la doctrina de la preferencia del derecho federal y por lo tanto de la exclusión del derecho local.

### **La Cláusula comercial negativa y el caso Camuzzi.**

En el caso *Camuzzi* la Corte Suprema reconoció la vigencia de la cláusula comercial negativa, es decir la competencia exclusiva del Congreso para legislar sobre un tema aún cuando el Congreso no había dictado una norma específica. En el caso se trataba de una distribuidora de gas que buscaba, en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de la ley 3701 de la provincia de Río Negro en cuanto eliminaba, en el marco de la emergencia económica provincial, el cobro por reconexión o retiro de medidores y cualquier otro tipo de multas por facturas adeudadas por servicios de gas. Existía un ‘marco regulatorio general’ establecido por la ley nacional 24.076 pero que no hacía mención respecto del tema del cobro de reconexión prohibido por la ley local. El Tribunal, por mayoría, hizo lugar a la demanda.

### **Equilibrio de de intereses y discriminación.**

La aplicación de la teoría del equilibrio entre los intereses locales y el gravamen al comercio inter jurisdiccional varía dependiendo si la ley local discrimina contra quienes viven fuera de la provincia o si trata de una manera igualitaria a residentes y no residentes. Si un tribunal concluye que una provincia discrimina a los no residentes existirá una fuerte presunción en contra de la ley que será considerada constitucional si es necesaria para cumplir con un objetivo gubernamental importante. Por el contrario, si un tribunal considera que la ley no es discriminatoria, entonces la presunción en favor de la ley que será solamente invalidada cuando demuestre que impone un gravamen sobre el comercio inter jurisdiccional que supera sus beneficios. La doctrina de la no discriminación impide que la valoración del equilibrio entre los intereses locales el gravamen al comercio inter jurisdiccional sea producto de una visión puramente discrecional de los jueces. Sin embargo, una norma local puede afectar el comercio inter provincial sin ser discriminatoria, y en ese caso sería inconstitucional por aplicación de la cláusula comercial negativa.

La determinación de la discriminación de la ley local puede ser obvia si la ley hace una distinción entre residentes en la provincia y quienes no residen en ella. Muchos casos de la Corte Suprema de Estados Unidos referidos a la cláusula comercial negativa han analizado normas discriminatorias evidentes. Por ejemplo, en el caso *New England Power Co., v. New Hampshire* 455 U.S. 331 en 1982, la Corte anuló una ley local que prohibía a empresas proveedoras de electricidad a proveer del fluido eléctrico fuera del estado a menos que existiera la autorización expresa de la agencia reguladora de energía eléctrica. También anuló normas que exigían reciprocidad de trato, es decir cuando un estado permitía a los no residentes tener acceso a su mercado o sus recursos si los estados en los que residían concedían beneficios similares a sus ciudadanos<sup>191</sup>. El objetivo es evitar que

---

<sup>191</sup> CF. GREAT A. & P. TEA CO. V. COTTRELL. 424 U.S. 366 EN 1976.



se levanten barreras económicas que protejan a una industria local de la competencia de fuera del estado.<sup>192</sup>

En otros casos la discriminación no es evidente, es decir que la norma local tiene una apariencia neutra y simula un tratamiento similar para residentes y no residentes, aunque sus efectos sean en realidad discriminatorios. En estos casos la Corte Suprema de Estados Unidos ha señalado que la prueba del impacto discriminatorio frente a los no residentes es suficiente para que la ley sea considerada discriminatoria y por lo tanto inconstitucional.<sup>193</sup> En el caso *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission* una ley del estado de Carolina del norte requería que todo los contenedores cerrados de manzanas vendidos o enviados dentro del estado cumplieran exclusivamente con los estándares de calidad requeridos por el gobierno federal. La ley en apariencia era neutral, ya que se aplicaba a todas las manzanas vendidas en el estado, ya fueran producidas dentro o fuera de él. Sin embargo, la Corte Suprema encontró que la ley era discriminatoria porque castigaba las ventas de manzanas que provenían de otro estado, en este caso del estado de Washington, ya que este estado tenía un sistema de estándares de calidad diferente y más estricto que los estándares federales. Dijo la Corte Suprema:

*"la ley atacada tiene el efecto práctico no sólo de agravar las ventas inter estatales de las manzanas de Washington, sino que también discrimina en contra de ellas. Esta discriminación tiene formas variadas. La primera, y más obvia, es la consecuencia que tiene de aumentar los costos de hacer negocios en el mercado de Carolina del norte para los productores de manzanas y comerciantes de Washington, pero sin afectar a sus contrapartes de Carolina del norte... La segunda es que la ley tiene el efecto de quitar de la industria de manzanas de Washington las ventajas competitivas y económicas que ha ganado a través de un costoso sistema de inspección y graduación [de calidad]... La tercera, al prohibir a los productores y comerciantes de Washington de vender su manzanas bajo el sistema de graduación de calidad de su estado, la ley tiene un efecto nivelador que opera insidiosamente en beneficio de los productores locales de manzanas."*

el ejemplo claro en este caso demuestra como una regulación en apariencia no es discriminatoria puede tener efectos discriminatorios ocultos con efectos graves no sólo para los productores Más eficientes sino y particularmente en contra de los consumidores que sufrirán precios más elevados por productos de menor calidad.

En todos los casos se debe probar que la norma atacada tiene un objetivo proteccionista o que tiene un impacto discriminatorio sustancial para ser declarada inconstitucional. El tribunal deberá evaluar en cada situación y decidir si existe una evidencia suficiente del objetivo o efecto discriminatorio de la norma. Para ello podemos señalar tres criterios:

1. la ley debería ser considerada discriminatorias y sus efectos excluyen virtualmente a todos los no residentes de acceder a un mercado en particular.
2. También la ley sería discriminatoria si impone costos a los no residentes que los residentes no deben asumir.
3. También un tribunal deberá encontrar discriminatoria una norma práctica si considera que están motivadas por un objetivo proteccionista, es decir para ayudar a los residentes a costas de los no residentes de una provincia.

---

<sup>192</sup> **CF. 340 U.S. 349 EN 1951.**

<sup>193</sup> **CF. HUNT V. WASHINGTON STATE APPLE ADVERTISING COMMISSION. 432 U.S. 333 EN 1977.**

En suma, una norma práctica local será inconstitucional si sí discrimina ostensiblemente en su texto en contra de los no residentes, o aunque sea neutral en su texto si tiene un objetivo o impacto posterior discriminatorio.

### **La prueba de equilibrio.**

Si un tribunal considera que una norma práctica local no es ostensiblemente discriminatoria pero puede serlo en sus efectos, debe utilizar la prueba de equilibrio. En este caso el tribunal de analizar los gravámenes impuestos por la norma sobre el comercio inter jurisdiccional frente a sus beneficios. La ley será inconstitucional si los gravámenes de la ley exceden sus beneficios, como dijo la Corte Suprema en el caso *Pike v. Bruce Church, Inc.*: "*cuando la ley regula equilibradamente un interés público local legítimo y sus efectos sobre el comercio inter estadual son sólo incidentales, ésta debe ser [constitucionalmente] sostenida a menos que el gravamen que imponga en ese comercio sea claramente excesivo en relación con los posibles beneficios locales.*"<sup>194</sup>

Es decir que si la norma práctica local no es ostensiblemente discriminatoria contra los no residentes los tribunales utilizan una regla de análisis de costo-beneficio, analizan el equilibrio entre el gravamen impuesto por la norma al comercio inter jurisdiccional frente a los beneficios que trae a la población local. Esta búsqueda depende fundamentalmente de los hechos y el resultado dependerá de cómo el tribunal valora los costos y los beneficios. Existen sin embargo casos en los que la Corte Suprema de Estados Unidos ha actuado con más firmeza y es cuando las leyes locales pretenden **regular el comportamiento de personas o empresas fuera de su territorio**. Por ejemplo en casos en los cuales no se permitía vender a empresas mayoristas a precios diferentes que los que vendían en otros estados, estableciendo la obligación de anunciar los precios a los que vendía en estados vecinos. Dijo entonces Corte:

*"la Cláusula Comercial... impide la aplicación de una ley local sobre el comercio que tiene lugar totalmente fuera del las fronteras del estado, ya sea que ese comercio tenga o no efectos dentro del estado."*<sup>195</sup>

### **Legislación discriminatoria: presunción de inconstitucionalidad.**

Existe una presunción muy fuerte contra las leyes discriminatorias que gravan el comercio inter provincial. Una ley local que discrimina contra los no residentes solamente puede ser sostenida si se prueba que es necesaria para cumplir un objetivo gubernamental importante. La Corte Suprema Estados Unidos ha declarado que una ley discriminatoria, "*requiere el escrutinio más estricto sobre cualquier objetivo local supuestamente legítimo y de la ausencia de alternativas no discriminatorias.*"<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> **CF. 397 U.S. 137 EN 1970**

<sup>195</sup> **EN EL CASO HEALY V. THE BEER INSTITUTE, 491 U.S. 324 EN 1989.**

<sup>196</sup> **EN EL CASO HUGHES V. OKLAHOMA, 441 U.S. 332 EN 1979**

Nuevamente el control judicial sobre leyes discriminatorias requiere un escrutinio tanto de los objetivos buscados por la norma y los medios utilizados en cuanto a los fines que la ley que discrimina sólo será reconocida constitucional si es necesaria para lograr un objetivo local importante. En principio no podría justificarse si sí tiene un objetivo de proteccionismo económico.<sup>197</sup> De esta manera la Corte Suprema ha explicado en el caso *Maine v. Taylor* 477 U.S. 141 (1986) que:

*"poner un escudo que proteja a las industrias residentes en el estado de la competencia de los no residentes es casi nunca un objetivo local legítimo, y las leyes locales que intentan sencillamente al proteccionismo económico han sido consecuentemente sujetas a una regla incita de invalidez."*

En la revisión de los medios utilizados se ha establecido que una ley discriminatoria sólo puede ser reconocida constitucional: *"si su objetivo no puede ser igualmente cumplido por medios accesibles no discriminatorios."*<sup>198</sup> Es decir si existe un medio alternativo no discriminatorio debe ser utilizado. Es decir, existe una fuerte presunción contra las leyes locales que discriminan a los no residentes lo que significa que esas normas serán declaradas inconstitucionales bajo la cláusula comercial negativa.

### **Impuestos locales y cláusula comercial.**

De las maneras por las cuales la legislación provincial puede evitar el comercio interprovincial e internacional es creando impuestos. Se utilizan los mismos principios para los impuestos sobre el comercio interprovincial que los que se aplican a la reglamentación provincial del comercio en general: los impuestos discriminatorios nunca deben ser permitidos mientras que impuestos no discriminatorios tienen una posibilidad mayor de ser considerados constitucionales. El problema de los impuestos locales que limitan el comercio interprovincial es un tema tradicional y ha habido una evolución en la jurisprudencia al respecto en los Estados Unidos, entre 1873 y 1977 la Corte Suprema aplicó la regla que un estado no podía establecer impuestos sobre el comercio inter estadual. La Con aplicó esta norma para invalidar una amplia variedad de impuestos locales y sólo permitió impuestos que tuvieran una influencia indirecta sobre el comercio inter estadual. Esta doctrina judicial cambió en el caso *Complete Auto Transit v. Brady* 430 U.S. 274 en 1977. A partir de entonces la Corte adoptó una regla que trata a los impuestos sobre el comercio inter estadual de manera similar a la regulación estadual de ese comercio. En el caso se trataba de la constitucionalidad del impuesto del estado de Mississippi sobre los ingresos brutos por el privilegio de poder hacer negocios en el estado. La empresa *Complete Auto* tomaba automóviles enviados por la empresa *General Motors* y los distribuía entre diferentes vendedores de autos. El tema era determinar si el impuesto de Mississippi era inconstitucional porque se aplicaba a una actividad que era parte del comercio inter jurisdiccional. La Corte Suprema consideró a la ley constitucional y señaló que no había sido probado que el impuesto local discriminara en contra del comercio inter estadual o el impuesto había sido aplicado en forma injusta o que no estuviera relacionado con servicios provistos por el estado. Estableció de esta

---

<sup>197</sup> VER CASO NEW ENERGY CO. OF INDIANA V. LIMBACH, 108 S. CT. 1803 EN 1988.

<sup>198</sup> CF. EN MAINE V. TAYLOR. CITADO.

manera una visión funcional para evaluar los impuestos locales y su influencia sobre el comercio inter jurisdiccional, evitaba así una visión puramente formalista.

De esta manera podemos decir que un impuesto local no viola comercio inter jurisdiccional sí:

1. el aplicado a una actividad que tiene un nexo sustancial con el estado,
2. que sea distribuido equitativamente de manera que se impongan solamente las actividades conectadas con el estado en cuestión,
3. que no discrimine en contra de los no residentes, y
4. que esté equitativamente relacionado con los servicios provistos por el estado.

### ***El Congreso y los poderes reservados de las provincias.***

El artículo 121 de la Constitución señala que las provincias conservan todo el poder no delegada del gobierno nacional plantea la cuestión sobre si es un límite sobre el Congreso que pueda ser controlado judicialmente o por el contrario si su control debe ser dejado al proceso político antes que al judicial. No una alternativa sería interpretar este artículo como sino estableciera una limitación específica sino que simplemente fuera un recordatorio para el Congreso que sólo puede legislar en forma legítima si tiene una competencia dentro del la Constitución. Bajo esta percepción una ley nacional no podría ser inconstitucional por este artículo exclusivamente sino que serían inválidas y excediera las competencias del Congreso establecía en el artículo 75 de la Constitución o porque violara alguna otra norma constitucional. La alternativa es que esta cláusula constitucional de la competencia reservada por las provincias protegen a los gobiernos locales en su soberanía frente a la intrusión del gobierno nacional. Bajo esta visión el artículo es una protección clave de los derechos de las provincias y del federalismo ya que reserva para los gobiernos locales una zona de actividad de su exclusivo control y si las leyes federales se introducen en esta zona deben ser declaradas inconstitucionales por los tribunales. En Estados Unidos la Corte Suprema tomó originalmente la primera visión sostuvo que la ley Federal era constitucional en la medida que el Congreso actuara dentro de la extensión de su competencia. Pero a partir de 1937 y con salvedades a partir de la década de los '90 la Corte cambió de posición señalando que este artículo no tenía un aplicación concreta que tenía en realidad un contenido tautológico, en el sentido que los estados conservaban lo que no habían delegado pero el artículo no indicaba que era lo delegado y que lo conservado. En el caso *García* Corte Suprema de los estados unidos de desecho definitivamente la posibilidad que pudiera establecerse una regla única de determinación de las competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos locales. El juez Blackmun señaló que la corte rechazaba como ilógico en principio y como impracticable la regla que la inmunidad de los estados frente a la regulación general pudiera basarse en determinar si una función gubernamental específica fuera "tradicional" o "integral". Señaló Blackmun que una regla general de determinación de competencias trasladaba la decisión al poder judicial, que por el contrario era proceso

político quien debía determinarlas. Dijo en nombre de la Corte: *"cualquier norma sobre inmunidad estadual [frente a la legislación federal] que analiza la naturaleza 'tradicional', 'integral', o 'necesaria' de las funciones gubernamentales invita inevitablemente a que jueces federales no electos tomen las decisiones sobre qué políticas estaduales favorecen y cuales le desagradan."*<sup>199</sup>

El segundo argumento del juez Blackmun señaló que la protección de las prerrogativas de los estados debían ser dejadas al proceso político y no al judicial la Corte dijo: *"por supuesto, continuamos reconociendo que los estados copan una posición especial y específica en nuestro sistema constitucional y que la extensión de la autoridad del Congreso bajo la Clausura Comercial debe reflejar esa posición. Pero él y que principal y básico de la competencia federal para regular el comercio es el inherente a toda acción del Congreso - las restricciones internas que nuestro sistema de a través de la participación de los estados en la acción gubernamental federal. El proceso político asegura que las leyes que presionen indebidamente sobre los estados no sean promulgadas."*

Si bien la doctrina de García está vigente en cuanto que es imposible establecer una regla única de separación de competencias entre el gobierno federal y los gobiernos locales, y que el proceso político es preferible para determinar las competencias al proceso judicial; la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció una serie de competencias a los gobiernos estaduales frente a la legislación del Congreso. Generalmente la Corte utilizada para reconocer la competencia del gobierno local sobre el gobierno federal la "cláusula comercial" pero en el caso *New York v. United States* invalidó una ley Federal por considerarla contraria a la regla que los estados conservan el poder no delegado de la ley Federal sobre desechos radioactivos de bajo nivel sancionada en 1985 establecía que los estados debían proveer una forma segura para disponer de los desechos reactivos que se generaran dentro de sus fronteras. En proveía incentivos monetarios para los estados que cumplieran con ella y permitía que impusieran sobre precio sus sobre los desechos radiactivos que recibieran de otros estados. Adicionalmente, y para asegurar que existiera una acción gubernamental efectiva para limitar estos desechos, la ley determinada que los estados debían asumir la propiedad de cualquier desecho que se encontrara dentro de sus fronteras que no hubiera sido eliminado antes del primero de enero de 1996. Luego de esa fecha el estado cuestión sería responsable por todos los daños incurridos ya sean directos o indirectos.

La Corte Suprema falló señalando que el Congreso de acuerdo a la competencia que tenía dentro y la cláusula comercial podía regular el destino de los desechos nucleares. Sin embargo señaló que la disposición efectuada en la ley de los estados debían asumir la propiedad de los desechos remanentes era inconstitucional porque les planteaba a los gobiernos de los estados una alternativa entre aceptar la propiedad de los desechos nucleares o regularlos de la manera como se los instruía el Congreso. La juez O'Connor escribiendo en nombre de la corte dijo que no estaba permitido al Congreso imponer este tipo de opciones a los estados. Forzarlos a aceptar la propiedad de los desechos radiactivos y sea responsable por ellos significaba darle órdenes a los gobiernos locales hípico y requerir a los estados que cumplieran con las leyes regulatorias federales imponía a los estados el requerimiento de implementar la legislación federal lo que no estaba

---

<sup>199</sup> CASO GARCIA V. SAN ANTONIO METROPOLITAN TRANSIT AUTHORITY, 469 U.S. 128 EN 1985.

permitido. La Corte concluyó que era claro hundimiento de la Décima enmienda que limita la extensión de las competencias del Congreso que *"el gobierno federal no podía obligar a los estados a imponer o administrar un programa regulatorio federal."*<sup>200</sup>El holding del caso *New York v. United States* es que sin constitucional para el Congreso imponer a las legislaturas de los estados que adopten leyes o a las agencias gubernamentales locales que adopten ciertas reglamentaciones. La corte, sin embargo indicó el Congreso podía establecer estándares para que los gobiernos estatales y municipales cumplieran lo que de alguna manera ilimitada la acción de los gobiernos locales. Punto al mismo tiempo, el Congreso podía establecer condiciones en caso que hubiera concesiones económicas a los gobiernos locales y de esta manera inducirlos a actuar de la manera que el gobierno federal deseara, pero que no podía obligarlos a hacer.

### **La cláusula del progreso y la doctrina de la interferencia: el caso Boto.**

En el caso *Boto*<sup>201</sup> la Corte Suprema analiza la cuestión de la regulación de la profesión médica en la provincia de Buenos Aires, cuando la actividad se realiza a una obra social regulada por una ley Federal. La mayoría del tribunal excluye la regulación provincial sosteniendo que el Congreso nacional había legislado sobre el tema dentro de las competencias establecidas en la "cláusula del progreso", que permite la competencia para legislar el Congreso en circunstancias que se afecte el bienestar general. Este fallo es una aplicación moderna de la doctrina iniciada en el caso *"Ferrocarril Central Argentino"* que permitió la exención de impuestos provinciales por una ley nacional basándose en dicha cláusula. La mayoría excluye que la competencia provincial a pesar de lo establecido en el artículo 121, cuando legisla sobre una actividad por la amplia competencia establecida en la cláusula del progreso<sup>202</sup>. Para ello deben cumplirse los requisitos:

1. que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba --con base en la **"cláusula del progreso"**, prevista en el inc. 18, art. 75, Constitución Nacional-- que dicho poder sea ejercido por las provincias; y
2. que con base en la **"doctrina de la interferencia"**, se demuestre que la normativa provincial dificulte o impida el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada "cláusula del progreso".

Curiosamente en su sentencia la mayoría cita el derecho constitucional norteamericano y en particular el caso *Pacific Gas & Electric v. State Energy Resources Conservation Commission*, 461 U.S. 190 del año 1983. Sin embargo es necesario recordar que en estos casos citados la corte suprema de Estados Unidos utiliza la argumentación constitucional basada en la

---

<sup>200</sup> CF. 505 U.S. 144 DE 1992.

<sup>201</sup> BOTO, ARMANDO C. OBRA SOCIAL DE CONDUCTORES DE TRANSPORTE COLECTIVO DE PASAJEROS. 320:786 LA LEY 1999-C, 265

<sup>202</sup> ARTÍCULO 121.- LAS PROVINCIAS CONSERVAN TODO EL PODER NO DELEGADO POR ESTA CONSTITUCIÓN AL GOBIERNO FEDERAL, Y EL QUE EXPRESAMENTE SE HAYAN RESERVADO POR PACTOS ESPECIALES AL TIEMPO DE SU INCORPORACIÓN.

**"preferencia de campo"** (*field preemption*)<sup>203</sup> y no de la *General Welfare Clause, Artículo I inc. 8*, que fuera la fuente de nuestra "cláusula del progreso". La 'preferencia de campo' existe cuando se demuestra la clara intención legislativa que la ley federal debe ser la única que regule una actividad, es decir la única que 'ocupe el campo' de allí su nombre. En el caso *Boto*, la mayoría de la Corte Suprema resta importancia al artículo 121 de la Constitución y de alguna manera no lo considera como una fuente autónoma de competencia para las provincias, pero si lo hace en el caso de la cláusula del progreso como fuente de competencias para el Congreso nacional.

La disidencia considera aplicable la tradicional doctrina de la Corte Suprema que, en principio, las provincias tienen competencia para establecer el salario mínimo de los médicos que, en relación de dependencia, ejercen su profesión en territorio provincial, y ello con fundamento en el "poder de policía" previsto en el art. 121 y siguientes de la Constitución Nacional (Fallos: 289:315)

### ***La doctrina de la preferencia del derecho federal.***

Los límites que la Constitución impone sobre los gobiernos provinciales derivados de la existencia del gobierno nacional y de los gobiernos de otras provincias varían según el Congreso haya legislado sobre el tema o no.

1. La primera alternativa es que el Congreso haya dictado una ley en el pleno ejercicio de sus competencias constitucionales y la pregunta es saber si esta ley excluye a las leyes locales. Debido a la cláusula de supremacía, artículo 31 de la Constitución, si existe un conflicto entre una ley Federal y una ley local la primera tiene preferencia sobre la segunda.
2. La otra situación es cuando el Congreso no ha actuado, o en el caso que en los jueces en ejercicio del control constitucional deciden que una ley Federal no impide la existencia de una ley local referida a la misma cuestión. Sin embargo, aún en estos casos donde no existe aplicación de la doctrina de la preferencia ya que no puede haber interferencia contra una norma general que no se ha sancionado, existe la llamada "cláusula comercial durmiente" o "cláusula comercial negativa".

La 'clausula comercial durmiente' se aplica cuando las normas locales imponen una carga indebida sobre el comercio interprovincial y son por lo tanto inconstitucionales. Aunque el Congreso no hubiera actuado, aún cuando su competencia para regular el comercio interprovincial e internacional estuviera durmiente, los gobiernos provinciales y locales no pueden imponer una carga indebida sobre el comercio interjurisdiccional.

El punto central al analizar la **doctrina de la preferencia** es determinar el grado adecuado de control o de deferencia judicial hacia la legislación de los gobiernos provinciales. En una posición extrema los gobiernos locales deberían estar lo menos limitados posible por el gobierno nacional. Desde este punto de vista la doctrina de la preferencia debería estar limitada aquellas situaciones en las que el Congreso ha

---

<sup>203</sup> QUE LA CORTE SUPREMA LLAMA 'DOCTRINA DE LA INTERFERENCIA.'

considerado expresamente que las leyes provinciales interfieren en la reglamentación de un derecho. Si se aceptara este punto de vista no debería existir una cláusula comercial durmiente o negativa o estaría muy delimitada. Ya que las normas locales sólo serían excluidas si el Congreso impide expresamente su vigencia. En el otro extremo, se podría sostener que es una función esencial del poder judicial preservar la fortaleza del gobierno nacional. Desde esta perspectiva la preferencia del derecho federal no es algo que debiera evitarse sino por el contrario aplicarse cuando se defendieran los intereses del gobierno nacional y la vigencia derecho federal. Así, la cláusula comercial negativa es una restricción esencial frente a los abusos de los gobiernos locales que pudieran impedir el libre comercio de bienes y servicios a través de todo el territorio.

La cláusula de supremacía, establecida el artículo 31 de la Constitución dice:

*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales,*

De esta manera si existe un conflicto entre leyes federales y provinciales esta última es invalidada porque el derecho federal es supremo. John Marshall en el caso *Gibbons v. Ogden* de 1824 dijo: "las leyes de la legislaturas estaduales... que interfieran o sean contrarias a las leyes del Congreso [deben ser invalidadas porque] en cada uno de esos casos, la ley del Congreso es suprema; y la ley del estado, aún cuando sea sancionada en el ejercicio de poderes no controvertidos, debe someterse a ella." En el mucho más reciente caso *Gade v. Nacional Solid Wastes Management Association*, de 1992 la Corte Suprema declaró: "bajo la cláusula de supremacía de donde deriva nuestra doctrina de la preferencia<sup>204</sup>, cualquier ley estadual, aunque se encuentre claramente dentro del poder reconocido del estado, que interfiera o sea contrario a la ley Federal, debe someterse [a ella]."

La dificultad reside en decidir cuándo una ley local en particular ha sido excluida por ley Federal específica, ya que no existe una clara regla de determinación que permita decidir cuándo debe ser declarada inválida una ley local basado en las reglas de la preferencia. Tradicionalmente, la Corte Suprema ha identificado dos situaciones en la cual se establece la preferencia de la ley Federal.

1. cuando ésta expresamente establece que la ley local interfiere y por lo tanto es excluida.
2. La otra es cuando la preferencia es implícita en una intención clara del Congreso de excluir la legislación provincial.

En el ya citado caso *Gade* dijo la Corte Suprema:

*"La preferencia [preemption] puede ser expresa o implícita, y se impone tanto si la orden del Congreso está explícitamente establecida en el lenguaje de la ley, o contenido implícitamente en su estructura y objetivo. En la ausencia de un lenguaje explícito de preferencia, hemos reconocido al menos dos tipos implícitos de preferencia: la preferencia de campo<sup>205</sup>, que es cuando el esquema de la regulación Federal es tan insistente que hace razonable la inferencia que el Congreso no dejó lugar para que los estados la suplementaran, [a la regulación], y la preferencia de conflicto, que ocurre cuando el cumplimiento de ambas regulaciones, la*

---

<sup>204</sup> 'PRE EMPTION' EN EL ORIGINAL.

<sup>205</sup> 'FIELD PRE EMPTION' EN EL ORIGINAL.



*Federal y la estadual sea una imposibilidad física, o cuando la ley estadual es un obstáculo al cumplimiento y ejecución de los objetivos plenos del Congreso."*

Esta distinción entre la preferencia expresa o implícita sin embargo no tiene una aplicación difundida, porque aunque sí en el texto de la ley nacional se excluyera expresamente a la ley provincial, es raro que aparezca una extensión clara entre lo que es permitido y prohibido. Por lo cual siempre los tribunales deberán determinar cuál ha sido la intención del legislador ya fuera expresa o implícita. Al mismo tiempo esto trae los problemas habituales en determinar la intención del legislador, ya que es muy difícil conocer la voluntad de un cuerpo colegiado, por lo tanto debemos limitarnos a la intención tal cual ha sido expresada en el texto escrito de la legislación. En cuanto a la preferencia implícita la Corte Suprema de los Estados Unidos a indicado tres tipos:

1. la primera es la ya mencionada **preferencia de campo** donde el esquema de la ley Federal y de la regulación es tan insistente que no permite la inferencia de que el Congreso haya dejado algún lugar para la legislación provincial.
2. Un segundo tipo de preferencia es cuando existe un conflicto entre la ley Federal y la ley local, es decir que aunque la ley Federal no excluya la aplicación de la ley local, la exclusión es necesaria cuando el cumplimiento de ambas regulaciones sea un una **"imposibilidad física"**. Lo mismo ocurre cuando la ley local es un **obstáculo al cumplimiento de los objetivos del Congreso**.
3. Finalmente la tercera alternativa es cuando se deben asignar competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales.

Una visión amplia de la preferencia del derecho federal deja poco espacio para reconocer competencias a los gobiernos locales. Por eso que la Corte Suprema ha declarado que la doctrina de la preferencia *"debe iniciarse con la presunción que los poderes históricos de los estados no deben ser superados por la ley Federal a menos que sea claro y manifiesto el objetivo del Congreso."*<sup>206</sup>

### **Doctrina de la preferencia expresa. El caso *Lorillard Tobacco Co., v. Reilly*.**

Cuando el Congreso tiene la competencia de legislar puede hacer que su legislación sea exclusiva en ese campo; la manera más evidente es excluir expresamente toda otra legislación o regulación en la materia.

En el caso *Lorillard Tobacco Co., v. Reilly* (533 U.S. 525) del 2001, se trataba de una decisión del estado de Massachusetts regulando la propaganda y venta de cigarrillos y se acaba determinar ciertas normas estaban en conflicto con la legislación federal en materia de etiquetado de cigarrillos. La mayoría de la Corte Suprema señaló que el Congreso al regular el etiquetado de cigarrillos y al prohibir algunas formas de publicidad, había establecido que no debían establecerse limitaciones suplementarias a las ya establecidas.

---

<sup>206</sup> **CF. RICE V. SANTA FE ELEVADOR CORP. 331 U.S. 218 EN 1947.**

De esta manera, se podía concluir que el Congreso había prohibido regulaciones adicionales a las propagandas de cigarrillos por preocupación sobre la salud pública, que no fueran las ya hechas en la ley federal mencionada.

La disidencia en este caso consideró que para examinar la extensión del principio de preferencia y exclusión del derecho local se debía comenzar con la presunción que la ley Federal no excluye los poderes de policía históricos de los estados a menos que exista al respecto un objetivo 'claro y manifiesto' del Congreso. En este caso se trataba de dos competencias ubicadas dentro del poder de policía tradicional de los estados, la competencia para la organización territorial y la competencia para proteger la salud y seguridad de menores. De manera que la exclusión del derecho local debería interpretarse en forma "estricta".<sup>207</sup> Si la intención del Congreso frente a una categoría particular de reglamentación es ambigua esas regulaciones no deben ser excluidas. En estos casos corresponde prestar particular atención a la historia, estructura, y objetivos del esquema regulatorio en que aparecen. La valoración de la extensión de la doctrina de la preferencia debe cumplir con el: "*Entendimiento razonado de la intención del Congreso con referencia a la ley y del esquema regulatorio que lo rodea y como afecta a las empresas, a los consumidores y a la ley.*"

Consideró además la disidencia, que una vez cumplida adecuadamente esta tarea llevaba inexorablemente la conclusión que el Congreso no intentaba excluir las regulaciones locales sobre la ubicación de los avisos sobre cigarrillos cuando sancionó las normas que dieron lugar al caso. En cambio, si era necesaria la exclusión de la regulación local sobre el contenido de los etiquetados del paquete de cigarrillos y sobre la publicidad en general. Ya que consideraron los costos de producir diferentes paquetes para diferentes estados. Porque si un estado requería la inclusión de una advertencia particular en el paquete de cigarrillos mientras que otro estado demandaba una formulación distinta, los fabricantes se verían forzados a llevar adelante una práctica difícil y costosa de producir paquetes diferentes para el uso en diferentes estados. Para evitar la dilapidación de recursos a que llevaría un sistema regulatorio fragmentado, el Congreso expresamente excluyó otras regulaciones que requirieran en los paquetes de cigarrillos una declaración sobre la salud y el acto de fumar. Preocupaciones similares se aplican a la publicidad de cigarrillos, si diferentes órganos regulatorios requieren que diferentes advertencias sean utilizadas por los fabricantes de cigarrillos cuando promueven sus productos, el texto de los avisos deberán ser diferentes en distintos lugares y los costos resultantes no serán en beneficio de la salud. Al mismo tiempo, las empresas fabricantes no podrían anunciar sus productos en publicaciones nacionales sin violar la ley en algunas jurisdicciones. Debido a esta preocupación el Congreso adoptó la exclusión de las normas locales que requirieran advertencias en la publicidad de cigarrillos sobre la salud y el acto de fumar.

Sin embargo, la disidencia señaló que no existía necesidad para interferir con las leyes locales que establecían limitaciones sobre la ubicación de avisos o carteles. Esta manera de leyes que prohibían a una compañía fabricante de cigarrillos que ubicara carteles cerca de una escuela en Boston no entra en conflicto con las leyes que permitan el fijado de este tipo de avisos en otras jurisdicciones. Tampoco estas leyes imponen una carga

---

<sup>207</sup> "NARROWLY" EN EL ORIGINAL.

administrativa significativa a los posibles avisadores ya que la gran mayoría de las localidades imponen restricciones generales sobre anuncios. Por lo tanto, quien quiera poner un aviso deberá examinar la legislación local antes de instalar carteles, independientemente sobre si las leyes locales sobre publicidad de cigarrillos sean o no excluidas por el Congreso. De esta manera, en ausencia de un objetivo manifiesto por parte del Congreso, Massachusetts y sus estados hermanos retienen el poder de policía tradicional.

### **La doctrina de la ‘preferencia de campo.’**

Esta doctrina ha sido llamada también *de la interferencia* por la Corte Suprema. En el caso *Pacific Gas & Electric v. State Energy Resources Conservation Commission*", 461 U.S. 190 [año 1983]) se trataba de la exclusión del derecho local porque impide el cumplimiento de un objetivo del gobierno federal. En otras palabras, aún cuando el gobierno nacional y los gobiernos locales tengan legislación que no sean mutuamente excluyentes, se puede excluir el derecho local si su legislación interfiere con un objetivo que se ha impuesto la legislación federal. Para aplicar este tipo de exclusión los tribunales deben determinar el objetivo Federal y deben decidir en qué punto la reglamentación local interfiere indebidamente en el cumplimiento de ese objetivo.

La dificultad en aplicar este tipo de exclusión es la determinación del objetivo del gobierno federal, establecer si una reglamentación local es inconsistente con él. En el caso *Pacific Gas* se trataba de una ley del estado de California que imponía una moratoria a la construcción de plantas nucleares hasta que la Comisión de Energía del estado determinara que había medios seguros de disponer de los residuos nucleares de alto nivel de las características de los que habían sido aprobados por una agencia del gobierno federal. El recurrente en este caso que era una empresa proveedora de electricidad, sostenía que esta ley estadual había sido excluida por el gobierno federal tanto porque el Congreso tenía la intención de establecer la preferencia del derecho federal en el campo de la regulación nuclear, y también porque la ley local interfería con el objetivo del gobierno federal de promover el desarrollo de la energía nuclear. A pesar que eran dos tipos diferentes de exclusión del derecho local y de preferencia del derecho federal se trataba en ambos casos de conocer la intención del Congreso.

La Corte Suprema rechazó estos argumentos y sostuvo la vigencia del derecho local concluyendo que la intención del Congreso era referida a la seguridad, mientras que el objetivo de la regulación local era económico. En cuanto al argumento que existía una exclusión de la legislación local en el campo de la energía nuclear, la Corte dijo que el Congreso tenía la intención de ejercer la reglamentación exclusiva sobre la seguridad de este tipo de energía, *"pero que los estados retuvieran su responsabilidad tradicional en el campo de la regulación del servicio de la energía eléctrica para determinar las cuestiones sobre necesidad, confiabilidad, costo y otras preocupaciones relacionadas."*<sup>208</sup> De esta manera la corte concluyó que la ley de California no estaba excluida porque su objetivo principal a la economía y no la

---

<sup>208</sup> CF. *PACIFIC GAS & ELECTRIC. 461 U.S. 205.*

seguridad. La Corte Suprema no todo que *"California ha sostenido, y la Cámara de apelaciones el concordado en que [la ley] estaba dirigida a problemas económicos y no a los riesgos de radiación... Sin un medio permanente para disponer de los residuos nucleares este problema podía transformarse en crítico, llevando a costos impredeciblemente elevados para contener este problema o, peor aún al cierre de los reactores."* La Corte dijo que ya que *"aceptaba el objetivo económico sostenido por California... la ley está fuera del campo ocupado [por la legislación federal] de la reglamentación sobre seguridad en materia nuclear."*

La recurrente sostenía también que la ley local estaba excluida porque impedía el objetivo federal de impulsar el desarrollo de los reactores nucleares como una fuente de energía eléctrica. La Corte reconoció que *"existe poca duda que objetivo primario de la Ley de Energía Atómica era, y continúa siendo, la promoción de la energía nuclear."* Sin embargo, la Corte Suprema rechazó el argumento sobre la exclusión del derecho local ya que caracterizó al objetivo del Congreso como de promoción de la energía nuclear en la medida en que fuera económicamente factible. El juez White, escribiendo por la corte, dijo que *"el Congreso ha dejado la suficiente autoridad a los estados para permitirles que limiten o aún impidan el desarrollo de la energía nuclear por razones económicas."*

Para determinar si la ley de California interfería con el cumplimiento de los objetivos establecidos por el gobierno federal, la Corte Suprema tenía que tomar dos decisiones importantes: la primera era la de identificar el objetivo Federal; en la otra debía caracterizar la ley local y su objetivo. Si la Corte Suprema hubiera encontrado un objetivo amplio en la Ley de Energía Atómica para promover el desarrollo de ese tipo de energía, entonces la ley local hubiera sido obviamente excluida. Sin embargo evitó excluir a la ley local al caracterizar al objetivo Federal de una manera más estrecha como promoviendo los reactores nucleares solamente cuando éstos fueran económicamente factibles. Al mismo tiempo, si la Corte Suprema hubiera caracterizado el objetivo de California como de seguridad de las plantas nucleares aún antes de su construcción, entonces la ley local debería ser excluida. La Corte evitó la exclusión al aceptar la propuesta de California que su objetivo era económico, aún cuando de la letra de la ley local surgía la prohibición de la construcción de plantas nucleares a menos que se *"asegurara la disposición de los desechos"*. Este caso demuestra cómo la determinación de la exclusión de la legislación local depende del contexto de los casos particulares, y de la manera que la Corte Suprema caracteriza los objetivos de la legislación federal y local. Sin duda, en este caso la legislación local era inconsistente con el objetivo Federal de promover el desarrollo de energía nuclear sin embargo la Corte Suprema evitó la exclusión al interpretar en forma estrecha los objetivos de la ley Federal en gran medida probablemente porque también las circunstancias cambiaran entre el momento en que se dictó la ley Federal se aplicó en el caso concreto.

## **La cláusula del Progreso.**

Si bien la cláusula comercial es la fuente de competencias regulatorias que tiene el Congreso sobre la actividad comercial, muchas veces por comodidad se ha utilizado a la llamada 'cláusula del progreso' como fuente de competencias del gobierno nacional.

La cláusula del progreso tiene un contenido optimista: Art. 75 inc. 18 (anterior inc. 16)  
*Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.*

La interpretación de esta cláusula es uno de los principales ejemplos de mutación en la interpretación constitucional.

### ***El largo camino de los subsidios: el caso de la ideología del progreso.***

Este es uno de los casos en que la influencia de los grupos de interés cambió la interpretación de la Constitución ampliando explosivamente las competencias del Congreso por sobre las de las provincias.

Esta cláusula sido considerada como uno de los fundamentos de la ideología económica de la Constitución, fue tomada de la *General Welfare Clause* de la Constitución de los Estados Unidos, por la mayor verbosidad que la separa de su antecedente de la Constitución norteamericana se imaginó imponía a los gobiernos futuros un camino hacia el crecimiento económico. Sin embargo, su interpretación posterior la definen como un ejemplo de la variación del objetivo constitucional hacia otro menos ejemplar.

Podemos recordar las palabras del texto original en la Constitución de los Estados Unidos, El Artículo I, Sección 8: "*The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States.*"<sup>33</sup>

Uno de los primeros comentaristas de nuestra Constitución, Nicolás Calvo, en una opinión previsoramente aunque minoritaria, señalaba que su extensión la debilitaba antes que fortalecerla. Lo recuerda Agustín de Vedia, *Comparando la cláusula americana y la argentina, opina Calvo que la última amplifica y detalla el sobrio concepto de la primera, a riesgo de restringirlo, en vez de extenderlo.*<sup>34</sup> Como veremos más tarde se utilizó el nombre de Alberdi para contradecir sus ideas.

Esta norma constitucional ha sido fuente de varias interpretaciones con consecuencias disímiles. La primera es la asociada al gasto público, es el sentido original en los Estados Unidos, permite que el gobierno federal tenga una amplia capacidad en el gasto en la medida que tenga el objetivo del bienestar general. Esta función ha sido llamada también de "fomento".<sup>35</sup>

La segunda es la asociada a la capacidad legislativa, excluida de la Constitución de los Estados Unidos, pero incluida, sin mucho fundamento, en la interpretación de la norma argentina. Es decir, que el Congreso Nacional es competente para legislar en cualquier materia que lleve al bienestar general, incluyendo de esta manera una capacidad casi ilimitada en la legislación nacional.

La tercera es la interpretación que permite los privilegios tributarios. Esta es la verdadera novedad de la “Cláusula del progreso” argentina y ha sido la fuente de abusos considerables en el tiempo, según veremos más adelante.

Una cuarta interpretación es la que incluye la acción gubernamental para eliminar los obstáculos que impiden el bienestar general, en términos contemporáneos hablaremos de eliminar los costos de transacción. Esta interpretación es la que hacía Alberdi cuando nos recordaba los problemas enfrentaba el cumplimiento de la Constitución en una sociedad monopolista propia del sistema indiano.

<sup>33</sup> El Congreso tendrá el poder de establecer y recaudar impuestos, tasas, gravámenes y gabelas para pagar las deudas y proveer a la defensa común y al bienestar general de los Estados Unidos, pero todas las tasas, gravámenes y gabelas serán uniformes a través de los Estados Unidos.

<sup>34</sup> Citado por Agustín de Vedia, *Constitución Argentina*. Buenos Aires, 1907 p. 297.

<sup>35</sup> cf. Estela B. Sacristán, El problema de la fuente en las relaciones de fomento. En *Derecho Administrativo*. N° 43 p. 101

## **Las palabras de Alberdi.**

La idea del progreso asociándola con la limitación de los costos de transacción, que son los costos de hacer funcionar el sistema económico. Las transacciones cuestan y su costo positivo es muy elevado. Alberdi fue visor en la necesidad de reducir los costos de transacción para asegurar el progreso económico. Lo hizo fundamentalmente en su obra el Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853.

*Los medios ordinarios de estímulo que emplea el sistema llamado protector o proteccionista, y que consisten en la prohibición de importar ciertos productos, en los monopolios indefinidos concedidos a determinadas fabricaciones y en la imposición de fuertes derechos de aduanas, son vedados de todo punto por la Constitución argentina, como atentatorios de la libertad que ella garantiza a todas las industrias del modo más amplio y leal, como trabas inconstitucionales opuestas a la libertad de los consumos privados, y, sobre todo, como ruinosas de las mismas fabricaciones nacionales, que se trata de hacer nacer y progresar. Semejantes medios son la protección dada a la estupidez y a la pereza, el más torpe de los privilegios.*

*Abstenerse de su empleo, estorbarlo en todas las tentativas legislativas para introducirlo, promover la derogación de la multitud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, son otros medios que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero eficacísimo, a favor de la industria fabril de la República Argentina.*

*El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico, sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria.*

*Bancos, casas de seguros, ferrocarriles, líneas de navegación a vapor, canales, muelles, puentes, empresas y fabricaciones de todo género, toda cuanta operación entra en el dominio de la industria, debe estar al alcance de los capitales particulares dispuestos a emplearse en la explotación de esos trabajos y empresas*

*verdaderamente industriales, si las libertades concedidas en la Constitución han de ser una verdad práctica y no una ostentación de mentido liberalismo.*

*No hallaréis en toda la Constitución una disposición que atribuya a rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio, la agricultura o las manufacturas por cuenta del Estado.*

En la cláusula general de bienestar de la Constitución de Estados Unidos (Welfare Clause) Artículo I, Sección 1, fue interpretado por la Corte Suprema limitando la competencia de este artículo a la capacidad tributaria y de gasto público del gobierno federal para obtener el bienestar general de los EE.UU.

Teniendo en cuenta su origen histórico y la opinión coincidente de Alberdi y Sarmiento sobre el tema, daría la impresión que la cláusula del progreso tendría un destino similar a de los Estados Unidos, es decir orientar el gasto público hacia el desarrollo de la economía. Sin embargo, en la Argentina la Corte Suprema le dio a la Cláusula del Progreso un contenido de competencia del gobierno federal para conceder privilegios fiscales, federales y locales.

### **El caso Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe Fallos 68:227, 228-29 (1897).**

La empresa Ferro Carril Central Argentino solicitaba que se la eximiera del pago de impuestos provinciales sobre su propiedad ya que la provincia de Santa Fe intentaba percibir los tributos que correspondían dentro la distribución de competencias que sobre el tema hace la Constitución. La empresa sostuvo que la legislación federal le concedía un privilegio tributario que incluía los impuestos provinciales. La Corte Suprema consideró que la Cláusula del progreso era fuente de competencias para el gobierno nacional para legislar sobre esos temas con limitación de las competencias locales. Consideró que la fuente del artículo era el proyecto de Alberdi y se diferenciaba de la Constitución de los Estados Unidos, sin tener en cuenta las opiniones que el mismo Alberdi había dado al tema en sus obras. Reconoció la Corte que en los Estados Unidos la *cláusula de bienestar general* era fuente de competencia tributaria del gobierno nacional y también para el gasto público pero no fuente de la legislación federal. Por lo tanto el fallo concedió el privilegio tributario absoluto a la empresa ferroviaria.

Fue una decisión desafortunada porque con la excusa de un diferente origen del artículo se concedió al gobierno federal la posibilidad de dar privilegios impositivos a empresas por sobre los gobiernos provinciales. Una lectura de la *cláusula del progreso* indica que las “*concesiones temporales de privilegio*” solo podrían referirse a impuestos federales. Sin embargo, la Corte Suprema determinó el principio de que el Congreso tiene la capacidad de eximir a las empresas de ferrocarriles de todo impuesto, tanto nacional como provincial, por un tiempo determinado, siendo obligación de la provincia que le hubiese cobrado impuestos, en contra de esa concesión, restituirle su importe. **La cláusula del progreso se transformó en la cláusula del privilegio.** La concesión de un privilegio tributario por el gobierno federal se convirtió en el establecimiento de costos de transacción para quienes quisieran competir con las empresas privilegiadas. Sorprendentemente se utilizó para este fin la autoridad de Alberdi.

## ***Las normas de derecho común.***

El artículo 75 inciso 12 se refiere a la competencia legislativa del Congreso estableciendo la distinción entre las que son de **derecho común** de las que son de **derecho federal**.

*12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, **sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.***

Las leyes mencionadas en primer lugar por el inciso, cuando se enumeran los códigos son denominadas de derecho común, en cambio, más adelante se mencionan ejemplos de leyes federales. Es decir que las leyes federales son las que habitualmente sanciona el Congreso en cambio las de derecho común son los códigos y la legislación complementaria que son inhabituales.

Es de hacer notar que esta norma impone el establecimiento del proceso oral y del juicio por jurados, producto del deseo de los constituyentes de sustituir los procesos escritos e inquisitivos del período colonial por un sistema dispositivo y oral. Es un mandato aún no cumplido por nuestro constituyente.

Las leyes que dicta el Congreso dentro de su competencia son en principio leyes federales, se aplican en todo el país y son competentes para ellos los jueces federales. Las leyes de derecho común, fundamentalmente los códigos, o las normas de la misma materia de los códigos, aunque se hubieran legislado separadamente, son excepcionales. Rigen en todo el territorio del país pero son aplicadas por los jueces '**federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones**'

La distinción entre las leyes de derecho común y leyes federales no es precisa y pueden existir leyes que pudieran referirse a temas de derecho común sean tratados en leyes federales.

## **EL PRESUPUESTO. SU ORDEN CONSTITUCIONAL**

La actividad financiera del Estado se puede resumir, conforme Villegas<sup>209</sup>, en una serie de entradas y salidas de dinero en la caja del Estado. Las primeras constituyen los ingresos

---

<sup>209</sup> VILLEGAS, HÉCTOR B., CURSO DE FINANZAS, DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO, ASTREA, BUENOS AIRES, 8 ED. 2003, P.14.



públicos, que son transferencias de valor coactivas o voluntarias realizadas en favor de los organismos estatales, en tanto los egresos se refieren a los gastos públicos.

Por su parte, dichas actividades financieras se concretan en una norma que documenta la autorización de gastos y la previsión de recursos llamada Presupuesto. En este acto de gobierno se conjugan facultades y deberes de los tres poderes del Estado para un período futuro determinado, reflejando en términos monetarios la programación económica de la Nación.

La técnica presupuestaria tiene una importancia radical en la noción del Estado de Derecho pues resulta un mecanismo de control donde interviene de modo directo el Poder Legislativo en su diagramación y el PODER EJECUTIVO en su ejecución así como también, eventualmente el Poder Judicial en su contralor.

### **¿Es el presupuesto una ley?**

La Constitución Nacional es la principal fuente formal de la actividad financiera del Estado. Esta conclusión se extrae de su art. 4, donde se dispone que el gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del tesoro nacional. Como condición sustantiva de la legalidad en materia de finanzas públicas, el presupuesto en el Estado republicano adopta la forma de una ley, debiendo cumplirse todos los pasos exigidos constitucionalmente para su elaboración y sanción<sup>210</sup>. Entendemos, en consonancia con lo manifestado por Chinchilla<sup>211</sup>, que el texto constitucional es sumamente claro respecto de la competencia exclusiva y originaria por parte del Congreso Nacional pues decide los gastos que el gobierno efectúa (art. 75 inc. 8) y los recursos que los solventan (art. 75 inc. 1 a 7). No puede obviarse la importancia dada por el constituyente a esta asignación de competencias<sup>212</sup>, pues las facultades presupuestarias son las primeras enumeradas en cabeza del Poder Legislativo.

Alberdi pone un especial énfasis en punto al presupuesto como elemento constitutivo del Estado, al referir que "...el art. 4 de la Constitución y sus correlativos contienen la verdadera creación del poder nacional o federal. Por el Tesoro únicamente es como la autoridad, que es en sí un derecho abstracto, se vuelve un hecho real y práctico. No hay poder donde no hay finanzas: ellas son el ejército, la lista civil, la marina, las obras públicas, el progreso, la paz<sup>213</sup>...".

---

<sup>210</sup> VILLEGAS, HÉCTOR B., CURSO DE FINANZAS .... CIT., P. 127/128.

<sup>211</sup> CHINCHILLA, FEDERICO, "DELEGACIÓN PRESUPUESTARIA O PRESUPUESTO DELEGADO? REFLEXIONES SOBRE LA LEY 26.124 A LA LUZ DE SUS BASES CONSTITUCIONALES", LEXIS NEXIS, DERECHO ADMINISTRATIVO, NO 61, P. 899/916.

<sup>212</sup> ESTO SE PONE DE MANIFIESTO EN EL DEBATE DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1853, DONDE A PROPÓSITO DEL ART. 4 EL CONVENCIONAL, LUEGO INTEGRANTE DE LA CSJN, GOROSTIAGA SENIALÓ "...TODO GOBIERNO DEBE TENER EL PODER DE DAR ENTERO CUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES QUE SE IMPONEN Y DE QUE ES RESPONSABLE. LAS RENTAS SON EL PRINCIPAL RESORTE PARA LLENAR ESTOS OBJETOS, ELEMENTO SIN EL QUE LA MÁQUINA DEL ESTADO QUEDARÍA PARALIZADA ... SIN LA UNIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE RENTAS ... NO PUEDE HABER EN POLÍTICA EXISTENCIA NACIONAL, Y LA CREACIÓN DE AQUÉLLAS CON RELACIÓN A LAS NECESIDADES DEL PAÍS Y SUS RECURSOS ES UNA PARTE ESENCIAL DE TODA CONSTITUCIÓN". RAVIGNANI, EMILIO, ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS 1813-1898, EL INSTITUTO, BUENOS AIRES, 1937, T. IV P. 501.

<sup>213</sup> ALBERDI, JUAN B., ELEMENTOS DEL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL ARGENTINO, IMPRENTA DE LA TRIBUNA NACIONAL, BUENOS AIRES, 1886, OBRAS COMPLETAS T. V P. 171.

Gonzalez Calderón define al presupuesto como una ley autoritativa cuyo objeto es determinar los gastos anuales de la Nación y las formas en que deberán realizarse por el Poder Ejecutivo<sup>214</sup>. Sin dejar de considerar su vigencia anual y su carácter operativo el presupuesto, al fijar los gastos de gobierno de modo cuantitativo y cualitativo y estimar los recursos para cubrirlos, importa un verdadero programa de política económica con un vasto contenido que responde a una sustancia eminentemente legislativa. En efecto, aún cuando en su texto no encontremos la típica fórmula de un imperativo jurídico el presupuesto lleva ínsitas en su planificación las valoraciones del legislador en torno al modo de fijar las prioridades que deben atenderse asignando ingresos que resultan limitados.

La Corte Suprema encontramos una postura coincidente en el fallo “Zofracor”<sup>215</sup>. Allí expresó que “...en nuestro sistema constitucional, nada permite inferir que la función legislativa en materia presupuestaria se limita a aprobar o a autorizar lo que propone el Poder Ejecutivo. El Congreso recibe un proyecto de presupuesto y lo acepta, lo modifica o lo rechaza, en todo o en parte, sin restricción alguna. No es un acto aprobatorio que pasa a integrar un acto administrativo: es acción legislativa normal y primordial aún cuando la iniciativa corresponda al Poder Ejecutivo, que es el responsable de la administración general del país...”. Más recientemente, dos Ministros de la Corte aseveraron que “...la función legislativa en materia presupuestaria no se agota en la facultad de aprobar gastos o recursos, siendo la ley de presupuesto una ley en el sentido institucional del vocablo con plenos efectos jurídicos...”<sup>216</sup>.

el art. 75 inc. 8, entendido como la “cláusula presupuestaria”. En sus aspectos salientes dispone: a) la competencia exclusiva del Poder Legislativo en materia presupuestaria; b) por consiguiente, se infiere un principio de reserva de ley para su creación, del que hablaremos más adelante; c) por reenvío al párrafo 3 del inc. 2 del mismo artículo se prevé que el presupuesto habrá de corresponderse con la distribución de competencias, servicios y funciones entre la Nación, las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires, cuyas notas adjetivas son la equidad, la solidaridad y la uniformidad territorial en el desarrollo; d) la autorización para el gasto público se compadece con el cálculo de los recursos; e) la norma presupuestaria se enmarca en un programa general de gobierno e inversiones públicas; f) se estipula en un año el ámbito temporal de validez para la ley; g) por último se prevé un régimen de control de la ejecución presupuestaria en cabeza del Congreso, por medio de la aprobación o rechazo de la cuenta de inversión.

## **Las competencias en materia presupuestaria.**

En relación al Poder Ejecutivo, luego de la última reforma constitucional se produjo un desdoblamiento en las atribuciones relativas a la materia presupuestaria entre el Presidente y el Jefe de Gabinete. En cuanto al primero, se lo señala en el art. 99 inc. 1º como el jefe de gobierno y responsable político de la administración general del país. Asimismo, en el art. 100 inc. 10 se le encomienda la supervisión del ejercicio de las facultades del Jefe de Gabinete respecto de la recaudación de las rentas de la Nación y de

---

<sup>214</sup> GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, KRAFT, BUENOS AIRES, 1943, P. 646.

<sup>215</sup> C. S. FALLOS 325:2394, "ZOFRACOR C/ ESTADO NACIONAL", DEL 20/9/2002.

<sup>216</sup> DISIDENCIA DE LOS DRES. E. RAÚL ZAFFARONI Y RICARDO L. LORENZETTI EN AUTOS "VELÁZQUEZ MARÍA", DEL 11/7/06 FALLOS 329:2847.

su inversión, con arreglo a la ley de presupuesto. Respecto a la figura del Jefe de Gabinete, el art. 100 inc. 1º le asigna el ejercicio de la administración general del país, en tanto el inciso 6 estipula que enviará al Congreso los proyectos de ley de Ministerios y de Presupuesto previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo. En último término, el inc. 7 del mismo artículo encomienda a esta nueva figura constitucional la recaudación de las rentas de la Nación y la ejecución de la ley de presupuesto.

En cuanto al control de la ejecución presupuestaria, la última modificación de la Constitución otorgó estatus constitucional a la Auditoría General de la Nación (en adelante AGN). Se la define como un organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, que tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración centralizada y descentralizada. En punto a la técnica presupuestaria la AGN interviene necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.

### **El control judicial del presupuesto.**

El escrutinio judicial de legalidad presupuestaria debe entenderse en un sentido estricto. Por su parte, el examen del presupuesto en sus aspectos sustantivos debe apreciarse en el marco de una cuestión justiciable donde se encuentre afectado un derecho subjetivo esencial individual o comunitario, relativo necesidades básicas como la salud, la vivienda, la educación, la seguridad o el medio ambiente. En tal sentido, la decisión judicial podría modificar o dejar sin efecto alguna de las previsiones contenidas en la ley en la medida en que se evidencie un supuesto de irrazonabilidad o arbitrariedad en el programa presupuestario, una situación de discriminación o una violación de los principios de progresividad y no regresividad arbitraria.

Debe resaltarse que en estos últimos casos, en consonancia con el principio de reserva legal la intervención del magistrado siempre debe ser subsidiaria de la actuación del Congreso. Finalmente, el juzgador debe evitar en sus decisiones judiciales una sustitución del criterio del legislador por lo que su decisión debe exteriorizar el estándar jurídico que identifique los parámetros que debe seguir el Estado para la recomposición de los derechos afectados cuya tutela se pretende.

## **La delegación legislativa y los problemas del estado administrador.**

Según el artículo 44 de la Constitución el poder legislativo de la Nación está investido en un Congreso de dos cámaras, una Diputados de la Nación y otra de senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires. La cuestión que se plantea es si el Poder Ejecutivo que por definición no está investido de esta competencia puede legislar. El debate en favor de la delegación legislativa fue iniciado por quienes imaginaban que la complejidad que adquiriría la regulación económica del estado administrador requerían de formas más rápidas y técnicas de legislación que la habitual de aprobación a través de un complejo proceso legislativo con la votación mayoritaria en dos cámaras luego de un trabajo previo en comisiones. Es decir, el inicio de la delegación legislativa coincide con el origen del estado administrador que requeriría de decisiones complejas que deben ser tomados por organismos técnicos no políticos como sería el Congreso, y además de asegurar un mecanismo rápido en la toma de decisiones. Frente a esta visión, la crítica a la celeridad en la legislación proviene del análisis de los costos de transacción, una legislación eficiente es decir que resuelve los problemas de la población reduciendo costos y favoreciendo el bienestar general, requiere de costos positivos que hagan a la legislación estable y con participación pública. Es decir la legislación por el Congreso al establecer un procedimiento complejo para su aprobación, hace que las normas sean más estables y de esta manera reduzcan los costos de transacción de los habitantes que deben conocerlas y cumplirlas. Al mismo tiempo, el procedimiento legislativo al ser público, es decir por el trabajo en comisiones, el debate en las sesiones de las cámaras con participación de distintos partidos políticos y la publicación en el diario de sesiones, hace que el procedimiento cumpla con requisitos mínimos de transparencia. La legislación ejecutiva es en general una legislación que cambia con rapidez y sin la participación de los interesados todo lo cual aumenta los costos de transacción de los habitantes que deben cumplirla. El procedimiento oculto en la aprobación de las normas administrativas hace que sus redactores sean fácilmente influidos por grupos de interés sin que los habitantes puedan siquiera enterarse de los trámites cumplidos en su aprobación. Es decir, que para utilizar la terminología de Mancur Olson la legislación ejecutiva favorece a los grupos pequeños y organizados frente a sectores amplios pero desorganizados. De esta manera favorece a empresas frente a consumidores, y empresas concentradas frente a pequeños productores.<sup>217</sup> No por esta desconfianza constitucional en la delegación legislativa tiene por lo tanto distintas fuentes han surgido dos visiones sobre la delegación legislativa teniendo en cuenta hacia quien delega sus competencias el Congreso.

### **1. El Ejecutivo Unitario.**

La primera es la teoría llamada la del "**ejecutivo unitario**". Sostiene que una vez delegada una competencia es siempre en cabeza del presidente de la Nación, quien puede avocarse a ella si hubiera estado delegada en otro organismo, como delegarla en

---

<sup>217</sup> MANCUR OLSON. THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION.

cualquier punto de la escala administrativa si se hubiera concedido originalmente esta facultad legislativa. Una variante del ejecutivo unitario es establecer el ámbito de reserva de la administración, de manera que competencias que están originalmente en el Congreso según la Constitución puedan ser ejercidas como facultades propias por el ejecutivo. La tesis administrativa de esta posición fue impulsada por Marienhoff que considera que está dentro de la competencia del Poder Ejecutivo dictar las normas sobre organización de los poderes del estado, y para esto bastaba con un reglamento autónomo.

## **2. La delegación mediante agencias.**

La segunda doctrina en materia de delegación es la llamada **delegación mediante agencias**, y es cuando el Congreso delega funciones no encabeza el Poder Ejecutivo directamente sino en un órgano de la administración creado e por la ley.

El inicio de la delegación por agencias ocurre en 1887 con la Comisión de comercio Interestadual, que se caracteriza por ser creada por ley y con amplias facultades. a través del siglo XX se crearon varias agencias federales como Comisión de comunicación Federal, la Administración de alimentos y drogas, la Agencia de Protección ambiental, la Comisión de Regulación Nuclear y muchas otras. Las características de estas agencias eran su creación por ley, y la estabilidad de los funcionarios que la dirigen. La Constitución de los Estados Unidos no menciona este tipo de agencias y por el contrario están en tensión con el texto constitucional sobre todo en cuanto a la exigencia de la división de poderes; sin embargo la mayor parte de estas agencias están tienen el poder de crear normas que pueden ser aplicadas directamente a los habitantes. Daría la impresión que la existencia de la agencias entra en conflicto con la noción que solamente el Congreso posee la función legislativa. Sin embargo es el Congreso quien ha delegado una amplia competencia legislativa a las agencias administrativas, en gran medida porque no quería hacerlo directamente en cabeza del Presidente, y de esta manera evitar la concentración del poder político que es el objetivo de la Constitución al establecer el sistema de división de poderes y frenos y contrapesos. Al mismo tiempo, la necesidad de reglamentaciones en temas complejos aparecía como mejor administrado por agencias especializadas que por el Congreso, al mismo tiempo, la cantidad de regulaciones necesarias excedía la capacidad del Legislativo. También existe una dimensión política de legisladores reconocen la necesidad de reglamentaciones complejas necesarias en la sociedad contemporánea pero quieren evitar el costo político de tener que sancionadas. De esta manera las agencias cumplían un doble objetivo para los legisladores, por una parte evitaban el costo de tener que asumir la legislación por el Congreso y al mismo tiempo evitaban la delegación al Poder Ejecutivo.<sup>218</sup> No por las heces administrativas no sólo posee la capacidad de dictar normas generales es decir el ejercicio de la función también tienen la función ejecutiva de aplicar la reglamentaciones que han sancionado y en algunos casos la capacidad de resolver las violaciones de sus normas lo cual supone el ejercicio de la función sea. Debemos aclarar que cuando lo hacen qué tan activamente el

---

<sup>218</sup> **PARA UN ANÁLISIS YA CLÁSICO DE LAS JUSTIFICACIONES DE LAS DELEGACIONES AMPLIAS DE COMPETENCIAS POR EL CONGRESO VER RICHARD STEWART, THE REFORMATION OF AMERICAN ADMINISTRATIVE LAW. 88 HARV. L. REVIEW, 1667 (1975).**

principio acusatorio es decir, la necesidad de una audiencia y un funcionario independiente que tome la decisión. Las agencias emplean para esto jueces administrativos que analizan los casos traídos por funcionarios de la agencia contra aquellos que son acusados de violar los reglamentos que la agencia ha dictado. A pesar que la delegación no se ha hecho en cabeza del presidente, sino en un organismo especializado creado por ley, y que la resolución de conflictos es efectuada por jueces administrativos independientes, la doctrina ha criticado a las agencias por ser contrarias al principio de división de poderes.

### **3. La doctrina de la no delegación.**

Una solución a los problemas constitucionales planteados por cualquiera de las dos formas de delegación legislativa, aun cuando es más grave en el caso del ejecutivo unitario que en el que las agencias administrativas, es la doctrina de la no delegación. Esta supone el cumplimiento estricto del principio que el Congreso no puede delegar función legislativa en ninguna agencia administrativa ni mucho menos en cabeza del Presidente para que éste a su vez los del a otro organismo. La teoría de la no delegación impone al Congreso que sea políticamente responsable en la toma de decisiones de políticas públicas antes que delegarla en funcionarios administrativos no electos. El debate se planteó en la década del 30 en el momento de mayor expansión del estado administrativo por la legislación del New Deal y en particular la Ley de recuperación industrial, (NIRA).. Esta ley era extremadamente polémica ya que establecía una forma que organización de la producción a través de los llamados "códigos de competencia justa" que en la práctica evitaba la competencia y favorecían los oligopolios. La Corte Suprema en el caso *Panama Refining Co., v. Ryan*, de 1935 declaró inconstitucional a un artículo de la ley de Recuperación Industrial, que autorizaba al presidente a prohibir el comercio inter estadual de petróleo que se hubiera producido en exceso que las cuotas de producción impuestas por el gobierno. La Corte concluyó que la ley era una delegación prohibida de la función legislativa en el presidente y enfatizó que la ley carecía de estándares de aplicación que limitaran la discrecionalidad del presidente.<sup>219</sup>

En el caso *Schechter Poultry Corp., v. United States* la Corte declaró inconstitucional una reglamentación adoptada bajo la misma ley de Recuperación Industrial, y en particular del código avícola de la ciudad de Nueva York. Este código estaba designado para asegurar la calidad de las aves que impedía que se obligara a los compradores a comprar conjuntos de aves que pudieran incluir animales enfermos. Por esa razón se llamó a este caso el "de las gallinas enfermas". La Corte Suprema declaró inconstitucional a la regulación porque excedía la capacidad del Congreso de regular la cláusula comercial. Al mismo tiempo la corte encontró que la regulación era inconstitucional ya constituía una delegación excesiva de la función legislativa. Dijo: "*no se permite al Congreso aplicar o transferir a otros la función legislativa esencial de la que está investido.*"<sup>220</sup>La Corte Suprema reconoció la necesidad para que la reglamentación tratara con "*el cúmulo de detalles con los cuales una legislatura nacional no puede tratar directamente*", pero consideró que "*el reconocimiento constante de*

---

<sup>219</sup> **CF. 293 U.S. 388 EN 1935.**

<sup>220</sup> **CF. 295 U.S. 495 EN 1935.**

*la necesidad y validez de este tipo de disposiciones, y la amplia extensión de la autoridad administrativa que se ha desarrollado a causa de ellos no puede oscurecer las limitaciones que tiene la autoridad para delegar, si es que nuestro sistema constitucional puede mantenerse."*

La cuestión de la delegación legislativa se extendió a los llamados lineamientos para las sentencias penales en el caso *Mistretta v. United States*, en este caso al mismo tiempo se hace una descripción de la delegación legislativa en los Estados Unidos.

El caso *Mistretta* ha sufrido una revisión recientemente en la cual la Corte Suprema ha considerado que si bien es válida la delegación del Congreso en cuanto pueda haber lineamientos y las para las sentencias judiciales en materia penal, estos lineamientos no son obligatorios.

## **Competencias exclusivas de cada Cámara.**

### ***A. El acuerdo del Senado.***

El Senado presta acuerdo por mayoría simple para la designación de los jueces nacionales y federales. En el caso de los de la Corte Suprema, éstos requieren la mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes. Según artículo 99 inciso 4°.

*4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en tema del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.*

El Senado presta también acuerdo para la designación de los mas importantes cargos militares y diplomáticos, aun cuando el Poder Ejecutivo se conserva el poder de designaciones protocolares o de emergencia.<sup>221</sup>

*7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.*

*13. Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas; y por sí solo en el campo de batalla.*

El acuerdo incluye los dos elementos mencionados expresamente en la Constitución de los Estados Unidos, el asesoramiento y el consentimiento. En nuestro país el acuerdo es al cargo y no a la función a cumplir como es en los Estados Unidos y ocurría en nuestro país durante la vigencia de la ley del servicio exterior de 1905. De esta manera el diplomático que ha recibido el acuerdo cumplirá funciones aún después de concluido el mandato del Presidente que lo designó y no se requerirá nuevo acuerdo para cumplir con nuevas

---

<sup>221</sup> EL ARTÍCULO 99 INC. 13 REFERIDO A LOS EMPLEOS MILITARES SEÑALA QUE NO ES NECESARIO EL ACUERDO DEL SENADO PARA LOS ASCENSOS QUE EL PRESIDENTE REALIZA EN EL CAMPO DE BATALLA. ESOS ASCENSOS SON PERMANENTES Y NO REQUIEREN CONVALIDACIÓN POSTERIOR. SE TRATA DE PROMOCIONES EFECTUADAS EN EMERGENCIA. LA LEY DEL SERVICIO EXTERIOR 20.957 TIENE UNA NORMA SIMILAR PARA LOS ASCENSOS AL RANGO INMEDIATO SUPERIOR EN LA CARRERA DIPLOMÁTICA.



funciones.<sup>222</sup> Tampoco se requerirá de acuerdo si la designación se efectuó en situación de emergencia de servicio y solo al cargo inmediato superior.

En los EE.UU. se han nombrado agentes diplomáticos sin acuerdo del Senado y en alguno de estos casos se los designó Embajadores. Algunos de estos son muy conocidos como John Jay, el autor del *El Federalista* que fue enviado por Washington a negociar un tratado con Gran Bretaña o el de Harry Hopkins enviado por el Presidente Roosevelt para acordar el sistema de "Préstamo y arriendo" también con el Reino Unido<sup>223</sup>.

### **1. Binotti, Julio C. c. Honorable Senado de la Nación, 15/05/2007.**

Un agente del Congreso de la Nación promovió acción de amparo procurando la nulidad de la votación realizada en la sesión de la Cámara de Senadores por la que se rechazó el ascenso propuesto a su respecto por el Poder Ejecutivo. Sostuvo que no se había alcanzado la mayoría requerida para tomar una decisión, porque los nueve senadores que se abstuvieron de votar no podían ser considerados ausentes. El amparo fue rechazado en primera y segunda instancia. Interpuesto y concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema, por mayoría, lo declara procedente, revoca la sentencia y declara la nulidad de la votación cuestionada.

#### ***A. La Cámara de Diputados como cámara de origen.***

Corresponde a la Cámara de Diputados ser cámara de origen en las contribuciones llamadas de 'dinero y de sangre' por ser en la que está representada directamente el pueblo de la Nación. Ser cámara de origen otorga un privilegio ya que al ser iniciadora, su posición prevalecerá sobre la cámara revisora. Es decir, que si las dos cámaras aprueban textos diferentes de una misma ley, por las mismas mayorías, prevalecerá la voluntad de la cámara de origen.

El artículo 52 dice:

---

<sup>222</sup> CF. EN GENERAL SOBRE ESTE TEMA HARRIS, J.P. THE ADVICE AND CONSENT OF THE SENATE. NEW YORK 1968.

<sup>223</sup> CARTA DEL PRESIDENTE FRANKLIN ROOSEVELT A HARRY HOPKINS EN LA QUE LE PIDE QUE VIAJE "A SU MÁS TEMPRANA CONVENIENCIA A GRAN BRETAÑA PARA ACTUAR COMO MI REPRESENTANTE PERSONAL. LE SOLICITO QUE ENTREGUE UNA COMUNICACIÓN EN EL MISMO SENTIDO A SU MAJESTAD EL REY JORGE VI." COPIA EN SHERWOOD, R. ROOSEVELT Y HOPKINS. TOMO I "DEL NEW DEAL A PEARL HARBOUR. BARCELONA 1950 P. 241.

*A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa de leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas.*<sup>224</sup>

En el caso ***United States vs. Muñoz Flores, 495 U.S. 385 (1990)*** la Corte Suprema de los Estados Unidos dispuso que se ejerciera el control de constitucionalidad por los jueces en los casos que no se cumplieran con los requisitos constitucionales para la aprobación de una ley. En el caso, una ley que establecía sanciones pecuniarias, que es constitucionalmente similar a una ley tributaria, había tenido trámite de iniciación en el Senado y no en la Cámara baja tal como la establece la Constitución para ese tipo de normas. En su fallo, en nombre de la Corte, el juez Thurgood Marshall señaló que era la función de la Corte desarrollar principios para la determinación de los tributos y establecer el origen de las decisiones en la Cámara correcta, y que el gobierno no había dado razones que demostraran que el desarrollo de esos principios en sede judicial fuera más difícil que en cualquier otro ámbito.

---

<sup>224</sup> ESTE ARTÍCULO TIENE SU ORIGEN EN EL ARTÍCULO I, SECCIÓN 7 DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, DICE: ‘1. TODOS LOS PROYECTOS DE LEY PARA CREAR RECURSOS TENDRÁN ORIGEN EN LA CÁMARA DE REPRESENTANTES; PERO EL SENADO PODRÁ PROPONER O APROBAR ENMIENDAS, COMO EN LOS DEMÁS PROYECTOS.’

## I. El Juicio Político.

El juicio político es el proceso por el cual se pueden destituir ciertos funcionarios públicos y los jueces de la Corte Suprema. El Artículo 53 de la Constitución al referirse a las competencias de la acusación de la Cámara de Diputados, señala los funcionarios que pueden ser juzgados y las causas por las cuales pueden ser destituidos.

*Artículo 53. Sólo 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**, 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 la mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes.*

La causal de ‘mal desempeño’ es un tipo abierto en cuanto a que su contenido puede ser muy amplio. Incluye comportamientos que pueden no ser dolosos y asociados al incumplimiento de las normas constitucionales.

Corresponde al Senado juzgar a los acusados por la Cámara de Diputados,:

*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.*

Los senadores deben prestar juramento ya que no se trata de una función puramente política o partidaria, sino una judicial de gran responsabilidad. No pueden votar como bloques políticos sino según su conciencia y luego de conocer la acusación, la defensa, la prueba y los alegatos sobre el derecho.

Los efectos del fallo son la destitución y eventualmente la inhabilitación.

Artículo 60.- 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.

La característica jurisdiccional del debido proceso hace que deban cumplirse reglas del debido proceso y que la decisión esté sujeta al control judicial de constitucionalidad. El término 'político' en la expresión 'juicio político' es equívoca, se refiere solamente a que quienes juzgan no integran el poder judicial, sino un poder político, y a que las causales para la destitución no son estrictamente delitos sino también motivos más amplios como el mal desempeño.

## **¿Qué motiva a los legisladores?**

Darí­a la impresión que el principal motivo del legislador es cumplir con su mandato, crear leyes de acuerdo con las preferencias y aspiraciones de sus votantes. Pero una ligera observación nos señala una nueva paradoja, el Congreso no legisla, tiene pocas sesiones, el trabajo de las comisiones es cumplido por asesores. Surge una contradicción entre la vocación de representación que encarna cada diputado y senador, y la inacción legislativa. Como el fenómeno es generalizado no puede imputarse a las intenciones de personas en particular. ¿Qué es lo que lleva a los legisladores a no actuar? La respuesta son los incentivos en gran medida ocultos, creados por el sistema electoral y tributario.

Para entender estas preguntas partamos de algunas suposiciones útiles. Supongamos que los legisladores son racionales y quieren maximizar su utilidad. Es decir, cumplir ampliamente sus aspiraciones. Entre ellas podemos suponer que está la de hacer una carrera política y para ello central la idea de continuar en sus funciones y de acceder a cargos de importancia. Estos intereses son legítimos y nos sorprendería la existencia de un diputado que no quisiera serlo o que le aburriera la actividad política, los electores se librarían de semejante representante. Ahora si un legislador tiene esas preferencias aceptará los incentivos que lleven a cumplir con sus aspiraciones. Negarse a ellos sería llevar al fracaso sus aspiraciones, sabemos que el heroísmo es inhabitual de tal manera que honramos a los héroes y a los santos, reconociendo su excepcionalidad.

De manera que analizar los incentivos institucionales que influyen sobre los legisladores es una manera de comprender el comportamiento de estos actores racionales que desean hacer carrera. Para ello tendrán que concluir acuerdos con los líderes de su partido, con los gobernadores de su provincia, y con los grupos de interés que influirán en su reelección y en la promoción de su carrera política.

Aunque si votan de una manera que es consistente con su ideología que es a veces inconsistente con el interés o bienestar de sus electores. ¿Cuán poderosos son los grupos de interés al influir el resultado de la legislación? La teoría económica de la legislación parte de la noción de que los legisladores son maximizadores racionales de los intereses propios. La pregunta que sigue es saber cuáles son las variables que se pueden encontrar en la función de utilidad de un legislador. Una posibilidad, es que el legislador está motivado por el deseo de ser reelegido. A los votantes, puede no interesarles un candidato que no esté lo suficientemente interesado en el cargo como para desear ocuparlo y permanecer en él. Por el sistema electoral los jefes políticos integran las listas de legisladores, los votantes tiene una influencia menor. Puede ocurrir el caso que la demanda del votante sea inelástica, es decir, que los electores votan por el mismo partido independientemente de quien fuera el candidato. En este caso particular, el interés del legislador por su reelección es transferido de la elección general a la elección interna de su propio partido. Hay provincias y partidos que tienen una demanda inelástica en las votaciones políticas.

Pero en las grandes regiones urbanas y en algunos partidos la demanda es elástica y esta es la tragedia de un partido histórico. Es decir que la imagen deslucida de un candidato puede alejar a los votantes mucho más que lo que indicaría la simpatía política que atrae el partido. Pueden votar en contra del candidato aún los afiliados a su partido.

Puede ocurrir que la reelección dependa de generar el apoyo o por lo menos evitar el rechazo de grupos de interés específicos que son capaces de hacer contribuciones políticas y asegurar que los votantes favorables al candidato lo apoyen efectivamente.

Con la delegación legislativa y con los Decretos de necesidad y urgencia no hay criterios comunes en materia de política regulatoria y cada sector tiene su propia manera de ser regulado, reflejando la discrecionalidad y la falta de coordinación entre los organismos reguladores. **Esta capacidad de acción unilateral por el Ejecutivo es el resultado de amplios poderes legislativos del Presidente, un control judicial débil y también de las características de un proceso presupuestario que da un espacio muy amplio de discrecionalidad al Ejecutivo.**

### ***Los poderes confundidos.***

La delegación legislativa muestra la distorsión que crea la adopción de instituciones parlamentarias en un sistema de división de poderes. Es decir, que en un sistema de gobierno presidencial se han introducido normas importadas de los sistemas parlamentarios con consecuencias autoritarias. Se ha querido explicar esta situación como la de tener un régimen constitucional de origen norteamericano y un sistema administrativo de origen francés, lo que ha sido llamado las dos caras de Jano.<sup>47</sup> Sin embargo, esto daría la impresión que se trata solamente de una confusión de fuentes jurídicas, a lo cual el principal problema imputable sería el de la inconsistencia. La situación es mucho más grave porque pone en juego la estabilidad de sistema de gobierno democrático. Debido a que **sobre un sistema de división de poderes se utilizan instituciones de origen parlamentario.**

En el sistema presidencial los ciudadanos eligen separadamente, en fechas y en períodos diferentes al Presidente de quienes ocuparán cargos en el Congreso. Por esta división de poderes **la voluntad de los legisladores no coincide con la del Presidente y sus competencias están separadas por la Constitución.** Está firmemente establecida en la tradición republicana de la separación de poderes que la reglamentación de los derechos constitucionales corresponde al Poder Legislativo para alejarla dentro de lo posible de la influencia presidencial.

En los sistemas parlamentarios la situación es diversa, los ciudadanos eligen principalmente a sus representantes al **Parlamento**. La función de éstos no es exclusivamente la de legislar, sino la de **invertir y la controlar al gobierno**. Para ello existen los votos de investidura y de censura por los que designan y destituyen al gobierno. En estos sistemas el gobierno depende de la voluntad del parlamento, que lo puede destituir y requiere en todos los casos, de la confianza parlamentaria para seguir gobernando.

Debido a que **en sistema parlamentario el gobierno es consecuencia de la voluntad del parlamento y depositario de su confianza, éste último puede delegar en el gobierno la función legislativa.** Existe entre el Parlamento y el Gobierno la relación de principal a agente. Como agente del Parlamento el Gobierno legisla siguiendo sus instrucciones. En caso que la legislación no fuera del agrado del Parlamento éste podría censurar al Ministro en cuestión o más aún a todo el Gabinete. Estas prácticas eran habituales en el sistema Francés de la Tercera República y de la Italia monárquica de las cuales los juristas argentinos tomaron los fundamentos del derecho administrativo en las primeras décadas del siglo XX.

De esta práctica parlamentaria, hipertrofiada en la Argentina por la arrogancia de los gobernantes y la desidia de los jueces, han aparecido instituciones como los reglamentos autónomos, y los decretos de necesidad y urgencia. Al mismo tiempo ha tenido un crecimiento desordenado la delegación legislativa, institución típicamente parlamentaria. Más graven aún, las prácticas legislativas parlamentarias, fuera de un sistema de responsabilidad política parlamentario, crean una fuerte tendencia al autoritarismo. No solamente por quién ejerce el Poder Ejecutivo, sino hasta el último funcionario que pueda dictar un reglamento. Buchanan acuñó la frase del **“burócrata Dios”**<sup>48</sup> para referirse al poder a veces omnímodo de ciertos funcionarios en el estado de bienestar.

Existe un conflicto latente entre el crecimiento de la legislación ejecutiva y el control judicial. Los sistemas parlamentarios europeos tradicionales no tienen **control judicial de constitucionalidad difuso**, aquel en que cualquier juez puede revisar la constitucionalidad de las leyes.<sup>49</sup> Un ejercicio estricto del control de constitucionalidad por los jueces limitará probablemente en el futuro la legislación presidencial. A menos que la mente judicial sea contaminada por la doctrina administrativa europea, propia de sistemas parlamentarios, que ha sido transplantada en estas tierras.

<sup>47</sup> “El derecho público argentino ha terminado por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativa hacia los regímenes del continente europeo.” H. Mairal, *Control Judicial de la Administración Pública*. Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. VII.

<sup>48</sup> Ver. Brennan y Buchanan. *El Poder Fiscal*. Unión Editorial. Madrid.

<sup>49</sup> Por oposición al sistema concentrado por el que solo un tribunal constitucional puede ejercer ese poder. El sistema concentrado si se aplicara en nuestro medio fortalecería la pendiente al autoritarismo, ya que al poder político le bastaría con controlar un tribunal para imponer su voluntad en todo el sistema jurídico.

<sup>50</sup> Es decir que ni siquiera consideró que era necesaria una delegación por el Congreso sino que eran los poderes generales reglamentarios que la Constitución le atribuye en el artículo 99 inciso 2, antes 86.

### **Una disidencia notable en el Caso Cocchia.**

El caso *Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional Fallos 316:2624* es el fallo en que la Corte Suprema autoriza la delegación legislativa ilimitada. Fue uno de los productos más conflictivos de la Corte de la década del ‘90. Es un precedente de tal extensión que de su lectura es muy difícil conocer que límites pudiera tener el Poder Legislativo a conceder cualquier tipo de delegación. Si bien distingue la delegación propia, originaria de los sistemas parlamentarios y que estaría prohibida en nuestro sistema de división de poderes, de la delegación impropia, que es cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, que, en cambio, estaría permitida. No determina la diferencia entre ambas. De su lectura surge la idea que el límite principal para la delegación legislativa está en la voluntad del Congreso, y no en los límites impuestos en la Constitución que pueden ser controlados judicialmente. El caso trataba la derogación de un convenio colectivo hecha por decreto. La mayoría lo consideró constitucional porque se trataba ‘decreto de ejecución sustantivo’ basado en las

facultades reglamentarias del Presidente, dándole la capacidad cambiar acuerdos entre particulares que tenían contenido legislativo.<sup>50</sup>

La disidencia señala con acierto, la diferencia entre el sistema de división de poderes con el sistema parlamentario en materia de delegación legislativa y reitera que la reglamentación de los derechos constitucionales solo puede ser efectuada por ley y no por decreto.

***Disidencia de los Ministros Carlos Fayt y Augusto Belluscio.***

***"7) Que el fundamento de tal negativa reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual -como en su fuente, el constitucionalismo americano- tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituyentes, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del estado de derecho. En efecto, en los regímenes de ejecutivo de origen presidencialista -que recibe su legitimación del pueblo soberano-, las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan -aun cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general- la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no tiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el estado constitucional de derecho.***

***"Por el contrario, la delegación legislativa y la delegación de competencias en una estructura de gobierno de ejecutivo de origen parlamentario no representa riesgos para las libertades individuales. Ello es así porque la continuidad del ejecutivo al que se le delega la capacidad de legislar del propio parlamento, que mediante el voto de confianza o el voto de censura ejerce un control continuado sobre el ejercicio de las facultades conferidas, sin peligro de que el poder -o el exceso de poder- tienda a devenir tiránico.***

<sup>51</sup> Citado por Jean François Revel. L'absolutisme inefficace. Plon. 1992. p. 143.

## **I. El Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación.**

### **A. El Defensor del pueblo.**

La reforma de la Constitución ha creado la figura del Defensor del Pueblo:

*Artículo 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*



*El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.*

*La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.*

La Constitución lo define como órgano independiente dentro del Poder legislativo, aclara, en forma algo redundante que actuará *sin recibir instrucciones de ninguna autoridad*. Su origen lejano es el *ombudsman* escandinavo, y la denominación fue tomada de la Constitución de España. En nuestro sistema el Defensor tiene la principal característica de contar con legitimación procesal para actuar en sede judicial en defensa de *los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.*

Esta legitimación amplia para actuar frente a la justicia lo acerca a la teoría constitucional norteamericana, donde órganos de gobierno **pueden demandar a quienes incumplan con la reglamentación de derechos, en algunos casos a través de las acciones de clase**. Es decir, que pese a su origen en el constitucionalismo europeo, la incorporación a un sistema de división de poderes y con un claro mandato constitucional para utilizar la legitimación procesal para defender los derechos humanos y controlar a la administración, lo acercan al sistema de control constitucional difuso. Al mismo tiempo, tiene un mandato constitucional expreso en el artículo 43 en la protección de los **derechos de incidencia colectiva**. De esta manera, **podrá iniciar acciones de clase en defensa de los derechos constitucionales en cabeza de un número extenso de personas**.

La ley 24. 284 es la que establece la organización del Defensor del Pueblo e indica sus competencias en lo no expuesto en la Constitución.

*Artículo 14.- Actuación. Forma y alcance. El Defensor de Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.*

*Los legisladores, tanto Provinciales como Nacionales, podrán receptor quejas de los interesados de las cuales darán traslado en forma inmediata al Defensor del Pueblo.*

Cuando actúa en representación de una queja de particulares no puede el Defensor del Pueblo continuar con su acción si la persona interesada ha iniciado una acción administrativa o judicial.

## **A. Auditoría General de la Nación.**

La reforma de 1994 estableció un órgano de control externo de la administración, dentro del Poder legislativo. La auditoría proviene de la teoría de la organización y generalmente es utilizada en las organizaciones privadas. Existe una auditoría interna o externa, según quienes realicen el control sean funcionarios de la organización o que estén fuera de ella en un organismo especializado.

La auditoría externa es el examen crítico, sistemático y detallado de un sistema de información de la administración, realizado por un funcionario sin vínculos laborales con la misma, utilizando técnicas determinadas y con el objeto de emitir una opinión independiente sobre la forma como opera el sistema, el control interno del mismo y formular sugerencias para su mejoramiento. El dictamen u opinión independiente tiene trascendencia para la sociedad, pues daría plena validez a la información generada por el sistema los que tendrían plena credibilidad en la información examinada.

La actividad de auditoría supone primero el examen de todas las anotaciones contables a fin de comprobar su exactitud, así como la veracidad de los estados o situaciones que dichas anotaciones producen.

Es decir que la auditoría externa examina y evalúa cualquiera de los sistemas de información de una organización y emite una opinión independiente sobre los mismos. tiene por objeto averiguar la razonabilidad, integridad y autenticidad de los estados, expedientes y documentos y toda aquella información producida por los sistemas de la organización.

La tarea de la Auditoría General de la Nación no es puramente contable sino también administrativa, lo que supone un examen completo y constructivo de la estructura organizativa de la institución o departamento gubernamental; o de cualquier otra entidad y de sus métodos de control, medios de operación y empleo que de a sus recursos humanos y materiales.

Dice la Constitución.

*Artículo 85. El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.*

*Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional, se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría*

*absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.*

*Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.*

Con el fin de asegurar la independencia política de la Auditoría, la Constitución establece que su presidente será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Sin embargo esta situación no asegura mucho si el resto de sus integrantes pertenecen al partido de gobierno. El tiempo dirá si este organismo cumple la función que la Constitución le encomendara.

La Auditoría General de la Nación, órgano colegiado que lleva adelante el control externo del presupuesto público nacional, fue creada por la ley de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156, e incorporada posteriormente a la Constitución Nacional, en ocasión de la reforma parcial del texto de la Ley Fundamental en el año 1994. Su misión: asistir técnicamente al Congreso Nacional, a través de sus dictámenes, para el examen y opinión que le cabe al Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo. La Auditoría General de la Nación, es una de las pocas instituciones cuya ley complementaria a la reforma constitucional aún no ha sido sancionada.<sup>225</sup> Sin embargo, y más allá de las reformas legislativas que puedan proponerse para optimizar el funcionamiento del organismo, considero que el éxito de su gestión depende del correcto funcionamiento de los órganos llamados a evaluar la responsabilidad generada a partir de las irregularidades detectadas por el control. Para ello resulta imprescindible que la lealtad partidaria mal entendida no tiña las decisiones que adopten los auditores en Colegio, que la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, en tiempo oportuno, requiera al universo controlado el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la Auditoría General; que se sigan dando a publicidad los dictámenes de la Auditoría General de la Nación y que se ahonden las relaciones de la Auditoría con la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

---

<sup>225</sup> SCHAFRIK, FABIANA HAYDÉE, AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. ¿AGONIZA EL CONTROL DE LAS CUENTAS PÚBLICAS? LA LEY 24/02/2009, 1

## **El Poder Ejecutivo.**

Artículo 87.- El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de "Presidente de la Nación Argentina".

La reelección del Presidente fue el tema central en la reforma de 1994, inclusive toda la compleja negociación del Pacto de Olivos tuvo como fundamento las condiciones en las que se aceptaba la reelección presidencial. Finalmente fue establecido un mandato de cuatro años y una reelección inmediata. En esto se sigue el modelo de los Estados Unidos, pero a diferencia de ese país donde no hay más reelecciones de por vida, en nuestra reforma se admitió la reelección luego de pasado un período.

*Artículo 90. El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período.*

El Presidente es el jefe de Estado en cuanto a la representación exterior de la Nación. Es también el jefe de la administración pero con una terminología extraña que lo hace responsable político de ella, cuando no existe en un sistema de separación de poderes responsabilidad política. La responsabilidad política es en los sistemas parlamentarios el fundamento del voto de censura.

### **A. Competencias inherentes del Poder Ejecutivo.**

La pregunta que plantea el análisis de las competencias del Poder Ejecutivo es saber si existe un poder presidencial inherente.<sup>226</sup> Es decir, si el presidente como el Congreso tiene competencias fuera de las que están asignadas en el artículo 99. Ya que el presidente no cuenta como es el caso del Congreso con una norma similar a la que establece el artículo 75 inciso 32 que dice:... *"todos los otros [poderes] concedido por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina."* Es por este artículo y por la doctrina que viene desde el caso *McCulloch v. Maryland* de 1819 que sabemos que el Congreso cuenta con poderes inherentes, la pregunta es saber si el Poder Ejecutivo también cuenta con ellos. En el origen constitucional de los Estados Unidos se planteó un debate cual Alexander

---

<sup>226</sup> LA EXCEPCIÓN SON LAS RELACIONES EXTERIORES QUE ADMITEN COMPETENCIAS INHERENTES DEL PRESIDENTE CONSIDERADO 'ORGANO ÚNICO' EN ESA MATERIA, SEGÚN FUE ESTABLECIDO EN EL CASO *UNITED STATES V. CURTISS WRIGHT*.

Hamilton consideraba el presidente tenía poderes inherentes y que su autoridad no estaba diseñada específicamente en la Constitución. Esta opinión era opuesta por James Madison se consideraba que él Presidente no tenía poderes que no fueran enumerados y que una autoridad que los tuviera sería inconsistente con Constitución que creaba un gobierno de autoridades limitadas.<sup>227</sup>

Este debate es de difícil solución si sólo tenemos en cuenta el texto de la Constitución y la intención de los constituyentes. Según la expresión del juez Jackson: "*Determinar qué fue lo que nuestros ancestros imaginaron o pudieron haber imaginado si hubieran previsto las condiciones modernas, debe ser adivinado de materiales que son tan enigmáticos como los sueños que José debió interpretar para el Faraón. Luego de un siglo y medio de debate partidario y de especulación de los investigadores no tenemos un resultado neto sino se nos ofrecen citas más o menos aptas de fuentes respetadas de cada sector en cualquier cuestión planteada. Generalmente se cancelan unas a otras. Y las decisiones de los tribunales no son decisivas porque la práctica judicial requiere tratar las cuestiones principales a través de un procedimiento de.*"<sup>228</sup>

## ***B. Poderes concurrentes entre el Presidente y el Congreso.***

¿Existen poderes concurrentes entre el Poder Ejecutivo y el Congreso? En principio las competencias están indicadas con cierta precisión para cada uno de ellos, pero aparecen casos en que la Constitución da soluciones que tienen un mismo fin pero tomen distintos caminos según sea el Poder que intervenga. Podría existir una competencia que puede ser considerada como concurrente, aunque en general la iniciativa será del Presidente, ya que por la rapidez que caracteriza al Ejecutivo en la toma de decisiones será sin duda más inmediato en la respuesta. Pero la iniciativa no le estará en estos casos vedada al Congreso. Podemos suponer que si el Ejecutivo actúa y el Congreso se mantiene en silencio existe una presunción razonable que éste último ha prestado su aquiescencia o aún un consentimiento tácito a lo que el Presidente ha hecho. Aunque el silencio en sí mismo no es una manifestación de voluntad <sup>229</sup> es quizás conveniente recordar la excelente frase de la ley de Partida, tomada del Digesto, "*aquel que calla non se entiende que siempre otorga lo que dicen,..; mas esto es verdad que non niega lo que oye.*"

La Constitución ha prevista esta situación en la **prohibición de la aprobación ficta**. Dice el Artículo 82,  
*La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta.*

## **El caso Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer. 1952.**

---

<sup>227</sup> WILLIAM GOLDSMITH, THE GROWTH OF PRESIDENTIAL POWER: A DOCUMENTED HISTORY. 1974. P. 398 Y SS.

<sup>228</sup> EN EL CASO YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO., V. SAWYER. 343 U.S. 579, 634 (1952).

<sup>229</sup> CF. ART. 919 DEL CÓDIGO CIVIL

En esta materia de las relaciones del Presidente con el Congreso la doctrina constitucional de los EE.UU. presenta la decisión de la Corte Suprema en el **caso de la toma de las acerías**.<sup>230</sup> Durante la guerra de Corea el Presidente Truman ante el riesgo de un *lock out* empresario que pudiera poner en peligro la provisión de acero para la guerra ordenó por decreto (*executive order*) al Secretario de comercio que tomara posesión de las acerías y que las mantuviera en funcionamiento. Arguyó que esta competencia era un poder inherente del Presidente. El Congreso no había dictado ninguna ley que autorizara la toma ya fuera antes o después del hecho, lo que es más importante, habían considerado y rechazado la autorización para el tipo de ocupación que Truman había ordenado.

La Corte rechazó la acción presidencial en un fallo que redactó el Juez Hugo Black. El Presidente, escribió Black, se ha transformado en legislador, una función que ha sido asignada al Congreso. La toma era por lo tanto ilegal.

*“el poder del Presidente, si lo tuviera, para tomar una decisión de este tipo, debe provenir de una decisión del Congreso o de la misma Constitución.”*<sup>231</sup>

A pesar de la brevedad y la elegancia de la sentencia de Black, este caso es recordado por la opinión concurrente del Juez Robert Jackson que estableció la doctrina de la flexibilidad de las competencias presidenciales.

La importancia de esta decisión hace su mención inevitable:

*“El arte de gobernar bajo nuestra Constitución no se conforma y no puede conformarse a definiciones judiciales del poder de alguna de sus ramas basa en cláusulas aisladas o en algún artículo separados de su contexto. Si bien la Constitución privilegia la difusión del poder para asegurar la libertad, también contempla que la práctica integrará a los poderes dispersos en un gobierno eficaz. (workable). Asocia en sus ramas separación pero también interdependencia, autonomía pero también reciprocidad. Los poderes presidenciales no son fijos sino que fluctúan, dependiendo de disyunción o conjunción con los del Congreso. Podemos comenzar con un agrupamiento algo sobre simplificado de situaciones prácticas en los cuales el Presidente puede dudar, o en otras puede enfrentar sus poderes (los del Congreso) y distinguir someramente las consecuencias legales de este factor de relatividad.”*

*“1) Cuando el Presidente actúa siguiendo una autorización expresa o implícita del Congreso, su autoridad está en el máximo, porque ella incluye todo lo que posee por derecho propio más todo lo que el Congreso le puede delegar. En estas circunstancias, y en éstas solamente, se puede decir que personifica la soberanía federal. Si su acto es considerado inconstitucional en estas circunstancias, significa usualmente que el gobierno federal como un todo indiviso carece de competencia. Una toma ejecutada por el Presidente siguiendo una ley del Congreso estaría apoyada por más fuerte presunción y la más amplia latitud de interpretación judicial, y el peso de esta presunción se apoyará pesadamente en aquellos que pudieran atacarla.*

*2) Cuando el Presidente actúa en la ausencia de una concesión o de un rechazo de autoridad del Congreso, sólo puede contar con sus poderes propios independientes, pero existe una **zona de penumbra** en la cual el Congreso puede tener una autoridad concurrente, o en la que su distribución es incierta. Por lo tanto, la inercia del Congreso, su indiferencia o aquiescencia puede a veces, por lo menos en cuestiones prácticas, permitir o aún invitar, medidas de responsabilidad*

<sup>230</sup> SI BIEN EL CASO ES CONOCIDO COMO LA TOMA DE LAS ACERÍAS, EL FALLOS ES YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER. DEL AÑO 1952.

<sup>231</sup> CF. YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER, 343 U.S. 579 P. 585.

*independiente. En esta área cualquier prueba efectiva de poder dependerá probablemente en los imperativos de los hechos y en imponderables contemporáneos más que en teorías abstractas de la ley.”*

*3) Cuando el Presidente toma medidas incompatibles con la voluntad expresa o implícita del Congreso, su poder está su mínima expresión, porque en ese caso sólo puede confiar en sus poderes constitucionales propios menos cualquier poder constitucional que el Congreso tenga en la materia. .. Una pretensión presidencial a una competencia tan concluyente y excluyente debe ser escrutada con cautela, porque estaría en juego el equilibrio establecido en nuestro sistema constitucional.”<sup>232</sup>*

Esta opinión es notable por ser pionera en señalar la esterilidad de la búsqueda de los poderes inherentes del Presidente enfrentándolos con el Congreso, antes bien la necesidad de asociar la voluntad de ésta en la decisión presidencial. Esta decisión de Jackson ha sido considerada por la misma Corte Suprema *como la mejor combinación de análisis constitucional y de sentido común que existe en este tema.*<sup>233</sup>

En el tema de los poderes concurrentes en caso de conflicto la voluntad del Congreso debe prevalecer sin tener en cuenta que rama ha tomado la iniciativa.

### ***El poder reglamentario.***

Artículo 99.- El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

El presidente con refrendo del jefe de Gabinete de Ministros y del Ministro de competencia en el tema ejerce el poder reglamentario. Dice el artículo. 99 inc. 2:

*2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.*

### **El caso Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina. 1941 T. 190 , P. 142.**

*Los actos administrativos, como actos de autoridad emanados del P. E. tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa; su nulidad no puede ser declarada de oficio por los jueces y sólo puede ser pedida por las personas afectadas; todo lo cual no cambia, sin embargo, la naturaleza de la nulidad ni convierte en relativa a la que es absoluta. La competencia -en el sentido de jurisdicción- es un elemento esencial en el acto administrativo, tanto como su equivalente la capacidad lo es en derecho privado.*

---

<sup>232</sup> CF. *YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER*, 343 U.S. 579, 635-37, 1952. JACKSON, J. CONCURRING.

<sup>233</sup> CF. *DAMES & MOORE V. REGAN*. 453 U.S. 654 , 1981., DICHO EN LA DECISIÓN REDACTADA POR EL PRESIDENTE DE LA CORTE REHNQUIST.

*Las disposiciones del Código Civil sobre nulidad de los actos jurídicos son aplicables en la esfera del derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la substancia de este último. Es condición esencial de la organización del Poder Judicial, la de que no le sea posible controlar por propia iniciativa -de oficio- los actos legislativos o los decretos de la administración. El Poder Judicial tiene facultades para analizar la validez o nulidad de un acto de autoridad del P. E., cuando se pretende que desconoce preceptos constitucionales y cuando ese análisis es indispensable para decidir si se ha operado la prescripción opuesta.*

## **La promulgación de las leyes.**

Éste lo hace vía la remisión de proyectos a una u otra Cámara (conf. **Art. 77**), también a través de la promulgación (que puede ser- hemos ya explicado) expresa (**art. 78 última parte**) o tácita (**art 80 1ª parte**) pero también lo hace a través del **veto** (total o parcial) de las leyes previsto en el **art. 83 1ª parte** y de la **promulgación parcial** del **art. 80 2ª parte**.

En efecto, recibido por el PE un proyecto sancionado “con fuerza de ley” por el Congreso, el PE tiene la facultad de observar- como dice la DE LA CONSTITUCIÓN- o vetar ese proyecto. El veto, puede decirse, es una manifestación de voluntad del PE en contrario a la vigencia del proyecto sancionado por el Congreso y así, no estando de acuerdo, observa, desecha o veta (total o parcialmente) ese proyecto conforme surge del art. 83 1ª parte.

El veto supone una manifestación del Presidente en contra de la vigencia de la ley que le llega del Congreso. El veto puede ser **\*absoluto** que ejercían los monarcas absolutos prohibiendo al órgano legislativo (dieta o дума) insistir con un proyecto. Hoy no rige. **\*\*Veto suspensivo** que es el que en general tiene vigencia y que impide la entrada en vigencia de un proyecto sancionado por el PL en forma inmediata pues vuelve al PL y recomienza su tratamiento. El veto suspensivo puede ser a su vez **·veto suspensivo simple o de bolsillo** (en los términos de la Constitución estadounidense) y que opera cuando habiendo el Congreso sancionado una ley en los últimos días del período de sesiones impidiendo al Presidente su devolución, el proyecto igualmente no será ley y no opera la promulgación tácita y **·veto suspensivo condicional** que rige en nuestro ámbito, pues el Congreso puede insistir con su sanción y vencer el veto presidencial y el proyecto así queda promulgado. Lógicamente si no hubiera insistencia del Congreso, el proyecto queda sin efecto. Al respecto, el **art. 83 1ª parte** consagra la regla general al establecer que cuando hay veto (total o parcial) por parte del PE, el proyecto con sus objeciones vuelve a la Cámara de origen; ésta lo discute de nuevo y si lo confirma (con mayoría de 2/3) pasa a la Cámara revisora y si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al PE para su promulgación. Es claro que no se admite un segundo veto o rechazo por parte del PE frente a la insistencia del Congreso.



En cuanto a la promulgación de las leyes el artículo 80 inciso 3, tiene una larga descripción sobre los llamados decretos de necesidad y urgencia, grave patología de nuestro sistema, ya que a pesar de su redacción equívoca ha sido utilizado para que el Presidente ejerza un poder legislativo.<sup>234</sup>

*3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.*

*El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.*

### ***El Veto parcial.***

En la Argentina, la reforma de la Constitución en 1994 ha admitido el veto parcial en forma de excepción, en el artículo 80,

*“..Los proyectos desechados parcialmente (por el Ejecutivo) no podrán ser aprobados en la parte restante. Sin embargo, las partes no observadas solamente podrán ser promulgadas si tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia.”*

A pesar de las salvedades, la práctica reciente ha admitido vetos parciales, lo que limita en forma cierta el control legislativo de los actos de la administración. Sin el veto parcial el Congreso tiene un pleno control presupuestario que lo ha transformado, en el caso de los Estados Unidos, en un actor importante en todas las decisiones políticas aún en la política exterior, donde hay una preeminencia del Poder Ejecutivo. Todavía en nuestro país el arma presupuestaria no ha sido utilizada por los legisladores en la determinación de políticas a seguir, y menos aún en la política exterior. Como el Presidente no puede vetar el presupuesto, tiene que negociar con las comisiones parlamentarias en que condiciones se establecen los créditos necesarios para la acción de gobierno. Con el veto parcial la aprobación del presupuesto por el Congreso se transforma en un mero trámite ya que el Presidente podría vetar las partidas que no le interesan y además no cumplir con las partidas aprobadas.

### **Veto parcial y promulgación parcial**

---

<sup>234</sup> PARA SU ANÁLISIS REMITO AL CAPÍTULO SOBRE EL TEMA.

Aunque son dos atribuciones presidenciales diferentes, la promulgación parcial supone la emisión de una observación o veto parcial por parte del Poder Ejecutivo, pero no se confunde ni identifica con ella<sup>235</sup>. "Giulitta, Orencio A. y otro c. Nación Argentina", Fallos 189:156 (1941). El Presidente participa en el proceso de formación y sanción de las leyes, puede proponerlas, las promulga, y publica (art. 99 inc. 3°); y puede desechar, en todo o en partes los proyectos de ley (arts. 80 y 83).

El veto tiene como única condición la de ser ejercida dentro del plazo de 10 días útiles (art. 80) y permite al Presidente examinar la constitucionalidad, oportunidad y conveniencia, del proyecto. De la oportunidad de su decisión no hay control judicial pero podría haberlo sobre el incumplimiento de los requisitos constitucionales.

La promulgación parcial está prohibida en el artículo 80 que solo la admite excepcionalmente. Es una mala técnica del constituyente de 1994, que utiliza también en otros artículos, el de prohibir una conducta para luego permitirla. Con esta práctica equívoca se promueve la *'pendiente resbaladiza'* hacia el incumplimiento de las normas constitucionales.<sup>236</sup> El art. 80, remite al art. 99, inc. 3° únicamente respecto al procedimiento de emisión y control. La prohibición establecida respecto a la promulgación parcial en el art. 80 de la Constitución Nacional no es aplicable al veto. Pero si el Presidente utiliza el veto parcial no debe promulgar el resto del texto normativo. Debe, inexorablemente, enviar todo el proyecto al Congreso para que éste decida. Desde luego, el Poder Legislativo, tiene la atribución de insistir en su proyecto originario, siempre que el Congreso obtenga dos tercios de votos en ambas Cámaras (art. 80, C.N.).

La situación es más estricta aún en el caso de las leyes tributarias, el Presidente puede vetarlas parcialmente, pero la prohibición de la promulgación parcial es absoluta si con ello afectara el principio de legalidad tributaria.

La autorización de la promulgación parcial varía según la redacción de la ley vetada, si a pesar de haber sido aprobada en un solo acto tiene capítulos diferentes y que no tengan autonomía y que permitan su promulgación separada. En la práctica se aplicaría a proyectos de ley aprobados con mala técnica para incluir temas dispersos, una situación similar a las de las *'leyes ómnibus'*.<sup>237</sup>

## **La ley contrato y la inconstitucionalidad de la promulgación parcial.**

La promulgación parcial está prohibida y sólo puede aceptarse si las partes no observadas tienen autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso (art. 80, Constitución Nacional). En la práctica solo puede determinarse por el control judicial. Asimismo expresiones como *'autonomía*

---

<sup>235</sup> MARÍA ANGÉLICA GELLI, LA PROMULGACIÓN PARCIAL DE LEYES: COMPLEJIDADES JURÍDICAS DE UN INSTRUMENTO POLÍTICO A PROPÓSITO DEL CASO "FAMYL S.A." LA LEY 2000-E, 628.

<sup>236</sup> CF. SUPRA EN ESTE MISMO VOLUMEN CAPÍTULO REFERIDO A LA *'PENDIENTE RESBALADIZA'*.

<sup>237</sup> "EL SUPUESTO DE LAS LEYES ÓMNIBUS MUESTRAN UN EJEMPLO PARADIGMÁTICO, PERO NO ÚNICO, DE UNA DE LAS MODALIDADES LEGISLATIVAS EN LAS QUE SUELEN SER DISCERNIBLES ENTIDADES DIFERENTES, EN UN MISMO PROYECTO" CONSID 4° DE LA DISIDENCIA DEL MINISTRO PETRACCHI "JULIO O. BUSTOS C. SERVICIOS ESPECIALES SAN ANTONIO S.A.", FALLOS 319:1479 (1996).

normativa' y el 'espíritu y unidad del proyecto' son opacas y no es posible su sustitución con descripciones acertadas. Esta es una de las razones por las que las promulgaciones parciales son de difícil aceptación.

La segunda oposición es por el poder extraordinario que conceden al Presidente que le permite no cumplir con los acuerdos parlamentarios que permitieron llegar a la sanción de la ley. Si la ley puede asimilarse a un contrato negociado entre distintos sectores con representación en el Congreso y con la participación de grupos de interés como organizaciones no gubernamentales interesadas, la posibilidad del veto y promulgación parcial le permiten al Presidente no cumplir con estos acuerdos. La amenaza de la promulgación parcial impide la sanción de leyes que sean productos del consenso entre legisladores, el Presidente y los grupos interesados en la legislación. Se transforma en un instrumento de imposición de la voluntad del gobierno sobre las distintas opiniones e intereses de la sociedad.

Los precedentes de la Corte Suprema han analizado las formas posibles de la promulgación parcial. Si bien el artículo 80 se refiere a la *autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto*, como formas diferentes que permitan la promulgación parcial la Corte Suprema las ha considerado como un conjunto.

En el caso Famyl S.A., el proyecto de ley 25.063 estableció tanto la obligación como los elementos de la obligación, el legislador previó el hecho imponible, en este caso la prestación de servicios médicos prepagos; los sujetos pasivos, empresas privadas que no sean obras sociales, la base imponible y la alícuota, una tasa del 10,5 % del IVA.

Al vetar la alícuota y promulgar el resto de la ley tributaria, el Poder Ejecutivo estaba creando una norma diferente a la sancionada por el Congreso, legislando una alícuota del impuesto del valor agregado que no había sido prevista por el Congreso. Es decir establecía un impuesto en contra de la voluntad del Congreso. Al vetarla el Poder Ejecutivo el impuesto no puede ser aplicado ya que no existe la base legal para su aplicación, es por ello que existe el mandato constitucional al Presidente de enviarla la norma vetada parcialmente al Congreso para su revisión. De ninguna manera podría imaginarse que la ley se encuentra vigente con el contenido que le diera originalmente el Congreso, ya que lo aprobado es solamente un proyecto hasta su promulgación. El mandato constitucional es que la promulgación parcial no puede entrar en vigencia salvo casos excepcionales y la decisión judicial que impide la vigencia de la ley promulgada parcialmente confirma esta solución.<sup>238</sup> En el caso la Corte, consideró que el análisis de la validez de la promulgación parcial debía circunscribirse a la disposición que regula la imposición del IVA a los servicios de medicina prepagos, ya que el resto de los artículos del proyecto de ley 25.063 se referían a muchos temas con una relativa independencia entre sí. En consecuencia de ese análisis, el inc. 2º punto 4 del art. 1º que se promulgó por

---

<sup>238</sup> EN CONTRA VITOLO, ALFREDO M. "EL VETO Y LA PROMULGACIÓN PARCIAL DE LAS LEYES", LA LEY, 1/8/2000. QUE SEÑALA QUE DECLARADA LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL VETO DEL PODER EJECUTIVO DEBEMOS TOMAR COMO VÁLIDA LA SANCIÓN ORIGINAL DEL CONGRESO. AUNQUE CORRECTAMENTE SEÑALA LA INCONSISTENCIA DE SOSTENER QUE LA DISPOSICIÓN VETADA Y PROMULGADA PARCIALMENTE NO ES NORMA Y MANTENER LA VALIDEZ DEL RESTO DE LA LEY.

el Poder Ejecutivo, no constituye, estrictamente, una norma jurídica, por lo cual el fisco no podría fundar derechos en una norma inexistente.

En el caso *Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini* Fallos 318:445 (1995) declaró la inconstitucionalidad del resultado de una promulgación parcial válida. En el caso, se trataba del proyecto de ley de consolidación de deuda pública, en la que se había eximido del pago en bonos a la indemnización por expropiaciones. El Poder Ejecutivo vetó esa excepción y publicó el resto. La Corte Suprema dijo que *"el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley presupone su existencia como tal, esto es, su promulgación válida"*. Pero finalmente entendió que el pago de las indemnizaciones por expropiación en bonos de la deuda pública era contrario al art. 17 de la Constitución.

En *Julio O. Bustos c. Servicios Especiales San Antonio S.A.* Fallos 319: 1479 (1996), LA LEY, 1997-C, 62., la Corte Suprema declaró la validez constitucional de una promulgación parcial. Se cuestionaba la promulgación del art. 153 de la ley 24.013 en tanto la norma modificaba una disposición de la ley de contrato de trabajo que limitaba la base sobre la que debía determinarse la indemnización por despido. El actor buscaba que la Corte declarara la nulidad del veto y de esa manera repusiera la norma originalmente sancionada por el Congreso. La Corte consideró que el veto no afectaba la nulidad normativa del proyecto ni los fines de la ley que habían sido expresados con una gran generalidad.

En una de las curiosidades del caso *Famyl* el Congreso trató el veto a la ley cuestionada antes de la sentencia de la Corte. La Cámara de Diputados insistió en el artículo vetado pero el Senado rechazó la insistencia.

En trámite la causa y antes de la sentencia, el Congreso Nacional trató el veto parcial al proyecto de ley 25.063. En lo que aquí interesa la Corte entendió que el tribunal debía analizar esa actuación posterior del Poder Legislativo, en orden a lo establecido en el art. 83 de la Constitución Nacional.

A propósito de ello, la Cámara de Diputados insistió en la sanción del artículo vetado por el Poder Ejecutivo pero, sobre el punto, la Cámara de Senadores rechazó expresamente la posibilidad de insistir. Por esa razón y en cumplimiento del artículo 83 de la Constitución *"el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de ese año"*. Estrictamente el artículo no existió e imaginar que pudiera aplicarse la alícuota más baja ya que existía en la ley vetada es imaginar que se pudiera establecerse un impuesto fuera del mecanismo constitucional establecido.

Sostener que por causa de la inconstitucionalidad de la promulgación parcial, es válida la ley sin el veto parcial, implicaría que el Poder Judicial puede ignorar el efecto suspensivo del veto. Significaría tanto como afirmar que el Poder Judicial puede sustituir la voluntad ejecutiva de impedir la ley. La alternativa, por otro lado, ignoraría el precedente "Giulitta" Giulitta, Orencio A. y otro c. Nación Argentina", Fallos 189:156 (1941). L.L. 22:54; en el que la Corte Suprema sostuvo que el veto suspende la aplicación de la ley. En suma, la promulgación parcial de las leyes está prohibida por la Constitución y solo excepcionalmente puede aceptarse en leyes que estén lo suficientemente fragmentadas en su contenido que impidan que la parte vetada pueda influir en la promulgada. Al mismo

tiempo, debe recordarse que la promulgación parcial es una grave amenaza al sistema de división de poderes.

En la Argentina a pesar de las salvedades, la práctica reciente ha admitido vetos parciales, lo que limita en forma cierta el control legislativo de los actos de la administración.

Una gran reforma a favor del poder presidencial consolidada en 1994, fue la posibilidad del veto parcial. El veto parcial utilizado en cualquier legislación pero particular en el presupuesto hacen que la capacidad de maniobra del Presidente sea prácticamente ilimitada frente al Congreso y no es posible llegar a ningún acuerdo entre legislador y Presidente ya que el Presidente puede romper ese acuerdo a través del veto parcial. Puede compararse esta situación con los argumentos sostenidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en contra del veto parcial. De esta manera en *Clinton vs. City of New York* 118, S.Ct. 2091 (1998) la Corte rechazó la existencia de la promulgación parcial de las leyes.

## **Nombramiento y remoción de funcionarios.**

La democracia está asociada al concepto de que los representantes del pueblo ejercen las tareas legislativas y de gobierno. Junto a ellos aparecen quienes deben cumplir la tarea de la administración, subordinada a los poderes políticos. Si el fundamento de legitimación de los que integran el gobierno es la elección popular, la legitimidad de la administración proviene de la idoneidad de sus funcionarios para cumplir con la gestión de los intereses de la Nación. La idoneidad como única condición para el acceso a la función pública, es un fundamento del sistema republicano, la Constitución lo establece en el mismo artículo en que excluye los privilegios y prerrogativas de sangre o de nacimiento, y en la misma frase en que establece el principio de igualdad ante la ley. Esta idoneidad supone excluir toda forma de favoritismo político o de nepotismo. La idoneidad asegura que la administración de los bienes públicos está en manos de quienes tienen mérito para hacerse cargo de ellos.

El mérito o la idoneidad son la expresión administrativa del gobierno democrático. Muchas veces se confunde la idoneidad como condición de ingreso al empleo público con la imagen de una carrera cerrada, elitista y alejada de la realidad. Por el contrario, la idoneidad, medida por formas objetivas como es el caso del concurso público permite que el favoritismo, la recomendación o el contacto social o político queden de lado y los que no los tienen puedan acceder a la función pública. Dejo de lado, por el momento, que la idoneidad asegura un mejor servicio público y que termina con la furia de los gobernantes frente a una burocracia esclerosada, ineficiente y hermética frente a las demandas de la sociedad.<sup>239</sup> El concepto de la idoneidad como requisito para el ingreso al empleo público aparece como uno de los requisitos iniciales del constitucionalismo, el artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice: *“..Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, (de la ley) son igualmente admitidos a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento.”(artículo 16).*

El artículo 99 inciso 7º establece dentro de las competencias del presidente:

*"7. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; sus por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está arreglado de otra forma por esta Constitución."*

Este artículo debe ser interpretado con las limitaciones de la *estabilidad del empleado público* del artículo 14 y de los *'empleos de escala'* mencionados en el artículo 72.

Sobre los *'empleos de escala'* esta redacción es originaria de la Constitución de 1826. Allí se planteó la distinción entre quienes estaban a sueldo del Poder Ejecutivo por cumplir cargos que podríamos en la actualidad llamar políticos y los que percibían esos sueldos

---

<sup>239</sup> CF. MOSHER, F. "DEMOCRACY AND THE PUBLIC SERVICE." OXFORD UNIVERSITY PRESS, NEW YORK, 1968. P. 202 Y SS.

por ser funcionarios de una carrera administrativa, la norma de 1826 los llamó “*empleos de escala*”, denominación que reitera la Constitución vigente. Un largo debate se produjo en el Congreso Constituyente para prohibir que ningún miembro de las Cámaras pudiera ser empleado por el Poder ejecutivo, votándose al fin un artículo que se incorporó a la Sección Cuarta, Capítulo 1º sobre la Cámara de Representantes, redactado así:

*“Ninguno (se refiere a los representantes) después de incorporado podrá recibir empleo del Poder Ejecutivo, sin el consentimiento de la Cámara y sin que quede vacante su representación en el acto de admitirlo, salvo los empleos de escala.”*<sup>240</sup>

En esta norma está el primer fundamento constitucional para la existencia de una carrera administrativa, el empleo de escalafón frente a la designación política.

Dice la Constitución:

Artículo 72.- *Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala.*

### **Competencia del Congreso en la regulación del empleo público.**

En los Estados Unidos la corte ha señalado que el Congreso tiene la capacidad de determinar qué es un funcionario federal. En el caso *Ex parte Siebold, 100 US 371* de 1879 señaló que el Congreso pueda autorizar a los tribunales federales a nombrar supervisores para elecciones. Reconoció que a pesar que las designaciones eran hechas habitualmente por el presidente, no existía una obligación absoluta a este efecto en la constitución señaló que la constitución establece que la selección de quien es el funcionario que designa como de los funcionarios designados es una cuestión que queda a la discreción del Congreso.

En el caso *United States v. Eaton* de 1891 la corte sostuvo la constitucionalidad de reglamentaciones del departamento de estado que permitían a los funcionarios ejecutivos designar dice cónsul durante la ausencia de temporaria del cónsul. La Corte concluyó que un vicecónsul es un funcionario subordinado ya que está a cargo de las funciones del superior por un tiempo limitado y bajo condiciones especiales y temporarias.<sup>241</sup>

Dentro de sus funciones en la administración el Presidente de la Nación hace los nombramientos de funcionarios civiles, diplomáticos y militares.

7. *Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado; por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete de ministros y a los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría, los agentes consulares y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por esta Constitución.*

12. *Es comandante en jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación.*

13. *Provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas; y por sí solo en el campo de batalla.*

14. *Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.*

---

<sup>240</sup> CF. LEVENE, R. HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO. BUENOS AIRES. 1951, T. VI P. 316.

<sup>241</sup> 168 US 331.

*19. Puede llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima Legislatura.*

### ***La estabilidad funcional de los agentes públicos***

La Corte Suprema en el caso Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas. 330:1989. LA LEY 08/05/2007, 8 señaló que la estabilidad funcional del empleado público prevista en el artículo 14 bis de la Constitución es absoluta o propia. Se trataba de una agente dependiente de la Administración Nacional de Aduanas despedida de conformidad con lo previsto en el convenio colectivo aplicable a su actividad. Confirmado lo decidido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la Corte declaró la inconstitucionalidad de tal convenio y dijo "... la 'estabilidad del empleado público' preceptuada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente"



## Los ministros del poder ejecutivo.

Si bien la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos ha sido muy grande en la formación del presidencialismo argentino, han existido algunas diferencias en cuanto a la organización del ministerio. Esto llevó a que se considerara que nuestro sistema de gobierno era mixto. En su clásica obra 'El gobierno representativo federal de la República Argentina' escrita en ocasión del centenario, José Nicolás Matienzo pensaba a nuestro sistema como cuasi presidencial o mixto, porque los ministros eran verdaderos copartícipes del Poder Ejecutivo, cuya conducta encaminaban de acuerdo con sus opiniones y principios y que no eran simples secretarios del presidente.<sup>242</sup> Existe en este punto una diferencia con los Estados Unidos donde los Secretarios de los departamentos de la rama ejecutiva deben contar con el acuerdo del Senado para asumir sus funciones. En la Argentina su **nombramiento y remoción es efectuada por el Presidente pero en contrapartida cuentan con la facultad del refrendo y la posibilidad de dirigirse a las Cámaras del Congreso y participar en sus sesiones.**

Desde los primeros instrumentos de gobierno en nuestro país aparece la necesidad del refrendo por los secretarios o ministros de los actos del Poder ejecutivo y asistiendo a los debates de las cámaras. El derecho del legislativo de llamar a su Sala a los ministros para pedir explicaciones fue establecido por la ley del 4 de febrero de 1814 por decisión de la Asamblea General Constituyente del Año XIII. La facultad de los ministros de asistir a las sesiones del Congreso, sin ser llamados tiene su origen en la misma norma. El Estatuto de 1815 estableció que el Director Supremo estaba impedido de expedir orden o comunicación alguna sin la firma del respectivo secretario de Estado y ninguno de éstos podría autorizar órdenes, decretos o providencias contrarias al Estatuto, sin que sirviese de excusa la súplica, mandato o fuerza del director. Este mismo Estatuto confería la atribución de remover a los secretarios de Estado, no sólo al director, sino también a la Junta de Observación, como se llamaba a un remedeo de cámara legislativa.

El Congreso de 1816 dictó el Reglamento Provisorio de 1817, promulgado el 3 de diciembre y que rigiera hasta la sanción de la Constitución de 1819. Estableció entre las limitaciones del Poder Ejecutivo:

El Reglamento de 1817 estableció entre las limitaciones del Poder Ejecutivo: *'No expedirá orden escrita ni comunicación alguna sin que sea escrita por el Secretario del departamento que corresponda al negocio, no debiendo tener efecto la que carezca de esa calidad.'* Asimismo, en el capítulo sobre los secretarios de Estado dispuso, *'No podrán autorizar decretos ni providencias contrarios a este reglamento sin que le sirva de excepción la súplica o mandato del Director y el caso de fuerza cumplirán con hacer las debidas protestas poniéndolo en noticia del Congreso.'*

En 1853 agregó al refrendo ministerial dos disposiciones sobre el ministerio, la que da derecho a los ministros a tomar parte en los debates del Congreso pero no votar, y la que

---

<sup>242</sup> CF. JOSÉ NICOLÁS MATIENZO. EL GOBIERNO REPRESENTATIVO FEDERAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. BUENOS AIRES, 1910 P. 127.

obliga a brindar a cada Cámara los informes y explicaciones que ella estime convenientes presentándole además al comienzo de cada legislatura, una memoria detallada del estado de la Nación, en lo concerniente a los negocios de sus respectivos departamentos.

En la redacción establecida luego de la reforma de 1994, dice la Constitución con respecto al ministerio:

Artículo 100. *‘El jefe de gabinete de ministros y los demás ministros secretarios cuyo número y competencia será establecida por una ley especial, tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia.’*

Separadamente de las competencias y responsabilidades del Jefe de Gabinete de Ministros, el artículo 102 señala la responsabilidad ministerial: *‘Cada ministro es responsable de los actos que legaliza; y solidariamente de los que acuerda con sus colegas’.*

El artículo 104 habla de los informes al Congreso de cada ministro:

*‘Luego que el Congreso abra sus sesiones, deberán los ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos’*

El artículo 105 señala que no pueden ser parte del Poder legislativo, ya que son parte de otro poder. *‘No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros’*

Su función política como representantes del Poder ejecutivo queda establecida en la competencia que tienen de participar en las sesiones del Congreso, continuando una práctica establecida originariamente en el Reglamento de 1817. *‘Pueden los ministros concurrir a las sesiones del Congreso y tomar parte en los debates, pero no votar’*

La existencia de un ministerio le permite al presidente delegar en los ministros lo que sería sino una tarea puramente personal. De lo contrario habría una concentración de todos los poderes en una sola cabeza, de lo que nace para quién los soporta una responsabilidad desmesurada.

Escribiendo durante el orden conservador, durante el Centenario, Matienzo previno: *‘Si los políticos argentinos estudiaran un poco más la naturaleza del Poder Ejecutivo y los antecedentes históricos a que responde la institución ministerial, pienso que acabarían por convencerse de no se consolidará el gobierno constitucional en nuestro país mientras no se devuelva los ministros lo que la Constitución les ha dado: personalidad propia y responsabilidad efectiva. Sólo así tendremos ejecutivos respetables por las luces y prestigios de sus ministros, que los habilitarán para servir cumplidamente los intereses públicos’.*<sup>243</sup>

## **1. Antecedentes históricos del ministerio.**

---

<sup>243</sup> JOSÉ NICOLÁS MATIENZO. EL GOBIERNO REPRESENTATIVO FEDERAL... P. 181. MATIENZO TUVO ADEMÁS DE LOS ACADÉMICOS, LOS MÁS ALTOS CARGOS PÚBLICOS.

En la Constitución de 1819 no reglamentó el régimen ministerial, concediendo esa función a la ley, en el artículo 82 estableció que el Director del Estado *‘Nombra y destituye a los Ministros; la responsabilidad de éstos la determinará la ley’*. El criterio de ministerio mixto, se desarrolla en cambio en la Constitución de 1826. Conviene analizar su génesis ya que ha sido en gran medida la fuente de nuestra Constitución actual. En el manifiesto de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de 1824 se expresa:

*Que es sin duda de importancia inmensa dejar a los grandes poderes Legislativo y Ejecutivo la oportunidad de acercarse y entenderse para la sanción de las leyes. Un aislamiento excesivo podría producir extravíos funestos...*

*¿Por qué no ha de facilitar su comunicación, su inteligencia y su acuerdo si esto puede obtenerse sin peligro de su mutua independencia? ¿Por qué privar al cuerpo legislativo de la ventaja de la experiencia y saber del Ejecutivo? ¿Por qué despojarlo de la gran prerrogativa de oír e interrogar al ministerio, y de conocer y juzgar la conducta del gobierno? ¿Por qué destituir al Ejecutivo de los medios de satisfacer en toda ocasión de la sinceridad de sus intenciones, de la extensión de sus miras, del carácter de su política y de la justicia de sus procedimientos?*

*El Congreso nada aventura con la presencia de los Ministros, una vez que éstos no invistan el carácter de los diputados ni concurren con su sufragio a la sanción de la ley. No bastaría que los ministros pudiesen asistir a las sesiones del cuerpo legislativo y prestar informe; es además de conveniencia pública y del más alto interés que el gobierno pueda proponerle por su conducto cuantas medidas considere conducentes...*

*‘El gobierno debe sentir con preferencia la urgencia de las medidas que sea conveniente adoptar y conocer prácticamente los medios de realizarlas... Es menester que tenga abierta la puerta para ocurrir en toda oportunidad al cuerpo legislativo por medio de sus ministros... facultad que se hace más indispensable en un país naciente en que preciso obrar y crear al mismo tiempo, y en que siendo tantas y tan frecuentes las necesidades públicas, es imposible que los encargados de la ley, en su particular posición, puedan advertirlas por sí mismos. La Constitución debe sancionar la asistencia de los ministros del Poder Ejecutivo a las sesiones del Cuerpo Legislativo en los términos que indica’.*

Estos han sido los fundamentos por los cuales se han incorporado la participación en las sesiones de los ministros, con lo que se ha establecido una tradición que existe hasta el presente.

**La Constitución de 1826** creó también el acuerdo o gabinete de ministros llamándolo Consejo de gobierno. Artículo 104: *‘Los cinco ministros secretarios forman el consejo de gobierno, que asistirá con sus dictámenes al presidente, en los negocios de más gravedad y trascendencia.’* Artículo 105: *‘El presidente oírá los dictámenes del consejo, sin quedar obligado a sujetarse a ellos en las resoluciones que tuviere a bien tomar.’* Con lo cual ya estableció el carácter del presidencialismo, la importancia del acuerdo de ministros antes de tomar una decisión pero sin que fuera vinculante para el presidente, con las limitaciones que podría establecer la necesidad del refrendo.

El **refrendo ministerial** obligatorio es establecido en su artículo 102, *‘sin cuyo requisito no tendrán efecto’* las resoluciones del presidente de la República. En cuanto a la responsabilidad, agrega en el artículo 106 que *‘en los casos de responsabilidad, los ministros no quedarán exentos de ella por la concurrencia de la firma o consentimiento del Presidente de la República.’* Se determina la responsabilidad ministerial separada de la del Presidente. Esta

responsabilidad se confirma con la autorización de las Cámaras para llamar a los ministros, se faculta a *‘cada una de las Cámaras para hacer venir a los Ministros del Poder Ejecutivo para recibir los informes que estime convenientes.’* (Artículo 39).

La Constitución de 1853 - 60 reitera las normas del texto de 1826. Sobre la interpelación reitera el artículo 63 y en el artículo 87 establece el refrendo ministerial obligatorio. También figura la responsabilidad ministerial en el artículo 88 y la concurrencia obligatoria a las Cámaras para participar en los debates según el artículo 92.

## 2. Interpelación y refrendo.

El refrendo ministerial es un requisito de eficacia del acto presidencial, no basta con que el Presidente decida un acto sin el acuerdo del ministro su voluntad quedará reducida a un mero propósito. El fundamento del refrendo por los ministros del acto presidencial es la responsabilidad específica del ministro que lo autoriza. El refrendo ministerial es un acto de colaboración entre el Presidente, el jefe de Gabinete y los ministros involucrados que firman el acto. El refrendo traduce la exigencia de la colaboración inherente en el ejercicio del poder Ejecutivo. Es por ello que no puede tener vigencia un decreto en el cual falte el refrendo de los ministros encargados de su ejecución. Los ministros se transforman así en órganos de enlace y agentes de colaboración entre el Ejecutivo y el Congreso, intervienen en las decisiones del Ejecutivo y responden de ellas ante el Congreso. En la Constitución de Estados Unidos el requisito del acuerdo del Senado es previo a la designación de los secretarios del Ejecutivo. En la Constitución Argentina la participación del Congreso se efectúa a través de la interpelación.

Marienhoff, señala correctamente que *“aun en el supuesto de que, haciendo valer sus atribuciones, el Presidente de la Nación separa de su cargo al ministro que se niegue a refrendar su firma, va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la regularidad del acto del Ejecutivo, el Presidente deberá indefectiblemente designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención mínima de dos personas: el Presidente y el respectivo ministro.”*<sup>244</sup>

## 3. El Jefe de Gabinete y los ministros integran el Poder Ejecutivo.

Como ya fuera expresado, **no hay en la Constitución Argentina órganos extra poder.** Como en todo sistema de división de poderes los funcionarios integran alguno de los tres poderes del Estado, dentro de las competencias que la Constitución les establece. Ello corresponde al funcionamiento de la división de poderes y del sistema de frenos y contrapesos. Es la opinión ya tradicionalmente expresada por Marienhoff, de ninguna manera significa que el Poder ejecutivo sea colegiado, simplemente que para el ejercicio

---

<sup>244</sup> TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I P. 498. EN EL SIMISMO SENTIDO PUEDEN CONSULTARSE, FERREYRA, R. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y ARGENTINO. BUENOS AIRES, 1866 P. 200, MATIENZO, J. N. DERECHO CONSTITUCIONAL T. 2 P. 117 118, LA PLATA 1916. SANCHEZ VIAMONTE, C. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. BUENOS AIRES, 1958, P. 296.

de la autoridad investida en el Presidente de la Nación se requiere del refrendo ministerial. Al mismo tiempo, el jefe de gabinete particularmente y los demás ministros cuentan con competencias establecidas directamente en la Constitución.

En cuanto a la pertenencia del Jefe de Gabinete y los demás ministros del Poder Ejecutivo, éstos integran al Poder Ejecutivo. En este sentido Marienhoff, señala correctamente que *“aun en el supuesto de que, haciendo valer sus atribuciones, el Presidente de la Nación separa de su cargo al ministro que se niegue a refrendar su firma, va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la regularidad del acto del Ejecutivo, el Presidente deberá indefectiblemente designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención mínima de dos personas: el Presidente y el respectivo ministro.”*<sup>245</sup>

Hay un antecedente en el que los ministros asumieron directamente el Poder ejecutivo. Al fallecer el vicepresidente Marcos Paz el 2 de enero de 1868, mientras que el Presidente Mitre comandaba los ejércitos de la Triple Alianza, los ministros dictaron una resolución ya que *‘sin que por ley se haya provisto el desempeño de las funciones sometidas al jefe de la administración... resuelven: comuníquese inmediatamente al presidente de la República la muerte del vicepresidente... Mientras el presidente de la República se traslada a esta ciudad y reasume el ejercicio del poder ejecutivo, los ministros de Estado, en acuerdo general, tomarán las resoluciones que fuesen indispensables para la marcha regular de la administración, de lo que se dará oportunamente cuenta al jefe del Estado, adoptando cada uno por sí solo las que corresponden al régimen económico de sus respectivos ministerios.’*<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> **TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, TOMO I P. 498. EN EL MISMO SENTIDO PUEDEN CONSULTARSE, FERREYRA, R. **DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y ARGENTINO**. BUENOS AIRES, 1866 P. 200, MATIENZO, J. N. **DERECHO CONSTITUCIONAL** T. 2 P. 117 118, LA PLATA 1916. SANCHEZ VIAMONTE, C. **MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL**. BUENOS AIRES, 1958, P. 296.

<sup>246</sup> CF. SEGUNDO LINARES QUINTANA, **TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**. T. IX ·Nº5952. LOS MINISTROS ERAN GUILLERMO RAWSON, LUCAS GONZALEZ, MARCELINO UGARTE Y JOSÉ EVARISTO URIBURU.

## El Jefe de Gabinete de Ministros.

La reforma de la Constitución en 1994 cambió la organización de los poderes públicos e intentó incorporar un sistema mixto. Junto al Presidente como único actor del Poder Ejecutivo se introdujo el Jefe de Gabinete de Ministros con un sistema que pretende asemejarse a la censura parlamentaria. El jefe de Gabinete es nombrado por el Presidente pero puede ser censurado por el Congreso, interpelado por cualquiera de sus Cámaras y debe responder mensualmente a sus preguntas. Es el jefe de la administración pública, es el segundo del Presidente y es también el primero de los ministros aunque no puede acumular ninguna cartera a la suya.

*“Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación,...”* según dice el art. 100, segundo párrafo de la Constitución, el art 101 agrega: *“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,.. 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.”*

Los demás ministros solo pueden ser interpelados de una manera restringida, según el artículo 71, pero no pueden sufrir un voto de censura.

La primera hipótesis es cumplir con la tarea de información al Congreso, en estos casos el Jefe de Gabinete es quién tiene la principal relación política con el Congreso y quién debe producir los informes necesarios a las Cámaras en nombre del Poder Ejecutivo.<sup>247</sup>

La segunda hipótesis se plantea cuando se presenta una moción de censura en el Congreso contra el Jefe de Gabinete por oposición a alguna decisión política general. Ya que si bien cualquier ministro puede ser interpelado por la medida tomada, en los términos del artículo 71 y es responsable por los actos que legaliza en los términos del artículo 102<sup>248</sup>, el único que puede sufrir una moción de censura y su remoción del cargo es el Jefe de Gabinete.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> CF. ARTÍCULO 100 INCISO 11, C.N. “PRODUCIR LOS INFORMES Y EXPLICACIONES VERBALES O ESCRITOS QUE CUALQUIERA DE LAS CÁMARAS SOLICITE AL PODER EJECUTIVO.”

<sup>248</sup> CF. ARTÍCULO 71 DE LA CONSTITUCIÓN, “CADA UNA DE LAS CÁMARAS PUEDE HACER VENIR A SU SALA A LOS MINISTROS DEL PODER EJECUTIVO PARA RECIBIR LAS EXPLICACIONES E INFORMES QUE ESTIME CONVENIENTES.” ARTÍCULO 102, “CADA MINISTRO ES RESPONSABLE DE LOS ACTOS QUE LEGALIZA; Y SOLIDARIAMENTE DE LOS ACUERDE CON SUS COLEGAS.” ESTE ÚLTIMO PÁRRAFO ES LA INCLUSIÓN DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA DE LA RESPONSABILIDAD COLEGIADA Y LA EXISTENCIA DEL GABINETE DE MINISTROS COMO ÓRGANO DE GOBIERNO.

<sup>249</sup> EL ARTÍCULO 101 DICE EN SU ÚLTIMA PARTE: “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.”

En la Argentina existe una larga tradición que ha sostenido que nuestro sistema de gobierno es mixto, con elementos de presidencialismo y de parlamentarismo.

En un pasaje Joaquín V. Gonzalez define al ministerio argentino. Luego de analizar en su Manual de la Constitución Argentina al parlamentarismo y al presidencialismo se refiere a un régimen mixto:

*“Llamárase así uno en que el ministerio tuviese caracteres comunes a uno y otro de los anteriores; que, por ejemplo, fuese nombrado exclusivamente por el jefe del Ejecutivo y se hallase sujeto a la censura o desplazamiento por las Cámaras; que fuese agente presidencial y tuviese participación en los debates del Congreso en representación del Presidente; que siendo en primer lugar funcionario subordinado, tuviera atribuciones y privilegios propios del gobierno en su departamento respectivo. Así, a la vez que daba vigor y energía al Poder Ejecutivo, se creaba un vínculo cordial y de fáciles inteligencias con las Cámaras para que la ley no experimentase perjudiciales demoras y en el seno del gobierno no se produjeran luchas estériles para el progreso del país. Ejemplo de este sistema, en que se han llenado las deficiencias de la Constitución de los Estados Unidos, fundando un benéfico equilibrio hábilmente calculado, es la Constitución Argentina.”<sup>250</sup>*

Luis María Drago también menciona la característica mixta de nuestro régimen de gobierno:

*“..en nuestro país el presidente forma un todo con sus ministros: Para que haya actos presidenciales es necesario.. que ellos sean refrendados por los ministros, de suerte que del punto de vista de la etiqueta podría considerarse al presidente y sus ministros como una sola persona..”<sup>251</sup>*

José Nicolás Matienzo decía sobre los ministros y el Presidente,

*“Los argentinos hemos adoptado el sistema inglés y lo hacemos funcional como si fuera norteamericano..Es como si hubiéramos encargado un espléndido buque, dotado de las mejores máquinas de vapor, para hacerlo navegar a vela, contando con la apatía o la ignorancia de los pasajeros y cargadores.. el hecho es que el desuso del sistema escrito en la constitución ha producido el mal que los publicistas han señalado con efecto de la subordinación de los Ministros, el gobierno personal que cifra su gloria en le mando, en el imperio y no en el respeto de las fuerzas libres de la opinión.”<sup>252</sup>*

A primera vista la función de este nuevo órgano de la Constitución aparece como secundario o accesorio. Solamente en el caso de grave conflicto entre el Presidente y el Congreso, el Jefe de Gabinete aparecería como un actor importante en la vida política de nuestro país.

## ***A. El Jefe de Gabinete y la acción de coordinación gubernamental.***

---

<sup>250</sup> CF. GONZALEZ, J.V. MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. BUENOS AIRES, 1897, \* 564.

<sup>251</sup> CF. DRAGO, L.M. DISCURSOS Y ESCRITOS. T. III P. 187. DISCURSO EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS, SESIÓN DEL 17 DE AGOSTO DE 1914.

<sup>252</sup> CF. MATIENZO, J.N. EL GOBIERNO REPRESENTATIVO FEDERAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. BUENOS AIRES, 1910, P.179.

En su función de representación el Jefe de gabinete es el primero de los ministros. Es un alto representante del Estado en quien el Presidente puede delegar su representación en cualquier acto en el exterior. En esta función representativa su papel sólo es comparable al del Vicepresidente de la República. A esta función debe agregarse que en los términos del artículo 100 inciso 2 de la Constitución es el funcionario al cual el Presidente de la Nación puede delegar sus funciones constitucionales.

El artículo 101 en su inciso 2 dice que al Jefe de Gabinete le corresponde ejercer los actos y reglamentos que sean necesario para ejercer sus propias facultades "*y aquellas que le delegue el presidente de la Nación*", se requiere para estos actos del refrendo del ministro del ramo.

A favor de la configuración de una relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los Ministros se encuentran las siguientes facultades:

- 1) La presidencia de las reuniones de Gabinete en caso de ausencia del Presidente (art. 100, inciso 5°, Constitución Nacional).
- 2) La de hacer recaudar las rentas de la Nación y de ejecutar la ley de presupuesto (art.100, inciso 7°, Constitución Nacional).
- 3) La más genérica, que le atribuye la de "ejercer la administración general del país (art. 100, inciso 1°, Constitución Nacional), lo que le permite ejercer el poder de avocarse.

"Si bien en un principio pensamos que se había impuesto en la Constitución Nacional la concepción del Ministro Coordinador, un examen más detenido sobre esta cuestión nos lleva a la conclusión, a la luz de las razones señaladas precedentemente, que se trata de una relación jerárquica, pues, de lo contrario, carecería de todo sentido la facultad que le atribuye el artículo 100, inciso 1°, para 'ejercer la administración' general del país"<sup>253</sup>

Bidart Campos sigue esta doctrina presidencialista del Jefe de Gabinete, señala que el Jefe de Gabinete, en "ejercicio" de la administración (sin su titularidad, que pertenece al presidente de la república), inviste una relativa jerarquía respecto de los demás ministros en conjunto y de cada uno de ellos individualmente, como cabeza de todo el gabinete, pero conviene situar esa relación jerárquica preeminente sólo en el ámbito de competencias propias del Jefe de Gabinete y darla por excluida e inexistente en orden a las materias que incumben al área sustancial de cada ministerio; ya que en esos asuntos el Jefe de Gabinete no puede impartir instrucciones a los ministros. Siempre tiene facultad en todas las esferas ministeriales para requerirles la información necesaria a efectos de cumplir, a la vez, con la suya de producir informes y explicaciones a cada Cámara del Congreso según obligación impuesta por el artículo 101 de la Constitución Nacional.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> BIANCHI, ALBERTO, "UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA REFORMA CONSTITUCIONAL", P. 1002 Y SIGTES.

<sup>254</sup> EN NICOLÁS DUPUIS, LOS SUPERPODERES DEL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS EN EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA ARGENTINO. SUP.ACT 17/08/2006, 1.



Hay , al menos, tres diferencias sustanciales y decisivas que permiten diferenciar el status institucional del Jefe de Gabinete y los ministros..." (28):

1. la exclusiva responsabilidad política del Jefe de Gabinete ante el Congreso de la Nación (artículo 100, primer párrafo),
2. la atribución expresa de competencias constitucionales directas al Jefe de Gabinete (en especial la establecida en el artículo 100, inciso 1º) y el diferimiento de la fijación de las competencias ministeriales a una ley especial (artículo 100, primer párrafo),
3. la atribución exclusiva del Jefe de Gabinete de "coordinar, preparar y convocar las reuniones de gabinete de ministros" (artículo 100, inciso 5º).

En lo que respecta a las funciones de hacienda la actuación de los ministros se limita a participar del "tratamiento" de la ley de Presupuesto Nacional (art. 100, inc. 6º), mientras que todo lo relativo al ejercicio es privativo y exclusivo del Jefe de Gabinete.<sup>255</sup>

La práctica constitucional del Jefe de Gabinete de ministros ha sido de sumisión a la voluntad presidencial, esto ha llevado a opiniones que consideran que tiene una jerarquía similar y no superior, al resto de los ministros del Poder ejecutivo. Así lo ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación. Ver el Dictamen N° 90. (del 21 de Julio de 1997. "Unión Personal Civil de la Nación"; Tomo: 222 Página: 53)

---

<sup>255</sup> BELARDINELLI, PABLO Y CORTI, HORACIO G., "FUNCIONES FINANCIERAS DEL JEFE DE GABINETE DE MINISTROS", P. 1422. LA LEY 1996-D, 1415.

## **Las competencias del Presidente en las Relaciones Exteriores.**

La distribución de competencias en materia de política exterior no está divorciada de los principios sobre separación de poderes y de la organización federal en los que está basada nuestra Constitución, aunque existen elementos propios de la política internacional que imponen matices a la distribución de competencias y la organización de controles establecidas en el texto constitucional. Uno de ellos es la existencia del derecho internacional. El otro es la naturaleza propia de las relaciones internacionales que ha llevado a la Suprema Corte de los Estados Unidos a sostener que el principio de derechos enumerados como límite de la competencia federal no se aplica a las relaciones internacionales.<sup>256</sup>

En el manejo de las relaciones exteriores la autoridad política está radicada en el Presidente y en el Congreso, que actúan en algunos casos independientemente y en otros en forma conjunta.

El manejo de las relaciones exteriores estuvo firmemente enraizado en nuestra historia constitucional. Fue esa competencia la que distinguió al gobierno de Buenos Aires, particularmente al de Rosas, del resto de los gobiernos provinciales. Fue esa institución la que creó el esbozo de una autoridad nacional durante el largo periodo anterior a 1853. Gran parte del debate entre 1854 y 1859 entre la Confederación Argentina y el Estado de Buenos Aires se concentró en el reconocimiento exterior de esos gobiernos.

Era normal pues que los constituyentes argentinos, siguiendo el ejemplo de los norteamericanos, consideraran función primordial del gobierno federal el manejo de las relaciones exteriores y particularmente que el Presidente fuera un actor central en ellas. Tenían también la concepción que las relaciones exteriores consistían fundamentalmente en la declaración de guerra y en la conclusión de tratados internacionales. Esta concepción fragmentaria de las relaciones internacionales, que contrasta con la situación actual, ha hecho que, haya habido una evolución en cuanto a las competencias de cada poder mucho más dinámica que en las demás funciones gubernamentales. Esta distorsión ha favorecido al gobierno central en general y en particular al Presidente. Ella ha sido el origen de la disputa por las competencias entre el gobierno federal y algunos gobiernos provinciales.

La división de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo han tenido en el tema de las relaciones exteriores un origen distinto al de la triada clásica. Los Constituyentes de Filadelfia, y también los de Santa Fe, tuvieron presente en este tema más a Locke que a Montesquieu. Este reconocía otro poder además del Legislativo y del Ejecutivo que llamó "Federativo" a falta de otro nombre mejor. Dice:

---

<sup>256</sup> *UNITED STATES V. CURTISS - WRIGHT EXPORT CORP.* 299 U.S.304, 57 S.Ct. 216, 51 L.Ed. 255, EN 1936.

*"Cap. XII. El Poder Legislativo, Ejecutivo y Federativo en el Estado. "*

*"145. Hay otro poder en cada Estado (commonwealth), que podemos llamar natural, porque se refiere al poder que cada hombre naturalmente tenía antes de entrar en la sociedad. Porque aún cuando en un Estado sus miembros son personas diferentes.. pero con referencia al resto de la humanidad, forman un sólo cuerpo.. Así bajo esta consideración la comunidad íntegra es un cuerpo en el estado de Naturaleza con respecto a todos los otros estados o personas fuera de esta comunidad."*

*"146 Este, por lo tanto, contiene el poder de guerra y paz, ligas y alianzas, y todas las transacciones con personas y comunidades fuera del Estado, y puede ser llamado federativo y a alguien le agrada yo soy indiferente al nombre."257*

La dirección de las relaciones exteriores se caracteriza principalmente la función privilegiada que tiene el Poder Ejecutivo. Al exponer los principios democráticos en esta materia surge una paradoja según la cual la democracia se aplicaría para los asuntos internos pero hacia el exterior subsisten reminiscencias de un poder regalista. La conducción de las relaciones exteriores conserva cierto comportamiento monárquico. Aparece como la función de uno sólo y no la de muchos.

El problema fue considerado por los creadores del pensamiento democrático. Para Rousseau el conflicto entre la teoría democrática y el control de las relaciones exteriores no se planteaba, ya que los actos de política exterior *"no son actos de soberanía sino de gobierno"*258

*"lo que interesa esencialmente a cada ciudadano es la observación de las Leyes del interior, la propiedad de los bienes, la seguridad de los particulares, " y concluía "en la medida que todo funcione bien en estos tres puntos, dejad a los Consejos negociar y tratar con el extranjero, no es de ese sector de donde vendrán vuestros peligros más temibles."259*

En el *Segundo Ensayo sobre el gobierno civil*, John Locke es el primero en señalar al manejo de las relaciones exteriores como un requisito natural de la existencia del Estado, y separado del poder Ejecutivo.

*"Los Estados se encontraban en un estado de naturaleza con referencia a todos los demás o a las personas que los integran, existe en cada uno de ellos un poder que se puede llamar natural, porque corresponde a una facultad que poseía naturalmente cada hombre antes de entrar en la sociedad."260*

Este poder que llamó *federativo* comprendía el derecho de paz y de guerra, formar ligas o alianzas y negociar con las personas y las comunidades extranjeras. Los dos poderes del Ejecutivo y del federativo son diferentes en sí mismos. A uno le concierne la aplicación de las leyes en el interior de la sociedad mientras que el otro está encargado de la seguridad y de los intereses exteriores de la sociedad que pueden ser útiles o dañinos.

---

<sup>257</sup>CF. "LOCKE, J. SEGUNDO ENSAYO CONCERNIENTE AL GOBIERNO CIVIL. EN GREAT BOOKS. T. 35, PP. 58, 59. UNIVERSITY OF CHICAGO. CHICAGO 1952. TRADUCCIÓN DEL AUTOR.

<sup>258</sup> ROUSSEAU, J.J. "LETTRES ÉCRITES DE LA MONTAGNE (VII)", EN ÉCRITS POLITIQUES. LA PLEIADE. GALLIMARD. P. 826.

<sup>259</sup> . ROUSSEAU, OP.CIT. P. 827.

<sup>260</sup> SEGUNDO ENSAYO SOBRE EL GOBIERNO CIVIL. CAP. XII \* 145.

En la medida en que las relaciones internacionales han aumentado considerablemente se limita la diferenciación entre interno y externo y la preponderancia del ejecutivo en el manejo de las actividades exteriores pierde su fundamento.

Estos dos poderes descriptos por Locke, conceptualmente distintos, han estado reunidos en la práctica. La explicación dada por Locke a este fenómeno era que tanto uno como el otro implican en su ejercicio la posibilidad de la utilización de la fuerza. Como era imposible confiar el uso de la fuerza del Estado a distintas personas sin que existiera subordinación entre ellas y que pudieran actuar separadamente, se unieron estos dos poderes en uno.

No hay duda que la figura principal en el manejo de las relaciones exteriores es el Presidente. Esta gestión la ejerce con el Jefe de Gabinete de Ministros y el Ministro de Relaciones y Culto que en nuestro sistema integra, con los demás ministros el Poder Ejecutivo

Las principales funciones del Presidente de donde obtiene su preeminencia en el tema son la comunicación que mantiene con gobiernos extranjeros y la representación que ejerce de la República en el exterior. Esta función se ve completada con el Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas. Estas funciones lo distinguen del resto del gobierno federal. Es impensable una diplomacia ejercida directamente por el Congreso. El Presidente está permanentemente en ejercicio de sus funciones, no en sesiones como el Congreso y puede además actuar en forma rápida y discreta. De esta manera además de las funciones que se le han concedido en forma expresa por la Constitución tiene un poder residual que ha acrecido considerablemente con el tiempo que surgen de la propia naturaleza del manejo de las relaciones exteriores.

Este poder ha surgido entre las líneas de la Constitución. No es un elemento autoritario, sino propio de las características de la política exterior donde es necesario tomar decisiones en forma rápida, participar en organismos multilaterales, negociar en forma discreta entre otras muchas cosas. Estas funciones no las ejerce el Presidente sino en forma mediata, son llevadas a cabo en su nombre fundamentalmente por el Servicio Exterior, pero son constitucionalmente atribuidas al Poder Ejecutivo. .

El lugar privilegiado del Presidente de la Nación en el manejo de las relaciones exteriores ha llevado a alguna doctrina francesa, luego de 1958, a considerar que existe un “dominio reservado” del jefe de Estado en estos temas por oposición al “dominio vigilado” (*domain surveillé*) que son los temas que el gobierno dirige bajo su atención (economía, finanzas) y el “dominio delegado” que concierne a los temas de la administración general. Esta doctrina, a pesar de su atractivo intelectual, es inexacta desde el punto de vista jurídico ya que la Constitución reconoce al gabinete de ministros y al Poder legislativo funciones internacionales indeclinables e intransferibles.

Al mismo tiempo la concepción de un “dominio reservado” da una imagen de preeminencia del Presidente que es jurídicamente inexacta y políticamente ineficaz. Ningún dominio reservado impide la existencia de la responsabilidad ministerial ni el

comité parlamentario. Las características de estar siempre en sesión es la causa del predominio presidencial, esta situación se hace mas evidente durante las crisis.

## 1. El presidente como garante.

Por ser quién ratifica los tratados internacionales el Presidente es el garante de su respeto. Es el principal obligado en el cumplimiento de las normas respectivas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.<sup>261</sup> Particularmente es quién debe velar porque los tratados en vigor sean cumplidos de buena fe, artículo 26, y que no pueda invocarse las disposiciones de derecho interno para justificar la no ejecución de un tratado, artículo 27.

Con respecto a la defensa de la integridad territorial competencia característica del poder presidencial, nuestra Constitución no establece normas sobre ella, salvo la disposición transitoria sobre las Islas Malvinas en 1994<sup>262</sup>. Sólo aparece la referencia del artículo 75 inc. 15 dentro de las competencias del Congreso de “*arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación.*” De esta manera la función del Presidente como garante de la integridad territorial es concurrente con el Congreso.

La concepción del Presidente como garante de la integridad territorial aparece tempranamente en nuestro derecho público. En la Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América de 1819, el juramento del Director del Estado incluía la frase “*y conservaré la integridad e independencia del territorio de la Unión.*”

En la asunción presidencial de Bernardino Rivadavia en 1825 jura:

*“que desempeñaré fielmente y con arreglo a las leyes el cargo de Presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata., y que defenderé y conservaré la integridad e independencia del territorio de la Unión, bajo la forma representativa republicana.”*<sup>263</sup>

Antecedente de una referencia a la extensión territorial se puede mencionar la Constitución del Estado de Buenos Aires, independiente y separado de la Confederación Argentina, de 1854. En su artículo 2 se establecen las fronteras del nuevo estado.<sup>264</sup>

---

<sup>261</sup> CF. SECCIÓN I, PARTE III, OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS.

<sup>262</sup> **PRIMERA. LA NACIÓN ARGENTINA RATIFICA SU LEGÍTIMA E IMPRESCRIPTIBLE SOBERANÍA SOBRE LAS ISLAS MALVINAS, GEORGIAS DEL SUR Y SANDWICH DEL SUR Y LOS ESPACIOS MARÍTIMOS E INSULARES CORRESPONDIENTES, POR SER PARTE INTEGRANTE DEL TERRITORIO NACIONAL.**

**LA RECUPERACIÓN DE DICHOS TERRITORIOS Y EL EJERCICIO PLENO DE LA SOBERANÍA RESPETANDO EL MODO DE VIDA DE SUS HABITANTES, Y CONFORME A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL, CONSTITUYEN UN OBJETIVO PERMANENTE E IRRENUNCIABLE DEL PUEBLO ARGENTINO.**

<sup>263</sup> CITADO POR ALBERDI, J.B. OBRAS ESCOGIDAS TOMO III, “LUZ DEL DÍA” BUENOS AIRES, 1953. P.5. AGREGA: “CUANDO RIVADAVIA PRESTABA JURAMENTO, TODAVÍA NO SE HABÍA DADO CONSTITUCIÓN GENERAL. NO SE SABÍA AÚN SI ELLA SERÍA FEDERAL O UNITARIA. SIN EMBARGO LA NACIÓN EXISTÍA CON UN TERRITORIO INDIVISIBLE, CUYA INTEGRIDAD JURABA DEFENDER EL JEFE SUPREMO DE LA NACIÓN (TITULO QUE DABA AL PRESIDENTE LA LEY DEL 6 DE FEBRERO DE 1826.)

<sup>264</sup> CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE BUENOS AIRES DEL 11 DE ABRIL DE 1854. ART. 2. “**SIN PERJUICIO DE LAS CESIONES QUE PUEDAN HACERSE EN CONGRESO GENERAL, SE DECLARA QUE**

Existe también la obligación de todo ciudadano “*a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución...*”<sup>265</sup>, con lo que el “*tuilio regni*” medieval pasa del rey (jefe de Estado) al pueblo.<sup>266</sup>

Dentro de la competencia del Presidente como garante de los tratados internacionales está la de asegurar que la legislación interna sea compatible con éstos. Es decir que el Presidente deberá oponer su veto a la legislación que sancione el Congreso y que fuera incompatible con los tratados que la Nación fuera parte.

## **2. La función de representación.**

El monopolio público en la conducción de las relaciones exteriores se estructuró en los siglos XVI y XVII por medio de la centralización de todos los poderes de representación diplomática en beneficio del monarca. El soberano, investido de un derecho de representación universal, era el órgano único de las relaciones internacionales, todo pasaba a través de él y nada podía realizarse sin él. Toda negociación requería de un mandato expreso de su parte, (cartas credenciales, pleno poderes) y para que el resultado de la negociación vinculara al Estado el monarca debía confirmar expresamente la tarea cumplida por los negociadores, es el origen de la ratificación. De esa tradición aparece la teoría, en gran medida abandonada, del Presidente como órgano único (*sole organ*) en el tema de las relaciones exteriores. Formalmente toda la actividad diplomática pasa por las manos del Presidente, pero esta centralización se ha transformado en extraordinariamente pesada, ya que, por razones prácticas o simplemente técnicas, los Estados han tenido la necesidad de procedimientos menos rígidos y de menor extensión. Al mismo tiempo las sociedades democráticas requieren un control más eficaz que el que pueda cumplir el presidente por sobre los funcionarios diplomáticos que cumplen sus instrucciones.

La representación del Presidente en las relaciones internacionales no es exclusiva, aunque es preponderante, ya que es a través de su intermedio que el Nación entra en relación con los demás Estados. Es él quién acredita a los embajadores y enviados extraordinarios ante las potencias extranjeras y organismos internacionales. Es él quién recibe a los diplomáticos acreditados ante su gobierno.

Las funciones que la Constitución enumera para el Presidente en materia de relaciones exteriores son escasas, declarar la guerra luego de la autorización del Congreso, hacer la

---

*SU TERRITORIO SE EXTIENDE NORTE SUD DESDE EL ARROYO DEL MEDIO HASTA LA ENTRADA DE LA CORDILLERA Y DEL MAR, LINDANDO POR UNA LÍNEA AL OESTE SUDOESTE Y POR EL OESTE CON LAS FALDAS DE LAS CORDILLERAS Y POR EL NORDESTE Y ESTE CON LOS RÍOS PARANÁ Y PLATA Y CON EL ATLÁNTICO, COMPRENDIENDO LA ISLA MARTÍN GARCÍA Y LAS ADYACENTES A SUS COSTAS FLUVIALES Y MARÍTIMAS.”*

<sup>265</sup> CF. ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

<sup>266</sup> ESTE PRINCIPIO TIENE TAMBIÉN SU ANTECEDENTE EN LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1793: “*TODOS LOS FRANCESES SON SOLDADOS, TODOS SERÁN EJERCITADOS EN LA DEFENSA DE LAS ARMAS.*” CF. SECO VILLALBA FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. BUENOS AIRES 1943 P. 156.

paz, concluir y firmar tratados; ratificarlos luego de la aprobación del Congreso; nombrar embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules, recibir los diplomáticos extranjeros. Estas funciones son sumamente breves. La negociación y firma de tratados es una tarea importante pero ocasional, el nombramiento de diplomáticos no pareciera diferenciarse de otros cargos de la administración. Aún así estas funciones tienen efectos luego de la aprobación del Congreso en el primer caso y con el acuerdo del Senado en el segundo. La recepción de diplomáticos extranjeros es una función del Presidente en su carácter del Jefe de Estado, es una tarea más ligada a la representación que ejerce dentro del derecho internacional que a la que corresponde al derecho interno. Pero es como consecuencia de estas normas escuetas que se ha creado la función del Presidente como órgano único de la política exterior.

La competencia para nombrar y recibir embajadores y otros diplomáticos implica la de reconocer Estados y gobiernos extranjeros y establecer relaciones con ellos. Supone también la modificación o terminación de esas relaciones al declarar persona *non grata* a un embajador o diplomático extranjero o al retirar un embajador propio. Puede cerrar embajadas y consulados y romper relaciones diplomáticas. Al poseer estas competencias amplias se infiere que posee otras menores, con las relaciones diplomáticas aparecen las comerciales, culturales, militares y todas las demás posibles. Al designar representantes en organismos internacionales participa en la toma de decisiones de estos mismos y las lleva adelante.

El Presidente *“concluye, y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras.”*

Asimismo como jefe de Estado ratifica los tratados internacionales. Esta competencia presidencial va también en dos sentidos, ella puede vincular a la Nación a través de la ratificación o liberarla de sus obligaciones por la denuncia.

La participación activa de los jefes de Estado en negociaciones internacionales ha creado la llamada diplomacia de cumbres. El Presidente participa en negociaciones con jefes de Estado. La competencia de negociar, firmar y luego de su aprobación ratificar los tratados, supone la de interpretarlos e implementarlos, vigilar su cumplimiento y aun denunciarlos. De la misma forma si el Presidente determina la política exterior cuando firma y ratifica tratados internacionales, con más razón se entiende que debe determinarla cuando no hay compromisos internacionales de la misma trascendencia que aquellos.

En el caso de la Constitución de los Estados Unidos aparece en sus orígenes la concepción que en materia de relaciones exteriores la autoridad presidencial es primaria. Alexander Hamilton particularmente expresaba que era competencia del Presidente Washington exclusivamente declarar la neutralidad en el caso de las guerras a que dio lugar la Revolución francesa. De esta manera al fundar las competencias en derecho internacional aparece una vasta acumulación de poderes en manos del Presidente de los Estados Unidos en materia de las relaciones exteriores, que no es sorprendente ya que con

esa interpretación se resuelve el silencio constitucional en la distribución de competencias exteriores. Esta concepción amplia no se ha extendido en cuestiones internas.<sup>267</sup>

### **3. La Concepción del Presidente como órgano único.**

*"El Presidente es el único órgano de la Nación en sus relaciones externas, y es su único representante con las potencias extranjeras."* Esta frase de John Marshall, habitualmente citada, fue expresada cuando era miembro de la Cámara de Representantes en 1800, antes de su actuación legendaria como Chief Justice, pero ha sido mencionada por la Corte Suprema americana como principio general en la política exterior.

### **4. El caso United States v. Curtiss Wright Export Corp. de 1936**

Es el precedente en materia de relaciones exteriores y su importancia no se limita a los tratados internacionales. Se trataba del cumplimiento de una orden presidencial que establecía penas para el envío de material bélico a los combatientes en la Guerra del Chaco.<sup>268</sup>

El Juez Sutherland dio la opinión por la Corte:

*"Contribuirá a la elucidación de la cuestión si consideramos en principio las diferencias entre los poderes del gobierno federal con respecto a los asuntos extranjeros o exteriores y los referidos a los asuntos domésticos o internos. Pueden existir diferencias entre ellos y no se puede dudar que estas son fundamentales.*

*Los dos tipos de poderes son diferentes, tanto con respecto a su origen y a su naturaleza. El amplio enunciado que el gobierno federal no puede ejercer poderes excepto cuando estén específicamente enumerados en la Constitución y los poderes implícitos que son correctos y necesarios para poner en funcionamiento los poderes enumerados, es categóricamente cierta solo con respecto a los asuntos internos. En ese campo, el objetivo primordial de la Constitución era establecer una masa general de poderes legislativos en posesión entonces por los estados miembros en tal cantidad como fuera necesaria para investirlos en el gobierno federal, dejando los que no estuvieran incluidos en la enumeración en los estados miembros. Que esta doctrina se aplicaba solamente a los poderes que los estados poseían es evidente por sí misma. Y como los estados nunca poseyeron poderes internacionales, esos poderes no pudieron ser recortados de la masa de poderes estatales sino que obviamente fueron transmitidos a los Estados Unidos de otra fuente. Durante el período colonial estos poderes fueron poseídos exclusivamente y en su integridad bajo el control de la Corona.*

---

<sup>267</sup> CF. CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, "YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER", 343 U.S. 579, AÑO 1952, CONOCIDO COMO EL STEEL SEIZURE CASE.

<sup>268</sup> CF. 299 U.S. 304 (1936). TRADUCCIÓN DEL AUTOR. PARA UNA CITA COMPLETA CF. KAUPER, P. CONSTITUTIONAL LAW 3RD. EDIT. BOSTON 1966 P.251. RUIZ MORENO DICE QUE "ACLARA EN FORMA LUMINOSA LA CUESTIÓN DEL MANEJO DE LA POLÍTICA EXTERIOR DEL ESTADO POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA" CF. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO ANTE LA CORTE SUPREMA. BUENOS AIRES, 1970 P. 82. ES UNA OPINIÓN POR LO MENOS CONTROVERTIBLE.



*Como resultado de la separación de Gran Bretaña por las colonias actuando como una unidad los poderes de soberanía externa pasaron de la Corona, no a las colonias separadamente sino a las colonias en su capacidad colectiva y corporativa como los Estados Unidos de América...*

*De ello resulta que la investidura en el gobierno federal de los poderes de la soberanía exterior no depende de las concesiones afirmativas de la Constitución. Los poderes para declarar la guerra y llevarla adelante, para concluir la paz, para hacer tratados, para mantener relaciones diplomáticas con otras soberanías, aún cuando nunca hubieran sido mencionadas en la Constitución, estarían investidas en el gobierno federal como concomitantes necesarios de la nacionalidad. Ni la Constitución ni las leyes dictadas en su consecuencia tienen fuerza en territorio extranjero salvo con respecto a nuestros propios ciudadanos; y las operaciones de la nación en ese territorio deben estar gobernadas por tratados, entendimientos internacionales y pactos, y por los principios de derecho internacional. Como miembro de la familia de naciones, el derecho y el poder de los Estados Unidos, en ese campo es igual al derecho y poder de los otros miembros de la familia internacional. De otra manera los Estados Unidos no serían completamente soberanos...*

*No solamente ...es el poder federal sobre los asuntos exteriores diferente del de los asuntos internos en origen y en carácter esencial, sino que la participación en el ejercicio del poder está limitada significativamente. En este vasto reino exterior, con sus importantes, complicados, delicados y múltiples problemas, el Presidente solamente tiene el poder de expresarse o escuchar como un representante de la Nación. El hace los tratados con el asesoramiento y consentimiento del Senado, pero negocia por sí solo. En el campo de la negociación el Senado no puede introducirse, y el Congreso es incapaz para invadirlo. Como lo dijo Marshall en la gran argumentación del 7 de marzo de 1800 en la Cámara de Representantes, “El Presidente es el único órgano de la nación en las relaciones exteriores, y su único representante ante las naciones extranjeras...”*

*Es importante tener en cuenta que estamos tratando no solamente con una autoridad investida en el Presidente por una decisión del poder legislativo, pero de esa autoridad conjuntamente con el muy delicado, plenario y exclusivo poder del Presidente como órgano único del gobierno federal en el campo de las relaciones exteriores, un poder que no requiere como base para su ejercicio una ley del Congreso, pero que, por supuesto, como todo otro poder gubernamental, debe ser ejercido en subordinación a las disposiciones aplicables de la Constitución. Es bastante aparente que si, en el desarrollo de nuestras relaciones internacionales, se puede evitar una situación embarazosa, a lo mejor una situación seriamente embarazosa, y lograr el éxito, la legislación del Congreso que debe hacerse efectiva a través de la negociación e investigación dentro del campo internacional debe muchas veces acordar al Presidente un nivel de discreción y de libertad de las restricciones legales que no serían admisibles en el caso de que se tratara de asuntos domésticos. Más aún, es él y no el Congreso, quién tiene la mejor oportunidad de conocer las condiciones que prevalecen en países extranjeros, lo que es especialmente cierto en tiempo de guerra. El tiene sus fuentes de información confidenciales. El tiene sus agentes en la forma de funcionarios diplomáticos y consulares. El secreto con respecto a la información recogida por ellos puede ser altamente necesario y una difusión prematura puede producir resultados dañinos.”*

Este fallo ha recibido críticas en cuanto a que hace un uso extensivo del concepto de soberanía y de la teoría del Presidente como órgano único en materia de relaciones exteriores.<sup>269</sup> En las palabras del Juez Jackson es un precedente “*queda de costado como un*

---

<sup>269</sup> PARA UNA CRÍTICA AMPLIA A LA EXTENSIÓN DEL PODER PRESIDENCIAL EN MATERIA DE RELACIONES EXTERIORES VER. GLENNON, M. CONSTITUTIONAL DIPLOMACY. PRINCETON, NEW JERSEY. 1990.

*arma cargada lista para ser utilizada en un momento de urgente necesidad.*"<sup>270</sup> El mejor criterio es el de asociar este precedente con la opinión del mismo Juez Jackson en el caso de la Toma de las Acerías, ya citado. *"El Presidente puede actuar en asuntos exteriores sin la autorización del Congreso, pero no puede actuar en contra de una ley del Congreso"*<sup>271</sup> En cuanto a la teoría del órgano único, es bueno recordar la opinión de Corwin que señaló que lo expresado por Marshall era simplemente que el Presidente tenía era el instrumento de comunicación único con los demás gobiernos.<sup>272</sup>

Es coincidente con lo expresado por Jefferson, cuando dice que el Presidente:

*"es el único canal de comunicación entre este país y las naciones extranjeras, es solamente de él que las naciones extranjeras o sus agentes conocerán cual es o ha sido la voluntad de la nación; y lo que él comunica como tal, tienen el derecho y están obligados a considerar como la expresión de la nación, y no puede permitirse a ningún agente extranjero cuestionarla..."*<sup>273</sup>

Estas descripciones algo extremas son naturales en la sociedad de fines del siglo XVIII, pero son impensables en una administración pública tan compleja como la actual. Son sin embargo fuente de la concepción que supone una competencia única y homogénea sobre las relaciones exteriores: el *"foreign affairs power"*. Concebido este como una competencia genérica que incluye poderes no expresados en la Constitución.

## **5. La doctrina del 'órgano único' en la Argentina.**

La facultad del Poder Ejecutivo para conducir los negocios exteriores del país ha sido reconocida por la Corte Suprema en el famoso caso *"Fisco Nacional c. Madame Lynch"*.<sup>274</sup> Aunque no de la manera tan extrema en que luego lo haría la Corte de Estados Unidos, en este caso se limitó a señalar que la cuestión era política y no justiciable. Dijo que si

*"las declaraciones, derechos y privilegios sustentados por la Nación en sus debates en el fuero internacional por el órgano de los poderes que creó y autorizó plenamente para ello en su ley fundamental, pudieran ser traídos a juicio, discutidos y desautorizados ante otro de su poderes internos, a instancia del interés privado y en pugna con los altos intereses generales del Estado, concíbese, desde luego cuanto inconveniente de trascendental importancia no traería un conflicto semejante para la respetabilidad y decoro del país."*

En aquel caso la Corte se refería a las afirmaciones hechas por el gobierno de la República Argentina sobre el derecho de nuestro país a los territorios del Chaco al sur del río Pilcomayo, que cuestionaba el Paraguay alegando una posesión de hecho. En la causa se discutía la validez de unas donaciones de terrenos hechas por Francisco Solano Lopez a Madame Lynch.

<sup>270</sup> CF. *KOREMATSU V. UNITED STATES* 323 US 246 (1944).

<sup>271</sup> CF. *YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER*. 343 US 636. (1952)

<sup>272</sup> CF. CORWIN, E. THE PRESIDENT: OFFICE AND POWERS 1787-1957. P. 178, HAY TRADUCCIÓN CASTELLANA.

<sup>273</sup> CARTA AL MINISTRO FRANCÉS GÉNET, EN "WRITINGS.." P. 451, EDICIÓN DE 1895, CITADO POR HENKIN, "FOREIGN AFFAIRS AND THE CONSTITUTION" 1972 P. 300, TRADUCCIÓN DEL AUTOR.

<sup>274</sup> FALLOS DE LA CORTE T. 115 F. 189.

Continuó la Corte en el caso diciendo:

*“esta política firma de la Nación sustentada persistentemente en las declaraciones y actos internacionales del Poder Ejecutivo que quedan relacionados, durante la larga y accidentada gestión diplomática a que dió lugar el tratado de límites con el Paraguay debe prevalecer su autoridad histórica y su eficacia jurídica sobre las aisladas afirmaciones hechas ad libitum en libros de propaganda comercial y política; y esta autoridad de las declaraciones solemnes del gobierno argentino formuladas en aquella oportunidad acerca de la indiscutida y evidente jurisdicción y dominio nacional sobre el territorio del Chaco, no puede en manera alguna ser desconocida ni puesta en duda por los tribunales de justicia de la Nación y de las atribuciones que la constitución ha dado al presidente para representación diplomática y conclusión de los tratados internacionales.”*

Joaquín V. Gonzalez fue abogado de la demandada en este caso y sostuvo de manera extrema las competencias del Poder ejecutivo en materia internacional:

*..es el Poder Ejecutivo el único llamado en realidad, a dar a las leyes geneales, relativas o que se vinculen a la política internacional de la Nación, el sentido más armónico con ella, dados los precedentes que nadie mejor que él puede conocer, las exigencias del momento y las futuras conveniencias y probables o seguras proyecciones de esa política en el porvenir;..*

*Continúa más adelante, Véase bien a las claras que la política activa está en manos del Poder Ejecutivo, y és es el que se halla directamente habilitado para mantener la tradición y la continuidad en las relaciones con cada Estado, y para imprimirlas en momentos determinados variaciones o cambios o el sello y carácter que las circunstancia exijan. Para esto la Constitución lo arma con la facultad de nombrar y remover sus ministros, (plenipotenciarios) y la de recibir o no los que las potencias extranjeras acrediten ante él. Estos no son medios mecánicos de acción; son elementos, resortes o recursos de una gestión consciente, deliberara y trascendente que así como puede crear grandes vínculos de paz y amistad, puede también romper los existentes y conducir el país a una guerra. Luego, existe un período de la gestión diplomática durante el cual ella es inaccesible al Poder Legislativo, y es el que media entre su iniciación y la firma del tratado, y otro más largo aún durante el cual es inaccesible al Poder Judicial, y es el que media entre su comienzo y la aprobación por ambas cámaras y su promulgación por el mismo Poder ejecutivo, que podría oponer su veto a la sanción legislativa.”<sup>275</sup>*

En su Manual de la Constitución Argentina, Gonzalez tiene una definición más equilibrada sobre el *foreign affairs power*, que la que tuvo luego como abogado en el caso *Madame Lynch*. Deduce esta reglas constitucionales sobre la política internacional:

*“1° es una obligación permanente del gobierno federal mantener relaciones amistosas con las potencias extranjeras.*

*2° el Presidente de la República tiene la atribución para cumplir este deber;*

*3° el pueblo se reserva el derecho de prestar o no su consentimiento a los actos que se realicen en virtud de tales poderes.”<sup>276</sup>*

En cuanto a la distribución de funciones que estos principios establecen dice:

*“Por medio de las facultades que (los artículos de la Constitución) confieren se realizan los actos que afectan a la Nación en su calidad de Estado o persona del derecho internacional, y a su*

---

<sup>275</sup> CF. GONZALEZ, J.V. , “ACTOS IRREVOCABLES DEL PODER EJECUTIVO” OBRAS COMPLETAS TOMO VIII, PP. 93, Y 117.

<sup>276</sup> CF. GONZALEZ, J.V. MANUAL.. OP. CIT. TOMO III, P. 420.

*soberanía colectiva representada por el gobierno. Los tres poderes intervienen en su ejercicio: el legislativo, al sancionarlos definitivamente; el Ejecutivo, en su ejercicio inmediato y efectivo; y el judicial, al aplicar a los casos contenciosos las reglas concertadas entre la Nación Argentina y las extranjeras.*"<sup>277</sup>

En gran medida este poder de relaciones exteriores incluye para el Presidente el derecho de comunicación exclusiva con las potencias extranjeras, monopolio que el Presidente ejerce por tener control sobre el servicio exterior. En el caso argentino el único control que el Congreso puede tener sobre el es el de describir sus funciones en la ley del servicio exterior, y el Senado en el nombramiento de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios. Como las funciones de diplomáticos de esas jerarquías no solo incluyen los cargos en el exterior, sino también en el Ministerio de Relaciones Exteriores, aparece un control del Senado sobre estos cargos que no existe en el resto de la administración pública.

Al ser el único órgano de comunicación en la política exterior, el Presidente determina también cuando, donde y por quién el país recibe comunicaciones y no hay nada que sugiera que pueda estar limitado en cuanto al medio, la forma, el lugar o el medio. Esto es particularmente válido en cuanto a la participación en conferencias internacionales. Cuando recabe a los representantes o embajadores extranjeros, tiene también competencia en cuanto a los miembros inferiores de las representaciones diplomáticas que sean acreditados. También recibe a Jefes de Estado, de gobierno, ministros de Relaciones Exteriores o enviados especiales. También decide a quién no recibe y quién puede ser declarado "*persona non grata*".

Es de tener presente con referencia a las fuentes del derecho internacional vinculante para nuestro país, que el Presidente representa al país tanto en la formación de costumbre internacional como en las declaraciones unilaterales que pueden ser consideradas vinculantes para la Nación.<sup>278</sup> Esto es también válido para el caso en que considere como terminado un tratado y lo denuncie. Puede ocurrir que así cometa una violación del derecho internacional al ignorar obligaciones que el país tiene. Como órgano visible de la Nación frente al exterior, es a él a quién se dirigirán los demás Estados para reclamar derechos contra el país en razón de conductas que puedan ser consideradas como ilícitos internacionales.

Admite por sí a cualquier representante extranjero, pero requiere la autorización del Congreso para

---

<sup>277</sup> CF. MANUAL... OP. CIT P. 421.

<sup>278</sup> "ES RECONOCIDO QUE LAS DECLARACIONES QUE REVISTEN LA FORMA DE ACTOS UNILATERALES Y CONCERNEN A SITUACIONES DE DERECHO O DE HECHO PUEDEN TENER POR EFECTO LA CREACIÓN DE OBLIGACIONES JURÍDICAS.. CUANDO EL ESTADO AUTOR DE LA DECLARACIÓN SE CONSIDERA VINCULADO A ELLA DE ACUERDO CON SUS TÉRMINOS, ESTA INTENCIÓN CONFIERE A SU TOMA DE POSICIÓN EL CARÁCTER DE UN COMPROMISO JURÍDICO, EL ESTADO INTERESADO ESTA REQUERIDO LEGALMENTE A SEGUIR UNA LÍNEA DE CONDUCTA CONFORME CON SU DECLARACIÓN. UN COMPROMISO DE ESTA NATURALEZA, EXPRESADO PUBLICAMENTE Y CON LA INTENCIÓN DE VINCLUARSE, AÚN FUERA DEL MARCO DE NEGOCIACIONES INTERNACIONALES TIENE UN EFECTO OBLIGATORIO." CF. "CASO DE ENSAYOS NUCLEARES", CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, FALLO DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1974, (NUEVA ZELANDIA C FRANCIA) PP. 457.472.

*“Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él”*,

según lo establecido por el art. 75 inc. 28 de la Constitución. La negativa a este tránsito estuvo en los orígenes de la guerra del Paraguay. Debe tenerse también en cuenta que normalmente el Presidente, sin autorización del Congreso, admite el ingreso de contingentes menores de tropas extranjeras, algunas de las cuales pueden permanecer estacionadas por algún tiempo en el país. Aún cuando se trata, como queda dicho, de contingentes menores establecidos con fines de entrenamiento, pero es un movimiento de tropas que se hace sin la participación y probablemente, sin el conocimiento del Congreso.

Las mencionadas son competencias que el Presidente fundamentalmente tiene en su capacidad de comandante en jefe de *“todas las fuerzas armadas de la Nación.”*<sup>279</sup> y también *“Dispone de las fuerzas armadas, y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación.”*<sup>280</sup>

## **6. Extensión de las competencias del Poder Ejecutivo.**

Según la terminología establecida por el Juez Sutherland en el caso *“Curtiss Wright”* las competencias que tiene el Poder Ejecutivo en materia de la política exterior son *“plenarias”* y es decir que no hay nada que en esta materia esté en forma inherente o por sí misma fuera de su competencia. Sus poderes están limitados por competencias del Congreso. Particularmente en cuanto a designaciones de diplomáticos y en la aprobación de los tratados internacionales y también por las prohibiciones generales que afectan a todos los actos de gobierno en razón de la protección de los derechos y garantías. Al mismo tiempo el Congreso ejerce el control democrático general sobre todos los actos de gobierno.

Fuera de las limitaciones constitucionales y legales la competencia presidencial en esta materia es plenaria. Algunos de esos poderes que el Presidente ejerce en el manejo de las relaciones exteriores provienen de su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Como normalmente la política de defensa está asociada con un conflicto internacional, la función de comandante supremo está asociada directamente con las competencias presidenciales en materia de política internacional. El Presidente establece las ordenanzas y reglamentos militares, en lo que no es definido por el Congreso y dispone de las fuerzas en el exterior cuando las actividades no son bélicas. En esas circunstancias puede llegar a realizar actividades que exceden la función básica de defensa, como es la fijación de límites internacionales. Es el caso durante la guerra del Chaco de la ocupación por el ejército argentino de fortalezas abandonadas por las tropas bolivianas en su retirada.

Las circunstancias de este caso pueden ser interesantes de recordar. El límite en el Río Pilcomayo había quedado sin delimitar ya que se trataba de un llano cenagoso

---

<sup>279</sup> ARTÍCULO 99 INC. 12 DE LA CONSTITUCIÓN, LUEGO DE LA REFORMA DE 1994, ANTES HACÍA REFERENCIA A LAS FUERZAS DE MAR Y TIERRA DE LA NACIÓN.

<sup>280</sup> ARTÍCULO 99 INC. 14 DE LA CONSTITUCIÓN.

confundido con numerosos pantanos sin canales permanentes. En el curso de la Guerra del Chaco la zona estuvo ocupada originalmente por Bolivia, luego del desastre de Campo Vía a fines de 1933 comenzó la retirada boliviana y los fuertes en la región fueron ocupados por las tropas argentinas. Todo ello con anterioridad al avance paraguayo en el área.<sup>281</sup> El acuerdo militar de ese momento entre los comandantes argentino y paraguayo fue la base del tratado de límites definitivo.

Es posible que el Presidente utilice el derecho internacional como forma de ejercer una función legislativa dentro del país. Puede hacerlo cuando concluye un tratado, que si bien debe ser aprobado por el Congreso, éste no puede participar en su negociación. Cuando firma un tratado ejecutivo o cuando el Canciller firma **notas reversales**. Puede haber consecuencias en la legislación interna si el Presidente reconoce o no a un gobierno o Estado extranjero. Son casos en que la legislación general puede ser reformada como consecuencia de la actuación internacional del Presidente. Es una consecuencia en general no deseada y debe tener tanto el Presidente al actuar de esta manera y el Congreso al controlarlo amplio conocimiento de la medida y adecuada valoración de sus efectos. Finalmente existirá un control judicial adecuado para impedir la concentración de la función administrativa y legislativa en una sola persona y la violación de división de poderes.

En el tema de privilegios e inmunidades diplomáticas la decisión presidencial tiene efectos legales, un tribunal cumplirá los compromisos internacionales de la República en materia de inmunidades diplomáticas pero aceptará sin analizar la decisión presidencial de reconocer a un Estado y al diplomático que lo representa. Sobre esa declaración del Ejecutivo se basará la decisión judicial en el caso. Debe quedar siempre claro el principio que los poderes del Estado interpretan la Constitución en cuanto a sus competencias, el control judicial que se efectúa sobre ellas se hace sobre el reconocimiento de la existencia de cuestiones políticas y por lo tanto no justiciables.

---

<sup>281</sup> CF. PORCELLI, L. ARGENTINA Y LA GUERRA POR EL CHACO BOREAL. CENTRO EDITOR DE AMÉRICA LATINA. BIBLIOTECA POLÍTICA ARGENTINA. N° 304 P. 87.

## **El absolutismo ineficaz.**

Nuestro presidencialismo tiene un despotismo paradójico, el abuso de poder y a la vez impotencia para gobernar, la arbitrariedad y la indecisión, la ilusión de infalibilidad frente a la acumulación de problemas sin resolver. Una competencia universal de facultades sin resultados presentes. Los incentivos perversos ocultos en nuestra Constitución transforman en vicios en las actitudes de los gobernantes. Al mismo tiempo todo es aumentado si el entrenamiento de nuestros presidentes es el de haber ejercido la suma del poder público como gobernadores de pequeñas provincias. Franklin Roosevelt decía que la democracia es el único régimen que no puede ofrecerse el lujo de no funcionar.<sup>51</sup> La realidad es que nuestro hiper presidencialismo puede cobrar los impuestos sencillos de recaudar, como son las "retenciones", pero no puede crear un sistema eficaz de gobierno aún con todos esos recursos. Debido a esa situación, el super estado presidencialista argentino no puede llevar adelante todas las reformas necesarias para asegurar el crecimiento estable, lo que conforma una improductividad sorprendente si se tiene en cuenta la extensión de sus poderes. Es paradójico que el aumento de presupuesto y gasto en energía lleva a los cortes de luz. Los grandes precios internacionales de *commodities* agrícolas provocan la frustración de los productores agropecuarios. Grandes tasas de crecimiento del producto alejan las inversiones.

## ***Democracia e idoneidad en la función pública.***

La ineficiencia no es una característica necesaria de la administración pública, por el contrario el requisito que impone la Constitución es el de la idoneidad. El gobierno democrático asocia el concepto que los representantes del pueblo ejercen las tareas legislativas y de gobierno con quienes junto a ellos deben cumplir la tarea de la administración, subordinada a los poderes políticos. Si el fundamento de legitimación de los que integran el gobierno es la elección popular, la legitimidad de la administración proviene de la idoneidad de sus funcionarios para cumplir con la gestión de los intereses de la Nación. La idoneidad como única condición para el acceso a la función pública, es un fundamento del sistema republicano, la Constitución lo establece en el mismo artículo en que excluye los privilegios y prerrogativas de sangre o de nacimiento, y en la misma frase en que establece el principio de igualdad ante la ley. Esta idoneidad supone excluir toda forma de favoritismo político o de nepotismo. La idoneidad asegura que la administración de los bienes públicos está en manos de quienes tienen mérito para hacerse cargo de ellos.

El mérito o la idoneidad son la expresión administrativa del gobierno democrático. Muchas veces se confunde la idoneidad como condición de ingreso al empleo público con la imagen de una carrera cerrada, elitista y alejada de la realidad. Por el contrario, la idoneidad, medida por formas objetivas como es el caso del concurso público permite que el favoritismo, la recomendación o el contacto social o político queden de lado y los que no los tienen puedan acceder a la función pública. La idoneidad asegura un mejor servicio público y evita la furia de los gobernantes frente a una burocracia esclerosada, ineficiente y hermética frente a las demandas de la sociedad.<sup>52'</sup>

El concepto de idoneidad imprescindible para acceder a los cargos públicos tiene vieja data. La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 dice en el artículo 6°:

*(La ley) Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue.*

*Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admitidos a todas las dignidades, cargos y empleos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento. (Artículo 16).*

El concepto de idoneidad, por oposición al de favoritismo, como condición de acceso a la administración pública, además de ser un postulado constitucional, es una calidad esencial de la eficiencia administrativa. La idoneidad o suficiencia no se presume, debe probarse de acuerdo con las formas legales que prevalecen sobre las facultades discrecionales de la autoridad. Su origen constitucional lo asocia al principio de igualdad que es uno de los fundamentos del estado de derecho.

*“Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos, sin otra condición que la idoneidad.”*

Dice el artículo 15 luego de proscribir todas las prerrogativas y fueros personales. El ingreso por concurso público es la aplicación estricta del requisito de idoneidad. De esta manera se impide el favoritismo y la discrecionalidad.

La institución del concurso público tiende a prevalecer en la mayor parte de los Estados contemporáneos. Es una forma que tiene la primera característica de evitar el favoritismo político, confesional, familiar o social. A quienes lo critican por constituir una forma de selección de los funcionarios teniendo en cuenta elementos fundamentalmente académicos por sobre otros características como el carácter del aspirante; puede decirse, como en la frase sobre la democracia atribuida a Churchill, que todas las alternativas son mucho peores. Generalmente quienes se oponen a los concursos públicos ocultan la intención de utilizar a la función pública como un botín para quienes ejercen el poder político. El argumento constitucional con respecto al concurso público, está relacionado con la idoneidad como único requisito para acceder a los cargos públicos. Establecer una forma de acceso al cargo público que no reconozca a la idoneidad como su fundamento sería establecer estructuras de privilegio o aún vestigios de fueros personales que están vedados por la Constitución.

En la Asamblea del año XIII, en el tercer proyecto<sup>53</sup> en la

*"Sesión 4.a De la calificación de idoneidad de los ciudadanos p.a obtener empleos en el Estado.*

*"57 Las Asambleas de Parroquia formaran a pluralidad de votos una lista de los vecinos del distrito parroquial qe. sean mas idóneos por su virtud, probidad, patriotismo y conducta pacífica para obtener en el distrito todos los Empleos de justicia, y demás ramas de la administración pública."*

La descripción de idoneidad dada en este proyecto de 1813 es todavía útil para interpretar el artículo 16. Se hace imprescindible interpretar este artículo para encontrar una forma objetiva de definir la idoneidad requerida para ocupar un cargo. La idoneidad mencionada en la Constitución tiene dos elementos, por un lado es un derecho para los habitantes, ya que es el único requisito para acceder a los cargos públicos, eliminándose

<sup>54</sup> cf. CREUS, C. "Delitos contra la Administración Pública" Buenos Aires, 1981, p. 238.

favoritismos políticos, nepotismo u otras formas de privilegio. Por otro lado cumple con la necesidad de tener un servicio público eficiente, el pueblo requiere que quienes estén en los principales cargos de la administración lo hagan con la mayor eficacia. La eficiencia administrativa es una de las garantías de la democracia, porque asegura que las decisiones de los representantes del pueblo son llevadas a cabo con éxito, la administración pública no debe correr riesgos. Esta es la razón de los delitos contra la administración pública,



particularmente los referidos a nombramientos ilegales establecidos en el artículo 253 del Código Penal. El delito de nombramientos ilegales reprime, *el funcionario público que propusiere o nombrare para cargo público, a persona en quien no concurriesen los requisitos legales.*"

La ley al exigir determinados requisitos para ejercer un cargo público está cuidando la idoneidad del sujeto que debe ocuparlo, como garantía del eficiente funcionamiento de la Administración. El tipo protege ese funcionamiento contra los peligros que puede originar la carencia de idoneidad de la persona que ocupe el cargo por no reunir aquellos requisitos.<sup>54</sup>El Código Penal también reprime la aceptación ilegal de cargos, *"En la misma pena incurrirá el que aceptare un cargo para el cual no tenga los requisitos legales."* (art. 253 *in fine*).

<sup>52</sup> cf. MOSHER, F. "Democracy and the Public Service." Oxford University Press, New York, 1968. p. 202 y ss.

<sup>53</sup> cf. Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, del 27 de enero de 1813. Se lo llama el Tercer Proyecto para distinguirlo del Proyecto de la Comisión designada por el Ejecutivo en 1812, y del Proyecto de la Sociedad Patriótica. El Cuarto Proyecto sería el Proyecto de Constitución de carácter federal de 1813.

La única práctica eficiente para lograrlo, según lo demuestra la experiencia argentina y comparada es el concurso público.

El problema no es la existencia del concurso como forma más eficaz y equitativa de ingreso al servicio público sino elegir entre sus posibles modalidades. Se plantea la dicotomía entre conocimientos y carácter, que tiene la dificultad que mientras los primeros son posibles de evaluar objetivamente, la personalidad, el carácter, la vocación, el sentido de la responsabilidad, la capacidad de innovar y la capacidad de decisión, entre otros temas, son siempre sujetos a valoración. Permitir una mayor elasticidad a los jurados permite apreciar estas cualidades en un concurso, pero también puede dar lugar a injusticias. En particular la manipulación de resultados que impiden la competencia.

No se puede imaginar la existencia de una carrera pública con funcionarios especializados estrictamente en un tema, ya que en ese caso sólo podrá desempeñar las tareas para la cual ha sido escogido pero no las que se presenten en cargos o circunstancias totalmente diferentes. La idea del *"empleo de escala"*<sup>55</sup>, es que el funcionario no sólo debe estar capacitado para cumplir las tareas que inmediatamente le correspondan, sino tener también conocimientos y aptitudes indispensables para ejercer las funciones superiores que puedan aparecer ulteriormente.

La idea más general que subyace aquí es la del administrador proteico, es decir el alto funcionario de formación amplia que puede afrontar problemas diversos y complejos con claridad de conceptos y honestidad intelectual y personal. Es un concepto que tiene sus orígenes en la cultura clásica que no podía imaginar la excesiva especialización contemporánea, pero que la consideraría una mutilación de la personalidad. Esta doctrina tiene una aplicación práctica, probablemente inesperada, en países con medios reducidos como la Argentina. La especialización es cara, tener cuadros de funcionarios especializados en todos los temas concebibles está fuera de las posibilidades de la

administración. Sólo en los Estados Unidos se ha intentado y con magros resultados. Por lo tanto es una utilización racional de medios escasos formar un número reducido de funcionarios capacitados en múltiples temas que puedan introducirse en las cuestiones que surgen a diario en la vida internacional y jugar un papel eficaz en la defensa de los intereses argentinos. Esto permite una rápida respuesta aún en los casos en que la política sobre un tema no esté completamente definida y por consiguiente la actividad de un especialista sería impensable.

La tesis prevaleciente en los países europeos es la de la polivalencia, tanto en las funciones administrativas, como en el caso del "*civil servant*" británico, como en las funciones técnicas, como en el caso del ingeniero formado en la Ecole Polytechnique. En esta concepción los agentes no son reclutados y entrenados para cumplir con una función determinada y ella solamente, la administración requiere de funcionarios que tengan un cierto nivel de cultura y conocimientos. Estos agentes deben ser aptos para cumplir las tareas más diversas dentro de la administración y cumplir tareas muy diferentes entre sí.

Esta concepción del funcionario polivalente implica que el agente a cargo de un trabajo particular deba adquirir ciertos conocimientos técnicos, una cierta especialización no podrá ser adquirida antes de la afectación a un empleo determinado, solo podrá adquirirse cumpliendo las tareas determinadas. El arte de la administración no se reduce a recetas fijas que los aspirantes a la función pública pueden aprender leyendo manuales o cumpliendo los ejercicios de entrenamiento.<sup>56</sup> Esta capacidad de acción universal de los funcionarios ha llevado a bromas como la de Ortega y Gasset referida a los diplomáticos:

*“Estos hombres de la carrière son el universal casi. Son casi elegantes, casi aristócratas, casi funcionarios, casi inteligentes y casi donjuanes. Pero el casi es el vocablo de la ausencia. A veces, sin embargo, -recuérdese el caso de Stendhal-, la carrera diplomática es el mejor antifaz que un hombre distante de los demás hombres puede elegir para circular entre ellos sin que sospechen los ricos hontanares de espíritu que lleva dentro. Todos los individuos auténticamente personales que he conocido tenían dos vidas - una de ellas siempre coraza de la otra.”<sup>57</sup>*

Esta concepción de carrera "*media*", esto es ascendiente en forma regular y asegurada a todos los agentes, ha sido también criticada como favoreciendo la ineficiencia. Esta opinión existe en medios empresarios que preferirían que los altos funcionarios fueran reclutados entre los ejecutivos de empresas privadas con gran experiencia profesional. Muchos de los que han intentado el paso han fracasado. La función pública y particularmente la función diplomática tiene características propias y muy diversas de la actividad privada.

Tomemos algunas de las ventajas de una carrera estructurada. Esta asegura la neutralidad de la administración pública, da a los funcionarios una gran independencia tanto frente a los grupos de presión o de interés económico como frente a los partidos políticos. Un funcionario que sabe que ascenderá por sus méritos juzgados por un organismo independiente puede resistir a las presiones políticas o económicas.

Sin duda existe el riesgo de que un funcionario que se sabe protegido no acepte plenamente la subordinación al poder político. Que quiera reemplazar a la política de los representantes del pueblo con la política de la administración, o que bloquee o aplique con lentitud políticas que no comparte. También quien sabe que puede ascender de todas formas puede adquirir una actitud indiferente hacia su función y oponerse a todo cambio. Es necesario encontrar un equilibrio en estas tendencias, lograr la estabilidad en el empleo y la independencia de opinión por una parte y mantener la eficiencia a través de

nuevos desafíos profesionales y de un régimen de promociones basado exclusivamente en el mérito y no exclusivamente por la pura y simple antigüedad en el cargo.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> La referencia es del artículo 72 de la Constitución cuando señala que ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto **los empleos de escala**. Este artículo señala que existe una carrera administrativa a la que pueden pertenecer los legisladores quienes mantienen su cargo durante su mandato.

<sup>56</sup> cf. GOURNAY, B. *Introduction a la Science Administrative*. Paris. 1978. p. 31.

<sup>57</sup> ORTEGA Y GASSET, J. "Memorias de Mestanza" en *Obras Completas*, Madrid, 1958, tomo V p. 479

<sup>58</sup> cf. GOURNAY, *Introduction a la Science Administrative*, Paris, Fondation National de Science Politiques, 1978 p. 36.

### **¿Por qué se elige a los peores?**

Existe un fenómeno recurrente. Cada nuevo Ejecutivo incapaz de motivar a la administración pública nombra grandes cantidades de funcionarios bajo un sistema de contratos que crean una administración pública paralela. La burocracia paralela ocupa las mismas secciones de la administración pero con funciones que la administración tradicional no puede cumplir, ya que no goza de las simpatías y de la confianza del poder político. Pero la rotación en los cargos políticos impide que esta burocracia paralela pueda cumplir una función administrativa eficaz, ya que la rotación política impide el desarrollo del conocimiento y memoria institucional, y el desarrollo de la cooperación entre ministerios. Se profundiza así la heterogeneidad y la diferencia de la calidad del servicio público y las decisiones políticas son incoherentes. Por lo tanto, aproximadamente la mitad del empleo público está compuesto por contratos políticos que tienden a ser transeúntes dentro de la administración ya que no permanecen ni tienen pertenencia al cuerpo permanente. Es decir, se utilizan fondos públicos para nombrar funcionarios de confianza política y de lealtad personal hacia el gobernante, empleados que no representan los intereses de los habitantes, función principal de la administración pública estable. Al mismo tiempo debe recalcar la actividad de los sindicatos de la función pública que intervienen activamente en la designación de funcionarios. Es decir, frente a los que muestran lealtad al gobernante también hay otros que la deben a la organización gremial que impulsó su designación. Esta designación muchas veces ocurre a través de la organización de los concursos para los cargos permanentes de alto nivel. Esto lleva a la paradójica situación que altos funcionarios permanentes tienen sus lealtades divididas, o al gobernante que los designó o al sindicato que apoyó su designación, aun cuando todo se haya hecho a través de un sistema de concursos.

Esta situación constituye una doble tragedia. Primero por qué el funcionario no conserva la suficiente independencia para defender los intereses de los habitantes y los ciudadanos. Una administración pública independiente es una garantía de la defensa de los derechos humanos de la misma manera que lo son los jueces independientes. En los sistemas políticos europeos donde por un largo período no existía la división de poderes, ni aún una Constitución escrita, la existencia de un cuerpo de funcionarios públicos de carrera únicos autorizados a cumplir con las instrucciones políticas del gobernante, fueron la

manera de asegurar la protección del interés general y defensa de los derechos de los administrados. Pero, en segundo lugar, aparece una situación entre dramática y paradójica. Esta línea de funcionarios cercanos al poder político, la burocracia paralela que responde al gobernante, que es por ignorancia, mala formación e inexperiencia, incapaz de llevar adelante las instrucciones recibidas. El absolutismo es pleno pero ineficaz de llevar adelante su plan de gobierno.

La concentración del poder es a veces incompatible con el cumplimiento de objetivos, ya que la centralización en la toma de decisiones impide el debate y la participación que legitiman la aplicación de lo resuelto. Los funcionarios centralizados son seleccionados para no debatir las instrucciones recibidas y resultan escogidos entre quienes por obsecuencia o mediocridad cumplirán lo ordenado. Se crea un incentivo hacia la sumisión administrativa y a la condescendencia en el cumplimiento de las instrucciones lo que atraerá a funcionarios insignificantes y excluirá a los que demuestren imaginación, buen criterio e independencia. Hayek se hacía la pregunta: ¿Por qué los peores se ponen a la cabeza? En su análisis de la burocracia nazi, y la respuesta es que solo ellos cumplirán con instrucciones aberrantes.<sup>59</sup>

Si lo que se pide de un funcionario es que obedezca ciegamente al poder político difícilmente podrá tener las características de integridad, imaginación y sentido del deber necesarios en la administración pública democrática. Refiriéndose a este tipo de funcionarios públicos Frank Knight señalaba: *‘Tienen que hacer las cosas, lo quieran o no; y la probabilidad de que quienes están en el mando sean individuos que aborrezcan la posesión y el ejercicio del poder es del mismo orden que la probabilidad de que una persona extraordinariamente bondadosa se haga cargo del látigo en una plantación de esclavos.’*<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Cf. Friedrich von Hayek. Camino de servidumbre. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Capítulo X, p. 136.

<sup>60</sup> Frank Knight en el Journal of Political Economy de diciembre de 1938, p. 869. Citado por Hayek op. Cit. P. 154.

La desconfianza gubernamental en una burocracia profesional e independiente hace que construyan una administración paralela. Este régimen cumple con dos objetivos el primero es pagar favores políticos realizados o a realizar fuera de la administración. Gran parte de los salarios se pagan a empleados por contratos políticos que tienden a ser transeúntes dentro de la administración. El segundo objetivo es sortear a la administración formal, de manera que se eviten cuestionamientos a las decisiones políticas sesgadas del gobierno. Si la administración política de carrera cumple con incentivos de beneficio al interés general de manera que a los funcionarios se les asegura la estabilidad en el empleo y pueden cumplir sus funciones en administraciones de diferentes orientaciones política. En los gobiernos con centralización de funciones se desea una lealtad absoluta e indiscutida a la decisión tomada y para ello se construye una burocracia paralela que cumplirá los deseos gubernamentales al margen de la administración de carrera. No solo esto es un mayor gasto, ya que hay que pagar dos veces el mismo trabajo, sino que además se prescinde de funcionarios con experiencia y criterio para cumplir la tarea encomendada. Se pierde la memoria colectiva de la administración y se confunde a la opinión que no sabe quién es el verdadero funcionario responsable de la regulación en cuestión.

## **La administración profesional como garantía.**

La administración profesional fue establecida en algunos estados europeos a mediados del siglo XIX para atemperar el autoritarismo político y asegurar las garantías de los ciudadanos. En esos tiempos no existía una participación amplia de los votantes en las elecciones, o los parlamentos no tenían influencia en la formación de los gobiernos, o la incompetencia gubernativa hacia inaplicables las buenas iniciativas administrativas. Las experiencias británicas, en la reforma Northcote Trevelyan, en la administración alemana luego de la unificación bismarckiana, igualmente en Francia de la III República insistieron en los criterios de concurso de ingreso, independencia de la administración y estabilidad en el empleo.

Los sistemas administrativos europeos garantizaron dos ventajas, la primera se han construido como garantías frente al autoritarismo, ya que aseguran la defensa del interés general frente a oportunismos políticos. La segunda aseguró que las iniciativas gubernamentales se llevaran a cabo rápida y eficientemente. De allí que se constituyeran en una forma eficaz de distribución del poder. Por el contrario, los sistemas que tienden a la centralización de las decisiones crean un autoritarismo ineficaz, la decisión es centralizada pero la aplicación es confusa. Asignan culpas, y pueden imponer castigos, pero rara vez resuelven los problemas planteados.

## ***Las transacciones soberanas.***

Frente a estos desafíos podemos hacernos la pregunta si existen actividades que sólo el gobierno pueda proveer, o si podrían contratarse los servicios públicos fuera de la administración. Una respuesta técnica que nos aleje de debates puramente ideológicos pero al mismo tiempo de la incompetencia gubernamental requiere el análisis de las ‘transacciones soberanas’.

La burocracia pública no tiene una buena fama porque es una forma organizacional ampliamente utilizada pero de la cual se cree que es ineficiente, tanto en relación a un ideal hipotético de lo que debería ser un buen servicio público, como en comparación con las burocracias privadas. La burocracia pública como cualquier otro método alternativo de gobierno<sup>61</sup> está capacitada para algunas transacciones y mal capacitada para otras. Existen lo que Wilson<sup>62</sup> llama las transacciones soberanas (el caso ejemplar es el de las relaciones exteriores) que señalan un lugar de eficiencia para la burocracia u organización pública.

Podemos analizar con Williamson<sup>63</sup> la burocracia pública desde el punto de vista de los costos de transacción. La economía de los costos de transacción considera a la agencia pública como un método de gobierno que esta bien capacitado para algunas actividades y pobremente capacitado para otras. Determinar que transacciones está capacitada para cumplir una agencia pública y en que agencia pública se cumple completamente el esquema de una organización económica son preguntas que debemos responder. La primera es que debemos suplantarse la idea de la agencia pública como una entidad técnica benigna por el concepto de la agencia pública que tiene inconvenientes con cualquier organización ya que existen costos de transacción en ella. La organización pública no puede ser una caja negra sino que debemos examinar la estructura interna de su mecanismo. La estructura que define a la oficina pública y al responsable de sus poderes o competencias y limitaciones deben ser identificados y explicados.

<sup>61</sup> Utilizo la expresión “gobierno” o “estructura de gobierno” para referirme al término “governance”.

<sup>62</sup> James Q. Wilson. *Bureaucracy*. New York. Basic Books. 1989.

<sup>63</sup> Oliver E. Williamson, PUBLIC AND PRIVATE BUREAUCRACIES: A TRANSACTION COST ECONOMICS PERSPECTIVE, *Journal of Law, Economics and Organization* April, 1999.

## **El problema de la burocracia pública.**

¿Por qué como forma organizacional la burocracia pública es considerada como ineficiente tanto en relación al ideal hipotético como en comparación con las burocracias privadas? La burocracia pública como otros métodos alternativos de gobierno o *governance* es útil para algunas transacciones y menos capacitada para otras. La oficina pública tiene una reputación mixta dentro de la economía. En un extremo está la tradición de las finanzas públicas en las que se considera que las organismos públicas y el gobierno en general deben ser consideradas como instrumentos "omnipotentes, omniscientes y benevolentes". Desde el otro extremo, la visión de los derechos de propiedad, la agencia pública es un centro de ineficiencia del cual se puede salir si los derechos de propiedad son asignados correctamente y la actividad en cuestión es privatizada. Pero desde una visión de la economía de los costos de transacción la agencia pública es una forma de gobierno útil para algunos fines e inútil para otros. ¿Para qué tipo de transacciones la agencia pública está bien capacitada y por qué? Determinar los atributos de las transacciones que la agencia pública puede cumplir a través de una respuesta gubernamental relativamente eficaz. Los atributos que distinguen las transacciones del sector público deben ser determinados y explicados. El problema que surge inmediatamente es que las transacciones del sector público no son todas iguales. Dentro de los diferentes tipos de transacciones del sector público podemos concentrarnos en los que James Wilson se refiere como transacciones soberanas, de la cual el ejemplo más característico son las relaciones exteriores.

<sup>64</sup> North, Douglass. 1990. "A Transaction Cost Theory of Politics," *Journal of Theoretical Politics* 355-367.

## **La política de ineficiencia.**

Ciertos conceptos constitucionales como la separación de poderes, elecciones periódicas y regla de gobierno de la mayoría imponen costos positivos a una decisión. A esto se suma la inseguridad de la asignación de derechos que es inherente a la política dentro de una democracia. Esta mezcla de títulos jurídicos inseguros en combinación con la separación de poderes hacen que la nueva legislación sea muy difícil de sancionar y establezca una burocracia que esta ampliamente formalizada e incapaz de actuar por su propia organización. La actividad política es adversa a la eficiencia. Las diferencias que existen entre la economía y la política en la organización incluyen:

- 1) La comparación básica entre mercados y jerarquías en las que las transacciones del sector privado no se aplican, es decir, no existen mercados para la regulación de los bienes y servicios que provee el gobierno.
- 2) A pesar que los actores del sector privado pueden en algunas circunstancias estructurar sus relaciones de una manera eficiente, esta presunción no se aplica a la política porque los actores políticos no pueden vender sus derechos para ejercer la autoridad pública, y las necesidades de compromiso en la política hacen que

exista una preferencia del pragmatismo sobre la eficiencia en el diseño de oficinas públicas.

Douglass North en un artículo sobre la teoría de los costos de transacción de la política<sup>64</sup> señaló que la eficiencia de la política debe ser juzgada examinando con cuanta cercanía el mercado político se acerca a un resultado de costos de transacción cero. Bajo ese criterio los mercados políticos son muy imperfectos en forma inherente. Más aún North sostiene que los mercados políticos no son solamente imperfectos con respecto a un ideal hipotético, pero que también se comparan desfavorablemente con los mercados económicos habituales. Existe una tendencia pronunciada a la ineficiencia de los mercados políticos, y una tendencia de la política a producir derechos de propiedad ineficientes. Dice North:

*Las instituciones no necesariamente son creadas para ser socialmente eficientes, antes bien o por lo menos en las reglas formales, ellas son creadas para servir a los intereses de aquellos que tienen un poder de negociación suficiente para crear nuevas reglas. Esta idea de que la política es un refugio para la ineficiencia es apoyada en el hecho que los altos costos de transacción son habituales en el sistema político.*

Williamson considera que el criterio de costos de transacción cero no debe ser utilizado para analizar la burocracia pública, al contrario, la necesidad de eficiencia debe ser valorada con respecto a una transacción común, y no a la transacción con costos cero. Los altos costos de transacción gravitan en el sistema político porque la burocracia pública es la mejor respuesta posible a pesar de sus dificultades. La mejor manera de pensar sobre la eficiencia de una agencia gubernamental es preguntarse si estaríamos dispuestos a aceptar que el mismo producto o servicio fuera entregado por una empresa privada, y este concepto es consistente con la práctica de costos de transacción.

### **La aplicación a las burocracias públicas.**

Debemos considerar las consecuencias predecibles de algunas características estructurales del sistema político. Condenar los atributos de las burocracias públicas que son la consecuencia previsible de la división de poderes, y al mismo tiempo insistir que la división de poderes es necesaria es absurdo. Si la división de poderes es una limitación no negociable debemos comprender y aceptar sus ramificaciones. Más allá de la política debemos establecer una apreciación económica más profunda de las propiedades de los métodos alternativos de gobierno. Denunciar las organismos públicas porque tienen incentivos de bajo poder, más reglas y reglamentaciones y una mayor seguridad laboral que las que se asocian con las oficinas privadas equivalentes es una visión que no ve que esas características han sido establecidas deliberadamente para la oficina pública y por lo tanto mitigan los riesgos contractuales aunque lo hagan a un costo que puede ser alto. Algunas consecuencias burocráticas podrían no haber sido previstas al menos inicialmente. De esta manera la captura de la regulación económica por los grupos de interés puede haber sido un resultado no querido por los que establecieron la organización burocrática.

### **Las transacciones del sector público.**

La ausencia del mercado ideal en las transacciones del sector privado fue la razón que llevo a la creación de la economía de costos de transacción. Esta misma visión debe ser establecida en el estudio de las transacciones del sector público. Hay transacciones que

requieren necesidades especiales de probidad e implican la seguridad del Estado. El manejo de las transacciones soberanas es uno en el cual el Ejecutivo es el principal responsable. La contratación en el mercado de transacciones soberanas o de soberanía plantea graves dificultades.

<sup>65</sup> Bureaucracy. P.398

Wilson<sup>65</sup> describe las transacciones del sector público como **transacciones soberanas** y son las que están previstas con una autoridad propia, ya que existen ciertas decisiones que solo el Estado puede tomar. Más aún, el gobierno organiza estas transacciones por sí mismo, no porque el gobierno sea más barato o más eficiente sino porque él únicamente asume la autoridad pública. Es el caso de las relaciones exteriores, la inteligencia militar, el manejo de la oferta monetaria y el Poder Judicial probablemente. Comparadas con las posibles formas alternativas que tienen también inconvenientes la burocracia pública es la forma más eficiente para organizar las transacciones soberanas.

Los dos principios necesarios para comprender las transacciones soberanas son la especificidad de los bienes, que también es prominente entre los riesgos de las transacciones del sector privado, y la probidad. Al observar las estructuras de gobierno podemos decir que son el marco institucional en el que se decide la integridad de una transacción.

Los recursos humanos suponen una especificidad importante en muchas burocracias públicas, y las relaciones exteriores es una entre ellas, debido a que hay cierta forma de entrenamiento que no puede ser transferido y al condicionamiento social. El gobierno en estos casos tiene un monosopnio para las transacciones en materia de relaciones exteriores. Es decir, sólo el gobierno contrata diplomáticos. El requisito de un conocimiento profundo de protocolos y procedimientos particulares para la conducción de política exterior que incluyen además un conocimiento especializado de zonas y prácticas lejanas tiene para el personal poco valor en empleos alternativos. Así como ocurre en el sector privado, también en el sector público la manera de cubrir los riesgos adicionales de la especificidad en los recursos humanos es proveer una seguridad en el empleo, un desarrollo mayor en la apertura de la información y un mecanismo de resolución de conflictos más refinada. Sin embargo, lo que verdaderamente distingue la transacción de relaciones exteriores es el riesgo de probidad. Por probidad me refiero a la lealtad y rectitud con las cuales las transacciones de relaciones exteriores se llevan adelante. El aspecto vertical de la preocupación de probidad en relación entre el Presidente que es el responsable primario en la administración de las relaciones exteriores y la agencia que las lleva adelante. ¿Debe el Presidente tener confianza en la información y asesoramiento que le provee la agencia de relaciones exteriores?

La preocupación de probidad se ve limitada o aliviada por estructuras de gobierno que tengan una respuesta confiable para el Presidente, congruencia en los fines, cumplimiento en tiempo y falta de medidas aventuradas. La virtud principal de la integridad es la fidelidad a los principios que cada tipo de institución define. Los principios unificadores que son asociados por las transacciones soberanas incluyen: primero el respeto que se debe tener para la misión diplomática encomendada, segundo, una respuesta confiable a las instrucciones del Presidente y a la información que se le provee, lo que incluye una ausencia de posiciones aventuradas y tercero una comunicación exacta a las otras partes que participan en la decisión. El condicionamiento social y las salvaguardias de procedimiento son pertinentes en todos estos casos.



Las competencias para nombrar y remover funcionarios de los niveles más elevados de una agencia son importantes en la capacidad de respuesta y de comunicación. Expresada en términos de los riesgos para las relaciones exteriores los riesgos a la probidad se plantearían si el Presidente no tuviera confianza en la información y valoración de esa información que son provistos por la Cancillería y también si la agencia fuera percibida como no cumpliendo las instrucciones recibidas y al mismo tiempo fuera aventurada en sus decisiones, aproximaciones y valoraciones. **Aparece un intercambio cuando existe un interés político inmediato del Presidente que no coincidiera con un interés de largo plazo del Estado.** A menos que la integridad del Estado este comprometida la salvaguardia de la misión debe ser introducida dentro del diseño. La percepción de falta de autoridad plantea un riesgo externo a la probidad. Si se percibe una debilidad en el conocimiento y una falta de apoyo político asegurado, esto debilita la habilidad de la agencia para tratar efectivamente con las contrapartes, ya sea dentro del Estado o en el exterior. El primer elemento a considerar implica la estatura profesional de los funcionarios. El segundo esta referido al proceso de designación. Se reconocerá menos autoridad a un liderazgo dentro de la agencia que no cuente con la confianza del ejecutivo y la aprobación de la legislatura. El establecimiento de una estructura de gobierno en el que participen los organismos y se les conceda autoridad es parte del ejercicio. Expresado en términos contractuales las transacciones para las cuales la probidad es importante son de muy largo plazo de un tipo que haya una auto renovación o tácita reconducción y son por lo tanto altamente incompletas. Existen muchas transacciones de este tipo, pero lo que distingue a las transacciones de probidad es su necesidad de lealtad tanto al liderazgo como a la misión y la integridad del proceso. Como la ruptura del contrato o una fractura en la probidad puede ubicar al sistema en una situación de riesgo la probidad representa una situación de riesgo contractual cuya mitigación no puede ser realizada a través de una pena pecuniaria. Antes bien, un incumplimiento contra la probidad está mejor descrito por el de incompetencia o negligencia inexcusable o aún de traición.

<sup>66</sup> Ver fundamentalmente su obra Economía y Sociedad. Toda la teoría de las organizaciones moderna sigue a otros modelos, fundamentalmente a Herbert Simon.

### **Estructura de gobierno reactiva.**

Las estructuras de gobierno del sector privado han sido descritas en términos de la intensidad de los incentivos, los controles administrativos y el régimen contractual vigente. ¿Como pueden relacionarse estas estructuras del gobierno con las características descritas anteriormente de tensión entre autonomía y cooperación de las transacciones de relaciones internacionales? Los incentivos de bajo poder impedirán un deseo de iniciativa y de actividad excesiva que pudieran ser indeseadas. No solamente no habrá compensación en una agencia de este tipo sino que la reasignación de recursos por los ahorros en los costos serán muy limitadas. Algo similar a la burocracia estatal tradicional permitirá cumplir con la falta de compensaciones y la limitación de los usos de los costos ahorrados podrán contribuir a la limitación al subsidio de la asignación esos recursos a otros fines. Específicamente los pagos contingentes realizados sobre los ahorros en los costos no serán hechos a los individuos que descubran e implementen el ahorro de los costos. La preocupación permanente es que un tipo de entrada relativamente bajo era agregado de la intensidad de los sentidos reduce la probidad.

La burocracia ideal descrita por Max Weber<sup>66</sup> y ahora ampliamente desacreditada, describe en efecto muchas de las necesidades de las relaciones exteriores. Una organización jurisdiccional establecida por normas y reglamentos, una autoridad jerárquica establecida claramente y a la que se puede apelar a través del debido proceso administrativo, la separación de bienes financieros de los bienes privados, amplio conocimiento del procedimiento y un compromiso educacional que incluye un entrenamiento y lealtad a la función. Los incentivos de alto poder con los agentes individuales o grupos de agentes obtienen participación en los beneficios netos están ausentes del modelo Weberiano de burocracia. Esto debido a que incentivos de alto poder ponen la fidelidad al sistema en riesgo. La compensación llana, sin incentivos, tiene un costo en que al no tener una compensación por contingencias la mayor parte de los trabajadores tiene un incentivo a no cumplir eficazmente con sus tareas ya que se les va a pagar independientemente de sus iniciativas. Las reglas burocráticas, reglamentos, procedimientos estandarizados y otro tipo de normas tienen el fundamento de limitar el incumplimiento de los funcionarios. Funcionarios que pueden sentirse incentivados a no cumplir ya que recibirán una compensación fija. Sin embargo, el objeto principal de los controles administrativos es promover la probidad en la misión en relación a la posibilidad de reacción y de comunicación.

Consideramos en estas circunstancias el uso diferenciado de la conclusión del contrato de trabajo por voluntad y la conclusión o terminación por causa tomando por ejemplo las relaciones exteriores. Es elemental que un jefe de agencia que es designado y concluye sus funciones por decisión del Presidente como es el caso del Canciller tendrá una capacidad de reacción o de respuesta a las necesidades que perciba del liderazgo político. Ese liderazgo podrá comunicarse con gran autoridad a otros organismos y contribuye a la probidad en ese respecto, es decir en el de representación genuina de los intereses del poder político. De la misma manera en un sistema de división de poderes donde la designación presidencial necesita ser aprobada por la legislatura la integridad de la misión puede ser reforzada a través de las audiencias y procesos de aprobación legislativa.

Los politólogos y también los pocos políticos que hacen visiones de largo plazo reconocerán que una oficina a la que se asignan funciones de soberanía tiene una especial responsabilidad hacia el Estado para ser protectora de su misión. De esta manera el cuerpo diplomático generalmente mira interiormente a su carrera para cualquier promoción. El cuerpo diplomático está asociado con la administración de relaciones exteriores para el largo plazo. Si esto no fuera así el personal diplomático tendría reservas a especializar sus recursos humanos a una actividad tan dedicada a menos que reciba un pago por el riesgo. Como el empleador tiene un monosopnio tiene el incentivo de mitigar el riesgo ofreciendo seguridad en el empleo. La práctica de la terminación del contrato por voluntad es reemplazada por la terminación por causa. Al mismo tiempo el entrenamiento especializado y el condicionamiento social serán utilizados como valores distintivos y prácticas características de la organización de relaciones exteriores.

Las adaptaciones autónomas serán raras en este tipo de agencia. Al contrario, la cautela, una cierta oposición a un lenguaje o actividad intrépida prevalecerán de la misma manera que el deseo de consenso. Finalmente la seguridad en el empleo estará más asegurada si la burocracia a la cual la tarea soberana es asignada tiene un bajo riesgo de quiebra económica y tiene una base presupuestaria estable o confiable frente a la adversidad económica. De esta manera para evitar distracciones y para comprometerse en su misión las relaciones exteriores beneficiarán al tener un objetivo indivisible. Las

propuestas para ampliar la extensión de la responsabilidad de las relaciones exteriores generalmente reflejarán este deseo. En general se imagina que las oficinas públicas tienen una propensión a la adquisición de funciones, una especie de imperialismo burocrático. Por el contrario, la oficina a la cual se encargue una tarea soberana tendrá cierta reticencia a la expansión de funciones que puedan comprometer su misión.

Ahora bien, frente a la pregunta si la organización de relaciones exteriores puede ser replicada por una organización privada la respuesta es primero definir si puede replicarse la burocracia pública en una burocracia privada, y el segundo punto es si en el proceso existe una ventaja en el análisis de costo beneficio. Solo en el caso en que estas dos alternativas se cumplieran, entonces la privatización sería recomendable.

### **Primera alternativa: La privatización plena.**

Cuando imaginamos una privatización del Servicio Exterior incluimos la situación de la designación de funcionarios políticos, sin estabilidad ni carrera, en sus cargos. La 'privatización' puede hacerse en bloque con la contratación de un servicio a una empresa, pero es más probable que se haga por muchos pequeños contratos, incorporando a grupos de activistas políticos y simpatizantes al empleo público. Ambas son privatizaciones. La primera es una hipótesis para el análisis, la segunda una realidad política.

A pesar que es de alguna manera inverosímil pensar en una agencia totalmente privatizada en materia de relaciones exteriores, es siempre instructivo mirar detrás de la intuición e imaginar que una empresa privada sería incapaz de cumplir la función. La primera pregunta es determinar que contenido tendría el contrato para que una empresa asumiera las responsabilidades de relaciones exteriores. Es indudable que un contrato para el manejo de relaciones exteriores sería muy incompleto, sería imposible o muy difícil redactar un contrato que especificara por adelantado que es lo que la empresa debiera hacer en cada caso, en gran medida porque el gobierno no sabe. La característica de esta ignorancia es debida al hecho que las preferencias del gobierno se van formando a través del proceso de negociación. Es por eso que un sistema de decisión adaptativo y secuencial es la única manera posible de jugar un juego de negociación en los cuales los eventos contingentes y las contramedidas estratégicas son tan amplias. Esta imposibilidad de completar un contrato tan amplio complica y aun podríamos decir, que vicia cualquier esfuerzo de privatizar las relaciones exteriores. La incapacidad de describir los eventos contingentes mucho menos evaluarlos de una manera significativa, no ponen frente a la pregunta sobre cómo establecer el precio del contrato. Sería muy difícil comparar las ofertas de los competidores. Si el Presidente requiere respuestas a eventos que no han podido ser anticipados que difieren en grado o por las características importantes de los previstos en el contrato, ¿Qué mecanismos de conciliación se podrían emplear? Todos los problemas que se plantean en una oferta de franquicia para un monopolio natural en circunstancias en que los bienes son muy específicos y las condiciones son imprevistas se magnifican.

Supongamos sin embargo que una agencia privada obtiene un presupuesto del gobierno y se le solicita que cree el liderazgo y plantel técnico para manejar o administrar las relaciones exteriores. La primera pregunta es saber si esta empresa puede al mismo tiempo implementar los incentivos de bajo poder que podrán obtener la respuesta adecuada y al mismo tiempo controlar una visión de riesgo en la administración de relaciones exteriores al mismo tiempo que obtiene los beneficios netos apropiados que

permitan el ahorro de gastos. Como se planteó anteriormente, la realización de incentivos de baja intensidad en una oficina pública es fundamentalmente obtenida porque se devuelven los ahorros, si es que existen, al tesoro y no se dan como incentivo a las personas que efectuaron esos ahorros. Este requerimiento es prácticamente antitético u hostil a cualquier privatización. No solamente la agencia privada estará más alerta e implementará habitualmente las oportunidades para ahorrar costos, sino que también estará preocupada si el Presidente le solicitara a la agencia privada que asumiera objetivos costosos entre los intervalos que van en cada contrato. Al mismo tiempo, aparecen los retiros ejecutivos que plantean la necesidad periódica de reemplazar a los funcionarios. Aparece aquí una tensión evidente entre la política y la empresa. El directorio que tiene la responsabilidad final frente a los accionistas siempre tiene una voz significativa en la designación y conclusión de los contratos de los ejecutivos. Sin embargo, los ejecutivos de relaciones exteriores requieren que el Presidente y el Congreso sean los que tomen las decisiones en materia de contratación y de producción. Las presunciones de utilizar procedimientos reglas y reglamentos idénticos pudieron ser adoptados para la selección de personal en las dos formas de organización, en la pública y en la privada es una afirmación gratuita. El gobierno no está en una posición de imponer normas y regulaciones desde afuera si le falta la experiencia directa en las transacciones de política exterior y por lo tanto es informado en forma imperfecta de las necesidades que se plantean. El resultado es que el esfuerzo de replicar la administración pública de relaciones exteriores en una empresa privada fracasaría. La empresa privada se caracterizaría por una intensidad de incentivos mayores y controles administrativos incompletos, una capacidad gerencial menos reactiva y un personal de carrera con menores protecciones. Esto no quiere decir que las relaciones exteriores sean un desastre, sino que habrá una diferencia en que el control de costos tendrá un énfasis mayor y la probidad será sacrificada y la carrera diplomática en este caso estará por un lado menos protegida, tendrá menos control social y tendrá un

<sup>67</sup> Pongo un ejemplo algo arcaico para evitar la comparación con situaciones contemporáneas y polémicas.

<sup>68</sup> Es decir inversiones que no pueden ser expropiadas cuando tienen costos hundidos.

compromiso mucho menor. De la misma manera, si el sistema político delegará en forma al menos amplia en esas circunstancias las Cancillerías de otros Estados observarán a las representaciones de la empresa privada como algo menos definitivo, es decir, sujeto a una mayor revisión y con una mayor posibilidad de cambio.

### **Segunda alternativa una privatización particular.**

Ya que las inversiones necesarias para la conducción de las relaciones exteriores son bajas y que el contrato para conducir la política exterior será necesariamente muy incompleto supongamos que la Cancillería fuera privatizada y un conjunto de políticas hacia diferentes países fueran especificadas en el contrato. En este caso, cuando los gobiernos quieren un cambio de su política hacia otro país, porque ha tenido un cambio muy importante como fue la caída del muro de Berlín,<sup>67</sup> debe persuadir al contratista privado a que cambie lo que hace. La misma situación ocurre si el gobierno ha entregado la actividad exterior a un grupo político determinado. Es muy difícil que el grupo cumpla con instrucciones contrarias a sus intereses políticos particulares. En esta renegociación el gobierno presumiblemente debe pagar al contratista privado más de lo que pagaría a un empleado que puede ser reemplazado cuando hay muy pocas inversiones ex ante en

cuestión<sup>68</sup>. En estos casos es preferible una decisión dentro de la administración ya que hay muy pocas inversiones y las oportunidades de comportamientos oportunistas del contratante particular ex post son muy importantes.

Antes que concentrarnos en la renegociación y en el retraso que significaría sería preferible describir el problema de la privatización de otra manera. Si el gobierno se encuentra con perturbaciones en las relaciones exteriores que no fueron anticipadas y para los que se requieren adaptaciones coordinadas, la pregunta es determinar que método de estructura de gobierno está mejor capacitada para efectuar la adaptación y restaurar la eficiencia.

La adaptación acarrea ocho pasos:

- 1) la ocasión de adaptar necesita ser determinada, luego que
- 2) se identifiquen adaptaciones alternativas,
- 3) se trabaja sobre las ramificaciones de cada una,
- 4) se decide la mejor adaptación,
- 5) la adaptación elegida es comunicada y aceptada por la agencia,
- 6) se implementa la adaptación,
- 7) se realizan valoraciones, y
- 8) se hacen ajustes secuenciales y adaptativos.

Como se vislumbra en el proceso de ocho etapas, la transacción de política exterior evoluciona como un producto de interacciones de tiempo real entre el Presidente y la oficina de asuntos exteriores. La integridad es operativa a lo largo del proceso de ocho etapas, hasta un punto en que se implican diferencias de estructura gubernamental en términos de liderazgo, el condicionamiento social del gabinete-equipo, y regularidades de procedimiento - así como también incentivos diferenciales.

## **Regulación**

Esto podría ser pensado como un contrato incompleto a largo plazo de un tipo de costo más reembolso en el que los intereses del gobierno están protegidos por

- 1) impregnar a la agencia en un aparato regulatorio complejo, donde aparecerán las reglas extensivas, las regulaciones y los procedimientos, y la provisión servirá para auditorías periódicas,
- 2) los nombramientos ejecutivos se harían en consulta con el Presidente y con la aprobación tácita (o real) del Congreso, y
- 3) el gabinete de la agencia es provisto tanto con un seguro de empleo como con un mayor condicionamiento social para la misión de la agencia, posiblemente a través del entrenamiento a cargo del gabinete de la agencia regulatoria.

Tal arreglo regulatorio permitiría una réplica más cercana de la burocracia pública que lo que permitiría una privatización completa. Un mejor sustento contractual para la especificidad de la valoración y las necesidades de integridad para que la transacción de asuntos externos fuera ejecutada. Las diferencias de la burocracia pública de todos métodos aparecerían. Una de las diferencias es que un nivel adicional de burocracia (la agencia regulatoria) es insertado entre el Presidente y la administración de asuntos externos. El Presidente, ¿trabaja a través de la agencia o alrededor de ella? También, debería considerarse la posibilidad de que la agencia regulatoria establezca muchos controles (que es, después de todo, lo que las organismos regulatorias hacen) para el

detrimento del desempeño de la política exterior. Dada la naturaleza vaga y abierta del “contrato” y la necesidad de la posibilidad de defensa en la agencia regulatoria, aparecen las diferencias de control.

Las diferencias de acción y omisión en el control ocurrirán. Debido a que la agencia regulatoria opera a la distancia (como controlador en vez de como jugador), le falta el conocimiento de primera mano y la experiencia para percibir detalladamente las mismas necesidades de control que lo que una auto-contenida o reprimida burocracia pública percibiría. Las diferencias de omisión aparecerán. Pero también, debido a que la agencia está en una posición delicada entre el liderazgo político y la firma regulada, la agencia regulatoria experimenta preocupaciones de posibilidad de defensa. Las diferencias de actividad aparecerán. El resultado es que las reglas, regulaciones, y procedimientos no serán enteramente replicados. También, el liderazgo de una firma regulada es más apto para ser seleccionado de su propio gabinete de carrera que de distinguidas personas que no pertenecen a la firma. Será favorecida la elección de un burócrata experimentado, que no actuará en forma aventurada y será así aceptable para la firma regulada y para el Presidente.

Es irreal, sin embargo, esperar que un Presidente sea indiferente entre esa designación y la selección de una persona de su propio antojo con quien tiene previa experiencia y valores compartidos. Se presenta una serie de preguntas operativas. ¿Cómo induce el gobierno a la firma regulada a la que se le delegaron asuntos exteriores, a que se adapte cooperativamente cuando se necesitan cambios en la dirección? ¿Es esto negociable? ¿Cómo se deciden los costos de las consecuencias, o son reembolsados sin ninguna crítica? También, ¿cómo se asegura el gobierno de que es informado adecuadamente?

En anticipación a las necesidades percibidas para actuar decisivamente, el Presidente tiene el incentivo para pasar por alto tal agencia creando una estructura paralela. Y hay complicaciones que le siguen. Ya que es difícil establecer la causalidad, ¿cómo se defiende la firma contra las acusaciones de indolencia o incompetencia o deslealtad cuando las cosas van mal? Tengamos en cuenta que si alguien “de afuera” puede ser un chivo expiatorio cuando las cosas van mal, entonces los problemas adicionales se acrecientan. Presentándose con un prospecto de finalización o recriminaciones por razones inventadas, posiblemente políticas, un oferente “de afuera” será más vulnerable, con el resultado de que la firma regulada será renuente a tomar a su cargo acciones con resultados de una alta variedad que acrecientan el riesgo. Ya que la empresa regulada no es más adversa al riesgo que la oficina pública, sólo más vulnerable.

## **La legislación presidencial.**

La división de poderes y la tradición constitucional, supone que no es el Presidente quién legisla, la idea que exista un Congreso es fundamentalmente para que los representantes electos legislen luego de un debate en el que participen las minorías. Este proceso es necesariamente lento para que la legislación sea debatida con el conocimiento y participación de los sectores interesados, también para que las leyes sean conocidas aún antes de su aprobación y que luego de ella sean estables. Sin embargo una avalancha de legislación presidencial se ha lanzado en nuestra sociedad. ¿Cuál es la razón de este desmoronamiento institucional?

El primero es el deseo de discrecionalidad habitual en los gobernantes que buscan un procedimiento que les permite encarar políticas de su agenda ni mayor oposición o debate, también sin demasiado conocimiento previo para la sociedad. También se busca eliminar lo autorizado por el Congreso o por gobiernos anteriores, sin que se requiera el debate necesario y la atención aunque fuera puramente formal a los sectores de la oposición. Además se evita que las mayorías parlamentarias propias deban mantenerse unidas ante propuestas que no compartan o que afecten los intereses de sus electores.

Pero, ¿por qué el Congreso lo acepta? ¿Por qué acepta que se limite su poder político y su influencia en la sociedad? Las respuestas son múltiples, algunas ya han sido esbozadas, una primera es que los legisladores no representan estrictamente a sus electores sino que deben sus cargos a las estructuras políticas de sus provincias, por lo que en parte el Congreso es una Dieta de representación de poderes provinciales y no los ‘representantes del pueblo de la Nación’ del mandato constitucional. El segundo es que siempre existe un incentivo político a no legislar en temas impopulares, de esta manera es que un legislador podrá volver a su provincia y señalar que la medida adoptada le fue impuesta por el gobierno y que en el caso de haber sido votada en el Congreso se hubiera opuesto terminantemente. Es el mejor de los mundos, por un lado conforma a sus electores y por el otro asiente con sus jefes políticos partidarios.

Estos incentivos nos llevan a una premonición: Nunca existirá una Comisión Bicameral Permanente útil, que controle eficazmente a los decretos de necesidad y urgencia.

### ***Los decretos de necesidad y urgencia.***

El artículo 83 en su inciso 23, prohíbe al Ejecutivo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. La única excepción a esta prohibición de carácter general se da sólo cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución Nacional, para la sanción de las leyes.

Está además prohibida en la Constitución Nacional la aprobación tácita de esos decretos, y en forma correspondiente dispuesta la derogación implícita si no existe resolución legislativa expresa. El procedimiento es el siguiente: dictado el decreto de necesidad y urgencia - el que deberá ser decidido en acuerdo general de Ministros con el refrendo del Jefe de Gabinete y de los restantes ministros - aquél deberá poner el decreto a consideración de la Comisión Bicameral permanente prevista en el texto constitucional dentro de los diez días de haber sido emitido. Dicha comisión, tendrá diez días para elevar su despacho al plenario de cada Cámara para que estas traten este decreto. Esta norma debe ser integrada con el nuevo art. 71 bis, el cual expresa que la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, excluyendo así la sanción ficta o tácita, so pena de nulidad absoluta. El tercer párrafo del inciso 23 del art. 86 de la Constitución, dispone que una ley especial sancionada con mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, lo cual no quiere significar que por ley se podría disponer la aprobación tácita de un decreto de necesidad y urgencia, pues si los convencionales hubieran querido incorporar la sanción ficta la hubieran incluido en el texto constitucional.

La Constitución permite al Congreso para regular el trámite que deberán tener para convertirlos en ley o desecharlos, así como el alcance de los efectos que se les debe reconocer, vale decir si nacieron con fuerza de ley o como actos normativos sujetos a una

condición suspensiva. La ley nunca podrá disponer que a través del silencio se pueda convertir a un decreto en un acto jurídico constitucional del Congreso. Si el Congreso no trata un decreto de necesidad y urgencia en el sentido de que dicho acto legislativo no merezca ni aprobación ni rechazo por parte del legislador, significa que la Constitución considera que el decreto se ha rechazado en forma ficta, esto es así porque la aprobación ficta sí está prohibida expresamente mas sobre el rechazo ficto la Constitución guarda silencio.

<sup>69</sup> Ver al respecto la doctrina del caso Peralta.

### ***La prohibición de la delegación legislativa, y su evolución.***

Podríamos llamar este capítulo "**de cómo lo prohibido se transformó en excepcional, y después en habitual**".

La Constitución, luego de la reforma de 1994, estableció el principio de la prohibición de la delegación legislativa y su autorización en casos de excepción. En esto innovó sobre la Constitución de 1853-60, que no se refería al tema, pero que debido a la separación de poderes, correspondía al Congreso la legislación y nunca al Poder Ejecutivo. La reforma de 1994 reconoció una larga pendiente que comienza con el *caso Agencia Marítima Delfino* y que concluye en el *caso Cocchia*, luego de los cuales la delegación amplia de facultades legislativas al Presidente aparentaba ser la regla. La reforma de 1994 en el artículo 76, estableció una redacción curiosa, la prohibición enfática al principio '*Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo* y luego se establecen dos excepciones, una estricta '*salvo en materias determinadas de administración*' y luego se establece una descripción opaca, sin ningún límite preciso: '*o de emergencia pública*.'. La emergencia pública, no es únicamente ilimitada en nuestro derecho público sino también indefinible.<sup>69</sup> El artículo establece una limitación temporal y de contenido: *con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca*.' El plazo no tiene límite temporal máximo por lo que podría ser muy extenso y renovable, las bases pueden ser genéricas u opacas. Por

<sup>70</sup> Esta clasificación entre delegación impropia y propia, es puramente didáctica ya que no determina claramente, la diferencia entre ambas.

lo tanto, los constituyentes permitieron con esta redacción equívoca la posibilidad de una delegación legislativa plena en el poder Ejecutivo.

No estamos hablando aquí de los reglamentos mencionados en el artículo 99 inciso 2, que atribuye al Presidente:

*'Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.*

La norma del artículo 76, en su confusa redacción, podría ser interpretada dando al Presidente la autorización de dictar normas de contenido legislativo, en mayor amplitud que la doctrina de la Corte Suprema. Sin embargo, la interpretación correcta es la que insiste en la primera parte del artículo 76, con una prohibición estricta, ya que al menos en esta parte la redacción del constituyente insiste en prohibir. En cuanto a las excepciones, una lectura que respete la división de poderes admitiría la delegación impropia, que es cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley y que si estaría permitida en cuanto sea la aplicación del artículo 99 inciso 2. Pero no la delegación propia, propia de los



sistemas parlamentarios y que estaría prohibida en nuestro sistema de división de poderes.<sup>70</sup>

El Ejecutivo forma una jerarquía cuyos miembros interactúan a través de órdenes. El Congreso se integra por legisladores que actúan primariamente a través de negociaciones. La distribución de poderes determina una mezcla de órdenes y de negociaciones. El Poder Judicial garantiza el cumplimiento de los acuerdos políticos que se lograron en las negociaciones que llevaron a la ley. La ley es el resultado del

<sup>71</sup> En el fallo Municipalidad de la Capital c- Carlos Mayer, Fallos 201:278. El mensaje es sencillo para quién quiera entenderlo.

acuerdo, que también refleja los intereses y las opiniones de los ciudadanos. La delegación y los reglamentos ejecutivos limitan la negociación y **favorecen el estado jerárquico**. Son una pendiente de autoritarismo. Se puede recordar la expresión del Juez Roberto Repetto, *la función específica del Congreso es la de sancionar las leyes necesarias para la felicidad del pueblo; la del poder ejecutivo consiste sólo en hacerlas cumplir debidamente. Es clásico el principio de la división y coordinación de los poderes ínsito en toda democracia y tan antiguo como nuestra Constitución o su modelo norteamericano o como el mismo Aristóteles, que fue su primer expositor. Este espíritu trasciende en la letra de toda la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte.*<sup>71</sup>

### **Delegación y teoría de los carteles.**

La delegación legislativa revisa la Constitución sin tener en cuenta el procedimiento establecido para una enmienda constitucional. La **teoría de los carteles** explica el daño resultante. De la misma manera que los miembros de un cartel económico favorecen la restricción del comercio, los funcionarios que quieren formar un cartel político favorecen la delegación entre las distintas ramas del gobierno. Generalmente son la delegación legislativa en el Ejecutivo o la delegación de funciones judiciales. Por ejemplo, si el partido del Presidente obtiene una mayoría de bancas en el Congreso entonces éste podrá votar para darle su poder al Presidente. Al reducir la competencia política, la delegación legislativa beneficia a los políticos en el partido de gobierno por la misma razón que daña al público. El hecho que los funcionarios en la Congreso y en el Ejecutivo deseen concentrar poder sin revisar formalmente la Constitución no es una razón para que la Corte Suprema lo permita. Las Cortes no requieren del desacuerdo entre el Ejecutivo y el Legislativo para justificar el control de la separación de poderes.

La separación de poderes significa separar instituciones que compartan funciones de gobierno. Cuando instituciones separadas comparten competencias se requiere que cooperen entre ellas. La cooperación generalmente acontece a través de negociaciones. Al separar los poderes la Constitución hace que el gobierno deba actuar a través de negociaciones y acuerdos y no a través de órdenes, como ocurriría en un orden jerárquico. Al controlar la separación de poderes los tribunales mantienen la capacidad de negociación de cada rama del gobierno, en contra de las otras. Según esta teoría negociada de la democracia, los tribunales deben intentar preservar el poder de negociación entre los poderes.

La delegación legislativa pone en peligro la organización constitucional, en una extensión que no es siempre fácilmente visible. Sin partidos políticos, los acuerdos legislativos generalmente fracasan ya que son los partidos políticos quienes organizan la legislatura y disciplinan a los legisladores. Dentro del partido, los legisladores interactúan generalmente dentro de un sistema de órdenes. Las listas completas o sabanas favorecen

esta disciplina partidaria. Al darle más poder al ejecutivo, a través de la delegación por ejemplo, y al favorecer a partidos grandes una Constitución estimula el gobierno por órdenes. A la inversa, al darle menos poder al Ejecutivo y favorecer el pluralismo partidario, la Constitución favorece el gobierno por negociación y acuerdo. La delegación legislativa, tanto como el sistema electoral, cambian la ingeniería constitucional.

<sup>72</sup> Se refieren a carteles como formas monopólicas u oligopólicas.

Tanto en los mercados como en la política, los carteles se desestabilizan en la medida que su tamaño aumenta.<sup>72</sup> Al separar las ramas políticas, creando la división de poderes, las constituciones aumentan el tamaño del cartel que monopoliza el poder. De esta manera, la separación de poderes reduce la posibilidad que una persona o partido obtengan la hegemonía política. Al mismo tiempo, al apoyar la competencia, la separación de poderes canaliza la interacción y ofrece un mejor gobierno a los ciudadanos. Ya que cada rama controla a las demás y se especializa en el ejercicio de sus funciones.

Idealmente la competencia electoral alinea los fines del legislador con los de los votantes. Legislar requiere negociar y deliberar entre los legisladores. Para las elecciones y para la negociación los legisladores forman partidos y controlan al ejecutivo. El Ejecutivo implementa los acuerdos. Aplicar la legislación requiere una acción decisiva y el ejecutivo cuenta para ello con una organización jerárquica. Interpretar la legislación requiere independencia de la política y el dinero. Para esto son ideales los tribunales y la Corte Suprema. En suma, el Congreso provee el mejor foro para negociar sobre las leyes y Ejecutivo puede actuar decisivamente para implementar la ley y la Justicia puede interpretar la ley. Cada uno tiene los costos de transacción más bajos para cumplir con su fin. En realidad, cada una de las ramas cumple con las tres funciones pero con una extensión diferente. La democracia promueve la eficiencia ya que reduce los costos de transacción de la negociación política. Una legislatura desorganizada no puede negociar y legislar eficazmente. Una teoría estratégica de la democrática reconoce la función del ejecutivo en el proceso legislativo.

### **Los precedentes sobre delegación legislativa.**

La delegación legislativa surgió como un reconocimiento de la flexibilidad de la competencia entre los poderes y producto de una lectura consecuencialista de las normas regulatorias. Originalmente esta interpretación fue la solución imaginada frente a una situación donde la reglamentación sobre la salubridad pública en los puertos se había efectuado por decreto. Una lectura restrictiva de la norma hubiera causado un grave daño y por eso se reconoció una extensión amplia de la delegación legislativa. Probablemente si sus autores hubieran efectuado una interpretación más amplia de las consecuencias, con una clara comprensión de la pendiente resbaladiza en la que se embarcaban, hubieran limitado el reconocimiento amplio de la delegación legislativa. Fue en el caso Agencia Marítima DELFINO Y CÍA., *Fallos*, 148:430 en 1927 y en este precedente inocuo, sensato comenzó la larga pendiente que nos lleva a la legislación presidencial.

***Existe una distinción fundamental entre la delegación del 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 aquélla. 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. No ha sido definitivamente trazada, dice Marshall, la línea que se ara los importantes asuntos que deben ser regulados por la Legislatura misma de aquéllos de menor interés acerca de los cuales una provisión general puede ser hecha, dando facultad o poder a los que deben cumplirlos bajo tal general provisión para encontrar los detalles. **La diferencia entre los departamentos es ciertamente la de que la Legislatura hace la ley, el Ejecutivo la ejecuta y el Poder Judicial la interpreta, pero quien hace la ley puede someter algo a la discreción de los otros departamentos y el límite preciso de este poder es materia de delicada investigación,** 10, Weaton 1, 43

cuando el Poder Ejecutivo es llamado a ejercitar sus poderes reglamentarios en presencia de una ley que ha menester de ellos, lo hace no en virtud de una delegación de atribuciones legislativas, sino a título de una **facultad propia consagrada por el art. 86, inc. 2,** de la Constitución, y cuya mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo. Habría una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquélla ni crear la ley, ni modificarla...

Que la garantía consagrada por el art. 18 de la Constitución en cuanto por ella se exige para la validez de una sanción de carácter penal la existencia de una ley anterior que prevea y castigue el caso traído a la decisión judicial, ha sido observada en el caso. Demostrado como queda, en efecto, la legalidad de los arts. 43 y 117 del Reglamento dictado por el Poder Ejecutivo el 31/7/08, en consecuencia de la ley 3445, es evidente que la prohibición y la pena contenida en ellos era tan obligatoria para los habitantes como la ley misma, siendo además de observar que la infracción fue cometida después de encontrarse en vigor el susodicho reglamento.

### **El establecimiento de sanciones por decreto.**

La situación siguiente fue la planteada por los llamados ‘edictos policiales’ es decir la determinación de sanciones penales por decreto del Poder Ejecutivo, fundándose en una

<sup>73</sup> PRATTICO c/BASSO Y CIA. Corte Suprema, Fallos, 246:345.

delegación legislativa. En este caso *MOUVIEL Y OTROS Fallos*, 237:636 de 1956. el Procurador General Sebastián Soler dice:

*No se argumente, que la materia legislada en los edictos policiales es de menor cuantía porque el monto de las sanciones resulta pequeño. Aparte de que ello no bastaría para despojarles de su auténtico carácter de disposiciones penales, es un hecho comprobado, del cual conservamos desgraciadamente muy recientes recuerdos, que **cuando se quiere subvertir el régimen republicano y democrático, cuando se pretende coartar el libre ejercicio de los más elementales derechos individuales, las simples contravenciones resultan ser uno de los principales instrumentos de pe se valen los gobiernos dictatoriales para sofocar la libertad.** Sirva esta reflexión para reafirmar que, dentro del marco constitucional sólo la prudencia del legislador nunca la voluntad de un funcionario ejecutivo, puede asumir la delicada y trascendente función de describir acciones a los fines de imponer penas. . .*

### **Los aumentos de salarios por decreto.**

En el **caso Prattico**<sup>73</sup> se analizaron los aumentos de salarios llamados ‘de emergencia’ por un decreto del Poder Ejecutivo.

La respuesta de la Corte Suprema fue considerar la situación de emergencia económica, los ‘contornos peculiares’ de la situación y la necesidad de celeridad de acción. En este caso la Corte es permisiva de la delegación legislativa, con grandes consecuencias futuras,

ya que la misma terminología fue utilizada para justificar situaciones menos loables que un aumento salarial. Si por tratarse de una cuestión de salarios consideraba que podía permitirse la delegación legislativa amplia, debió haberlo dicho, indicando la materia salarial como excepcional. La Corte se esconde para tomar la decisión dando el argumento que la crisis económica es indefinible y por lo tanto incontrolable: ***tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos 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.***

### ***De la división de poderes a la confusión de poderes.***

En nuestro país el análisis de la delegación legislativa sufre una distorsión debido a la adopción dentro de un sistema de división de poderes de instituciones de sistemas de confusión de poderes. Es decir, que en un sistema de gobierno presidencial se han introducido normas administrativa importadas de los sistemas parlamentarios. Se ha querido explicar esta situación como la de tener un régimen constitucional de origen norteamericano y un sistema administrativo de origen francés, lo que ha sido llamado las dos caras de Jano.<sup>74</sup> Sin embargo, esto daría la impresión que se trata solamente de una asociación o confusión de fuentes jurídicas, a lo cual el principal problema imputable sería el de la inconsistencia. La situación es mucho más grave porque pone en juego la estabilidad de sistema de gobierno democrático. Debido a que **sobre un sistema de división de poderes se utilizan instituciones de origen parlamentario.**

En el sistema presidencial o de división de poderes, los ciudadanos eligen separadamente, en fechas y en períodos diferentes a quiénes ocuparán cargos en el Congreso y al Presidente. Por esta división de poderes **la voluntad de los legisladores no coincide con la del Presidente y sus competencias están separadas por la Constitución.** Está firmemente establecida en la tradición republicana de la separación de poderes que la reglamentación de los derechos constitucionales corresponde al Poder Legislativo.

En los sistemas parlamentarios la situación es diversa, los ciudadanos eligen principalmente, en algunos casos, únicamente a sus representantes al **Parlamento.** La función de éstos no es exclusivamente la de legislar, sino la de **invertir y la controlar al gobierno.** Para ello existen los votos de investidura y de censura por los cuales se designa y se destituye a un gobierno. En el sistema parlamentario el gobierno depende de la voluntad del parlamento, que lo puede destituir, requiere en todos los casos, de la confianza parlamentaria para seguir gobernando.

Debido a que **en sistema parlamentario el gobierno es consecuencia de la voluntad del parlamento y depositario de su confianza, éste último puede delegar en el gobierno la función legislativa.** Existe entre el Parlamento y el Gobierno la relación de principal a agente. Como agente del Parlamento el Gobierno legisla siguiendo sus instrucciones. En caso que la legislación no fuera del agrado del Parlamento éste podría censurar al Ministro en cuestión o más aún a todo el Gabinete. Estas prácticas eran habituales en el sistema Francés de la Tercera República y de la Italia monárquica de las cuales los juristas argentinos tomaron los fundamentos del derecho administrativo en las primeras décadas del siglo XX.

De esta práctica parlamentaria, hipertrofiada en la Argentina por la arrogancia de los gobernantes y la desidia de los jueces, han aparecido instituciones como los reglamentos autónomos, y los decretos de necesidad y urgencia. Al mismo tiempo ha tenido un crecimiento desordenado la delegación legislativa, institución típicamente parlamentaria. Más graven aún, las prácticas legislativas parlamentarias, fuera de un sistema de responsabilidad política parlamentario, crean una fuerte tendencia al autoritarismo. No solamente por quién ejerce el Poder Ejecutivo, sino hasta el último funcionario que pueda dictar un reglamento. Buchanan acuñó la frase del **“burócrata Dios”**<sup>75</sup> para referirse al poder a veces omnímodo de ciertos funcionarios en el estado de bienestar. Se refería a la función puramente administrativa, en nuestro país cumple también la función legislativa.

Existe un conflicto latente entre el crecimiento de la legislación ejecutiva y el control judicial. Los sistemas parlamentarios europeos tradicionales no tienen **control judicial de constitucionalidad difuso**. Un ejercicio estricto del control de constitucionalidad por los jueces limitará probablemente en el futuro la legislación por la administración. A menos que la mente judicial sea contaminada por la doctrina administrativa europea, propia de sistemas parlamentarios, que ha sido transplantada en estas tierras.

En el caso Cocchia<sup>76</sup> la mayoría realizó una justificación de la delegación legislativa amplia de competencias al Poder Ejecutivo.

El caso Cocchia es un precedente muy amplio en materia de delegación legislativa, de tal extensión que de su lectura es muy difícil conocer que límites pudiera tener el Poder legislativo, fuera de la simple negativa, a conceder cualquier tipo de delegación. Si bien distingue la delegación propia, originaria de los sistemas parlamentarios y que estaría prohibida en nuestro sistema de división de poderes, de la delegación impropia, que es cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, que, en cambio, estaría permitida. No determina claramente, la diferencia entre ambas. De su lectura surge la idea que el límite principal para la delegación legislativa está en la voluntad del Congreso, y no en los límites impuestos en la Constitución que pueden ser controlados judicialmente. Se trataba de la derogación de un convenio colectivo por decreto. La mayoría lo consideró constitucional, no porque hubiera en el caso una delegación legislativa, sino una habilitación para que el Poder ejecutivo dictara un ‘decreto de ejecución sustantivo’ basado en las facultades que la Constitución le atribuye en el artículo 99 inciso 2, antes 86.

La disidencia señala con acierto, la diferencia entre el sistema de división de poderes con el sistema parlamentario en materia de delegación legislativa y reitera que la reglamentación de los derechos constitucionales solo puede ser efectuada por ley y no por decreto. Llega a negar la importancia de la división de poderes citando a la historia como gran justificadora:

***Ahora bien, tal "división" no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado, en detrimento de un armonioso desenvolvimiento de los poderes nacionales.***

*Esta interpretación, por el contrario, debe evolucionar en función de la dinámica de los tiempos históricos, signados a menudo por fases o episodios críticos, que demandan remedios excepcionales, carácter que no resulta necesariamente incompatible con el marco normativo general y perdurable previsto por nuestros constituyentes...*

La confusión entre el sistema parlamentario y el presidencial como fuente de poderes legislativos al Presidente ha sido descripta y criticada en la disidencia del **caso Cocchia**.

<sup>74</sup> “El derecho público argentino ha terminado por parecerse al dios Jano: su vertiente constitucional se orienta hacia el sistema norteamericano; su vertiente administrativa hacia los regímenes del continente europeo.” H. Mairal, Control Judicial de la Administración Pública. Vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. VII.

<sup>75</sup> Ver. Brennan y Buchanan. El Poder Fiscal. Unión Editorial. Madrid.

<sup>76</sup> Caso Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional Fallos 316:2624

<sup>77</sup> A.L.A. Schechter Poultry Corporation V. United States, 295 U.S. 495 (1935)

<sup>78</sup> Farber, Eskridge & Frickey, Constitutional Law, themes for the Constitution’s Third Century, West Group, 1998, p. 783.

### **Limites delegación legislativa. “El gobierno por grupos privados”.**

El tema de los límites en la delegación legislativa fue planteado en los Estados Unidos en el caso ***Schechter Poultry***, también llamado el ***Caso de las gallinas enfermas***.<sup>77</sup>

Este conocido fallo debatió la constitucionalidad de la (*NIRA*) ley de Recuperación Nacional Industrial esta norma había establecido los “códigos de competencia justa” para cada actividad, más de 750 códigos se habían redactado. El objetivo era el de disminuir el empleo y el de estimular los negocios, pero los efectos fueron negativos. Se habían redactado a las apuradas, favorecían a las grandes empresas consolidadas en el mercado e impedían el ingreso de nuevas empresas. Fundamentalmente favorecían la creación de oligopolios. Estos códigos habían sido redactados por grupos industriales y la función del presidente había sido solamente la de firmarlos. Los grupos industriales participantes buscaban consolidar su dominio del mercado frente a la posible competencia de otras empresas, de ahí su carácter oligopólico. Este fallo fue particularmente importante ya que ninguno de los jueces considero que la Ley Nacional de Recuperación Industrial fuera constitucional. <sup>78</sup> El Chief Justice HUGHES expresó la opinión de la Corte,

***Las situaciones extraordinarias pueden requerir remedios extraordinarios. Pero el argumento necesariamente se frena cuando intenta justificar una acción que esta***

***fuera de la esfera de la autoridad constitucional. Las condiciones extraordinarias no crean ni aumentan el poder constitucional. La Constitución estableció un gobierno nacional con poderes considerados adecuados y ha demostrado serlo tanto en la paz como en la guerra, , es suficiente decir que los esfuerzos de recuperación del gobierno federal deben hacerse de una manera consistente con la autoridad otorgada por la Constitución.***

### **Un poco de historia, de cómo la emergencia se transformó en permanente.**

Desde el caso **Avico c/ de la Pesa** hasta el caso **Arcenio Peralta** existió un amplio reconocimiento de la competencia del Congreso y luego del poder ejecutivo para reglamentar los derechos individuales en tiempo de emergencia económica. Este fallo demuestra un intento de alejarse de esa doctrina permisiva y conceder a los derechos económicos una vigencia similar a la reconocida a los derechos civiles y políticos. Esto es notorio en el fallo en cuanto al reconocimiento del derecho de propiedad y a la limitación

en la competencia del poder ejecutivo. El concepto de emergencia económica fue creado por los fallos que establecieron el concepto amplio de poder de policía y de esta manera introdujeron una distinción entre las libertades civiles, que tienen un mayor reconocimiento y podrían limitarse excepcionalmente en el caso del estado de sitio y las libertades económicas que podrían verse restringidas cuando las circunstancias lo indicaran.

<sup>79</sup> Digo rejuvenecido porque había sido reformado por la reforma de 1994 y la interpretación del caso Ezio Verrocchi, pero es citado por alguna doctrina como vigente.

El concepto de emergencia económica ha sido siempre borroso basta recordar las palabras de ahora rejuvenecido caso **Arcenio Peralta**<sup>79</sup> “que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad.” Es una definición abierta que permite la inclusión de circunstancias muy variadas sobre todo si “abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios”. Considera además este fallo que las limitaciones constitucionales establecidas en defensa de los derechos económicos “suelen adolecer de patética ineficiencia frente a la crisis.”

**La noción de emergencia económica es una claudicación del control judicial para la garantía de las libertades económicas** porque una vez establecida la existencia de una crisis se le otorga al Congreso y al Ejecutivo una libertad amplia para regular la vida económica. Generalmente la actividad realizada por los poderes políticos ha agravado la situación que pretendía remediar. La respuesta a esta grave situación es el restablecimiento del control judicial en defensa de las libertades económicas de la misma manera que se efectúa en el caso de las libertades civiles. Al mismo tiempo el reconocimiento del debido proceso económico o de razonabilidad económica como forma de control adecuado de las decisiones tomadas por los poderes políticos durante la situación de emergencia.

### **El caso Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Fallos: 313:1513.**

Determina los requisitos de procedencia de los decretos de necesidad y urgencia:

- a) situación de grave riesgo social que pusiere en peligro la existencia de misma de la Nación y el Estado;
- b) razonabilidad de las medidas dispuestas;
- c) convalidación del Congreso, expresa o tácita.

Es allí cuando se abrió la compuerta. La legislación se transformó en un acto del poder Ejecutivo. **La pregunta es ¿por qué nunca se pudo cerrar? ¿Por qué ya conocidos los problemas de la legislación por el Presidente no hubo esfuerzos para evitarla? La respuesta nuevamente consiste en observar los intereses y la acción de los legisladores.**

### **Regulación y búsqueda de rentas.**

No hay regulación inocente. Toda reglamentación, por más sencilla que parezca, supone una transferencia de recursos. Por lo tanto conseguir una regulación favorable es también obtener recursos, a eso se dedican quienes consiguen rentas políticas. La búsqueda de rentas políticas es la persecución socialmente pernicioso de transferencias de riqueza con

ayuda de los poderes públicos. Obtener con la ayuda del gobierno, ganancias que no se hubieran logrado en un sistema de libre competencia. El análisis de estas actividades comenzó con la controversia sobre los aranceles proteccionistas en el comercio exterior. Un economista de origen austriaco, Gottfried Haberler, argumentó en 1936 que la protección otorgada a una industria nacional no causaba grandes pérdidas para el conjunto de la sociedad si, en vez de utilizarse el arancel para fomentarla, se beneficiaba a los fabricantes nacionales con un subsidio directo, financiado con impuestos generales. El arancel exterior encarecía el bien importado, lo que forzaba a los demandantes a consumir menos, a precios más altos. Pero esa pequeña pérdida de bienestar incluso se podía evitar si la protección se convertía en una transferencia fiscal, en una mera redistribución de la riqueza de consumidores a fabricantes. Claro que de esta manera quedaba a la vista el monto de la ganancia de los empresarios protegidos, tema que generalmente se quiere dejar oculto.

Gordon Tullock consideró que si fuera plenamente conocida la utilización del poder político para conseguir rentas al margen del proceso productivo, acabaría por disipar todo el beneficio que un grupo de presión pudiera obtener con ayuda de la Administración.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> cf. Gordon Tullock, *The Welfare costs of Tariffs, Monopolies and Theft*. *Western Economic Journal*. 5 (1967) 224. A. O. Krueger. *The Political Economy of the Rent Seeking Society*. *American Economic Review*. 64 (1974) 291.

El gasto en servicios de abogados y economistas, en asociaciones patronales, relaciones públicas, campañas de opinión, contribuciones electorales llevaría a los competidores por el favor político a un punto de equilibrio en el que la renta política obtenida se había perdido en las arenas del *lobby*. Lo más grave es que, en ese punto final, la productividad económica se habrá visto reducida por efecto de la intervención, sin ningún beneficio neto para los contendientes. Sin embargo, ese día está distante ya que los esfuerzos para obtener rentas están ocultos, y los gastos para obtenerlos son todavía redituables. Pero estos gastos aumentarían considerablemente si fueran hechos públicos, de allí que la publicidad de los actos de gobierno tendría también como beneficio la reducción de las rentas políticas excepcionales.

El mal no termina, una vez creado el arancel, controlados los precios, o limitados por ley los horarios y días de apertura comercial, el gasto de *lobby* continúa para defender la situación obtenida. Aparecen pues nuevos gastos no productivos para defender la situación de privilegio legal. Una vez concedida una subvención, privilegio exclusivo, beneficio "social" o renta política, no hay nada más difícil que retirarla. Incluso si todos estuvieran de acuerdo en que la suma de esas trabas maniatada al crecimiento económico, los grupos de interés aceptarían que todo se reforme menos, naturalmente, lo suyo.

Tullock define la búsqueda de **rentas** como "la manipulación de los gobiernos democráticos para obtener privilegios especiales bajo circunstancias en que la gente lesionada por los privilegios sufre un perjuicio mayor que lo que ganan sus beneficiarios."

<sup>81</sup> cf. Gordon Tullock, *op.cit.* *The Welfare costs of Tariffs, Monopolies and Theft*. P. 224.

<sup>81</sup> Es decir, es la competencia de grupos de interés organizados, por obtener privilegios y favores políticos, a expensas de un costo social mayor. Esa búsqueda de **rentas** especiales, se constituye como el incentivo perverso para la corrupción en un ámbito tanto público como privado.



Cualquier privilegio dado a un grupo en especial, es un riesgo para el Estado de Derecho, base fundamental de un sistema de gobierno democrático. Dos aspectos relacionados con el costo de la corrupción:

1. Desalienta las inversiones que siempre se hacen pensando en el futuro, con lo cual se compromete la vida y el destino de las futuras generaciones matando las esperanzas de una vida mejor mucho antes de que puedan éstas incubarse.
2. Destruye la conciencia jurídica al grado de volverse insensible incluso a los delitos de gran impacto, la corruptela adquiere visos de heroísmo descarado.

Buchanan y Stigler se concentraron en los grupos de presión que agobian la democracia representativa moderna y en la regulación que busca generar **rentas** burocráticas improductivas.

### **Rentas por regulación.**

La búsqueda de rentas es la persecución socialmente costosa de transferencias de riqueza. La búsqueda de rentas puede llevar a costos sociales elevados en la elección de políticas para restringir la competencia. La búsqueda de rentas es improductiva destruye valor porque gasta recursos valiosos. Normalmente el concepto de búsqueda de rentas se aplica a casos en que la intervención gubernamental en la economía lleva a la creación

<sup>82</sup> J. Buchanan, R. D. Tollison & Tullock. Toward a theory of the Rent Seeking Society. Texas A & M University Press. 1980, P. 3.

<sup>83</sup> George Stigler. The Theory of Economic regulation. Bell Journal of Economics and Management Science. 2:3. 1971.

de rentas artificiales o inventadas. Buscar esos retornos lleva costos sociales porque la producción esta fija por la definición, por ejemplo por una regulación gubernamental. La capacidad empresaria en estas circunstancias solo puede ser negativa, solamente disipará rentas y no llegará a un crecimiento de la producción. <sup>82</sup> Otro punto que debe tenerse en cuenta es que en la medida de que la búsqueda de rentas incluya la provisión de utilidad o ingreso real a los participantes en el proceso, estos beneficios deben ser descontados contra el costo de la búsqueda de rentas. Si el que busca una renta le da un obsequio al regulador, el valor que el regulador pone en la comisión debe ser abstraído de los costos sociales de la búsqueda de rentas. Estrictamente un soborno no es técnicamente una búsqueda de rentas. Un soborno es una transferencia y como tal representa un método para influir el comportamiento del gobierno que no incluye explícitamente un costo de búsqueda de rentas. La búsqueda de rentas incluye la utilización de recursos costosos para obtener una transferencia. Contratar un abogado o un lobbista para obtener una ley favorable es búsqueda de rentas. Estrictamente sobornar un legislador no lo es. Como señala Stigler en la teoría económica de la regulación; la regulación no está dirigida en el interés general, ni es simplemente un error. Es buscada activamente por una industria y está diseñada y operada primariamente en su beneficio. <sup>83</sup> Las rentas no necesitan regulación, es la regulación la que crea las rentas.

La teoría de la búsqueda de rentas es un procedimiento para reducir los costos sociales en la economía. Prever el comportamiento político motivado por las transferencias de ingreso tiene una larga tradición en la teoría económica positiva de la regulación del gobierno. Una manera de pensar la legislación es en los términos de la teoría de la acción de grupos de interés sobre el gobierno. Los ciudadanos individuales pueden tener una

demanda de legislación pero deberán actuar dentro de algún contexto grupal para obtener la aprobación de la legislación o para derrotar la ley no deseada. La lógica de la acción colectiva supone que obtener legislación es un subproducto de relativamente bajo costo de una organización. Es decir que quienes ya tienen una actividad organizada podrán obtener como un sub producto, a costo relativamente bajo, la actividad como grupo de interés.<sup>84</sup> En la teoría de los actos de grupos de interés la oferta de legislación tiene la imagen de una curva de demanda. Quienes ofrecen las transferencias de riqueza son individuos que no encuentran la manera de resistir la imposición de la legislación por grupos mejor organizados.

<sup>84</sup> Cf. Mancur Olson. *The Logic of collective action. Public goods and the theory of groups*. Harvard University Press, 1971. P. 132, By product and special interest theories.

### **La oferta de regulación.**

La curva de oferta de legislación o de la regulación sugiere que los costos de la actividad política para algunos individuos excedan las potenciales ganancias que pudieran obtener. La oferta de legislación esta por lo tanto basada en la existencia de miembros de la sociedad que están desorganizados o por lo menos, menos organizados que otros grupos. Existen grupos de personas que no encuentran la capacidad de resistir que sus ingresos sean quitados por otros más organizados.

Los individuos que controlan el proceso de oferta y demanda de regulación son los políticos, los funcionarios y otros actores políticos. Estos individuos pueden ser

<sup>85</sup> William Landes & Richard Posner. *The independent judiciary in an interest group perspective*. *Journal of Law and Economics* 18: 875.

considerados como los administradores de la legislación, y actúan en esta función de corretaje similar a la que existe en el derecho privado. Son a la vez demandantes y proveedores de legislación. Esto es, ellos asocian a quienes buscan una legislación o una transferencia de recursos con quienes que lo objetan lo menos posible. En la lógica usual de la teoría de los grupos de interés estos corredores o *brokers* se concentraran en argumentos legales que benefician a los mejor organizados y a los grupos concentrados para quienes los beneficios que se obtengan son importantes y a expensas de los intereses difusos, cada uno de los cuales sufre un impuesto reducido para subsidiar la legislación o la transferencia establecida. Al asociarse eficazmente demandantes y proveedores de legislación los corredores políticos establecen un equilibrio en el mercado de legislación, equilibrio que esta disciplinado por elecciones periódicas. Dentro de la teoría de extracción de rentas la regulación aparece también como una amenaza que es retirada luego de que se han percibido contribuciones políticas. Es decir, en algunas circunstancias los políticos son pagados para no proveer legislación.

Probablemente la cuestión más básica relacionada con la demanda de legislación es explicar por qué la legislación persiste en el tiempo. Es decir, ¿por qué la legislatura no cambia la legislación una vez que cambia el partido político del gobierno? La teoría de Landes y Posner para resolver esta cuestión es referirse a la función de un poder judicial independiente al promover una legislación durable. <sup>85</sup>El análisis estaba basado en los términos de la teoría de gobierno de los grupos de interés. Un grupo de interés no sostendría o apoyaría una ley que lo protegiera si durara solamente por el periodo de la legislatura y fuera cambiada una vez que ésta terminara. Para que la legislación valiera

algo para ese grupo de interés debe ser durable, es decir debe presentar valores o beneficios que excedieran los costos de obtenerlos. Estos son otros márgenes del proceso político que pueden ser utilizados para la durabilidad de la legislación. Las instituciones de la legislatura pueden hacer más costoso el cambio de la legislación una vez que es aprobada y, más aún, los grupos de interés pueden buscar la consolidación de sus rentas a través de la legislación constitucional la más durable antes que la legislación ordinaria. A veces aplican las estructuras constitucionales existentes como el bicameralismo que hace más complejas las reformas legislativas, o eventualmente una reforma constitucional. Otras veces el cambio de la interpretación de la constitución por los jueces es la que obtiene este resultado. Sin duda la obra de Landes y Posner es una contribución importante a la teoría económica de la legislación. Explica por qué las leyes persisten a través de tiempo y porque el ambiente jurídicos varían a través de las decisiones judiciales. Lo que originalmente era referido a cuestiones de la independencia del poder judicial, también es parte de la teoría general de la demanda de legislación. Una vez que la caja de Pandora de la búsqueda de rentas está abierta existen grandes dificultades para aplicar una teoría de reforma económica. La razón es que quienes se benefician de la transferencia de rentas van a gastar recursos para resistir la reforma y proteger sus privilegios. Estos gastos para protección de rentas son costos sociales análogos a los gastos para la obtención de rentas. No solamente que quienes efectúen esos gastos van a derrotar las iniciativas de reformas en un marco político, sino que esos gastos derrotaran la racionalidad utilitaria de los efectos desregulatorios. Un monopolista en ejercicio pleno encontrará fácilmente los medios para derrotar a un reformista utilitario gastando suficiente de sus rentas monopólicas para hacer que la desregulación sea socialmente indeseable. Esta es la dificultad para obtener cualquier racionalidad analítica en una sociedad de búsqueda de rentas.

### ***Los costos de transacción en el proceso político.***

Las transacciones tienen un costo. el análisis de los costos de transacción positivos es también dirigirse a una concepción realista en la toma de decisiones. Decir que los individuos tienen que usar tiempo y recursos para asegurarse información y que tienen una habilidad limitada para procesar los datos y formular planes, es simplemente hacer una asunción razonable de la naturaleza de como actúan los decisores en el sistema económico. A pesar de que pueden existir dudas sobre el significado preciso del término de racionalidad limitada, es correcto decir que los seres humanos son, en un sentido significativo, racionalmente limitados en su comportamiento. Pero en la medida en que las personas son concebidas como poseyendo una racionalidad limitada, es claro que deben incurrir en lo que podríamos llamar costos de transacción, y que, por lo tanto, los costos de transacción positivos existirán sin tener en cuenta en que sector de la economía los decisores económicos realizan sus actividades y de que tipo de actividad es la que realizan. Debido a sus limitaciones humanas, su conocimiento restringido y su tendencia a hacer errores, quienes deciden en el mundo real siempre actuarán en forma ineficiente con respecto a la decisión hipotética que se tomaría dentro del marco de la competencia perfecta. Los costos de transacción se encuentran en todas partes debido a las características de los individuos que toman decisiones. Simplemente entonces, la relación entre agentes humanos imperfectos y los costos de mover la economía, deben de ser tenidos en cuenta cuando se considera el fenómeno de los costos de transacción.

No solamente los costos de transacción positivos existen sino que además son bastante importantes. De acuerdo a algunas estimaciones los costos de transacción en las economías modernas de mercado en los países desarrollados comprenden entre el 50 y el 60% del producto nacional neto. Y estos costos no incluyen los costos de establecimiento de nuevas instituciones u organizaciones. Esta situación, tiene necesariamente implicancias para la teoría económica. La necesidad de moderar los costos de transacción no puede ser considerado como un ejercicio menor de extensión de los conceptos de la economía neoclásica. Más aún, el descubrimiento de los costos de transacción por Ronald Coase en 1937<sup>86</sup> y su utilización como método de investigación, comenzaron una revolución en el pensamiento microeconómico. Las ideas generadas por Coase dieron ímpetu al desarrollo del campo de la nueva economía institucional.

<sup>86</sup> En su artículo La Naturaleza de la Firma

<sup>87</sup> Furubotn & Richter. Institutions and Economic Theory. Op. Cit. P. 40

**Los costos de transacción incluyen los costos de los recursos utilizados para la creación, mantenimiento, utilización y cambio en una institución o en una organización.** De todas maneras una visión más estricta de los costos de transacción requiere que nos concentremos en los diferentes contextos en los cuales estos costos aparecen. Cuando son considerados con relación a los **derechos de propiedad** y **derechos contractuales** existentes, los costos de transacción consisten en los **costos de definir y medir los recursos o los reclamos, más los costos de utilizar y hacer cumplir los derechos establecidos.** Aplicados a la transferencia de derechos de propiedad existentes y al establecimiento o transferencia de derechos contractuales entre individuos o sociedades los costos de transacción incluyen los **costos de información, negociación y de cumplimiento.**<sup>87</sup>

Un ejemplo típico de los costos de utilizar derechos existentes es encontrado en las condiciones que tienen que ser establecidas para que un empresario pueda ejercer su derecho a dar instrucciones dentro de su empresa, generalmente lo logra sobre la base de contratos laborales existentes. Asimismo, un caso básico de los costos asociados con la transferencia de derechos, es el de un individuo interesado en contratar trabajadores debe utilizar el mercado y esto supone costos. Porque existen costos definidos para establecer un contrato de trabajo. También es necesario tener presente los elevados costos necesarios para la creación y cambio de organizaciones. En este caso, los costos de establecimiento incurridos en la creación de una estructura de propiedad y de derechos contractuales, conjuntamente con las inversiones en capital social requeridas para asegurar el funcionamiento correcto del sistema, pueden representar una suma elevada, por lo tanto, es bueno tener en cuenta que estos costos de transacción son inevitables.

Algunos costos de transacción son variables en el sentido que dependen del volumen o número de ciertas transacciones. Es el caso de las horas trabajadas en un contrato. Mientras que otros son costos de transacción fijos, por ejemplo el establecimiento de una empresa o institución. Los costos de mantenimiento de una organización básica como el Estado son muy importantes. Entre ellos, deben mencionarse los costos para la seguridad interior y exterior, la administración de justicia y la provisión de un nivel mínimo de educación.

En un sentido muy general **Arrow definía a los costos de transacción como los costos de llevar adelante el sistema económico.** (*Transaction costs are the costs of*

*running the Economy.*) Estos costos continuados, conjuntamente con los costos asociados con el establecimiento o cambio de un sistema político o, aún más, la organización de un sistema político básico, representan los componentes esenciales de la categoría de los costos de transacción. Desde el punto de vista de la teoría neoclásica estos son los costos que deben agregarse a los costos de producción y de transporte que son los costos normalmente reconocidos en la teoría de la empresa. En la práctica los costos de transacción no se distinguen fácilmente de los costos de producción o los costos de transporte o en general de algún otro tipo de costo. De una manera muy general podemos tener una idea de la magnitud de los costos de transacción, si hacemos una comparación entre los costos de una fábrica y los costos de venta al público corregidos los costos de transporte, o la diferencia entre el interés pagado por un banco y el interés que se paga por los préstamos que este banco hace, o el gasto que hace el Estado para cumplir sus políticas o tareas básicas.

Tanto las transacciones económicas como las políticas se caracterizan por tres características críticas:

- 1) **La incertidumbre.**
- 2) **La frecuencia en que las transacciones ocurren y**
- 3) **El grado en que se relacionan las transacciones con inversiones específicas.**

El concepto de **incertidumbre** ha sido reconocido por la teoría neoclásica como un factor importante que afecta el intercambio, ahora deben agregársele los papeles jugados por la frecuencia de las transacciones o por inversiones específicas de cada transacción. Las tres dimensiones de las transacciones ejercen una influencia sistemática en el comportamiento económico.

Los costos de transacción incluyen recursos reales, es decir los recursos que se requieren para llevar adelante transacciones sociales, incluyendo las económicas. Los costos de transacción no solo incluyen los costos de llevar adelante el sistema económico, sino además de estos costos rutinarios, los costos de establecer, mantener y cambiar el marco institucional del sistema. De esta manera con referencia a las instituciones formales podemos decir que **los costos de transacción son los costos que surgen del establecimiento, utilización, mantenimiento y cambio** de

- A) **Instituciones** en el sentido del Derecho, como es la **Constitución** o el **Código Civil** y
- B) Instituciones en el sentido de derechos, es decir, **reclamos concretos basados en un contrato.**

Más aún, costos de transacción adicionales aparecen en la **actividad informal** conectada con la operación de toda institución formal y básica. Típicos ejemplos de los costos de transacción son los **costos de utilizar el mercado** y los costos de utilizar el **sistema jerárquico** dentro de una empresa. En el primer caso, podríamos hablar de los **costos de transacción del mercado**, en el segundo de los **costos de transacción empresarios**. En la medida en que las instituciones sean jurídicas, lo que debe ser considerado es la cantidad de costos asociados con la operación y el ajuste del marco institucional de un sistema político. En este caso hablamos de **costos de transacción políticos**.

Por cada uno de estos **tres tipos de costos de transacción, es decir los del mercado, los de la empresa y los del sistema político, pueden reconocerse dos variantes**: La primera son los costos de transacción **fijos**. Los costos de transacción fijos son las **inversiones específicas hechas al establecer una regla institucional**. La segunda, los costos de transacción **variables son los costos que dependen del número o volumen de las transacciones**. Sabemos que los costos de producción son interpretados como los costos asociados con la producción. De la misma manera, así como los costos de producción están asociados con esta actividad que se llama producción, los costos de transacción deben ser considerados como los costos de la actividad transacción. Por lo tanto en una actividad productiva existe una función de producción, en la actividad transacción puede ser descripta como la función transacción.

Hay cuatro dimensiones importantes para identificar los costos de transacción:

- 1) La *especificidad de los activos* involucrados en la transacción. Es decir, la diferencia entre el valor de su uso dentro de una relación específica y el valor fuera de dicha relación.
- 2) La *frecuencia y duración* de las transacciones. Esta dimensión es importante, ya que como la teoría de los juegos ha demostrado, intentos aislados de cooperación frecuentemente terminan en el fracaso (incrementando los costos de transacción), mientras que transacciones diarias tienen el potencial de establecer un mejor entendimiento y reputación (reduciendo los costos de transacción).
- 3) La *complejidad o incertidumbre* asociados con una transacción. Dado que los individuos actúan con racionalidad limitada, cuanto más complejo, incierto o dinámico es el ambiente, más difícil será para ellos pensar y computar todos los posibles estados futuros del mundo.
- 4) Los *costos de medición*; que consisten en los costos de medir el valor de lo que está siendo intercambiado.

### **Los costos de transacción políticos.**

<sup>88</sup> cf. M. Levi, *Of Rule and Revenue*. University of California Press, 1988, p. 42.

Las transacciones del mercado y dentro de la empresa tienen lugar dentro de un ambiente político definido. Esto es, los arreglos institucionales consistentes con un mercado capitalista ordenan la organización social y esto significa que existe una organización individual, nacional o internacional de la comunidad política. La provisión de este tipo de organización y los bienes públicos asociados con ella, supone costos. Estos son los costos de transacción políticos. Estos son en el sentido general los costos de proveer los bienes públicos, o también bienes privados, por una acción colectiva y pueden ser comprendidos como análogos a los costos de transacción de la empresa.

Específicamente se trata de:

- 1) **Los costos de establecer, mantener y cambiar la organización política formal e informal** del sistema. Se incluye aquí los costos asociados con el establecimiento del marco legal, la estructura administrativa, la militar, el sistema educativo, la administración de justicia entre otras cosas. Se agrega a éstos los costos asociados con los **partidos políticos y los grupos de presión** en general. En efecto, todos estos costos son gastos no triviales hechos en el orden de

obtener una domesticación de la fuerza coactiva y la realización del monopolio de la violencia organizada, que es el primer paso en la creación del Estado.<sup>88</sup>

2) **Los costos de hacer funcionar el sistema político.** Estos son los gastos corrientes, lo que se llamaba en la época de Adam Smith los deberes del soberano. Se incluyen los gastos corrientes de legislación, defensa, administración de justicia, transporte y educación. De la misma manera que en el sector privado, estas actividades gubernamentales deben hacer frente a los costos de búsqueda y de información, los costos de la toma de decisiones, los costos de dar instrucciones oficiales y los costos de monitoreo y cumplimiento de estas instrucciones. Los costos de transacción política son costos de medir, monitorear, crear y aplicar las decisiones públicas. También deben sumarse al total aquí establecido los costos de hacer funcionar las organizaciones que participan en el proceso de decisión política. Organizaciones de este tipo incluyen los partidos políticos, los sindicatos, las cámaras empresarias y los grupos de interés en general. Finalmente los costos de negociación deben ser tomados en cuenta.

El **análisis de costo beneficio** es una manera de estimar la dimensión costos de transacción en lo político y disminuir su incidencia.

En alguna medida tanto los costos de transacción políticos y de la empresa pueden ser interpretados como costos de agencia, es decir, los costos que surgen en la relación entre principal y agente. La relación de agencia entre dos o más partes es comprendida como aquella en que una parte, el agente actúa en lugar o como representante de una segunda parte, el principal. Por supuesto, dadas las características permanentes de los comportamientos oportunistas, el agente no siempre actuará completamente en interés del principal. Este último sin embargo, puede intentar limitar las divergencias de su interés al establecer incentivos apropiados para el agente. Puede, por ejemplo, establecer costos de monitoreo destinados a reducir las actividades aberrantes del agente, o puede compartir con el agente los beneficios que se crean por la actividad. Más aún, puede pagar al agente recursos para garantizar que no tomará cierto tipo de acciones que perjudiquen al principal. Podemos definir los **costos de agencia** como la suma de: los **gastos de monitoreo del principal, los gastos de cumplimiento del agente y la pérdida residual.** Los gastos de cumplimiento del agente son los que el agente se vería obligado a cumplir para garantizar que no tomará algunas medidas en contra del principal, para asegurar su confianza. Existirá también una divergencia entre las decisiones del agente y las que maximizarían el bienestar del principal, esa es la pérdida residual.

Los costos de transacción, empresarios o políticos, son esencialmente costos de especialización y de división del trabajo. Los recursos necesarios para llevar adelante las transacciones tienen que ser financiados y en la medida en que esto ocurre los costos de transacción de alguna manera comprometen capital financiero. Por lo tanto se puede hablar de un **capital de transacción.** Esta categoría incluye las inversiones de capital requeridas para el establecimiento de los mercados, las empresas y los sistemas políticos, y un capital corriente de transacción requerido para la actividad cotidiana del mercado y de los sistemas políticos.

Otro aspecto interesante de los costos de transacción es que su nivel depende entre otras cosas del comportamiento de los individuos. Particularmente los costos de monitoreo y de cumplimiento pueden ser bajos si predomina en la sociedad una confianza mutua. Si se

respetan los derechos de propiedad y existen ideas comparativamente uniformes sobre las soluciones para los conflictos, los costos serán más reducidos. La moralidad social, confianza, y el marco institucional están fuertemente relacionados. Los gastos en la educación pública y para la motivación de la sociedad tienen que ser vistos como contribuciones que reducen las fricciones, es decir, los costos de transacción, en la sociedad y favorecen la productividad económica.

Como ya fue dicho, el análisis de los costos de transacción políticos debe estar integrado con el análisis del costo y beneficio. Por lo tanto, en el caso de normas que producen ingresos al Estado es esencial tener en cuenta los costos de adquirir información sobre las fuentes de recursos, el comportamiento de los votantes y el comportamiento de los agentes. Los costos de asegurar la aceptación de la política adoptada también deben tenerse en cuenta. Este es el costo de la elección pública, del *Public Choice*. Observaciones similares pueden hacerse con respecto a los costos y beneficios de la prohibición del tabaco y el consumo de alcohol o el uso de drogas. Más aún, los costos para una sociedad de una ley particular nueva o vieja consisten no sólo de los gastos del gobierno directamente asociados con la norma, sino también con **los costos de transacción que impone sobre la sociedad**. Por ejemplo, la pérdida de recursos debido a impedimentos de la libertad de cambios. Pueden existir **leyes que inviten a la búsqueda de rentas**. De la misma manera puede decirse de la actividad de la administración pública.

También se pueden tener en cuenta los costos de establecer y llevar adelante organizaciones políticas y grupos de presión. Mancur Olson asume que esos costos son en función creciente del número de individuos en un grupo y que los costos per capita no disminuyen o lo hacen en forma mínima.

Olson sostiene que **ya que el beneficio que obtiene un miembro individual de un grupo de presión disminuye con el tamaño del grupo, cuanto mayor es el grupo menos cumplirá la promesa de proveer una oferta óptima del bien colectivo**. Es decir del bien buscado por la persona que ingresa a ese grupo de interés. Algunos autores, Commons, Galbraith, han asumido que si un grupo tiene alguna razón o incentivo para organizarse y promover su interés, los individuos racionales en ese grupo también tendrán una razón o incentivo para apoyar a una organización que trabaja en su interés mutuo. Pero Olson considera que esto es una falacia lógica, al menos para el caso de grandes grupos con intereses económicos que no podrán cumplir con las expectativas de todos sus miembros. Esto explica la razón que los **pequeños grupos de interés tienen un poder desproporcionado** y esto demuestra la utilidad de la hipótesis de los costos de transacción.<sup>89</sup>

<sup>89</sup> Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Harvard University Press. 1965.

### **La idea del progreso y los costos de transacción.**

La idea del progreso asociándola con la limitación de los costos de transacción, que son los costos de hacer funcionar el sistema económico. Las transacciones cuestan y su costo positivo es muy elevado. Alberdi fue precursor en la necesidad de reducir los costos de transacción para asegurar el progreso económico. Lo hizo fundamentalmente en su obra



el Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853.

*Los medios ordinarios de estímulo que emplea el sistema llamado protector o proteccionista, y que consisten en la prohibición de importar ciertos productos, en los monopolios indefinidos concedidos a determinadas fabricaciones y en la imposición de fuertes derechos de aduanas, son vedados de todo punto por la Constitución argentina, como atentatorios de la libertad que ella garantiza a todas las industrias del modo más amplio y leal, como trabas inconstitucionales opuestas a la libertad de los consumos privados, y, sobre todo, como ruinosas de las mismas fabricaciones nacionales, que se trata de hacer nacer y progresar. Semejantes medios son la protección dada a la estupidez y a la pereza, el más torpe de los privilegios.*

*Abstenerse de su empleo, estorbarlo en todas las tentativas legislativas para introducirlo, promover la derogación de la multitud infinita de leyes proteccionistas que nos ha legado el antiguo régimen colonial, son otros medios que la Constitución da al Estado para intervenir de un modo negativo, pero eficacísimo, a favor de la industria fabril de la República Argentina.*

*El gobierno no ha sido creado para hacer ganancias, sino para hacer justicia; no ha sido creado para hacerse rico, sino para ser el guardián y centinela de los derechos del hombre, el primero de los cuales es el derecho al trabajo, o bien sea la libertad de industria.*

*Bancos, casas de seguros, ferrocarriles, líneas de navegación a vapor, canales, muelles, puentes, empresas y fabricaciones de todo género, toda cuanta operación entra en el dominio de la industria, debe estar al alcance de los capitales particulares dispuestos a emplearse en la explotación de esos trabajos y empresas verdaderamente industriales, si las libertades concedidas en la Constitución han de ser una verdad práctica y no una ostentación de mentido liberalismo.*

*No hallaréis en toda la Constitución una disposición que atribuya a rama alguna del gobierno la facultad de ejercer el comercio, la agricultura o las manufacturas por cuenta del Estado.*

*La Constitución en cierto modo es una gran ley derogatoria, a favor de la libertad, de las infinitas leyes que constituían nuestra originaria servidumbre.*

*Cambiar el derecho de los virreyes, es desarmar a los tiranos, y no hay más medio de acabar con ellos. El tirano es la obra, no la causa de la tiranía; nuestra tiranía económica es obra de nuestra legislación de Carlos V y Felipe II, vigente en nuestros instintos y prácticas, a despecho de nuestras brillantes declaraciones de principios.*

*Todas las libertades económicas de la Constitución pueden ser anuladas y quedar reducidas a doradas decepciones, con sólo dejar en pie una gran parte de nuestras viejas leyes económicas, y promulgar otras nuevas que en lugar de ser conformes a los nuevos principios, sean conformes a nuestros viejos hábitos rentísticos y fiscales, de ordinario más fuertes que nuestros principios.*

*Encarnado en nuestras nociones y hábitos tradicionales el sistema prohibitivo, nos arrastra involuntariamente a derogar por la ley, por decreto, por reglamento, las libertades que aceptamos por la Constitución. Nos creemos secuaces y poseedores de la libertad económica, porque la vemos escrita en la Constitución; pero al ponerla en ejercicio, restablecemos el antiguo régimen en ordenanzas que tomamos de él por ser las únicas que conocemos, y derogamos así el régimen moderno con la mejor intención de organizarlo.*

*También puede ser alterada la Constitución, en cuanto al derecho de propiedad, por las leyes reglamentarias del procedimiento en los juicios. Las leyes judiciales que exigen grandes gastos, gran pérdida de tiempo, multiplicadas tramitaciones para reivindicar la propiedad o conseguir el cumplimiento de un contrato, son contrarias a la Constitución, porque son aciagas a la propiedad y a la riqueza en vez de protegerlas. ¿Qué importa reivindicar una cosa mediante gastos, diligencias y tiempo, que representan un valor doble? Perder otro tanto de lo que se pretende, y nada más. El enjuiciamiento expeditivo que se debe a la inspiración del comercio es el tipo del que conviene a esta época industrial en que el tiempo y la atención son especies metálicas.*

90

La expresión es de Keynes en el Cap. 24 de la Teoría General. ‘The slaves of some defunct economist’ En este sentido también apunta la labor de Sarmiento, al incorporar ya en los Comentarios y luego en la reforma de 1860 el control judicial y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos como garantía del cumplimiento efectivo de la Constitución.

El teorema de Coase es una derivación del artículo de Ronald Coase, *La naturaleza del costo social (1960)*. Fue desarrollado por George Stigler por el que obtuvo el Premio Nobel en 1981. Coase no estuvo nunca plenamente en su favor y llegó a referirse a él como “el infame teorema de Coase” en su discurso de recepción del Premio Nobel en 1991. En gran medida porque limitaba la importancia de concentrarse en la búsqueda de los costos de transacción que limitaban la vigencia del mercado.

## Las agencias gubernamentales.

### *Los organismos descentralizados.*

Una forma de control sobre la aplicación de la ley por la administración son los organismos descentralizados. Es una aplicación de la **teoría de la agencia** en la que **un principal, en este caso el Congreso**, da **instrucciones a un agente, en este caso la administración**, y establece una estructura de gobierno<sup>282</sup> para asegurarse que las instrucciones se cumplan. Los organismos descentralizados, llamados también agencias independientes, cumplen esta función y tienen como garantía que sus principales funcionarios, si bien designados por el Poder ejecutivo, y en casos con acuerdo del Senado, no pueden ser removidos sin una causa que lo justifique. Este procedimiento relativamente sencillo asegura el cumplimiento de las instrucciones del Principal, es decir el Congreso, sobre el Agente, es decir la administración. Este sistema asegura la división de poderes y una mejor administración de recursos públicos, pero no está ausente de conflictos. **Las agencias gubernamentales reciben la delegación directamente del Congreso. Es decir, la delegación de funciones no se efectúa al Presidente y de allí a las agencias. Por el contrario, al crearse un organismo descentralizado, agencia u ente regulador, el Congreso establece directamente sus competencias y le delega eventualmente funciones regulatorias.**<sup>283</sup>

Las agencias gubernamentales tienen por lo tanto dos principios básicos:

1. Creación por Ley, y
2. Alguna forma de estabilidad para sus principales funcionarios.

Habitualmente cada poder público desea aumentar su poder, un nuevo Presidente querrá al asumir imponer personal de su confianza en los cargos públicos y para ello deseará remover a los jefes de los órganos administrativos existentes para instalar en su lugar a

<sup>282</sup> EN INGLÉS ‘GOVERNANCE’, YA QUE NO SE TRATA ESTRICTAMENTE DE UN GOBIERNO SINO DE UNA FORMA DE BUENA ADMINISTRACIÓN.

<sup>283</sup> EL ERROR DE SOSTENER LO CONTRARIO PROVIENE DE LA FALACIA QUE EL PODER EJECUTIVO ES UNIPERSONAL, SERÍA SOSTENER LA DOCTRINA DEL EJECUTIVO UNITARIO QUE ES FUERTEMENTE AUTORITARIA. CF. CASS R. SUNSTEIN THE MYTH OF THE UNITARY EXECUTIVE ADMINISTRATIVE LAW JOURNAL OF THE AMERICAN UNIVERSITY SUMMER, 1993.

funcionarios de su confianza personal. Si el Presidente pudiera hacerlo se quebraría la aplicación de la relación principal agente que la existencia de estos organismos asegura, al mismo tiempo **debilitaría la separación de poderes entre el Ejecutivo y el Congreso**. Al mismo tiempo se afectaría seriamente la estabilidad y seguridad de las transacciones reguladas por los organismos públicos, que serían fácilmente influibles por los grupos de interés. Esta cuestión del conflicto sobre la estabilidad de los directores de las agencias gubernamentales, consecuencia de la división de poderes, fue debatida en el caso **Humphrey's Executor, de 1935**. Como en otros casos, el derecho público argentino debate problemas resueltos en otros sistemas hace ya tiempo. En el Caso **Humphrey's Executor v. United States, 295 U.S. 602 (1935)** la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una cláusula de la ley que creaba la Comisión Federal de Comercio que permitía al Presidente remover a sus miembros pero solamente en caso de “ineficiencia, negligencia en el cumplimiento del deber o mal desempeño en el cargo.” El Comisionado Humphrey había fallecido y se reclamaban sus salarios caídos desde su remoción por el Presidente. El *holding* de este fallo indica que dentro de un sistema de división de poderes la administración, cuando cumple la función de completar la reglamentación de derechos hecha por ley, no depende exclusivamente del Poder ejecutivo. Los funcionarios a cargo de organismos administrativos tienen estabilidad en la función como forma de asegurar el cumplimiento de las directivas efectuadas por el Congreso.

Entre las agencias gubernamentales con este régimen podemos mencionar, el Banco Central, la Administración Federal de Ingresos Públicos, los Entes reguladores de servicios públicos entre otros.

## **El federalismo.**

El sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y las provincias es otra forma de la separación de poderes. Esto es cierto en el sentido, que la existencia de distintos gobiernos con distintas competencias, es una forma de promover la eficiencia de la misma manera que lo es la creación de ramas especializadas de gobierno. El federalismo evita que existan las enormes deseconomías de escala que se producirían si se gobernara una sociedad compleja, extendida en el territorio y que uniera territorios poblados y despoblados, desde una sola ciudad. Al mismo tiempo permite la experimentación con diferentes métodos de gobierno, con formas gubernamentales que se ajusten a condiciones locales disímiles. Pero a diferencia de la división de poderes el federalismo no aumenta los costos de transacción del gobierno, ya que en caso de conflicto, el gobierno nacional puede prevalecer frente a la acción de los gobiernos locales en materias de su competencia.

Si el gobierno federal solamente pudiera gobernar con el acuerdo de los gobiernos provinciales, estaríamos en una confederación pero no de una nación, y los costos de transacción de gobernar serían excesivamente elevados. Ya que sería necesario el acuerdo de los Estados parte de la confederación para que el gobierno confederado pueda tomar una decisión. El federalismo en sí también tiene costos y uno de ellos es tener un sistema jurídico más complejo que si existiera un sistema legislativo y judicial único. Un ahorro en los costos de transacción ocurrió cuando los constituyentes, en 1853, establecieron que el derecho común, es decir el derecho codificado, fuera único en todo el país. Se evitó así que existieran regímenes jurídicos diferentes en todas las provincias como es el caso en los Estados Unidos. Esta unificación se efectuó al costo de perder la capacidad de laboratorio de ideas diferentes que caracteriza al federalismo. Al mismo tiempo se limitó la posibilidad que las provincias compitan entre sí por inversiones o población, lo que hubieran podido hacer si tuvieran regímenes jurídicos separados.

De todas maneras, esta unidad es solo parcial ya que la interpretación de los códigos es efectuada a través de normas procesales locales por jueces locales, lo que establece una cierta variación en la jurisprudencia existente. Como ya lo expresara, la unificación jurídica tiene una desventaja, ya que impide la función de laboratorio de nuevas ideas políticas que supone la existencia del federalismo y al mismo tiempo limita la posibilidad de competencia entre las provincias para asegurar un sistema jurídico más eficiente. Disminuye en cambio los costos de transacción en cuanto al conocimiento del derecho por lo que quién decida cambiar su residencia conoce de antemano cual es sistema jurídico al que se somete.

Existe un **aumento de la eficiencia gubernamental al establecerse instituciones que compiten entre sí para ofrecer mejores servicios.** Con

respecto de los poderes que se ejercen en nivel local existe la competencia entre los gobiernos para proveer un buen servicio gubernativo al menor costo tributario posible, los gobiernos locales buscarán favorecer a sus habitantes y empresas que, de otra manera, podrían emigrar hacia otras provincias. Uno de los inconvenientes de la **coparticipación** federal de impuestos es **que incentiva el no cobro de los impuestos locales y no asocia el aumento del gasto público con el aumento de la carga tributaria**, por lo que la población favorece el aumento de un gasto al que no tendrá que hacer frente. De todas maneras la competencia entre las provincias no es perfecta, ya que existen activos que no se pueden trasladar fácilmente, como son los inmuebles, o costos hundidos en las inversiones.

La **cláusula comercial** en la Constitución, al establecer la regulación por el Congreso del comercio interprovincial e internacional, cumple el objetivo de **evitar que las provincias impongan externalidades dañinas a las demás e internalicen las externalidades positivas**. La cláusula comercial cumple la función de crear un gran mercado nacional de bienes y servicios. En el caso argentino la creación de este mercado se ve limitada por la existencia de privilegios tributarios distorsivos.

Si los gobiernos locales fueran solamente una descentralización establecida por el gobierno central, no serían un obstáculo para la centralización del poder, es decir para un gobierno monopólico. En la medida de su independencia proveen de alternativas, aunque muy limitadas en la actualidad, para los habitantes. Sin embargo, la estructura del gobierno federal, la composición del Senado y la característica de los gobernadores como jefes políticos regionales, impiden una transferencia completa de poderes de las provincias a la burocracia gubernamental. El único riesgo es que la estructura federal, que puede ser más eficiente en la distribución de bienes públicos, se constituya en una organización paternalista o distributiva, con el riesgo que ello supone al buen gobierno y a las libertades individuales.

El federalismo describe el arreglo bajo el cual un grupo de estados igualmente soberanos se combinan para formar una unión, en la cual ellos ceden alguna soberanía a un gobierno central pero retienen alguna soberanía también. Históricamente también existen casos de estados-nación que preceden la federación, estados-nación que crearon entidades gubernamentales menores y entonces compartieron el poder con el gobierno central. El caso argentino es también particular ya que si bien dentro de la Constitución se menciona como las provincias anteriores a la Constitución y al mismo tiempo la provincia-estado de Buenos Aires se unió con la Confederación Argentina para conformar finalmente la Nación Argentina, en el mismo espacio donde el período colonial estaba reunido bajo un virreinato.

Para distinguir la división apropiada entre la responsabilidad gubernamental dividida entre los estados parte y el gobierno federal, debe tenerse en cuenta que en la medida que los factores que explican esta división cambian, la asignación de responsabilidades gubernamentales debe cambiar también. Puede haber períodos en los que el gobierno central en la federación deba ser débil y sus responsabilidades o deberes definidos en forma estricta, y otros períodos en que el gobierno central deba ser fuerte y sus poderes amplios. Esto sugiere que aun en **una federación definida idealmente la relación**

**entre el gobierno central y los gobiernos de los estados parte no puede ser fijada de manera inmutable.** La división apropiada de responsabilidad debe en cambio variar entre el centro y las partes. Precisamente estos mismos factores reales deberán explicar las diferencias entre las federaciones.

### ***El Senado.***

Históricamente el Senado cumplió la función que mencionó Madison en el Federalista “es la rama del gobierno que tendría la representación de los Estados.”<sup>284</sup> John Marshall en el precedente de *McCulloch vs. Maryland* señaló que los Estados en si mismos estaban representados en el Congreso y que lo que caracterizaba a los miembros del Senado era ser “representantes de las soberanías estatales”.

Desde su origen el Senado fue un cuerpo en el cual el menor de los estados o provincias miembros tiene la misma representación que el más importante. Se suma la característica adicional que como los Senadores de las provincias menores tienden a ser reelegidos asumen una influencia política mayor en las decisiones de ese cuerpo legislativo. El Senado no tiene solo competencias legislativas, debe también presta su acuerdo en la designación de altos funcionarios y jueces. Su influencia se ve acrecentada por la duración de los mandatos que son de seis años por lo que la reelección plantea periodos muy prolongados y permite una mayor amplitud para asumir posiciones estratégicas. Como el número de Senadores es reducido es más sencillo obtener una mayoría de dos tercios y de esta manera imponer su voluntad en caso de diferencias con la Cámara de Diputados.

En materia de competencias la Constitución le ha dado la ventaja de ser Cámara de origen en las leyes de coparticipación federal por lo que la distorsión tributaria existente no podrá sino ampliarse.

### ***Influencia federal en la integración de la Cámara de Diputados.***

La distorsión a favor de la representación de las provincias menos pobladas es menor en la Cámara de Diputados pero no desaparece. La norma electoral establece un mínimo de cinco diputados por provincia con independencia de la población. Esta situación se ha establecido a pesar de la norma constitucional de la igualdad de representación y de la variación solamente basada en el resultado del censo. Como los efectos del sistema de representación proporcional son diferentes en las provincias más pobladas, el sistema D'Hondt tiende a la fractura de la representación política cuanto mayor es el número de legisladores a elegir. En las provincias menores el escaso número de representantes tiende a establecer un sistema mayoritario y bipartidista.

Existe una clara asociación entre los intereses del legislador nacional y la del sistema político de su provincia. Toda reelección está influida por la estructura del partido

---

<sup>284</sup> CF. EL FEDERALISTA N° 58.

político local. Un legislador está interesado principalmente en su reelección o por lo menos en su permanencia activa dentro del sistema político y para ello su relación con los intereses locales y con la conducción del partido político local al que representa son determinantes.

El legislador nacional ha habitualmente tenido una actuación en la política local antes de acceder a su cargo, ha sido legislador provincial o concejal municipal. De la misma manera los gobernadores son a veces electos al Senado al cumplir sus mandatos. Esta experiencia previa no se olvida al ejercer sus funciones como legislador nacional.

## **La solución de conflictos en el federalismo.**

Una de las funciones principales de los jueces en las federaciones es la de resolver los conflictos entre la Nación con las provincias, de las provincias entre sí y de las personas con las dos formas de gobierno. Con respecto a la participación del poder judicial en la solución de conflictos podemos imaginar tres posibilidades.

1. La primera consiste en considerar la función judicial concentrada en la determinación de la distribución de poderes entre el gobierno federal y las provincias.
2. El segundo caso supone el control sobre la distribución la autoridad concedida al gobierno federal entre las tres ramas el ejecutivo, el legislativo y el judicial.
3. Finalmente la función judicial consiste en la protección de las libertades personales, es decir, la limitación de todos los poderes gubernamentales con referencia al individuo.

Autores como Jesse Choper consideran que los jueces deben concentrarse en esta última función primordialmente y dejar el control de la distribución de funciones de los órganos políticos al propio proceso político. Esto va en contra de la visión de Hamilton que consideraba como principal para la protección de las libertades el mantenimiento estricto de la división de poderes. En el mismo sentido se expresa el Juez Antonin Scalia que señala que la verdadera garantía de las libertades individuales se realiza a través de un efectivo control de la división entre los poderes y del sistema de frenos y contrapesos.

En un comentario a la posición de Hamilton y Scalia podemos señalar que la actual situación argentina que inadvertidamente puede dar una hipertrofia de la función judicial, de la que se espera que resuelva todos los conflictos sociales y gubernamentales, tiene su origen en la confusión de poderes. En épocas recientes y particularmente luego de la existencia de la jurisprudencia en los **casos Cocchia y Peralta** se ha visto una explosión de las funciones legislativas del poder Ejecutivo. Esto ha tenido dos fuentes que esos fallos ejemplifican, una aumento descontrolados de la delegación legislativa y por el otro la multiplicación de los reglamentos de necesidad y urgencia. Luego de la reforma de 1994 este proceso se ha institucionalizado definitivamente y se ha acelerado. Como consecuencia de ello y de acuerdo con lo expresado en el **caso Verocchi**, el poder judicial ha debido asumir funciones de control que originalmente estaban en cabeza del poder legislativo. Es un efecto que debe rescatarse por sus consecuencias en la defensa de la forma republicana de gobierno. Aunque hubiera sido preferible que el poder judicial asegurara la división de poderes. Existe por lo tanto una correlación entre la confusión de poderes entre el ejecutivo y el legislativo y una extensión de la actividad del poder judicial. **Porque el aumento de las funciones legislativas del Presidente disminuye la participación de los representantes de las provincias en el proceso político.** Es decir, que la división de poderes es también una garantía del federalismo.



Si bien la crítica a la teoría del proceso político es correcta en cuanto a la necesidad del control judicial de la división de poderes, veamos su aplicación al federalismo.

El control judicial debe concentrarse en el mantenimiento de la división de poderes en el caso del gobierno federal. ¿Pero que ocurre en cuanto a la división de poderes entre la Nación y las Provincias? La principal garantía de la soberanía o autonomía de las provincias no es asegurar la división de funciones sino la participación que sus representantes tienen en la formación de la voluntad del gobierno federal. El tema central es analizar la representación de los intereses de las provincias en el proceso político nacional. Existen numerosos aspectos estructurales de ese proceso que tienen la función de asegurar que los intereses políticos de las provincias no queden desprotegidos. Estos mecanismos demuestran su eficacia en la práctica.

### ***La Distribución de competencias entre la Nación y las Provincias***

El tema de la distribución de competencias ha causado una controversia inusitada en el derecho judicial de los Estados Unidos. Existen dos precedentes contradictorios, el segundo derogando al primero en forma expresa. La primera visión era la de intentar una distinción objetiva entre las dos competencias, la segunda visión fue de conceder mayor flexibilidad a las competencias del gobierno federal.

El primer caso es “National League of Cities *vs.* Usery” (426 US 833, [1976]). Por una mayoría 5 a 4 la Corte Suprema declaró inconstitucional la aplicación de una ley federal (*Federal Labor Standards Act*) que requería el pago de un salario mínimo a los empleados estatales y locales. El juez Rehnquist expresó la opinión de la mayoría de la Corte señalando que “existen límites al poder del Congreso para superar la soberanía de los estados, aun cuando ejerce sus poderes habitualmente plenarios en materia impositiva y de regulación del comercio”. Señaló como regla de distinción la tradición. Dijo “la ley opera para desplazar directamente la libertad de los estados de estructurar operaciones integrales en áreas tradicionales de funciones gubernamentales”. Más adelante reiteró la inconstitucionalidad de leyes federales como la en análisis que “puedan sustancialmente reestructurar las maneras tradicionales en la cual los gobiernos locales han arreglado sus asuntos”. En otras palabras National League of Cities sostuvo que el Congreso violaba la cláusula constitucional que indica que los estados se reservan todos los poderes no delegados al gobierno federal, cuando interfería con funciones tradicionales de gobierno local. El tribunal no intentó definir cuáles eran esas funciones tradicionales.

Esta doctrina fue formalmente abandonada en el caso “García *vs.* San Antonio Metropolitan Transit Authority” de 1985.

### **El Caso García v. San Antonio Metro. Transit Auth., 469 U.S. 528 (1985)**

El caso “García” trata de la interpretación de la X Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que tiene un texto similar al artículo 121 de la Constitución argentina, y dice que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal. Esto dio lugar a un debate constitucional entre dos casos en la Corte de Estados Unidos, la primera visión del caso *Usery* <sup>285</sup>, sostenía que podía establecerse una norma asignación de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos locales. Esta norma de asignación era el criterio de **funciones gubernamentales tradicionales**, ‘*traditional governmental functions*’. Esta norma de distribución señalaba que luego de una experiencia de más de un siglo de federalismo existían funciones que cumplía la Nación y otras que cumplían los estados miembros. El criterio no era muy preciso pero permitía señalar que existía una norma de distinción. En este caso *Garcia v. SAMTA* una nueva mayoría varió la doctrina de “Usery”, dio para ello dos razones. La primera porque considero que el criterio de **funciones gubernamentales tradicionales** no solo de impracticable sino de inconsistente con los principios establecidos del federalismo. En segundo lugar consideró que la protección de las prerrogativas de los estados debía ser defendida a través del proceso político y no por el control judicial. Su holding sostiene: **“El papel continuado que juegan los estados en el sistema federal no garantizado primariamente por los límites externos de la cláusula comercial, sino por la estructura del gobierno federal en si misma. En estos casos, el proceso político protege efectivamente ese papel.”**

*Dudamos que los tribunales finalmente puedan identificar limitaciones constitucionales basadas en principios sobre la extensión de las competencias que el Congreso tiene por la cláusula Comercial, basándose meramente en definiciones a priori de la soberanía estadual...*

El caso “García”, trata de la interpretación de la X Enmienda que tiene un texto similar al artículo 121 de la Constitución argentina referida a que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal. Este artículo ha sido considerado una tautología y por lo tanto de muy poca importancia práctica.

En 1985 en el caso “García” con una nueva mayoría, el cambio de voto lo efectuó el juez Blackmun que varió la doctrina de “Usery” por dos razones. La primera porque la consideró impracticable, ya que definir a una función de gobierno como “tradicional” o “integral” era de por sí arbitraria y un juez no electo podía tomar decisiones para entre las políticas estatales que prefiriera o le disgustaran. En segundo lugar se señaló que la protección de las prerrogativas de los estados, debían ser defendidas a través del proceso político y no por el control judicial. El caso “National League of Cities vs. Usery” fue formalmente revocado. Veamos el texto de ‘García’

El juez Blackmun expresó la opinión de la Corte.

*“Revisitamos el mismo punto planteado en ‘National League of Cities vs. Usery’ (426 US 833 [1976]). En ese litigio esta Corte, en un voto dividido estrictamente, ordenó que la Cláusula Comercial no autoriza al Congreso a aplicar las normas de salarios mínimos y de horas extras de la Ley de Estándares Justos de Trabajo (Fair Labor Standards Act) contra los Estados en ‘áreas de funciones gubernamentales*

---

<sup>285</sup> NATIONAL LEAGUE OF CITIES V. USERY, 426 U.S. 833 (1976)

tradicionales'. Aunque *National League of Cities* señaló varios ejemplos de 'funciones gubernamentales tradicionales' no ofreció ninguna explicación de cuán 'tradicional' tenía que ser una función para ser distinguida de una 'no tradicional'. Desde entonces los tribunales federales y estatales se han esforzado con la tarea impuesta de identificar la función tradicional a los efectos de determinar la inmunidad de los Estados [de legislación federal] bajo la Cláusula Comercial.

"En el caso presente el juez federal de distrito concluyó que la propiedad y operación por un municipio de un sistema de transporte masivo es una **función gubernamental tradicional** bajo *National League of Cities* y por lo tanto fuera del control de la legislación federal...

"Nuestro examen del principio de 'funciones' aplicado en estos y otros casos en los últimos ocho años nos persuade de que el intento de **señalar los límites de la inmunidad** [de legislación federal] de la **capacidad regulatoria del Estado en los términos de una 'función gubernamental tradicional'** es no sólo impracticable, sino que también **inconsistente con los principios establecidos del federalismo** y, particularmente, con los principios de federalismo en los cuales se pretendía sustentar el caso '*National League of Cities*'. Ese caso, por lo tanto, es revocado.

"...El defecto más obvio de una visión histórica de la inmunidad estatal es que impide a un tribunal reconocer cambios en las funciones históricas de los Estados, cambios que resultan en un número de funciones que en un momento eran hechas por particulares, como la educación y luego asumidas por los estados y sus subdivisiones. Al mismo tiempo la única virtud aparente de tener un estándar histórico riguroso, por ejemplo, su promesa de establecer una medida razonable de la inmunidad estatal, es ilusoria. Confiar en la historia como un principio organizador tiene como resultado dibujar la línea más arbitraria, la génesis de las funciones gubernamentales de los Estados se estira en un continuo histórico de antes de la revolución hasta el presente, y los tribunales deben decidir basados en confianza; precisamente, cuán antigua es una pauta de la actividad estatal para que la autoridad regulatoria federal sea vencida.

"Una pauta no histórica para elegir funciones gubernamentales propias de los estados es tan poco práctica como una pauta histórica. El objetivo de identificar funciones gubernamentales 'propias' [uniquely governmental functions], ha sido rechazada por la Corte en materia de responsabilidad civil, en parte, porque la noción de una función gubernamental 'única' es inmanejable. Otra posibilidad sería la de confinar las competencias propias a servicios gubernamentales 'necesarios', esto es, servicios que serían inadecuadamente provistos, o no provistos en absoluto, a menos que el gobierno los proveyera. El conjunto de servicios que entra en esta categoría, sin embargo, es probablemente insignificante. El hecho de que un mercado desregulado produzca menos de un servicio que lo que el Estado considere deseable no significa que el Estado en sí mismo deba proveer ese servicio, en la mayoría, sino en todos los casos, el Estado puede contratar a través de empresas privadas la provisión del servicio o simplemente puede proveer el subsidio a los proveedores existentes. También está abierta la pregunta de cuán bien equipados están los tribunales para hacer este tipo de determinaciones sobre el funcionamiento de los mercados económicos.

"Creemos, sin embargo que existe un problema más fundamental aquí... El problema es que ninguna distinción que quiera separar funciones gubernamentales importantes puede ser fiel al papel del federalismo en una sociedad democrática. La esencia de nuestro sistema federal es que dentro del espacio de autoridad abierto a los Estados dentro de la Constitución, ellos deben ser igualmente libres para hacer cualquier actividad que los ciudadanos elijan para el bienestar común, no importa lo heterodoxo o innecesario que los demás, incluyendo el Poder Judicial, consideren la actividad estatal. Cualquier regla sobre competencias

*propias de los Estados que busque a lo 'tradicional', 'integral' o 'necesario' de las funciones gubernamentales inevitablemente invita a un juez federal no elegido a tomar decisiones sobre las políticas estatales que favorece o que le disgustan.*

*“La ciencia del gobierno... es la ciencia del experimento’ (Anderson vs. Dunn’, 6 Wheat, 204, 226 [1821]), y los Estados no pueden servir como laboratorios de experimentación social y económica si deben pagar un precio suplementario cada vez que asumen las cambiantes necesidades de su ciudadanía y toman funciones que en una fecha anterior y en una sociedad diferente fueron dejadas en manos privadas. (Ver New State Ice Co. vs. Liebmann’, 285 US 262, 311, [1932])”.*

*En las palabras del juez Black:*

*“No hay, y no puede haber, una línea de demarcación que no cambie entre las funciones gubernamentales esenciales y no esenciales. Muchas funciones gubernamentales de hoy han sido alguna vez en el pasado no gubernamentales. El genio de nuestro gobierno provee que, dentro de la esfera de la acción gubernamental, el pueblo, actuando no a través de los tribunales sino a través de sus representantes legislativos electos, tiene el poder de determinar así como las condiciones lo establezcan, qué servicios y funciones el bienestar público requiere’ (Helvering vs. Gerhardt’, 304 US, at 427 [opinión concurrente]).*

*“Por lo tanto rechazamos ahora, como incorrecta en principio e impracticable, la regla de la inmunidad estatal de reglamentación federal que esté basada en el análisis judicial de si una función gubernamental particular es “integral” o “tradicional”. Cualquiera regla de este tipo lleva a resultados inconsistentes al mismo tiempo que hace un mal servicio a los principios del gobierno del pueblo y crea inconsistencia precisamente está divorciada de esos principios. Si existen límites al poder del gobierno federal de interferir en las funciones de los Estados, como indudablemente hay, debemos buscar en otra parte para encontrarlos. IV.*

*“...Por supuesto que continuamos reconociendo que los Estados ocupan una posición especial y específica en nuestro sistema constitucional y qué amplitud de la autoridad del Congreso bajo la Cláusula Comercial debe reflejar esa posición. Pero el límite principal y básico en la competencia federal sobre el comercio es la inherente en toda acción del Congreso, las restricciones internas que nuestro sistema provee a través de la participación estatal en la acción gubernamental federal. El proceso político asegura que las leyes que indebidamente limiten a los Estados no sean promulgadas. En las situaciones de hecho de estos casos las salvaguardias internas del proceso político han actuado como fueron previstas...*

*“Notamos y aceptamos la observación del juez Frankfurter en ‘New York vs. United States’ (326 US 572, 583 [1946]):*

*“El proceso de adjudicación constitucional no intenta conjurar horribles posibilidades que nunca ocurren en el mundo real y desarrollando doctrinas suficientemente comprensivas en detalle para cubrir la más remota contingencia. Ni necesitamos ir más allá de lo que es requerido por la disposición razonada del tipo de controversia presente ahora ante la Corte”.*

La Corte cambió nuevamente de posición, aunque no de manera tan dramática, en el caso *“New York v. United States”* en 1992. Se partió de la base de que las instituciones políticas podrían no servir plenamente a una adecuada protección contra una actuación federal contraria a la soberanía de un Estado parte. Los críticos de la doctrina del proceso político federal sostuvieron que el Senado no protege a los gobiernos de los estados de por

sí, pero que son más bien protectores de los ciudadanos particulares de los estados menos poblados. Otro problema que sostenía el modelo del proceso federal era que el Congreso respondía a intereses en conflicto de diversos tipos, y no solamente a los intereses de los estados parte. Es decir que el proceso político era correcto en cuanto defendía los intereses de los estados parte, pero el modelo era más amplio y no incluía exclusivamente estos intereses. Abarcaba también a sectores de interés, a grupos de presión muy poderosos. En esta justa política los estados parte podían recibir una protección inadecuada a sus intereses con respecto al gobierno federal. Los representantes en el Congreso podían percibir un conflicto entre sus propios intereses políticos y los intereses institucionales de los estados parte. Presionado para lograr algún objetivo de interés nacional, el Congreso podía hacerlo sin necesariamente aumentar los impuestos, pero imponiendo comportamientos a los estados parte para que lo hicieran utilizando sus propios presupuestos. Es el caso del establecimiento de guías de comportamiento como la Ley Federal de Educación u otras que determinan cómo deben ser las funciones en cierto tema que es de cumplimiento por los estados parte. De esta manera, los costos son pagados por los estados parte y no por el gobierno federal.

## ¿Qué tipo de federación somos?

**Comencemos con una tesis: en el ejercicio de competencias nuestro federalismo es débil, pero, en la doctrina del proceso político federal, nuestro federalismo es muy fuerte, ya que los gobernadores son actores importantes en las decisiones del gobierno nacional.** El debate de nuestro federalismo es la manera en que se enfrentan y negocian el gobierno nacional con los gobernadores provinciales y los medios que utilizan en tarea.

### *Un federalismo competitivo.*

El federalismo es una forma de promover la eficiencia, porque es más fácil el control por parte de los habitantes en pequeñas organizaciones antes que en las grandes. Este fenómeno se le llama el de la "voz" y la "salida"<sup>286</sup>. De la misma manera que la división de poderes es eficiente porque crea ramas especializadas y gobierno de una mayor publicidad de los actos que facilitan el control, podemos decir que el sistema de distribución de competencias entre el gobierno nacional y las provincias es otra forma de separación de poderes. Al mismo tiempo, el federalismo evita que existan enormes economías de escala que se produciría si se gobernara una sociedad compleja, extendida en el territorio y que uniera territorios poblados y despoblados, con prácticas y tradiciones diferentes, desde una misma y generalmente enorme ciudad. También el federalismo permite la experimentación con diferentes formas de gobierno, para resolver situaciones creadas en condiciones locales disímiles. Una pregunta a plantearse sería si la existencia distintos gobiernos en los territorios gobernados por reglas diferentes no

---

<sup>286</sup> CF. ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE AND ROYALTY, RESPONSES TO DECLINES IN FIRMS, ORGANIZATIONS AND STATES. HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1970, VER PAG. 106 PARA SU APLICACIÓN AL SISTEMA POLÍTICO.

aumentaría los costos de transacción que deben asumir los habitantes del país. Costos que en lo que incurrirían cuando hagan actividades que atraviesan las jurisdicciones. El federalismo ha dado una respuesta temprana a este problema, y se ha creado una competencia del gobierno federal para resolver estos conflictos, que van desde la resolución judicial en materia de competencias, la imposición de la jurisdicción federal, hasta la intervención en el territorio de las provincias para resolver conflictos políticos.<sup>287</sup>

Si gobierno nacional pudiera gobernar solamente con el acuerdo los gobiernos provinciales estaríamos en una confederación, y no en una federación o en una Nación. Los costos de transacción políticos para gobernar serían excesivamente elevados, porque sería necesario el acuerdo los estados partes de la confederación para que el gobierno confederado pudiera tomar una decisión. Sin duda, el federalismo tiene también sus costos, y uno de ellos es que posee un sistema jurídico más complejo y una organización legislativa y judicial que no tienen los sistemas unitarios. Esta fue una situación que no escapó a nuestros constituyentes originariamente en 1853 cuando establecieron que el derecho común, es decir el derecho codificado, fuera único en todo el territorio. Se impidió que existía el régimen jurídico diferentes en todas las provincias como es el caso los Estados Unidos, y ésta unificación se efectuó al costo de perder la capacidad de laboratorio de ideas que caracterizan federalismo y evitó la posibilidad de que las provincias compitieran entre sí por inversiones o por población calificada que hubiera ocurrido si existieran regímenes jurídicos diferentes, algunos más eficientes que otros. Ocurrió una "*cartelización*" del sistema jurídico<sup>288</sup>, que facilitó el conocimiento del derecho en un sistema común pero limitó la capacidad de competencias de las provincias que permitirían tener una mayor innovación y una más perfecta aplicación de las normas jurídicas a la realidad diferente existente en cada territorio. De todas maneras, el sistema permitió alternativas, ya que las leyes procesales fueron diferentes en cada provincia, y también el dictado en las normas de aplicación para el derecho común existente. Es decir, que esta unidad legislativa fue sólo parcial ya que interpretación de los códigos es efectuada a través de normas procesales locales y por jueces locales lo que permite una cierta variación en la jurisprudencia existente. Sin embargo aún esta débil posibilidad de diferenciación fue en gran medida agotada por las imposiciones del llamado "estado de bienestar" que expandió la regulación federal de gran cantidad de actividades y la existencia de empresas del estado establecidas en Argentina partir de los años '40.<sup>289</sup> La unificación jurídica ha significado una desventaja ya que impidió el funcionamiento de laboratorio de nuevas ideas y limitó la posibilidad entre las provincias de competir que hubiera asegurado sistema jurídico más eficiente, es decir, que permitieran una respuesta adecuada y flexible a diferentes requerimientos de la población.

El federalismo aumenta la eficiencia del sistema político porque las instituciones que compiten entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios a los habitantes que son consumidores de los bienes y servicios gubernamentales. La competencia siempre lleva a

---

<sup>287</sup> SOBRE LA INTERVENCIÓN FEDERAL VER JUAN VICENTE SOLA. INTERVENCIÓN FEDERAL EN LAS PROVINCIAS. ABELEDO PERROT, 1982.

<sup>288</sup> ES DECIR, UNA FORMA DE OLIGOPOLIO EN EL QUE TODOS OFRECEN SERVICIOS SIMILARES Y PRECIOS SIMILARES, PERO NO LOS MEJORES QUE SURGIRÍAN DE LA COMPETENCIA.

<sup>289</sup> ERA UN LUGAR COMÚN EN LUGARES DE LA PATAGONIA DECIR QUE EL GERENTE DE YPF ERA EL VERDADERO GOBERNADOR.

resultados eficiente porque permite que las personas accedan a mejores bienes y servicios de un precio más reducido. La expresión "precio" no se refiere exclusivamente a menores impuestos y tasas para los contribuyentes, sino también a una reducción en los costos de transacción que deben asumir quienes brindan en una jurisdicción administrativa. De esta manera, tendrán menos retrasos en los trámites, mayor rapidez en decisiones, celeridad en los procesos judiciales, una mayor certeza en las transacciones y también en su seguridad personal. Un sistema federal bien diseñado asegura que los poderes que se ejerzan en nivel local incentiven la competencia entre los gobiernos para proveer un buen servicio gubernativo al menor costo tributario posible, ya que los funcionarios locales buscarán favorecer habitantes y empresas que de otra manera podrían emigrar hacia otras provincias.

Este es uno de los inconvenientes de la coparticipación federal de impuestos, ya que incentiva al no cobro de los impuestos locales y disocia el aumento del gasto público con el aumento en la carga tributaria. Entonces la población favorecerá el aumento de un gasto al que no tendrá que hacer frente. Al mismo tiempo la coparticipación no permite saber si la gestión gubernamental local es buena o mala, ya que no importa que desempeño tenga el gobernador y cual se ha el crecimiento económico de la provincia, porque percibirá la misma cuota de participación en los impuestos recaudados. De esta manera, un gobierno excelente será castigado electoralmente porque recaudará lo mismo que un gobierno inepto, incompetente o corrompido. Es por lo tanto un incentivo negativo. La disociación entre actividad del gobierno provincial y los impuestos recaudados crea otro incentivo perverso. Permite una amplia discrecionalidad del gobernador en el uso de los fondos, porque no son producto del impuesto percibido localmente, ni pueden calcular las eficazmente en el presupuesto provincial porque dependen del actividad de otro gobierno que es el que recauda. El gobernante local los utilizara en defensa de sus intereses políticos lo que impone una fuerte tendencia al clientelismo. Un ligero incentivo tiene consecuencias inesperadas y vastas, podemos decir que el federalismo argentino la coparticipación impuestos y tiene una larga sombra.

Los gobiernos locales tienen el incentivo que discriminar en favor de sus propios habitantes. Buscarán la manera de crear barreras que impiden el ingreso de bienes, servicios, de nuevas empresas o de nuevos profesionales que compitan con los locales. La Constitución previó la existencia de este comportamiento y el remedio propuesto fue la "cláusula comercial". Estableció la regulación por el Congreso del comercio interprovincial e internacional, con el objetivo de evitar que las provincias impusieran externalidades dañinas a las demás e internalizaran solamente las externalidades positivas. Es decir, que impusieran barreras y costos a quienes quisieran trasladar y vender productos de otra provincia que compitieran con la producción local. La cláusula comercial cumple la función de crear un gran mercado nacional único de bienes y servicios, sin las restricciones que pudieran establecer gobiernos locales a este libre juego de la competencia.

Si los gobiernos provinciales compiten entre sí con inversiones, desarrollo de industrias y creación de empleo, existe la tendencia a crear externalidades a los competidores indeseados. En lo que ocurre cuando un gobierno local establece privilegios, tributarios o regulatorios, en favor de sus residentes, imponiendo además costos de transacción

agravados a los residentes de otras provincias. La misión del gobierno nacional es la de eliminar las externalidades negativas que ir a promover el sistema de gobiernos locales en competencia y esta acción busca la disminución de los costos de transacción de los gobiernos provinciales impusieran a los habitantes de otras provincias y esta manera, asegurar una mejor distribución de los recursos.

Sin embargo en el caso argentino existieron grupos de interés que obtuvieron una regulación nacional que le permitiera establecer privilegios, como son las zonas francas, y los regímenes de promoción industrial que destruyeron el sistema de competencias imaginado en la Constitución. Pero este no es el único caso de la deformación de la del gobierno federal, el sistema electoral, la composición del Senado y la característica de los gobernadores como jefes políticos regionales han constituido una organización paternalista y de clientela política con grave riesgo a las libertades individuales al mismo tiempo que la defensa de la competencia.

### ***La flexibilidad en las competencias entre la Nación y las provincias.***

Presumiblemente cuando estados independientes forman una federación establecen las reglas de representación, las competencias jurisdiccionales y los sistemas electorales de tal manera que los beneficios sean mayores que los costos. Sin embargo, los intereses de la Nación y los de las provincias y entre estas, pueden cambiar con el tiempo, de tal manera que costos de permanecer unidos pueden exceder temporariamente los beneficios de la unión y el restablecimiento de los beneficios superiores a los costos sólo puede hacer posible bajo una estructura institucional diferente. La división apropiada entre la responsabilidad gubernamental de las provincias y la del gobierno nacional debe ser flexible con el decir, que la medida que los factores que justifican esta división cambian la asignación de responsabilidad gubernamental debe cambiar también. Habrá períodos en los que el gobierno central ceda competencias y tenga sus responsabilidades definidas en forma estricta y otros períodos en que el gobierno central deba ser fuerte y asuma poderes amplios. Esto sugiere que aún cuando la Constitución de una federación describa en su texto la relación entre gobierno central y los gobiernos que provincias, esta no pueda ser fijada de manera inmutable. La antigua doctrina del "federalismo dual" establecida por el juez Marshall en el caso *Gibbons vs. Ogden*<sup>290</sup>, que tuvo una larga aceptación en la teoría jurídica, en gran medida por la facilidad de su descripción. Era mucho más sencillo imaginar competencias inmutables que un sistema que pudiera tener alguna flexibilidad en el tiempo. Sin embargo, a poco de andar fue evidente que los nuevos desafíos se planteaban a la forma de gobierno dividida entre Nación y provincias requería de respuestas institucionales adecuadas. La división apropiada de responsabilidad debe, por el contrario variar entre el gobierno nacional y las provincias. Esta estructura flexible para la distribución de competencias tanto entre la Nación y las provincias como entre los poderes del gobierno, así lo reconoció la Corte Suprema de los Estados Unidos en dos

---

<sup>290</sup> EL CASO GIBBONS V. OGDEN, 22 U.S. 1 (1824), FUE TAMBIÉN APLICADO REITERADAMENTE POR NUESTRA CORTE SUPREMA.



falsos ampliamente citados. Son los casos *Garcia vs. SAMTA*<sup>291</sup> para el federalismo y *Youngstown vs. Sawyer*<sup>292</sup>, también llamado el caso de las *tuberías*, para las relaciones entre el Congreso y el Presidente.

La teoría de la flexibilidad en las competencias en su origen en el pensamiento económico, y tiene algunas curiosidades. El ya citado artículo de Ronald Coase "La Teoría de la Empresa".<sup>293</sup> Este artículo sostiene que un empresario produce dentro de su empresa los bienes y servicios que se pueda realizar a un costo menor que los que se ofrecen el mercado. Entre los costos debe incluir los costos de transacción, es decir aquellos costos que provengan de la negociación de contratos por que pudiera obtener insumos y bienes que pudiera luego vender. Sólo produciría aquellos bienes y servicios si tuvieran un costo final o de transacción menor que lo que pudiera comprar en el mercado. El centro de la argumentación en este engañosamente sencillo artículo de Coase, es si la decisión del empresario de producir también dentro de su empresa del variar a de acuerdo a los precios que existan en el mercado, si comprar un insumo es más barato en el mercado no lo producirá, si los costos de transacción bajan y puede negociar contratos para la provisión de bienes y servicios no los producirá internamente. Entre estos costos de transacción, están los costos de agencia, que son los costos que sufre el principal frente al incumplimiento del agente. Ya sea el caso de gobernante que tiene funcionarios a su cargo, un votante que desea que los legisladores cumplan con sus promesas, o simplemente un empleado que quiere que sus empleados acepten y lleven adelante sus instrucciones. De acuerdo con la variación existente en los costos de transacción es la flexibilidad lo que caracteriza la actividad de la empresa en una economía de mercado, una empresa rígida no podría subsistir. Esta teoría de Coase no fue fácilmente comprendida su momento pero tuvo una gran influencia posterior, particularmente cuando se comprendió que una organización rígida podía quedar al fenómeno de "falla de jerarquía" igualmente grave que las estudiadas "fallas de mercado". Una empresa que tiene un sistema de producción muy costoso mayor al que existe el mercado tener pudiera decir con sus productos con empresa única de una gran regímenes en la provisión del servicio público por ejemplo, sería tan costosa que debía ser reformada o privatizada.

Es decir, que según la Teoría de la Empresa de Coase, la actividad de toda organización debe ser flexible si desea cumplir con sus objetivos tal como fueron planeados. Si la provisión de servicios gubernamentales es centralizada los costos de agencia son muy elevados y la distribución de estos servicios ineficientes. En este caso, es la unidad gubernamental menor que tienen menos de costos de control la que debe proveer del servicio en cuestión. Esto no quiere decir que deba ser siempre la unidad gubernamental menor de la que debe tener las competencias, ello variará según varían los otros de transacción existentes para cumplir los objetivos. Siguiendo la teoría de Coase, la distribución de competencias entre la Nación y las provincias debe ser flexible según que

---

<sup>291</sup> GARCIA V. SAN ANTONIO METROPOLITAN TRANSIT AUTHORITY, 469 U.S. 528 (1985) QUE SEÑALÓ QUE NO EXISTE UNA REGLA ÚNICA DE DIVISIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE GOBIERNO FEDERAL Y ESTADOS PARTE.

<sup>292</sup> YOUNGSTOWN SHEET & TUBE CO. V. SAWYER, 343 U.S. 579 (1952), VER VOTO DEL JUEZ ROBERT JACKSON.

<sup>293</sup> POR ÉSTE ARTÍCULO, Y POR EL ARTÍCULO QUE PUBLICARÍA 1960 "LA NATURALEZA DEL COSTO SOCIAL" RONALD COASE RECIBIRÍA EN 1991 EL PREMIO NOBEL DE ECONOMÍA.

la provisión de bienes gubernamentales pueda practicarse a un menor costo en nivel local o federal. Un ejemplo de la flexibilidad en la historia constitucional argentina es el caso de la educación primaria. Si bien la competencia constitucional original primaria era provincial, ocurrían que muchas provincias no invertían en la construcción de escuelas, ni en la formación de docentes, ni en organización de programas. Hacia fines del siglo XIX, la ley Lainez<sup>294</sup> estableció escuelas nacionales en las provincias, con un programa modernizado y con docentes bien pagos. Este sistema logró con éxito mantener nivel básico de exigencia en toda la educación del país. La existencia escuelas nacionales en las provincias hizo que fueran del modelo educación para todas las demás escuelas estuvieran en la localidad. Sin embargo, con el tiempo los elevados costos de agencia que imponía mantener una organización educativa en todo el país, la hizo muy costosa. Además una vez establecido este límite básico que habían creado las escuelas nacionales, podía establecerse un cambio entregar todas las escuelas primarias dentro de la competencia de las autoridades provinciales. Esto suponía establecer la competencia entre los sistemas educativos, ello tuvo un resultado positivo en cuanto que algunas provincias demostraron una gran eficacia y ofrecieron la educación y mejor calidad y a un menor costo, en otros casos esos beneficios no ocurrieron.

Por lo tanto, esta doctrina también es útil para analizar las competencias dentro los poderes públicos, como es el caso de las competencias entre la Nación y las provincias o entre el Congreso y el Presidente. Ya que pueden existir ocasiones en si una actividad cumpla mejor el objetivo para el cual fue diseñada cuando la realiza un gobierno local, y en otras ocasiones la misma actividad puede ser cumplida por el gobierno central, según la existencia de los costos de transacción que puedan determinarse en el momento. La determinación de los costos de transacción requiere un detallado estudio por parte de gobernantes y jueces. Naturalmente esto requiere un gran esfuerzo, primero porque siempre deseamos la certeza de los derechos, saber con claridad que competencia tiene cada funcionario para permitir un mejor control de su ejercicio, el segundo, más importante, es que valorar los momentos de cambio en los que una actividad deja de ser eficiente en manos de un poder para ser ejercido por otro, es un fenómeno muy complejo que requiere una gran imaginación jurídica y un gran sentido democrático. Todo ello no es fácilmente aplicable en manos de políticos comprometidos con sus intereses, o de jueces temerosos.

La teoría planteada por Coase supone una corrección al principio de subsidiariedad que sostiene que la competencia debe ser concebida a la menor jurisdicción que pueda realizarla, y que tiene base constitucional en el sistema de la Unión Europea. Sería la organización que tiene los menores costos de transacción la que debe realizar la actividad, pero con conciencia que los costos varían en el tiempo.

### ***¿Cuándo nos conviene ser federales?***

---

<sup>294</sup> LEY LÁINEZ 4874/05, EL CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN ESTABLECÍA ESCUELAS EN LAS PROVINCIAS QUE LO SOLICITARAN. SE TRATABA DE ESCUELAS “ELEMENTALES, INFANTILES, MIXTAS Y RURALES”.

El federalismo nos plantea dos dilemas básicos:

¿Por qué las provincias aceptan ceder algún grado de soberanía a un gobierno central y retener alguna soberanía independiente para sí mismas?

¿Qué responsabilidades gubernamentales deben ser asignadas al gobierno central y cuales a los estados miembros?

Podemos partir de una presunción, que cuando estados independientes se unen lo hacen porque perciben los beneficios de la unión exhibiendo los costos de pertenecer a ella.

Podemos imaginar cuatro beneficios:

1. minimizar los costos y maximizar los beneficios de cruzar las jurisdicciones,
2. efectuaron economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales,
3. minimizar las distorsiones monopolísticas del gobierno, e
4. implementar políticas redistributivas óptimas.

La primera razón por la cual un estado independiente puede mostrar la unión con otros tiene que ver con los costos y beneficios de cruzar jurisdicciones. Supongamos que la producción en un país A genera una contaminación que impone costos no compensados a los habitantes del país B, claramente los contaminadores estarán fuera de alcance de la reglamentación del país B, y ningún interés existirá en el país A en la reglamentación que impida una contaminación que no les afecta. Los países A y B podrían negociar una solución a estas externalidades, y podrían llegar a un acuerdo contractual con respecto a la contaminación, que sería eficiente porque las partes estarían mejor de lo que estaban anteriormente.

Estas soluciones negociadas sobre la externalidades interjurisdiccionales no son muy prácticas. Los costos de negociar y aplicar estos acuerdos puede ser demasiado a altos y en algunos casos de imposible obtención. Cuando las actividades que generan externalidades son reiteradas y se dirigen en ambas direcciones, en una sencilla para la partes consolidadas en un unión, antes que hacer una serie de acuerdos contractuales tocando en cada uno un equilibrio de costos y beneficios. Un acuerdo general en la unión, como son las constituciones que generan sistema federales, debe tener un eficaz procedimiento de solución de controversias. Por lo tanto, podemos concluir que donde los problemas de externalidades interjurisdiccionales son numerosos, la consolidación de dos o más gobiernos puede ser un medio óptimo para resolver estas ineficiencias. La pregunta siguiente es saber en qué responsabilidad gubernamental debe estar situada la aplicación de este tipo de acuerdos, o la local o la federal. Si los costos y beneficios de una acción, cruzan líneas jurisdiccionales, entonces el más alto nivel de gobierno que pueda internalizar completamente los costos y beneficios de la acción de ser el responsable. Solamente entonces, una autoridad gubernamental tendrá los incentivos apropiados para regular una actividad que genera externalidades. Como se trata de la interpretación de acuerdos, la acción de los distintos gobiernos, locales o federales, dará lugar a conflictos de interpretación, por esa razón las federaciones tienen sistemas jurisdiccionales muy desarrollados.

## ***La voz y la salida.***

El federalismo trata de pequeñas jurisdicciones, lo que permite utilizar los criterios de "voz" y "salida" que han sido desarrollados como elemento de demostración de la eficiencia del mercado. En su concepción original, la "salida" es la decisión del consumidor de dejar de lado un determinado producto, porque no le satisface su calidad, su precio como las condiciones de venta. Ello tiene una influencia en la oferta cuando este comportamiento es reiterado. En la misma manera, cuando ciertas personas abandonan una empresa, los ingresos de la firma caen, se reducen sus clientes y los administradores son forzados a corregir las fallas. La " salida" está también presente en las decisiones políticas en cuando los habitantes mediante su movilidad se desplazan desde aquellas jurisdicciones que ofrecen servicios públicos de baja calidad hacia aquellos con mejor oferta. También ello, en cuando los ciudadanos deciden cambiar su voto y salen de sus lealtades políticas iniciales cuando los compromisos no fueron satisfechos. También ocurre cuando los inversores sin cambiar su residencia, deciden cambiar el centro de sus actividades. Una organización federal favorece la salida, ya que los costos de trasladar personas o inversiones es mucho más bajo que hacerlo de un estado independiente hacia otro.

Salir de una jurisdicción hacia otra es siempre muy costoso, por lo tanto antes de ejercer la salida, es probable que los habitantes una jurisdicción hagan saber sus ideas o protestas mediante la "voz". Lo mismo ocurre en un mercado, antes de negarse a adquirir un bien, es probable que un consumidor le haga saber al proveedor su desagrado con la calidad del producto o con el precio. De la misma manera, la " Voz" en la forma en que los ciudadanos expresan su aprobación o descontento con determinadas políticas e informan sobre sus preferencias electorales. De esta manera, la facilitación del ejercicio de la " voz" no sólo es democrática sino también eficiente.

En pequeñas jurisdicciones, en más sencillo para Voz como la Salida se utilizadas efectivamente por los habitantes y aseguraron esta manera la eficiencia del sistema político. Aún cuando los ciudadanos no estuvieran dispuestos ejercer la opción de Salida, la existencia de pequeñas jurisdicciones gubernamentales mejora la Voz. Es más fácil hacer conocer su opinión en un electorado de 1000 en uno de un millón. Por lo tanto la Voz y la Salida de llevar una mejor satisfacción de la preferencias de los individuos que jurisdicciones pequeñas. La información necesaria, tanto para cambiar de jurisdicción, para participar en el debate público, es menor y menos compleja que en el caso de una jurisdicción mayor.

En los sistemas federales Salida es más fácil, ya que el traslado de una jurisdicción pequeña otra tiene un costo menor que desde una mayor, ni hablar si se tratara de un estado que puede tener políticas migratorias y aduaneras limitativas. También es más sencillo encontrar una jurisdicciones pequeñas personas con valoraciones similares que las propias lo que baja costos de formar grupos interés, clubes o partidos políticos. También en más natural expresar mi disconformidad con una política pública en una pequeña jurisdicción que hacerlo en una grande donde los costos de difusión de ideas se multiplican.

La Voz señala también la eficiencia del mercado de ideas. Habitualmente el consumo por una persona de un bien disminuye el de otra, si voy al mercado y compro un bien ese mismo objeto no podrá ser obtenido por otra persona, esos consumos son rivales. En la libertad de expresión no hay rivales, si una persona utilice una idea, o la difunde, no hay límites para los demás. Si yo difundo una idea los demás obtienen algo que no conocen, pero yo no pierdo la idea original al difundirla. Por lo tanto, la expresión libre de ideas crea externalidades que son positivas. Existen entonces razones económicas que justifican la importancia de la libertad de expresión, además de las muchas ya existentes por razones de defensa del sistema democrático. Al institucionalizar la competencia política, la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y los funcionarios buscan seguridad a través del control de la información, es decir tratan de dictar el acceso al público de información que pueda hacer peligrar el control que ejercen sobre el monopolio del ejercicio del poder estatal. Pero la libertad de expresión impide a gobernantes y funcionarios públicos reducir la competencia política, es por eso que la protección constitucional de la Voz, es decir de la libertad de expresión, es derivada por las constituciones hacia los jueces y no dejadas al arbitrio del poder político.

En la pequeña jurisdicciones el ejercicio de la Voz es más sencillo, ya que se puede acceder al foro público de una manera habitual. Pero también la pequeña jurisdicciones facilitan los sistemas represivos de la expresión. Ya que pueden existir poco medios públicos que favorezcan la competencia de ideas y de mensajes. Por esta razón la libertad de expresión está garantizada en la Constitución Nacional y permite un control por los jueces y en última instancia por la Corte Suprema como forma nacional de asegurar reglas comunes del debate público.

### ***¿Es la Argentina un mercado común?***

La pregunta parecería ociosa. Todo mercado interno dentro de un país debería ser común, las personas, aún las que quisieran trabajar, las inversiones, los profesionales y las cosas y bienes, deberían poder trasladarse libremente dentro de territorio de nuestro país. Sin embargo existe una gran tentación entre los gobernantes provinciales la tentación de los gobiernos de provincia es la de favorecer los intereses de sus habitantes, empresarios y trabajadores sobre los de los otros miembros de nuestra federación. Hace una tendencia estable al proteccionismo provincial, a establecer y obtener subsidios para empresas localizadas o de propiedad de habitantes de las provincias. Es la tentación histórica, por eso que nuestra constitución estableció una competencia federal para asegurar un libre mercado interno de bienes y servicios. Es la llamada "cláusula comercial" que establece la jurisdicción federal en la regulación del comercio internacional y del comercio entre las provincias. La tentación de los gobiernos de provincia continúa, y es favorecer a sus propios ciudadanos sobre los intereses extranjeros a su región y como resultado, se confieren beneficios y se imponen costos a los habitantes de otros estados miembros de la federación. En ocasiones, los privilegios fueron obtenidos con la connivencia del gobierno federal, lo que permite que exista una atracción de capitales hacia ciertas provincias. Pero como todo subsidio la promoción industrial transforma el interés del empresario en

mantener el subsidio antes que en mejorar o aumentar su producción. El subsidio es el centro del negocio no la actividad comercial o industrial. De esta manera, se transforma en un incentivo a la simulación, es decir al incumplimiento de las condiciones que dan lugar a la aceptación del subsidio, para obtener solamente el privilegio sin la carga. El sistema de subsidios establecido dentro de nuestro federalismo es una cacería por la búsqueda de rentas indebidas.

### ***Las economías de escala de servicios gubernamentales.***

Un factor económico que justifique una federación es la posibilidad de realizar economías de escala en la provisión de servicios gubernamentales. Si algún servicio tiene economía de escala sería preferible que fuera provisto por la federación y no por cada uno de los estados miembros. Es decir, asignar las responsabilidades gubernamentales al gobierno en el cual el servicio puede ser prestado al menor costo y con una maximización de beneficios. En algunos casos es conveniente centralizar la actividad ya que existe una disminución creciente de los costos de provisión de estos servicios gubernamentales en la medida que se van sumando nuevos beneficiarios. Sin embargo la historia del federalismo nos lleva a la cautela. Durante el predominio del estado de bienestar se imaginaba que todos los servicios gubernamentales eran economías de escala. Esta manera de centralizar la provisión de educación, servicios de telefonía, energía, agua potable y lo referido a economía de bienestar fundamentalmente las prestaciones de seguridad social. Pero si la provisión de servicios gubernamentales se centraliza los costos de agencias son muy elevados, en gran medida por qué la lejanía en el control hacía imposible la prestación adecuada de los servicios, al mismo tiempo la rigidez de la estructura gubernamental centralizada llevó a la "falla en la jerarquía". Los servicios fueron inadecuadamente provistos y quedó en evidencia que es la unidad gubernamental menor, que tienen menos costos de monitoreo de la que puede proveer un mejor y más eficaz servicio. Por supuesto, la provisión local de servicios gubernamentales hace que éstos sean diferentes unos de otros. Esta estableció una saludable competencia entre los gobiernos de provincia ya que quien proveía mejores servicios era quien atraería mejores inversiones y población calificada. Pero la competencia es costosa para quienes desean una monopolización del poder público. Una "cartelización" del poder político favorece la estabilidad de los gobernantes que pueden temer una activa competencia para saber quien ofrece mejores servicios gubernamentales.

Este es el debate planteado por la recaudación de los impuestos entre quienes consideran que deben ser recaudados por la autoridad más cercana a la fuente, es decir por los gobiernos provinciales que recauden sus propios impuestos, como por una recaudación centralizada. En principio se consideró que la recaudación de los tributos provinciales por la Nación creaba economías de escala. Nada parecía más sencillo, un ente recaudador centralizado con costos menores recaudaba todos los impuestos que luego se distribuirían de acuerdo, se suponía, con lo recaudados en cada provincia luego de ser separada la parte que le correspondía al gobierno nacional. Sin embargo, una vez efectuada la recaudación la distribución estaba sometida a los vaivenes del poder político y se

utilizaron distintos y turbios argumentos para que la distribución se hiciera teniendo en cuenta elementos ajenos a la recaudación inicial.

### ***Evitar las distorsiones monopólicas generadas por el gobierno.***

Un tercer factor a tener en cuenta cuando se organice una federación es que se minimizan las distorsiones monopólicas generadas por los gobiernos. Los gobiernos tienen elementos monopólicos, de hecho son los únicos que pueden ejercer la violencia, y tienen una amplia capacidad de regulación de las vidas y de las haciendas de los habitantes. El federalismo minimiza las distorsiones monopólicas atribuidas al acto de gobernar porque reemplaza al gobierno único por una multitud de gobiernos, es decir introducir la competencia entre las unidades de gobierno. Si tenemos en cuenta la importancia que existan varios gobiernos que compitan entre sí para ofrecer mejores bienes y servicios, es más sencillo explicar en qué nivel deben ser asignadas ciertas responsabilidades gubernamentales. Generalmente, si partimos de la presunción que el servicio de gobierno pudiera ser igualmente eficiente provisto en cualquier nivel, las distorsiones monopólicas en el nivel federal son mayores que las que existen en el nivel local. Si un gobierno abusara de su posición monopólica, digamos poniendo un impuesto confiscatorio, aquéllos que se encuentran afectados adversamente pueden migrar hacia otras jurisdicciones que tengan una menor presión tributaria. Ello no quiere decir que migren físicamente, aunque pueden hacerlo, sino fundamentalmente que trasladen sus inversiones o su principal actividad económica. La publicidad que los habitantes pueden dejar de vivir o invertir en un estado miembro de una federación es útil para mitigar los impulsos monopólicos típicos de los gobiernos locales. Por el contrario, esta migración correctiva no es tan probable como respuesta a una mala política del gobierno nacional, sencillamente porque los costos de trasladarse son mucho más elevados cuando hay que cambiar de país. Una persona puede estar dispuesto a dejar un pueblo del gran Buenos Aires a otra ciudad o provincia, porque el costo de transacción de darse es relativamente bajo y alguna manera aceptable, pero es improbable que esté dispuesto a irse a otro país en respuesta a la política monopolistas y extremadamente costosas de un gobierno federal. Aunque este voto con los pies no es del todo improbable en algunas circunstancias, como lo prueban casos en nuestra historia. Permite ver también las distorsiones en cuestiones como salud donde los pacientes viajarán hasta buscar el sistema que les asegure un nivel de tratamiento adecuado. Es en estos casos que se aplica el Principio de Tiebout. <sup>295</sup> *La gente vota con los pies.*

No es solamente la competencia entre las provincias para evitar la migración lo que minimiza las posibilidades de una distorsión monopólica. Existen los beneficios positivos de la competencia. Los gobiernos crean diferentes experimentos diseñados para atraer a contribuyentes y proveer trabajo. Si la competencia entre provincias funciona para atraer capitales y trabajo es un potente motor del crecimiento. Esta visión optimista del **federalismo como laboratorio de ideas**, planteada por el Juez Brandeis en *New State Ice vs. Liebmann* 285 U.S. 311 (1932).

---

<sup>295</sup> CHARLES TIEBOUT, A PURE THEORY OF LOCAL EXPENDITURES, JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY, 64:416.

### ***Políticas redistributivas óptimas.***

La consideración final en la formación de una federación y en la eficiente decisión la autoridad entre estados parte o provincias, y gobierno federal se refiere a cómo lograr que haya políticas óptimas de redistribución. Dijimos que las provincias compiten entre ellas para tener empleo, inversiones y contribuyentes. Pero a pesar que la atracción de inversiones y la creación de trabajo es deseable, la inmigración de personas en búsqueda de contribuciones de asistencia social es una carga para los recursos de la comunidad que no recibe. Al asumir los pagos de asistencia, generalmente temas de salud y educación, se aumentan los impuestos diferentes para quienes residen en una zona. Al mismo tiempo se incorporan sectores de los menores recursos, a menudo indigentes que desean dirigirse a un sistema de beneficios existentes en zonas de mayores ingresos pero sin pagar igualmente por ellos. Es decir, si una política de asistencia a la población generosa tiene el efecto que atraer a sectores más necesitados, que no asumirán el pago de esos servicios y que probablemente ni siquiera sean contribuyentes. Esto puede llegar a conflictos entre diferentes provincias, ya que existirá un incentivo de las provincias con menos recursos a trasladar a quienes requieran servicios de salud o de educación hacia las provincias que mantengan sistemas más elevados de sus prestaciones. Frente a esto existen dos soluciones posibles para tener un sistema de redistribución eficiente, la primera es un acuerdo entre las provincias para efectuar pagos entre ellas por los servicios prestados. Esto aumenta los costos de transacción ya que toda negociación en estos temas de alta sensibilidad social y política tiene elevados costos. La alternativa es que la prestación de los servicios asistencia social de este tipo, o el pago de estas prestaciones sí son efectuadas por organizaciones locales, sea asumida por el gobierno federal. Este debate fue realizado por la corte Suprema de los Estados Unidos, que debía analizar si existía una obligación de prestar asistencia médica a quienes no fueran residentes del estado que los proporcionaba. Este tema fue tratado en caso *Shapiro vs. Thompson* 394 U.S. 618, de 1969. Este caso que es sin duda polémico se planteaba podía una provincia establecer el requisito de un plazo mínimo de residencia para poder utilizar plenamente la asistencia social provista por ese estado. Se refería prestaciones de todo tipo, incluían alimentación, vivienda y otras necesidades vitales. La Corte decidió que una prohibición legal de recibir beneficios al residente de menos de un año creaba una clasificación discriminatoria frente a la igualdad establecida en la Constitución. Pero al mismo tiempo la Corte recordó que no existía una obligación constitucional de proveer esos servicios y que solamente que si éstos eran efectivamente provistos, no podía discriminarse en su utilización. La Corte también reconoció el origen de este tipo de medidas era para evitar que los estados ofrecían mejores servicios sociales pudieran una fuente de atracción de los individuos más necesitados que no tuvieran una prestación ese tipo de servicios en el lugar donde habitaban. Sin embargo señaló que no podía prohibirse el libre traslado de personas dentro del territorio nacional y la consiguiente fijación de domicilio permanente donde desearan.



## La autonomía municipal.

A partir de la reforma constitucional de 1994 el problema de la distinción sobre la autarquía y a la autonomía de los municipios ha quedado desactualizada, ya que la reforma ha zanjado este debate. Es cierto, asimismo, que la distinción entre autonomía y autarquía está asociada a la jurisprudencia de los conceptos que tuvo su origen en Alemania en el Siglo XIX a través de la obra de Puchta pero que ha sido abandonada en la actualidad. Porque en realidad determinar los conceptos es una tarea que no agrega al conocimiento. Que un ente sea autónomo significa que sus autoridades son electivas que tienen patrimonio propio, que tiene nombre propio, que puede comprar y vender sin permiso de otro, que puede clausurar, decomisar, secuestrar etc., para esto es conveniente definir claramente el concepto de autonomía y en particular de autonomía particular. Esto no es una cuestión de concepto sino simplemente de significado de las palabras.<sup>296</sup>

La jurisprudencia de conceptos es una concepción jurídica que imagina al Derecho como una inmensa cantidad de casilleros la única obligación del jurista es encontrar el casillero correcto, y si lo encuentra, ahí dentro de ese casillero tendrá todas las respuestas que pueda desear solucionar por anticipado todas las cuestiones que puedan plantearse. El riesgo es equivocarse de casillero porque en ese caso las consecuencias son desastrosas.

La jurisprudencia de conceptos es errónea ya que pretende reducir todo el sistema jurídico a un número relativamente limitado de ideas. La realidad que la palabra *autonomía* es ambigua y darle el contenido correcto a la autonomía municipal es lo que ha intentado hacer el constituyente de 1994.

## Aspectos de la autonomía municipal.

Podemos encontrar en la definición de autonomía municipal los siguientes aspectos:

- 1) El **institucional**, es decir la capacidad del municipio para dictar su propia carta orgánica organizativa es decir como una norma constitucional propia.
- 2) El **político** que supone que el gobierno municipal tiene una base electiva y democrática con una división republicana entre el departamento ejecutivo y el departamento legislativo.
- 3) El **administrativo** que es la posibilidad de prestar servicios públicos y actos de administración sin interferencia de otro órgano de gobierno exterior a él, y
- 4) El **financiero**, es decir la recaudación de impuestos la inversión de las rentas y la satisfacción de los gastos del gobierno propio.

---

<sup>296</sup> VER EN NUESTRA OBRA CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD (ABELED PERROT, 2001). LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS FUE ORIGINADA POR LA ESCUELA PANDECTISTICA ALEMANA PARTICULARMENTE A TRAVÉS DE LA OBRA DE GEORG FRIEDRICH PUCHTA QUE SE CENTRA EN ESTABLECER UN CUERPO JURÍDICO COHERENTE EN BASE A LA LÓGICA DEL DERECHO. EL PRINCIPAL MEDIO DE CONSTRUCCIÓN Y ELABORACIÓN DOCTRINAL CONSISTE EN LA DEDUCCIÓN DE IDEAS DESDE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS PREEXISTENTES. RUDOLPH V. IHERING HARÍA YA LA CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS.

La autonomía constituyente que puede tener el municipio al darse su propia carta orgánica puede ser **irrestric**ta si proviene de una decisión de su elección y no está supeditada por control legal y político alguno.

Frente a esta autonomía irrestric

ta está la llamada autonomía **condicionada** si su validez y su aplicación dependen de la formación de otra institución u órgano superior. Su autoridad es la que se somete a la carta municipal al poder legislativo como ocurría en la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1921 actualmente sin vigencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, cambió su doctrina jurisprudencial en el año 1989 en el caso "**Rivademar c/ Municipalidad de Rosario**" dejando de lado el criterio de autarquía. Interpretó el máximo tribunal que los caracteres de la autarquía no concuerdan con los de las municipalidades. Estas presentan:

- 1) Origen constitucional, la imposibilidad de la supresión o desaparición ya que está garantizado su existencia.
- 2) La existencia de la población de la comuna.
- 3) La posibilidad de creación de entidades autárquicas en los municipios.
- 4) La elección popular de sus autoridades no posible en las entidades autárquicas.

## **XLV. La intervención federal en las provincias.**

La intervención federal en el territorio de las provincias es un tema clásico de nuestro derecho público, donde el debate iniciado por nuestros constituyentes permanece vigente con ligeras variaciones. El fundamento de la intervención se origina en la garantía federal o cláusula de garantía del artículo 5° de la Constitución.

*Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, **garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.***

### **A. La garantía federal**

El fundamento constitucional de la protección por el gobierno nacional de la autonomía municipal está en los requisitos que exige la Constitución para conceder la garantía federal. En la terminología tradicional del artículo 5° de la norma fundamental, cada Constitución provincial debe asegurar el 'régimen municipal', esta redacción subsiste pero fue completada con la reforma de 1994 y en la nueva redacción del art. 123, que establece que este régimen debe ser autónomo. Cumplido este requisito se extiende la garantía federal a las instituciones provinciales, y ésta incluye la garantía federal a los municipios autónomos. Es decir que la reforma constitucional de 1994, al introducir la autonomía municipal, ha extendido el concepto de garantía federal haciéndole incluir la protección de la autonomía de los municipios.

La Constitución Nacional en su Artículo 5° sienta las bases según las cuales cada provincia deberá dictar su propia Constitución. En la última parte establece que el gobierno federal garantizará el goce y ejercicio de sus instituciones a cada provincia si ésta cumple con ciertas condiciones enumeradas taxativamente. En primer lugar, que dicte para sí una Constitución bajo el sistema representativo, republicano, que esté de acuerdo con los principios declaraciones y garantías de la Constitución nacional. Además, que asegure la administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria.

La independencia del Estado comienza con la libertad de organizarse a su gusto. En los Estados Unidos se habla de soberanía estadual, en la Argentina nuestra Constitución ha preferido utilizar el término autonomía para referirse a esta capacidad que tienen las provincias, como verdaderos estados que son, de organizarse y darse su Constitución y sus leyes. A partir de la reforma de 1994 esta terminología, la de autonomía ha sido extendida taxativamente a los municipios.

Si la garantía federal es la seguridad que da la Nación a las provincias, de que una unión indestructible se ha formado, de que será respetada y mantenida su autonomía o

capacidad de gobierno propio, siempre que encuadre en las condiciones convenidas y establecidas al constituirse dicha unión,<sup>297</sup> (), su ejercicio nos pone frente a un dilema. Pues si un gobierno federal posee autoridad constitucional para intervenir con la fuerza en el gobierno de una provincia, con el propósito de asegurar el cumplimiento de sus deberes como miembro de la federación, entonces no existe una barrera constitucional adecuada contra la transformación de la federación en un estado centralizado, por obra de un gobierno central vigoroso y resuelto. Si en cambio carece de tal capacidad, no existe autoridad adecuada de que el gobierno federal pueda mantener el carácter del sistema, cuando gobiernos provinciales aprovechen al máximo la ventaja de su libertad constitucional para actuar de acuerdo con su propio albedrío. La experiencia Argentina lamentablemente cumple con la primera parte de esta paradoja.

Como decíamos el primer caso es el vigente en nuestra vida política cosa que previo Sarmiento al analizar el artículo 5° de la Constitución de 1853,

*"no es fuera de propósito señalar que en el curso de los acontecimientos políticos, ha de ocurrir necesariamente que las autoridades emanadas del sufragio en una provincia sean, en cuanto a miras políticas y espirituales de partido, antipáticas a las autoridades nacionales. ¿No será de temer que el ejecutivo nacional vea sedición donde solo hay oposición a su sistema o un obstáculo a sus miras de partido, o una resistencia a influencias personales, sin salir de los límites del derecho y de la independencia provincial?"*<sup>298</sup>.

La garantía de la forma representativa republicana mencionada en el artículo 5°, es el sistema político organizado sobre la base de la igualdad de todos los hombres y mujeres, cuando el gobierno es simple agente del pueblo, elegido por el pueblo de tiempo en tiempo y responsable ante el pueblo de la administración. En la Constitución esta idea general se complementa con la existencia necesaria de tres departamentos de gobierno, limitados y combinados que desempeñen por mandato y como agente del pueblo los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Son tres características de la forma representativa y republicana: la soberanía del pueblo con la consiguiente libertad de sufragio, la responsabilidad de los funcionarios públicos, electos o no, la publicidad de los actos de gobierno, la periodicidad en el desempeño de los cargos selectivos, la separación de los poderes gubernamentales y la igualdad civil de todos los hombres y mujeres ante la ley. No es solo a la forma representativa y republicana la que garantiza a las provincias por el Artículo 5° sino también el goce y el ejercicio de las instituciones que la complementan.<sup>299</sup>

El requerimiento que las Constituciones provinciales sean ***de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional***, ha constituido una variación importante con la Constitución de los Estados Unidos. En nuestro caso las Constituciones provinciales, solo podrán agregar o precisar derechos y garantías por encima de lo establecido en la Constitución nacional, ello ha hecho que las declaraciones de derechos en las Constituciones locales no tengan una trascendencia propia. Al mismo tiempo las autoridades provinciales están obligadas a cumplir con las

---

<sup>297</sup> VER GONZÁLEZ CALDERÓN, **DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO**, TOMO III PÁG. 510

<sup>298</sup> SARMIENTO, **COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN**, CAPITULO 7° PAGINA 238 OBRAS COMPLETAS. OP.CIT.

<sup>299</sup> GONZÁLEZ CALDERÓN, OP.CIT. TOMO III PAGINA 517

declaraciones de derechos de la Constitución Nacional. En los Estados Unidos existen diferentes estándares de cumplimiento para el gobierno federal y para los gobiernos estatales, para los funcionarios federales el cumplimiento de las declaraciones de derechos debe ser estricto, en cambio para los funcionarios estatales solamente deben ajustarse al debido proceso de ley y de la protección igualitaria.

Como hemos dicho anteriormente, el Artículo 5° habla de 'régimen municipal' de acuerdo con la reforma de 1994 deberíamos decir, 'autonomía municipal'. La subsistencia de la vieja terminología corresponde a razones históricas, cuando se declaró la necesidad de reforma de la Constitución, el Congreso no autorizó la reforma del capítulo de Declaraciones, Derechos y Garantías, de esta manera, la expresión 'régimen municipal' permanece, aún cuando luego de la reforma nos referimos a la 'autonomía municipal'.

## 1. **Garantía Municipal.**

El artículo 5° prescribe que las constituciones provinciales tienen que asegurar el régimen municipal. Los constituyentes de 1853 consideraban que el régimen municipal era inherente a la democracia y que apoyándose nuestro sistema en esta base histórica debería prometer que aquel fuera establecido y practicado en todas las provincias. Los autores de la Constitución entendieron que este régimen municipal debía ser ineludiblemente organizado mediante elección popular, pues, si para la capital de la Confederación creaban una municipalidad electiva, por ley del 6 de mayo de 1853, debieron pensar también que las provincias lo harían. Todo ello según se deduce del informe de la comisión que redactó el proyecto de ley respectivo, cuando dice que aquella creación "*probablemente servirá de modelo para establecer municipalidades en toda la Confederación*".

Para que el régimen municipal electivo de los frutos que de él se esperan, es preciso que sus órganos dispongan de la autonomía conveniente para desempeñarse dentro de su esfera de actividad, que consiste en el poder de la municipalidad para determinar la política a seguir en toda la materia de carácter propiamente local, sin la intervención de una autoridad extraña, ya sea el gobierno nacional o el gobierno provincial. También entraña el poder para determinar los medios y métodos que deben aplicarse en la administración de las funciones de carácter más general, o las que haya delegado el gobierno provincial en manos de la municipalidad. Hay que tener en cuenta dos principios fundamentales, **base popular y autonomía** en el desempeño de sus funciones. Si bien estos son admitidos sin discrepancia en teoría su aplicación es generalmente resistida entre nosotros. Consecuencias fatales del incumplimiento estos principios han sido quitar al pueblo el derecho de elegir al encargado del ejecutivo y legislativo municipales y despojar a las municipalidades de sus funciones más características y también reducir a muy poca cosa su autonomía rentística.

Con la reforma constitucional de 1994, la garantía federal tiene una ampliación en su extensión. Si anteriormente se limitaba a asegurar el goce y ejercicio de sus instituciones a

las provincias si cumplían con los requisitos enumerados en el artículo 5°, ahora **la garantía federal incluye la protección de la autonomía de los municipios.**

En efecto, en la Constitución de 1853 – 60, el requisito constitucional era la protección del régimen municipal exclusivamente, esto llevó a que parte de la doctrina hablara de ‘autarquía municipal’ en un intento de limitar la capacidad normativa de los municipios y de supeditarlos al orden jurídico provincial. Esa doctrina que originalmente fuera aceptada por la Corte Suprema fue finalmente **desechada por la propia Corte en el fallo ‘Rivademar’** que se cita más adelante y que estableció el concepto de ‘autonomía municipal’.

La reforma de 1994 estableció definitivamente este criterio en el artículo 123 y de esta manera varió también la extensión de la garantía federal. De esta manera, **luego del fallo ‘Rivademar’ y de la reforma constitucional, podemos decir que los municipios ‘tienden a la autonomía.’** Esta expresión de Alfredo Rosatti es correcta ya que existen grados diferentes de autonomía de acuerdo con las características territoriales y políticas de cada municipio. Pero en el caso de intendencias que tengan autonomía plenamente reconocida, con el ejercicio de su poder constituyente con el dictado de su Carta orgánica, tienen la protección de la garantía federal en una extensión similar que la que tienen las provincias. Es decir que los municipios autónomos, cuentan con la protección que les da, por una parte, el derecho público provincial y conjuntamente con la protección que les da la garantía federal.

La introducción de la autonomía municipal en la Constitución amplía la garantía federal y, por lo tanto, también impone una distinción en la declaración de la intervención federal en el territorio de las provincias, establecida en el artículo 6°.

## ***B. La intervención federal en el territorio de las provincias.***

Cuando se promulgo la Constitución de 1853, la norteamericana llevaba sesenta y cuatro años en vigor. Esta dice

*"los Estados Unidos garantizarán a cada estado de la unión una forma republicana de gobierno y protegerán a cualquiera de ellos contra invasión y, a pedido de la legislatura o gobernador si la misma no pudiera reunirse contra la violencia interior"* (Sección IV artículo 4°).

Nuestros Constituyentes conocieron la obra de Joseph Story, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos*, que trata el tema y dice, con una larga cita del Federalista N° 43, que mientras las formas republicanas existentes en los estados continuaran, estaban garantizadas por la Constitución federal. Cuando los estados desearan sustituirlas por otras formas republicanas, pueden hacerlo y reclamar la garantía federal para estas últimas, la única restricción que se les impone es la de no cambiar una Constitución republicana por una antirrepublicana, una restricción que muy difícilmente pudiera ser considerada agravante.

## 2. La definición de intervención federal

El intento de definir a la intervención federal nos plantea inconvenientes graves ya que se trata de una institución de origen híbrido con influencia de dos sistemas particularmente conocidos en la época, como eran el norteamericano y el suizo y con un nombre extraído de la práctica internacional siguiente al Congreso de Viena de 1815. No tuvo asimismo una aplicación homogénea y uniforme ya con su concepto evolucionó hasta transformarse en un instituto distinto del querido por los constituyentes según lo demuestran sus fuentes históricas.<sup>300</sup>

Sólo si nos hacemos cargo de la existencia de una diversidad de criterios de aplicación de la intervención federal no reducibles enteramente los unos con los otros, somos conscientes del que rótulo intervención federal incluye numerosas situaciones heterogéneas.

La ejecución federal o intervención existe, no como una de las facultades ejecutivas que ordinariamente corresponde ejercer al gobierno federal actuando inmediatamente sobre los habitantes, sino como la acción coactiva del gobierno federal sobre las provincias para obligarlos al cumplimiento de la Constitución y de las leyes federales.

En cumplimiento de la Constitución y las leyes un órgano federal es competente para intervenir a fin de reprimir insurrecciones o restaurar el orden público. La intervención es parte de todo convenio federativo ya que las provincias componentes del estado federal al unirse han transferido muchos medios de coerción al gobierno central, recibiendo de su parte la ayuda federal establecida en este tipo de constituciones para aquellos casos en que los gobiernos locales no puedan promulgar sus propias leyes, mantener la paz o preservar sus constituciones.

La homogeneidad en la estructura gubernamental y en las instituciones fundamentales de las provincias en una federación es condición para su existencia independiente y en el acrecentamiento de sus capacidades correlativamente con la existencia de la Constitución, por lo cual, las provincias deben conformarse a las reglas y los principios que prescribe para la organización de sus gobiernos. A cambio de ello, aquellas tienen el derecho evidente de ser protegidas en la integridad de su autonomía. Mucho han dado que hacer estos dos artículos de nuestra Constitución, el 5º y el 6º, a los publicistas y a los políticos por la complejidad y trascendencia en cuestiones que su filiación practica origina.

*‘Esta misma circunstancia, dice Estrada, hace difícil abordar su crítica y no siendo por otra parte, propio de este lugar, no consintiendo el tiempo de que podemos disponer que traiga a juicio los antecedentes legislativos y administrativos, atinentes a la materia, **enredados con mil sofismas oscurecidos por millares de cuestiones parásitas y producto casi siempre de parcialidad e intereses, antes que inspirados por justicia y por derecho** debo prescindir de ellos, y atenerme tan solo los textos de la*

---

<sup>300</sup> PARA UNA VISIÓN MÁS AMPLIA DEL TEMA CF. JUAN VICENTE SOLA, INTERVENCIÓN FEDERAL EN LAS PROVINCIAS. ABELEDO PERROT, 1982.

*Constitución para comentarlo con su más basta generalidad a la luz de la filosofía jurídica y del derecho comparado*.<sup>301</sup>

Siguiendo estas palabras González Calderón considera que no es conveniente para el estudio de las cláusulas constitucionales los antecedentes, "porque en ellos no es posible descubrir una doctrina orientación institucional uniforme, y elevado principios de interpretación, y en sentido alguno lo que pudiera llamarse jurisprudencia parlamentaria organizada, que tenga valimiento y prestigio."

Esta fue la reacción de los constitucionalistas clásicos, ante la falta de antecedentes claros y ante una práctica confusa que había superado las predicciones de los textos constitucionales. La perplejidad frente a este instituto es compartida por autores más cercanos a nosotros,

*nos hallamos ante uno de los aspectos de la Constitución que, pese a la claridad de sus textos, la praxis política se ha encargado de distorsionar desde hace tiempo. Puede decirse que a medida que pasan los años los gobiernos centrales encuentran nuevos modos de usar una atribución, de signo excepcional, que la ley fundamental confiere el amparo de las entidades madres de la república y no de su destrucción sistematizada. Ha habido aquí una permanente disfuncionalidad jurídica. Y la hubo siempre porque privaron, en su casi totalidad, motivaciones extrañas a la ley y al espíritu de la normatividad suprema. Pudieron más los intereses políticos o de facción que el remanido principio de las autonomías provinciales. Y en este sentido el senado de las provincias nunca hizo honor a su carácter de cuerpo representativo de las autonomías para convertirse, fuera de una cámara más dentro de un parlamento en declinación, en la cámara de iniciadora de más de un proyecto de intervención federal en los pocos que transitaron por esa vía*.<sup>302</sup>

Bielsa ha clasificado a la intervención federal, definida como corolario de la preeminencia de la Constitución de las leyes y de los tratados internacionales por sobre el ordenamiento jurídico provincial, en:

- a) **política** cuando la ejerce el Congreso, o excepcionalmente el poder Ejecutivo, en cuya virtud interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores y a requisición de sus autoridades constituidas, para sostenerlas o restablecerlas si hubieran sido depuesta por la sedición o invasión de otra provincia y
- b) **jurisdiccional** cuando la Corte Suprema examina la constitucionalidad de una disposición legal o administrativa local en un amplio sentido. Esta función jurisdiccional tiene por objeto asegurar el imperio de la Constitución sobre toda otra norma legislativa local o nacional.<sup>303</sup>

No debe descartarse la actividad jurisdiccional dentro del concepto intervención federal en particular por que ejerce un control activo de razonabilidad sobre las consecuencias de los actos de los funcionarios federales dentro del proceso de intervención.

---

<sup>301</sup> JOSÉ MANUEL ESTRADA, CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL TOMO III, PAGINA 134

<sup>302</sup> CESAR ENRIQUE ROMERO, DERECHO CONSTITUCIONAL, TOMO I PAGINA 132

<sup>303</sup> VER RAFAEL BIELSA, DERECHO CONSTITUCIONAL, 3ª. ED. PAGINA 605



### 3. Tipos de intervención federal.

La intervención es un **remedio excepcional**, sólo procede en los casos taxativos mencionados y por los motivos expuestos el Artículo 6°. Cuando es una misión **reparadora**, es decir, para sostener o restablecer las autoridades provinciales depuestas por la sedición o invasión por otra provincia, ella implica un deber que el gobierno nacional.

O las intervenciones federales **reconstructivas**, con actuación del Congreso, que es el órgano llamado por su propia naturaleza para determinar cuando es republicana la forma de gobierno de una provincia, del incumplimiento de las garantías y principios fundamentales y del incumplimiento de las condiciones impuestas a provincias como premisas para la garantía del goce y ejercicio de sus instituciones. Una intervención es reconstructiva cuando está subvertida la forma **republicana de gobierno** y es necesario que el gobierno nacional intervenga en una provincia para restablecer y garantizar dicha forma de gobierno. Una intervención reconstructiva es la más extraordinaria y grave medida que puede tomar el gobierno de la Nación cuando las instituciones provinciales están hondamente desnaturalizadas y corrompidas, y cuando no hay manera alguna dentro del juego regular de las instituciones provinciales para normalizarlas y restaurar su funcionamiento. En esos casos el gobierno de la Nación cumple una función punitiva que es imperiosamente reclamada por circunstancias excepcionales que ponen en serio peligro un visible descrédito a la forma republicana de gobierno, que exige a las provincias y a los municipios la Constitución nacional. Una intervención reconstructiva debe ser motivada solo por circunstancias que sean realmente extraordinarias, graves y no por transitorias y leves complicaciones en la vida institucional y política de las provincias, cuyos correctivos se pudieran hallar dentro de si mismas.

La intervención del poder central es en nuestro régimen político la excepción que sufre la regla que dice que el poder central no debe intervenir en los estados autónomos y en particular en su organización y en el ejercicio de su poder constituyente tal como lo establece la Constitución en el Artículo 123. No puede ser de otro modo, una federación cuya base ha sido y es la autonomía pre existente de las provincias y municipios, conservada por ella, sin más limitaciones que las provenientes de los fines de nuestra ley suprema. Por que si la regla fuera que el poder federal pudiera intervenir frecuentemente y sin mayores motivos en las provincias, las fórmulas constitucionales que consagran nuestro federalismo serian groseras mistificaciones y ridículos desmentidos a los propósitos que persiguieron quienes establecieron nuestra organización nacional.

### 4. La intervención Federal en defensa de la forma republicana de gobierno

El concepto de forma Republicana de gobierno establecido en el Artículo 5° como requisito de la garantía el gobierno Federal para el goce y el ejercicio de las instituciones provinciales tiene como fuente histórica el Artículo IV inc. 4 de la Constitución de Estados Unidos Edmond Randolph en la Convención Federal reunida en Filadelfia decía

***"un gobierno republicano debe ser la base de la unión nacional y ningún Estado debe tener entre sus facultades el poder de cambiar el gobierno por una monarquía".***

Esto fue reiterado en el federalista N° 43

*"el gobierno superintendente debe poseer claramente la autoridad de defender el sistema **contra innovaciones monárquicas o aristocráticas**. Los Estados tienen derecho de insistir en que la forma de gobierno bajo la cual se incorporan a la Unión sea sustancialmente mantenida. La garantía supone un gobierno pre existente cuya forma debe ser garantizada: A medida, por lo tanto, que la forma republicana existente sea continuada por los Estados estos serán garantizados por la Constitución Nacional".*

El concepto tiene su origen en la propuesta de Madison en la convención de Filadelfia en el sentido de que *"una Constitución Republicana y sus leyes existentes deberían ser garantizadas a cada Estado por los Estados Unidos"*. Esta propuesta fue reformada posteriormente por Wilson que propuso como una expresión de la idea *"que es la forma de gobierno Republicana será garantizada a cada Estado y que cada Estado será protegido contra agresión extranjera o violencia doméstica"*

Los constituyentes de 1853 se alejaron en parte de este concepto de los constituyentes norteamericanos y establecieron un texto que utiliza la palabra *'intervención'* cuando en el sistema norteamericano sólo estaba legislada la garantía federal.

Podríamos agregar que existen nuevas prácticas constitucionales y nuevos requisitos en la definición de la forma republicana de gobierno, ya que la concepción tradicional sería insuficiente para una visión contemporánea. En ese sentido debemos considerar a la inclusión dentro de la autonomía y de la forma republicana, a los municipios. Es decir que si bien el concepto de régimen municipal establecido originalmente en 1853 incluía un criterio de alguna manera restringido, éste ha sido ampliado en la medida en que se ha consolidado la práctica del régimen republicano iniciado en 1983. De esta manera, a partir de la reforma de 1994, tenemos un concepto amplio de forma republicana de gobierno tanto para el gobierno provincial como para el gobierno municipal.

En este tema la garantía es la regla y la intervención su excepción. Probablemente los constituyentes al establecer este requisito pensaron en proteger a las provincias contra un gobierno monárquico u oligárquico, según fuera la opinión de los constituyentes norteamericanos que constituyeron su fuente histórica. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de forma republicana de gobierno fue variando haciéndose más exigente a través del tiempo. La opinión de los constitucionalistas ha sido coincidente en el sentido de dar una definición más precisa de la forma republicana de gobierno, el objetivo es limitar la práctica de los decretos y leyes de intervención que ha guardado silencio sobre el concepto o solo han utilizado terminologías muy generales al sancionarla.

La doctrina constitucional divide el Artículo 6°, en su primera parte se determina la facultad de intervenir por iniciativa del gobierno federal y se exponen los medios incidentales necesarios para ejercitarlos. Se halla limitada por sus fines ***"garantir la***

***forma republicana de gobierno y repeler las invasiones exteriores***" En este sentido al establecerse claramente los fines se abre un posible control judicial sobre los medios adecuados o razonables para su cumplimiento.

A la pregunta de cuando habrá alteración de la forma republicana, la respuesta es clara en la doctrina, dice Joaquín V. González, que será contraria al principio republicano toda Constitución de provincia a la cual se establecieran principios esenciales del gobierno monárquico o dicho en términos generales de autoritarismo, o que el pueblo no tenga intervención en el nombramiento de sus autoridades, particularmente en la organización municipal. O que no exista realmente en su calidad de soberano como fuente y origen del gobierno. En el que se mantengan diferencias contrarias al principio de igualdad. Sería contraria al sistema republicano toda Constitución o ley de provincia que destruyese o alterase los derechos reconocidos y garantidos por la Constitución a todo habitante o ciudadano. Alteraría igualmente la forma republicana toda provincia que al constituirse no hubiese establecido un poder judicial y fundado las bases de un régimen municipal autónomo. Un gobierno en el cual no se contuviese la división esencial de poderes no sería republicano, aunque mantuviera su apariencia exterior, por que no es ese el sentido de la Constitución Federal, la que ha dividido con claridad y estrictez las tres funciones de gobierno porque sería volver a las épocas de mayor despotismo y barbarie en que estos poderes se confunden con una o pocas personas y contra las cuales han protestado las revoluciones que fundaron las libertades republicanas, representativas y democráticas modernas <sup>304</sup>.

Manuel Montes de Oca consideraba que la expresión *forma republicana de gobierno* en el artículo 6º, eran palabras vagas que según algunos pueden ser interpretadas con todo exceso y amplitud, que por consiguiente dan paso a que **se decrete la intervención según lo aconseja las pasiones partidistas**, aun cuando la forma republicana de gobierno exista en una provincia y lo que es peor, que no se decrete aun cuando esta forma esta real positivamente subvertida.<sup>305</sup>

Carlos Sánchez Viamonte señala las características que debe tener la forma republicana de gobierno:

1. Constitución escrita,
2. soberanía popular,
3. igualdad ante la ley, derechos políticos,
4. derechos humanos, división de poderes,
5. origen representativo,
6. periodicidad de los mandatos,
7. responsabilidad de los funcionarios,
8. publicidad de los actos,
9. poder judicial independiente y
10. Posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes y actos administrativos. <sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> VER MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA, OBRAS COMPLETAS, T. III; PAGINA 621

<sup>305</sup> MANUAL MONTES DE OCA, LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, TOMO I PAGINA 246

<sup>306</sup> CARLOS SANCHEZ VIAMONTE. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

Debe extenderse este concepto también tanto al poder provincial como municipal. En cuanto al control judicial, los municipios lo cumplen en la extensión que sus cartas orgánicas lo permitan, pero de todas maneras existe un control judicial suficiente para todas sus decisiones, ya que está expedita la vía judicial en los tribunales de la provincia.

La indefinición del concepto de *forma republicana de gobierno* en la práctica de las intervenciones federales y la renuencia de la Corte Suprema de establecer un debido control judicial sobre su definición, ha llevado en el parecer de la doctrina a la convicción que no existe ningún artículo constitucional que acuse al igual que éste un divorcio tan evidente de la teoría que emana de la letra y la práctica que resulta de su ejecución. Ningún otro artículo ha provocado una lista tan densa de abusos de toda magnitud.

Podemos recordar las palabras de Kelsen que señalaba que la defensa de la forma republicana de gobierno es esencial a cualquier sistema federal, particularmente por la característica de pluralismo que es común a todo estos sistemas. Si bien la autocracia es posible tanto en una organización centralizada como en una organización descentralizada, es decir dentro de un Estado subdividido o no en provincias, sin embargo, cuando el estado está territorialmente dividido es prácticamente inevitable que el autócrata deba nombrar un gobernador para cada provincia que, como representante de aquel, tendrá competencia única para crear normas válidas para ese territorio. La descentralización estática trae consigo la descentralización dinámica y esto implica la transmisión del poder del autócrata a su representante y por lo tanto, un debilitamiento del principio autocrático. **El autócrata se opone siempre a una transmisión del poder a otros órganos y se halla inclinado a concentrar en su persona, o en una organización, el mayor número posible de funciones.** A fin de evitar la descentralización dinámica, tiene que evitar en la medida de lo posible la estática y trata de regular por medio de norma centrales el mayor número de materias. De hecho, las autocracias revelan una preferencia natural por la centralización estática.<sup>307</sup> . Es decir, que mientras las autocracias tienden a la centralización del poder político, existe en los sistemas federales una tendencia al pluralismo, de allí el riesgo a la centralización y al autoritarismo que significa la intervención federal.

También la democracia puede hallarse centralizada o descentralizada en sentido estático. Pero la descentralización permite una aproximación mayor a la idea de democracia que la centralización. Esa es la idea del principio de auto determinación.

Este concepto de descentralización activa es básico para la existencia de sistemas federales eficientes, es por ello que pretenden asegurar la existencia de formas democráticas y republicanas en las provincias, como condición de la preexistencia de esa forma política en la federación. Sin embargo, esta garantía puede ser utilizada para derrocar gobiernos desafectos y de esta manera transformar el estado en solo nominalmente federal, es decir de una descentralización dinámica en una solo estática. De esta manera, la centralización lleva a la destrucción del pluralismo y de la democracia en la federación. **Una Paradoja del federalismo es que la cláusula establecida para asegurar la existencia de la democracia en las provincias ha sido utilizada para destruirlas. La**

---

<sup>307</sup> TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y EL ESTADO, MÉJICO, PAGINA 371

**designación por el poder central de funcionarios que gobiernen las provincias luego de la destitución de los gobiernos desafectos, hace que el sistema, al centralizarse, pierda contenido democrático y republicano en su conjunto. Porque, como lo previeron los constituyentes norteamericanos y de alguna manera también, los argentinos, la necesidad de evitar sistemas monárquicos o en términos más modernos, autoritarios, en las provincias hace a la seguridad de toda la federación.** Pero salvo un control general y excepcional en ese sentido es preferible que cada provincia defina su sistema republicano y adquiera o conserve modalidades propias antes que la federación imponga a sus miembros sus propios conceptos, de esta manera se mantienen con mayor facilidad el sistema democrático y republicano en toda la federación.

## **Los derechos individuales en la Constitución.**

La primera impresión que tenemos al abrir la Constitución es encontrar la estructura de protección de los derechos civiles y de las libertades. En esa primera lectura, tendremos una primera idea del contenido de las libertades constitucionales que será completada en el resto de la Constitución con las que son incorporadas por los tratados internacionales de derechos humanos algunos de los cuales están mencionados expresamente en la Constitución.

No debe olvidarse que las cuestiones sobre separación de poderes y federalismo son también cruciales para la comprensión de la extensión de los derechos individuales. En la medida en que el poder judicial puede proteger las libertades civiles lo hace muchas veces en conflicto con las decisiones de los funcionarios elegidos popularmente. Esta es una cuestión que va referida a la separación de poderes. De la misma manera existe una importante cuestión sobre la extensión en que los derechos individuales son aplicados por los gobiernos de las provincias y de que manera pueden cumplirse y con que límites y esta es una cuestión sobre el federalismo.

En los Estados Unidos que ha servido de fuente en este tema como en otros de la Constitución Argentina los derechos individuales se incorporaron luego de la aprobación del texto constitucional original. Por una propuesta efectuada en la primera reunión del congreso por James Madison, que redactó dieciséis enmiendas referidas a derechos humanos doce de las cuales fueron aprobadas por el congreso y diez ratificadas por los estados. Esas diez primeras enmiendas son la primera llamada declaración de derechos vigente hasta el día de hoy. En la Argentina frente al primer capítulo de ***Declaraciones derechos y garantías*** de la Constitución de 1853/60 fue agregado uno nuevo llamado ***Nuevos derechos y garantías*** aprobado en la reforma constitucional de 1994, a estas fuentes de derecho deben sumarse la mención de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución más los que no están incorporados a ella. La declaraciones de derechos están dirigidas en principio al gobierno nacional y a los gobiernos de las provincias. Veremos también de que manera esas declaraciones pueden extenderse y en que circunstancia a la actividad de los particulares, ya que en gran medida el respeto por los derechos individuales por los particulares es ejercido por una acción estatal.

En el texto de la Constitución también hay normas sobre las excepciones en los derechos humanos, fundamentalmente las referidas a las emergencias, algunas como la guerra están regidas también por normas de derecho internacional, primordialmente el artículo 23 se refiere al estado de sitio. Con respecto a los derechos políticos hay una extensión en cuanto a los derechos no enumerados.

### ***A. Los derechos individuales y las constituciones provinciales.***

Una primera pregunta es determinar si el título “Declaraciones derechos y garantías” y su agregado sobre nuevos derechos y garantías se aplica estrictamente a los gobiernos de provincia. La posición afirmativa esta basada en el **artículo 5° de la Constitución**. Este artículo establece que las constituciones provinciales deberán aceptar las declaraciones derechos y garantías de la Constitución federal. La pregunta es ¿Qué contenido deben tener las constituciones provinciales en materia de derechos individuales? Esto establece una importante diferencia con los Estados Unidos donde la Corte Suprema, muy tempranamente en la historia americana, señalo que la protección de las libertades individuales en la declaración de derechos se aplicaba únicamente al gobierno federal y no a los gobiernos locales.

## **1. Primera posición: obligaciones diferentes.**

En el caso **Barron vs Mayor y City Council of Baltimore 32 US 243 de 1833**, la Corte Suprema norteamericana expresamente estableció que **la declaración de derechos era una restricción de las acciones federales pero no de la conducta local**. Esta línea argumental fue hecha por John Marshall y comenzó con un comentario sorprendente *“la cuestión es de la mayor importancia, pero no de mucha dificultad”* y explico que la declaración de derechos tenía la intención de aplicarse exclusivamente al gobierno federal, ya que la Constitución se había ordenado y establecido por el pueblo para si mismo y para su gobierno y no para el gobierno de los estados individualmente. Sostiene que si los constituyentes hubieran intentado extender la declaración de derechos a los estados lo hubieran declarado en un lenguaje inteligible. Esta doctrina fue la que derivó en la aplicación de otro sistema para los estados y que es en los Estados Unidos lo que se conoce como el debido proceso de ley. Esta interpretación marca una obligatoriedad diferente para el gobierno federal y para los estados, en los Estados Unidos.

Al mismo tiempo, se utiliza la **llamada cláusula de incorporación**, que es la enmienda Decimocuarta, que establece la prohibición a los estados de aplicar una ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos. El debate que llevó a la aplicación de esta norma supone que existe un **estándar diferente** para la aplicación de los derechos individuales cuando se trata de funcionarios federales que cuando se trata de gobiernos locales. De esta manera la Corte Suprema consideró que la cláusula del debido proceso, que se encuentra en la enmienda decimocuarta de 1868, establece que ***un estado no podrá privar a una persona de la vida libertad o propiedad sin el debido proceso de ley, ni negar a una persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes***. Basado en este artículo la Corte decidió que los estados estaban obligados a proteger ciertos derechos individuales de sus ciudadanos y habitantes, aunque por mucho tiempo hubo diferencias y debates sobre la extensión de esta obligación.

Puede decirse que este debate fue ganado por los incorporacionistas selectivos en el sentido que estableció que existen reglas diferentes para el gobierno federal que para los gobiernos locales. La Corte Suprema ha señalado que los estados deben cumplir *“los*

*principios fundamentales de libertad y justicia que se encuentran en la base de nuestras instituciones civiles y políticas”.*<sup>308</sup>

## **2. La segunda posición: la incorporación estricta.**

La obligatoriedad establecida en el artículo 5º de la Constitución que las provincias tengan incorporadas en sus constituciones las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional, ha hecho que en nuestro país se aplique la doctrina de la incorporación estricta. Ello ha motivado la cuestión de saber si las declaraciones de derechos provinciales pueden tener alguna virtualidad jurídica. Ya que si incluyen por mandato de la Constitución nacional todos sus derechos con las interpretaciones que de ellos ha efectuado la Corte Suprema, ¿qué tipo de derechos y garantías pueden incluir los textos de las constituciones provinciales? La respuesta ha sido variada, muchas veces las constituciones locales han incluido descripciones de derechos de dudosa operatividad en cuanto se superponían con los establecidos en la Constitución nacional. En otros casos las constituciones provinciales han ampliado y concretizado algunos derechos lo que ha permitido su aplicación por los jueces y gobiernos locales. Finalmente en otros casos han establecido garantías constitucionales más precisas que las nacionales.

### ***B. Libertades negativas y libertades positivas.***

Se plantea una pregunta importante, ¿Cuándo impone la Constitución al gobierno una obligación de hacer y cuando una de no hacer? ¿En que circunstancias un juez debe ordenar al gobierno proveer un servicio y cuando solamente el de abstenerse de realizar una acción inconstitucional?

La respuesta nos lleva a la cuestión de las libertades negativas y de las libertades positivas.<sup>309</sup> Fue la Constitución de Weimar de 1919 inició la tradición de establecer obligaciones afirmativas para los gobiernos, lo hizo sin hacer referencia a las libertades. Esto llevó a uno de sus principales críticos Carl Schmitt ha plantear que estos derechos ‘socialistas’ no eran en realidad derechos fundamentales, ya que los derechos fundamentales no en el verdadero sentido de la palabra eran los derechos referidos a las libertades individuales no a las demandas sociales frente al estado para que proveyera ciertos servicios.<sup>310</sup> El desagrado de Schmitt por los derechos sociales estaba basado en su idea que el objetivo

<sup>308</sup> DUNKAN VS. LOUISIANA 319 US 145 DE 1968.

<sup>309</sup> DAVID P. CURRIE, POSITIVE AND NEGATIVE CONSTITUTIONAL RIGHTS, UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW, SUMMER, 1986, P. 864.

<sup>310</sup> CARL SCHMITT, TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. EN EL ORIGINAL VERFASSUNGSLEHRE (1928). PP. 123 Y SS.



de las constituciones modernas era la ***‘protección del ciudadano frente al mal uso de los poderes gubernamentales’***.

Su sucesora la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania adoptada en 1949 difiere en muchos aspectos de la Constitución de Weimar y en particular en su omisión de establecer obligaciones gubernamentales específicas para proveer de educación, empleo o seguridad social. Al mismo tiempo, se preserva y fortalece el enunciado de los derechos fundamentales que coinciden con un catálogo tradicional de derechos defensivos, o de libertades negativas. La Ley Fundamental establece asimismo que los derechos enumerados son obligatorios para todos los órganos del gobierno, lo que excluye toda inferencia que pudieran aplicarse directamente a las acciones de los particulares, según lo establece el artículo 1.3.

*Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]*

*3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.*

*Artículo 20]*

Las obligaciones sociales del gobierno aparece asumidas en la frase descriptiva y algo crítica que indica que la República Federal

*(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.*

*Artículo 20a [Protección de los fundamentos naturales de la vida]*

*El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.*

Ello es comprensible si recordamos la tesis de John Marshall que los derechos constitucionales están vacíos sin tribunales que los apliquen, por lo que debe haber alguna obligación afirmativa para proveer remedios judiciales para las violaciones gubernamentales de la Constitución.

### **3. Libertades positivas y costos de información.**

La pregunta que se plantea es saber si las libertades positivas, pueden ser reconocidas por los jueces a través de la interpretación de cláusulas constitucionales de extrema vaguedad. La respuesta es que las libertades constitucionales positivas, las que suponen una actividad por el gobierno para conceder un derecho, requieren de **costos de información más elevados para los jueces que las libertades negativas**. La concreción de libertades o derechos positivos requiere de una actividad gubernamental que va en detrimento de otros programas de gobierno, y el equilibrio entre los diferentes **reclamos sobre el erario público excede muchas veces la capacidad de información que tienen los jueces**.<sup>311</sup> Esto nos lleva a comprender que la distinción

---

<sup>311</sup> CF. RICHARD POSNER. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. 5TH. ED. ASPEN. 1998, P. 681.

entre libertades positivas y negativas no siempre es nítida. El derecho de defensa en juicio, por ejemplo, es una libertad negativa para quién tiene recursos para contratarla. En este caso lo que requiere es que nadie interfiera con su derecho de buscar un abogado. Pero para quien no los tiene es una libertad positiva porque puede solicitar que el gobierno le provea un abogado sin costo.

La cautela judicial en reconocer ciertas libertades positivas está basada en estas dificultades informativas, es decir necesitan contar con información adecuada sobre todos los efectos que pudiera tener su decisión. Particularmente si los recursos que se desvían para cumplir con su sentencia no son quitados a otros que lo necesitan más pero que no son parte de la demanda judicial planteada.

### **C. La doctrina de la acción de estado.**

La doctrina de la acción del estado es tradicional en los Estados Unidos y ha sido establecida a partir de 1879 en el caso **Virginia vs. Rives 100 US 313**, y en casos posteriores.

Esta doctrina sostiene que **la protección que la Constitución ofrece o establece para las libertades individuales y su requerimiento de una protección igualitaria se aplican solamente a los gobiernos**. Por lo que, generalmente la conducta privada no tiene que cumplir con la Constitución. La Constitución se aplica a todos los niveles federales, locales o municipales y a las acciones o actividades de los funcionarios públicos de todos los niveles. La Constitución sin embargo, no se aplica a los actores particulares. Por supuesto, **este principio no se aplica si la conducta gubernamental autoriza o promueve o facilita una conducta inconstitucional**. Los gobiernos pueden establecer a **través de legislación** que requiera que la conducta privada cumpla los mismos estándares que la Constitución requiere al gobierno. Estos temas son generalmente referidos a los problemas de discriminación. De la misma manera, la legislación puede obligar a respetar la libertad de expresión aun en actos privados, por ejemplo si se realizan en espacios o entidades públicas. Debido a que el gobierno se relaciona en la actividad humana privada establecer una distinción precisa en lo que constituye una acción del estado y una acción privada muchas veces puede ser considerada arbitraria.

Existe naturalmente un costo al sostener la doctrina de la acción estatal, ya que si no existiera una restricción establecida por la ley la conducta privada podría infringir algunos derechos fundamentales, como son el derecho a la libertad de expresión, a la privacidad y a la igualdad. Pueden existir discriminaciones hechas por particulares que establezcan o perpetúen inequidades sociales tan perniciosas como las causadas por la acción estatal. Existen tres respuestas por las cuales la doctrina ha insistido en el principio de la acción estatal, fundamentalmente ya que aumenta la autonomía individual y es una salvaguarda del federalismo.

1. El primer fundamento a esta limitación aparece claramente en la Constitución tanto en la de los Estados Unidos en la decimocuarta enmienda cuando se refiere a la acción de los estados, como en la primera enmienda, cuando habla de que el congreso no dictará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión. En nuestro artículo 14 la Constitución habla de los derechos de los habitantes de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio indicando que es la acción estatal la que establece las condiciones de cumplimiento de derechos. La pregunta que surge es saber que ocurre cuando hay una inactividad gubernamental para impedir las limitaciones de derechos individuales efectuadas por particulares. En otras palabras, ¿qué puede hacer el gobierno si para alguna actividad se establece una discriminación en contra de las normas constitucionales? En una explicación histórica, las alteraciones que pudieran surgir a los derechos constitucionales de un particular por acciones de otro en general estaban regulados por el derecho privado, es decir, por las leyes de derecho común, fundamentalmente por el código civil. En general, cuando los constituyentes escribieron la Constitución se consideraba que las normas de derecho privado protegían las libertades públicas de cualquier limitación por particulares. En algunos derechos constitucionales, como es la libertad de expresión o aun el derecho a la intimidad o el derecho a la propiedad, puede haber una limitación si su protección es puramente de derecho privado. Por lo tanto, la congruencia histórica entre los derechos privados, particularmente derecho civil, y los derechos constitucionales ha sido, de alguna manera, reinterpretada a través del tiempo lo cual hizo las limitaciones clásicas o establecer limitaciones a la teoría de la acción estatal.
2. La segunda justificación que se ha utilizado para justificar la doctrina de la acción estatal, es la referida a las acciones privadas. El requerimiento de la acción estatal ***“preserva un área de libertad individual al limitar el alcance del derecho federal y del poder judicial federal”*** ha dicho la Corte suprema de Estados Unidos en **Lugar vs. Edmondson Oil Company, 457 U.S. 922 de 1982**. De esta manera la doctrina de la acción estatal significa que los actores particulares tienen la libertad de ignorar la Constitución y los límites establecidos en ella si estos fueran en contra del ámbito de reserva de su intimidad, es decir, si fueran contra las acciones privadas. Sin la doctrina de la acción estatal **cada aspecto del comportamiento privado podría ser atacado por su constitucionalidad** y tendría que ser equilibrado sobre los derechos equivalentes o competitivos. Esto llevaría a un alto nivel de litigio.
3. Finalmente, la doctrina de la acción estatal **aumenta el ámbito de reserva del federalismo** al preservar una zona para la soberanía de las provincias, es decir, se permitiría regular de alguna manera diferente las relaciones entre particulares mas allá de lo establecido en las leyes federales como en las de derecho común.

#### **4. La acción de estado y el caso Kot.**

El debate sobre la teoría de la acción del estado tuvo una amplia repercusión en el caso **“Samuel Kot S.R.L” del 5 de septiembre de 1958 Fallos 241:295**. el caso se trataba de una ocupación de una fabrica y se pedía amparo contra un hecho realizado por particulares. A diferencia de lo establecido en el caso **“Angel Siri”** donde se trataba de dejar sin efecto un acto de autoridad, pero la situación era fundamentalmente distinta en el caso **“Kot”** puesto que los obreros que ocuparon la fabrica por su propia cuenta y que al contrario de lo que ocurría en el caso anterior, la legislación de la provincia en cuya jurisdicción se había producido el hecho preveía un remedio procesal específico tal como es el interdicto de recobrar o de despojo existente en el Código de procedimiento civil y comercial de la provincia de Buenos Aires. Se trataba de una empresa textil que tenia un conflicto con su personal y que estos ocuparon la fabrica y se mantenían en ella con las siguientes condiciones: que los patrones podían entrar al establecimiento y sacar objetos dejando constancia escrita pero se impedía la entrada al personal de administración y a los capataces, desde el día de la ocupación el establecimiento no realizaba labor alguna.

La Corte considero que se había presentado un recurso de amparo en las mismas condiciones que el caso **“Angel Siri” (239:450)**. *“que si bien en el precedente citado la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tacita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual artículo 33 CN, ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas...”*

A pesar de la cual la Corte Suprema recordó que las garantías constitucionales son primariamente contra el Estado. *En suma, las garantías constitucionales para cuyo resguardo puede decirse que existe el remedio del amparo, tal como lo caracterizo la doctrina del caso “Siri”, son los derechos públicos subjetivos que el hombre tiene frente al Estado...*

## 5. ¿Qué es un órgano de gobierno?

Se plantea la pregunta de ¿cuando un ente es parte del gobierno? Sin duda los órganos legislativos de todos los niveles son del gobierno y sus actividades son acción del estado. De la misma manera las decisiones de los órganos de la administración en todos sus niveles son acción del estado. Se plantea sin duda la situación de las empresas del estado si la acción de éstas corresponde como acción del estado. En el caso de la empresa ferroviaria Amtrac, en el caso ***Lebron vs. National Railroad Passenger Corp. 115 U.S. 961 de 1965.*** En ese caso la Corte sostuvo en una opinión hecha por el Juez Scalia que cuando el gobierno crea una empresa por una ley especial, para cumplir los objetivos gubernamentales, que se reserva una autoridad permanente para designar la mayoría de los directores de esa empresa, la empresa es parte del gobierno a todos los efectos de la Constitución. En mismo caso la Corte estableció ***“no puede ser el que el gobierno ya sea estatal o federal sea capaz de evadir las obligaciones solemnes que le impone la Constitución simplemente por ir o asumir las normas de una empresa”***.

Se establecen dos excepciones a la doctrina a la acción del estado.

1. Una es la excepción de las funciones públicas que dice que una entidad privada debe cumplir con la Constitución si esta cumpliendo una tarea que ha sido tradicionalmente efectuada por el gobierno. La otra es la que sostiene la excepción de asociación que dice que una conducta privada debe cumplir con la Constitución si el gobierno ha autorizado o facilitado la conducta inconstitucional. La excepción de la función pública tiene el objetivo evitar que el gobierno evite el cumplimiento de la Constitución al delegar tareas a actores privados. Existe algunos actos solo ninguna organización privada que realiza este tipo de actos que tradicionalmente fueron realizados por el estado debe estar limitada por la Constitución. Otra situación la cual se puede hablar de una extensión de la acción del estado es cuando una actividad esta regulada por el estado como es el caso de la elecciones. Cuando los partido políticos realizan elecciones internas no pueden actuar en contra de lo que establece la Constitución.
2. Otra excepción a la doctrina de la acción del estado que obligaría a particulares a un comportamiento estricto de la Constitución son los que los pasos referidos a licencia gubernamentales y regulación en los que por la asociación que la actividad regulada tiene con el estado supone el cumplimiento estricto de la Constitución. Otro caso es el de los subsidios gubernamentales donde cuando existe un subsidio gubernamental a otra actividad esta supone que debe cumplir estrictamente con la Constitución ya que la recepción del subsidio supone una sucesión con la actividad estatal que lleva a cumplimiento estricto de la Constitución aun por particulares.

## LAS ACCIONES PRIVADAS

### ***A. Los límites del contrato social. Las acciones privadas y la intimidad.***

El concepto de **acciones privadas** en el artículo 19 establece una idea contractualista de la creación del Estado. Significa la existencia de un ámbito de reserva para las personas al incorporarse al Estado y en el que los magistrados no pueden intervenir. No son cuestiones justiciables porque su decisión esta vedada a los jueces. Imaz y Rey las consideran cuestiones ajenas al Poder Judicial.<sup>312</sup>

El Artículo 19 indica que ***“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.”***

Señala un ámbito reservado al individuo y excluido del poder estatal.

Su primera versión normativa positiva es en el Estatuto de 1815 Establecía este artículo: ***“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden publico, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de la Nación.”***

Y desde entonces en todas las constituciones argentinas. No tenía referencia a la moral pública incluida en 1853. no hay norma similar en la Constitución de los EE.UU., aunque su jurisprudencia se ha esforzado en encontrar una fundamentación similar. Tiene un origen lejano en el art. 19 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789. ***“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro..”***<sup>313</sup>

Las acciones privadas y el derecho a la intimidad tienen consecuencias económicas importantes, a pesar de utilizar palabras como el orden o la moral públicos, su contenido se refiere a la autonomía de la voluntad. Permite que cada habitante defina como maximiza su utilidad o sus beneficios. Es un concepto basado en la idea del contrato social. Establece los límites del contrato social. Es una fuente de la teoría de la autorregulación como fuente del derecho, la norma es legítima cuando es auto impuesta.

¿Puede ser la moral un bien público? No. La inclusión de moral pública es una garantía, el Estado no puede imponer una moral sino dejarla al arbitrio de cada uno. Decía en este

---

<sup>312</sup> CF. IMAZ Y REY. EL RECURSO EXTRAORDINARIO. 2 ED. NERVA, BUENOS AIRES. 1963. P. 42.

<sup>313</sup> PARA UN ANÁLISIS DETALLADO DE LAS ACCIONES PRIVADAS Y DEL DERECHO A LA INTIMIDAD VER. JUAN VICENTE SOLA, CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. ABELEDO PERROT. BUENOS AIRES. 2007.

sentido Montes de Oca *“la ley fundamental de la Nación se apoya simplemente en las normas jurídicas que rigen el desenvolvimiento social; **la esfera de la moral pura le es extraña**”*.<sup>314</sup>

La acción privada es aquella que no es pública, es decir que no es hecha en representación del Estado. No que no se sea a escondidas. Pero la reserva es una garantía que no perjudica a un tercero. De lo contrario se adoptaría una teoría perfeccionista del orden social, es decir que el Estado puede imponer un comportamiento o un orden moral estricto.

La definición de la intimidad es también la **determinación de los extremos del ámbito de la autorregulación**. Los fundamentos constitucionales del contrato, en términos amplios, como acuerdo de voluntades entre las partes. Los límites son la eliminación de los costos de transacción. Analicemos los límites en la determinación de las acciones privadas.

La doctrina de las acciones privadas ha sido debatida detalladamente por la Corte Suprema en las circunstancias del caso Bazterrica en ocasión del uso de estupefacientes.

Esta norma fija un ámbito que se encuentra reservado al individuo y excluido del poder estatal, es decir, todas aquellas conductas de los hombres que “de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”, se encontrarán fuera de la jurisdicción del Estado, es decir, éste no podrá intervenir allí para regularlas; fijar el marco de la jurisdicción estatal sobre nuestras conductas o sobre el límite de injerencia que tiene del Estado sobre nuestras vidas.

El derecho a la intimidad ingresa a nuestro derecho constitucional a través del artículo 1º, sección VII, del Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, cuerpo jurídico que se basó fundamentalmente en el Proyecto de Constitución de 1813, elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden público, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

El texto del artículo 1º, sección VII, del Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, fue mantenido intacto por el Reglamento Provisorio de 1817 y las Constituciones de 1819 y 1826. Fue la Constitución de 1853 la que, incluyéndolo en su artículo 19, lo modificó de la siguiente forma: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Tenían su apogeo las posturas contractualistas que hacían aparecer al Estado con una sociedad formada voluntariamente por los hombres y para beneficios de éstos y tenían por consecuencia la afirmación de las características fundamentales del Estado de Derecho: la “soberanía del pueblo”, concepto que implicaba la limitación del poder estatal para regular o interferir irrestrictamente la libertad individual.

---

<sup>314</sup> CF. MANUEL A. MONTES DE OCA. LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL. BUENOS AIRES, IMPRENTA LA BUENOS AIRES. 1896. P. 537.

Se deja al hombre, entonces, la máxima libertad posible para desarrollarse conforme a sus ideales de vida y, en consecuencia, se reconoce la existencia de un ámbito intangible donde aquél podrá realizar las acciones que considere necesarias para llevarlos a cabo.

Con ello se distingue aquello que puede ser materia de regulación por parte del legislador, de lo que sólo incumbe al individuo. El derecho positivo cumple, con la función de garantizador de la libertad y dignidad de los hombres, pero no tiene la facultad de imponer valoraciones morales sobre formas de vida.

Esta diferenciación marca toda una etapa en el desarrollo de los Estados. Previo a la existencia del Estado de Derecho, la moral de los ciudadanos, sus pensamientos, su religión, se hallaban bajo la autoridad del soberano.

No interfiriendo en los planes de vida que éstos tengan, impidiendo que terceros interfieran en dichos planes de vida.

Se afirma la imposibilidad de interferir en los planes de vida individuales, con lo cual, por definición, se afirma la existencia de una moral privada de los individuos que es posible regular.

En este contexto, dice Carlos Santiago Nino:

*“El punto de vista liberal... implica... limitar la vinculación entre derecho y moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que profesamos no deben ser, según este punto de vista, homologados e impuestos por el Estado, sino quedar librados a la elección de los individuos y en todo caso ser materia de discusión y persuasión en el contexto social...”*

*“Es a la luz de este punto de vista liberal que debe interpretarse el artículo 19 de la Constitución Nacional ...Cuando el artículo en cuestión habla de ‘acciones privadas de los hombres’, esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que ‘ofenden la moral pública’. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada” (315).*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha adoptado posturas disímiles en distintas oportunidades; dijo que el legislador tiene **(316)**:

*“...la prohibición de interferir en las conductas privadas de los hombres, prohibición que responde a una concepción según la cual el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos, sino ofrecerles libertad para que ellos los elijan”.*

Según su voto, el Dr. Petracchi en la citada causa Bazterrica entiende que:

---

<sup>315</sup> NINO, CARLOS, “¿ES LA TENENCIA DE DROGAS CON FINES DE CONSUMO PERSONAL UNA DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES?”, L.L., 1979-D-743.

<sup>316</sup> CSJN, 28-VIII-1986, “BAZTERRICA, GUSTAVO”, L.L., 1986-D-457 Y SIGS.



*“...no podría el derecho positivo prohibir toda acción de la que pudiera predicarse que resulta moralmente ofensiva ya que no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad creando impedimentos para que nadie pueda imponer sus eventuales ‘desviaciones’ morales a los demás”.*

La primera parte del artículo 19, protege un ámbito en el cual el individuo tiene un señorío absoluto para dirigir sus acciones conforme a sus propios ideales, a planes de vida que no le son impuestos obligatoriamente. Las metas de esa realización personal no pueden ser fijadas por terceros, incluido entre éstos el legislador. Además la función del Estado es, en este sentido, simplemente garantizar la intangibilidad de esas “esferas” privadas que garantiza la norma mencionada.

Al hablar de acciones, nos estamos refiriendo a los actos que tienen una trascendencia en el mundo exterior. Si el acto queda en el mundo interior o fuere íntimo del sujeto, dentro de él no existirá posibilidad de que sea objeto de regulación.

Como vemos, se impide que sean sometidas a “la autoridad de los magistrados” (con lo cual evita, por ejemplo, represión por ideas políticas), o condiciones personales.

Al hacer referencia a acciones privadas, el artículo 19, efectúa, implícitamente, una distinción entre éstas y las acciones públicas.

La reserva del ámbito de lo jurídico a las acciones públicas, consideradas tales las que lesionen el orden público, la moral pública o cualquier bien de tercero, deja el ámbito de lo exclusivamente moral fuera del alcance del derecho.

También en alguna oportunidad la Corte Suprema ha entendido que la diferenciación entre lo público y lo privado dependía del grado de afectación que tuviera una conducta determinada. Refiriéndose al artículo 19, se ha dicho:

*“La referida norma impone así límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohibía una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida ésta, no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el artículo 18, sino como la de aquellas que no ofendan al orden y la moral pública, esto es, que no perjudiquen a terceros” (317).*

Si leemos detenidamente el texto del artículo 19 de la Constitución Nacional, allí se indica que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan...”. Una correcta interpretación del texto parece indicar que existen acciones privadas que pueden ofender al orden y a la moral pública o perjudicar a un tercero, y hay otras, también privadas, que no tienen tales resultados.

---

<sup>317</sup> CSJN, 27-XI-1986 “SEJEAN, JUAN B. C/ZAKS DE SEJEAN, ANA” (VOTO DEL DR. BACQUÉ, CONCORDANTE CON EL DR. PETRACCHI).

Si esto es así, ¿cuáles son entonces las acciones privadas? Son simplemente aquellas que no son públicas, entendiendo por públicas las conductas que se realizan en nombre del Estado, representándolo.

Por lo tanto debe quedar en claro que la característica de “privada” no dependerá de que la acción se realice “a escondidas”, fuera de la vista de los demás, sino de que ella no se ejecute en representación del Estado.

Esto resulta lógico si recordamos que la hipótesis liberal trabaja sobre el supuesto de que el Estado no debe interferir en la vida de las personas sino garantizar que éstas se desarrollen en la máxima libertad posible. Visto así, toda relación intersubjetiva debe considerarse privada, mientras que sólo serán públicas las que se realicen en cumplimiento de la función estatal.

### **La moral pública**

Éste es la idea más intrincada de toda la primera parte del artículo 19 de la Constitución, y la adopción de una correcta definición será sustancial para que el principio de reserva no quede reducido a palabras.

En principio, consideramos que tanto la afectación al orden y la moral pública son modos de perjuicio a terceros, por lo cual la norma constitucional en análisis queda reducida a esta norma.

Así Carlos Nino se refiere a que:

*“El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a terceros; la moral pública es la moral intersubjetiva. De modo que lo que el artículo 19 de la Constitución Nacional proscribiera es toda interferencia jurídica con acciones que no afecten intereses legitimados de terceros, aunque ellas representen una desviación de ciertos modelos de virtud personal y tengan el efecto de autodegradar moralmente al sujeto que la realiza”.*<sup>318</sup>

### **. La intimidad y el derecho al matrimonio.**

La ley de matrimonio civil establecía un impedimento dirimente a la realización de un nuevo matrimonio en caso de la existencia de un ligamen anterior. Es decir, que aunque hubiera un divorcio posterior no se recuperaba la capacidad de contraer matrimonio, esta norma fue atacada de inconstitucional porque afectaba el derecho al matrimonio y como tal a las acciones privadas.

---

<sup>318</sup> NINO, CARLOS, “¿ES LA TENENCIA DE DROGAS CON FINES DE CONSUMO PERSONAL UNA DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES?”, L.L., 1979-D-743

#### **4. Caso JUAN BAUTISTA SEJEAN v. ANA MARIA ZAKS DE SEJEAN**

*VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JORGE ANTONIO BACQUÉ*

7º) *Que con base en esa doctrina, el Tribunal dejó establecido que la Constitución Nacional consagra un sistema de la libertad personal cuyo centro es el artículo 19, que va más allá de garantizar la mera privacidad. En este sistema de libertades confluyen una serie de derechos expresamente enumerados en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 20 y 32, y otros no enumerados, que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33). Estos derechos están asegurados a todos los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las cuales, no obstante, no podrían alterarlos (art. 28)...*

#### ***La intimidad y la definición de una familia.***

Supone limitaciones a la determinación pública de ciertos conceptos. **¿Qué es una familia?** Pueden limitarse la vivienda exclusivamente a una familia nuclear.

Las dificultades para la definición jurídica de una 'familia' fueron puestas en evidencia en el caso **Village of Belle Terre de 1974.**

#### **Caso Village of Belle Terre vs. Boraas 416 U.S. 1 (1974),**

Los demandados tenían una casa en la pequeña aldea de Belle Terre, dentro de Long Island, Nueva York. La alquilaron a seis estudiantes no emparentados entre sí y fueron subsiguientemente citados por violar una ordenanza zonal que limitaba la ocupación de una residencia familiar, a una familia o a grupos donde no hubiera más de dos personas no emparentadas. Excluidos de esta ordenanza quedaban las fraternidades, albergues, pensiones y las residencias múltiples. La Corte sostuvo la ordenanza, diciendo que toleraba una relación racional a un objetivo estatal permisible.

*El JUSTICE DOUGLAS expreso la opinión de la Corte.*

*Belle Terre es una aldea en la costa Norte de Long Island de aproximadamente 220 casas habitadas por 700 personas. Su superficie total es menos que una milla cuadrada. Tiene un uso restringido de la tierra solamente para viviendas de una familia única, excluyendo hosterías, pensiones, fraternidades y casas de viviendas múltiples... Los regímenes de pensiones, fraternidades y similares causan problemas urbanos. Más personas ocupan un espacio determinado, más automóviles son estacionados, el ruido viaja con las muchedumbres..*

*Un lugar calmo donde los terrenos son amplios, la gente poca y los vehículos restringidos son guías legítimas en un proyecto de administración del territorio dirigido a las necesidades de familias. Este objetivo es permitido... El poder de policía no está confinado a la eliminación de la basura, el mal olor y a los lugares insalubres. Es amplio para marcar zonas donde los valores familiares, los valores de la juventud y las bendiciones de una reclusión calma y el aire limpio hagan al área un santuario para las personas.*

En la última parte Douglas da un análisis económico interesante cuando señala que la reglamentación administrativa limitativa aumenta el valor de la propiedad no la disminuye. Es estrictamente el caso contrario al de una expropiación regulatoria.

## ***La intimidad del claustro materno.***

Un debate más dramático sobre las acciones privadas se plantea cuando se analiza la privacidad del claustro materno, es decir si la decisión de interrumpir un embarazo es constitucional o no y en qué circunstancias. Esto ha llevado a ciertos casos ante nuestra Corte Suprema y particularmente en la Corte de los Estados Unidos donde trató el caso *Roe vs. Wade*. El caso había sido presentado por “Jane **Roe**”, una mujer soltera que quiso interrumpir su embarazo de manera segura y legal. La corte estuvo de parte de **Roe** y anuló la ley de Texas. En su fallo, la corte reconoció por primera vez que el derecho constitucional a la privacidad “*es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo*”

La Corte dividió la duración del embarazo en tres trimestres y estableció reglas claras para regir el procedimiento de aborto en cada uno de esos tres trimestres. Durante el primer trimestre (aproximadamente las primeras doce semanas del embarazo) el estado no puede ni prohibir, ni regular el aborto. La decisión de tener un aborto, y la forma en la cual se va hacer el procedimiento, se le deja en las manos a la mujer embarazada y a su médico. Durante el segundo trimestre (desde las 13 a las 24 semanas) el estado puede proteger su interés en la salud de la mujer regulando el procedimiento del aborto en formas que sean "razonablemente relacionadas" con su salud. En el principio del tercer trimestre, (25 a 36 semanas) el feto se convierte en viable. Eso significa que el feto tiene la capacidad de tener vida fuera del vientre de su madre. Aun en esa etapa, el aborto tiene que ser permitido siempre y cuando sea necesario para mantener la vida o la salud de la mujer embarazada.

## ***. El control informado sobre el propio cuerpo.***

Se planteó el caso de las transfusiones de sangre en el caso **Bahamondez Marcelo S/ medida cautelar**. Se trataba del caso de quién por razones religiosas se había negado a recibir una transfusión sanguínea. El caso planteaba el control informado del enfermo sobre su propio cuerpo, si alguien conociendo plenamente las consecuencias de su decisión, podía negarse a recibir un tratamiento médico. Si bien la cuestión era abstracta en el momento de su decisión la Corte señaló: *En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional.*

*En consecuencia, más allá de si Marcelo Bahamondez sea o no creyente de un determinado culto y de la circunstancia de **tener incuestionable poder jurídico para rehusar ser transfundido sin su consentimiento**, teniendo en cuenta que el caso se ha tornado abstracto, actualmente es inoficioso un pronunciamiento.*

## ***La inviolabilidad del domicilio.***

El domicilio es el lugar en donde se desarrollan las acciones privadas, ya que “*si la persona es inviolable y está tan protegida tan ampliamente por la Constitución, es porque ha sido considerada en toda la extensión de sus atributos; así, comprende la conciencia, el cuerpo, la propiedad y la residencia u hogar de cada hombre.*”<sup>319</sup> La protección del domicilio es anterior a nuestra Constitución escrita, en el decreto sobre la seguridad individual aprobado por el Triunvirato el 23 de noviembre de 1811 se decía en su artículo 4º:

“*La casa de un ciudadano es un sagrado, cuya violación es un crimen; sólo en el caso de resistirse el reo, refugiado a la convocación del juez, podrá allanarse: su allanamiento se hará con la moderación debida, y personalmente por el juez de la causa.*” Esta norma fue reiterada en la Constitución de 1819 y en la de 1826.

Entre las garantías del artículo 18 la Constitución menciona: “*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*”.

Es conveniente recordar las elocuentes palabras de William Pitt (padre) cuando el temor era al poder real ‘*La casa de cada hombre es su castillo, no porque la defiendan un foso o una muralla, porque puede ser una cabaña de paja: el viento puede rugir en ella y la lluvia penetrarla, pero el rey no.*’<sup>320</sup> En una versión castiza del mismo criterio dice el prólogo del Quijote ‘*tienes tu alma en tu cuerpo y tu libre albedrío como el más pintado, y estás en tu casa, donde eres señor de ella como el rey de sus alcabalas*’.

En cuanto a los extremos de la inviolabilidad podemos citar el caso ***Mapp vs. Ohio*** 367 U.S. 643 (1961) donde se señaló que la protección del domicilio se extendía aún a casos en los que los funcionarios policiales hubieran podido ingresar legítimamente a un domicilio, pero por una causa diferente que la que dio lugar a la acusación.

La Corte en la sentencia del Juez Clark dijo,

“*Toda evidencia obtenida en registros y búsquedas en violación de la Constitución es inadmisibile en un juicio criminal en un tribunal estadual...*

La protección constitucional *se aplica a todas las invasiones de parte del gobierno y de sus empleados a la santidad de la casa de un hombre y a las privacidades de su vida. No es la rotura de sus puertas, ni la búsqueda de sus cajones lo que constituye la esencia de esta ofensa, sino es la invasión al inalienable derecho a la seguridad personal, a la libertad personal, y a la propiedad privada. Ingresar con fractura en una casa y abrir cajas y cajones son circunstancias agravantes, pero cualquier extracción forzosa y obligatoria de un testimonio o de papeles privados para ser utilizados como evidencia para condenarlo por la comisión de un delito o para privarlo de sus bienes, está dentro de esta condena...*

Como el Juez Brandeis lo dijera en su disenso en *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928): “***Nuestro gobierno es un maestro potente y omnipresente.***”

<sup>319</sup> CF. JOAQUÍN V. GONZÁLEZ. MANUAL DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA. OBRAS COMPLETAS T. III.\* 193.

<sup>320</sup> LA EXPRESIÓN COMPLETA ES LA SIGUIENTE: THE POOREST MAN MAY IN HIS COTTAGE BID DEFIANCE TO THE FORCES OF THE CROWN. IT MAY BE FRAIL – ITS ROOF MAY SHAKE- THE WIND MAY BLOW THROUGH IT – THE STORM MAY ENTER – THE RAIN MAY ENTER – BUT THE KING OF ENGLAND CANNOT ENTER! – ALL HIS FORCES DARES NOT CROSS THE THRESHOLD OF THE RUINED TENEMENT! (LORD BROUGHAM, STATESMEN IN THE TIME OF GEORGE III, 1839 VOL I.) WILLIAM PITT FUE PRIMER MINISTRO INGLÉS Y FUE LUEGO NOMBRADO CONDE DE CHATHAM.

***Para bien o para mal, enseña a todo un pueblo con su ejemplo. Si el gobierno se transforma en un delincuente, desarrolla el desprecio por la ley, invita a cada persona a tomar la ley para sí mismo, e invita a la anarquía”.***

### ***Derecho a la información personal.***

El acceso a la información sobre cada persona es una garantía que asegura el cumplimiento del mandato constitucional que las acciones privadas queden ‘exentas de la autoridad de los magistrados’. Así lo señaló en su voto el Ministro Carlos Fayt en el caso Ganora:

*Se trata, (de la acción de habeas data) pues, de una dimensión del derecho a la intimidad, en conexión de sentido con el art. 19 de la Constitución Nacional; constituye la acción que garantiza el derecho que toda persona tiene "a decidir por sí misma en qué medida compartirá con los demás sus sentimientos, pensamiento y los hechos de su vida personal" (caso "Ponzetti de Balbín", Fallos: 306:1892 -La Ley, 1985-B, 120-).*

### ***Las acciones privadas y los registros públicos.***

La contracara del derecho constitucional de toda persona ‘a tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o los privados a proveer informes...’ es el derecho a la privacidad absoluta de la información que se encuentra en registros oficiales. Este derecho se debatió en el caso, **Reno v. Condon, 528 U.S. 120 (2000)**. En este caso la Corte Suprema de EEUU consideró constitucional la Ley de Protección a la Privacidad del Conductor (LPPC) de 1994, que limita severamente la revelación de la información personal contenida en los archivos de los registros automotores de los Estados de la Unión.

## **La Libertad de Expresión.**

### ***A. La libertad de expresión en la Constitución.***

La libertad de expresión aparece mencionada en dos lugares en la Constitución, en el artículo 14 “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa” y en el artículo 32 “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de prensa o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.”

Una visión de las consecuencias de la aplicación de las normas supone tener en una visión instrumental de la libertad de expresión que es valiosa porque asegura tanto la estabilidad política, la prosperidad económica y la felicidad personal.<sup>321</sup> Esta visión no excluye otras pero muestra perspectivas que no pueden ser ignoradas. Esto incluye que la libertad de

---

<sup>321</sup> RICHARD POSNER. FRONTIERS OF LEGAL THEORY. HARVARD UNIVERSITY PRESS. 2001. P. 62.

expresión está en función de la utilidad personal de los individuos, es decir, a las personas les gusta expresar sus opiniones y, a veces, conocer las de los demás.

José Manuel Estrada afirma que. . .

*"las condiciones generales sobre las cuales reposa la libertad de imprenta en la legislación moderna son: la supresión de la censura previa, la abolición de la represión administrativa, y el establecimiento de una represión puramente judicial contra todos los delitos cometidos por medio de la prensa. . ."*<sup>322</sup>.

La limitación de la censura previa es estricta,

*". . . preciso resulta advertir que la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal. . ."*<sup>323</sup>

El artículo 14 prohíbe la censura previa, ésta era una práctica muy habitual en los países europeos hasta fines del siglo XVIII en que se requería una autorización o una licencia gubernamental para publicar. Blackstone en sus famosos comentarios sobre las leyes de Inglaterra señala que la libertad de prensa consiste en no establecer una restricción previa a las publicaciones pero no en la libertad de censura por razones penales una vez que estuviera publicado. Señala que sujetar a la prensa al poder restrictivo de una licencia que sujetar toda libertad de sentimientos a los prejuicios de un solo hombre y transformarlo en el juez arbitrario e infalible de todos los puntos controvertidos en ciencias, religión o gobierno.<sup>324</sup>

## **1. La interpretación del artículo 32.**

El artículo 32 que fuera incorporado en la reforma constitucional de 1860 que dice que *"El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal."*

La cláusula del artículo 32 tuvo una interpretación difícil en nuestro derecho, porque si bien es tomado de la Primera enmienda de la constitución de los Estados Unidos en ese país a diferencia de nuestro las normas penales son dictadas por los estados. De esta manera se planteaba una compleja interpretación en el caso de la constitucionalidad de las sanciones penales de las calumnias y las injurias. La Corte Suprema resolvió la cuestión en un fallo polémico que de alguna manera considero que este artículo no estaba vigente.

---

<sup>322</sup> CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL", SEGUNDA EDICIÓN, 1927, PÁGS. 229/230

<sup>323</sup> CORTE SUPREMA FALLOS: 269:189, PÁG. 193, CONSID. 40; 269:195, PÁG. 197, CONSID.

50.

<sup>324</sup> WILLIAM BLACKSTONE. COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND. [1769] TOMO 4º  
PÁGINA 151Y SS.

En el caso **Eduardo Batalla, Fallos Corte: 276:62**, la Corte Suprema sostuvo que:

*Que si las provincias carecen de la atribución de dictar el Código Penal después de haberlo hecho la Nación (art. 108), y ésta a su vez no puede reprimir los delitos cometidos por medio de la prensa porque lo prohíbe el art. 32, se llegaría al absurdo lógico de afirmar que tales conductas, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, serían siempre y en todo caso impunes, conclusión que por su gravedad ha sido finalmente rechazada por la jurisprudencia.*

*La verdadera esencia de la libertad de prensa radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas sin censura o sea sin control previo de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero, no importa la impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos comunes sancionados en el Código Penal.*

Es decir, este fallo acentúa con vigor pleno las disposiciones del Código Penal a la luz de lo establecido en el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional con la modificación que le impusiera la Convención Nacional del año 1860. Debe señalarse que el art. 32 ampara un bien jurídico que forma parte del patrimonio de la vida pública republicana. No se refiere a delinquentes y menos a delitos. Así como el art. 14 de la Constitución Nacional al consagrar los derechos humanos no tiene en cuenta sus vulneraciones, abusos y los delitos en que puede caerse con su ejercicio, en la misma forma el art. 32 garantiza la existencia de un derecho republicano. En el debate de este artículo en la constituyente de 1860 Vélez Sarsfield señala:

*"La reforma importa que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella... El congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural".*

Esta parte era la opinión jurídica sobre la jurisdicción. Más adelante, al explicar lo que entendía la primera parte del art. 32 expresa lo siguiente:

*"La reforma dice aún más: que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta, señores, puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo. Cuando elige un representante no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos, esto sería hacerlos irresponsables... El pueblo necesita conocer toda la administración, observarla, y aun dirigirla en el momento que se separe de sus deberes... Sólo la libre discusión por la prensa puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre las hechos políticos que deben influir en la suerte de un país".<sup>325</sup>*

Señala bien Fiorini refiriéndose este fallo que hay ataques destructores a este derecho republicano cuando se le niega a un núcleo ciudadano por medidas administrativas la publicación de su órgano. Hay corrupción y destrucción cuando las autoridades administrativas discriminan privilegiados avisos oficiales y otorgan la conformidad de la factura según el monto de los elogios que se les prodigue. Hay restricción al derecho republicano de prensa cuando los poderes ejecutivos adquieren, como simples contratos administrativos de suministros, acciones o participaciones en empresas periodísticas de información por radiodifusión. Hay ataque destructor, pese a la simplicidad del acto administrativo, cuando se limita o se imponen trabas desiguales, para obtener "stock" de papel o parcialmente se permite obtenerlos en forma generosa con créditos oficiales. También configura restricción el acto administrativo que emana de un modesto jerarca

---

<sup>325</sup> DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION DEL ESTADO DE BUENOS AIRES ENCARGADA DEL EXAMEN DE LA CONSTITUCION FEDERAL, PS. 91 Y 92



administrativo que prohíbe o retiene la recepción a plaza del certificado aduanero sobre máquinas de imprenta, repuestos o materias de información. Hay vulneración a la libertad de imprenta cuando bajo la aprobación de un acto de investigación, ordenado por superiores ocultos, el modesto estafetero de correo retiene periódicos. Todos estos actos administrativos, cuando son aceptados sin impugnación, terminan perfeccionándose con los monopolios de información oficial o por el manejo discriminatorio de sus directorios que terminan en el servilismo interesado. El remate final lo presenta luego la propiedad de periódicos que sin ser oficiales se adquieren con los fondos que provienen de las arcas fiscales por medio de fáciles créditos<sup>326</sup>.

Esta expresión "**ninguna ley**" trajo problemas de interpretación también en la jurisprudencia los Estados Unidos. Si bien nunca la Corte Suprema aceptó la visión esta norma prohibía toda regulación gubernamental del expresión, alguno de sus miembros como el juez Black tomaron una visión absolutista de la Primera enmienda. Dijo:

*"la frase 'el Congreso no dictará ninguna ley' está compuesta de palabras claras fácilmente comprensibles. El lenguaje es absoluto... los constituyentes mismos establecieron el equilibrio cuando escribieron que los tribunales no tenían el derecho ni el poder que tomar una decisión diferente."*<sup>327</sup>

Esta posición fue sostenida a veces por el juez Douglas. Esta posición es atractiva en cuanto defiende la libertad de expresión no ha sido aceptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos que expresamente declaró que rechazaba la visión que las libertades de expresión y de asociación tal cuales eran protegidas por la constitución fueran absolutas.<sup>328</sup>

## **B. La Libertad de expresión como derecho fundamental.**

No existe una teoría única y universalmente aceptada sobre la libertad de expresión, es que existen diferentes visiones que demuestran por qué la libertad de expresión debe ser considerada como un derecho fundamental. Estas teorías no son mutuamente excluyentes aunque la elección de una teoría particular puede influir en la solución de cuestiones concretas. Las cuatro teorías principales son que la libertad de expresión debe ser protegida para:

1. impulsar el autogobierno,
2. para colaborar en el descubrimiento de la verdad a través del mercado de ideas,
3. para promover la autonomía y
4. para estimular la tolerancia.

El juez Louis Brandeis señaló porque la libertad de expresión debe incluir la protección de estas cuatro ideas. Dijo:

*"quienes ganaron nuestra independencia creyeron que el fin del estado era hacer a los hombres libres para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas de la deliberación debía prevalecer sobre lo arbitrario. Ellos valoraban la libertad tanto como un fin como un medio, creían que la libertad en el secreto de la felicidad y que el coraje era el secreto de la libertad. Ellos creían*

<sup>326</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ A. EL ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN. LA PRENSA REPUBLICANA. LA LEY 141, 221

<sup>327</sup> HUGO BLACK, THE BILL OF RIGHTS, 35 N.Y.U. L. REV. 865. (1960).

<sup>328</sup> KONIGSBERG V. STATE BAR OF CALIFORNIA. 366. U.S. 49.

*que la libertad para pensar cómo deseáramos y de hablar como pensáramos era un medio indispensable para el descubrimiento y difusión de la verdad política; que sin la libre expresión la discusión en una asamblea sería fútil; que con ellas, la discusión obtiene habitualmente una protección adecuada contra la diseminación de doctrinas tóxicas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que la discusión pública es una obligación política; y que éste debía ser un principio fundamental del gobierno. Ellos reconocieron los riesgos a que están sujetas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no puede ser asegurado meramente a través del temor del castigo; que es riesgoso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra la represión, que la represión engendra odio, que el odio amenaza al gobierno estable; que el camino hacia la seguridad yace en la oportunidad para discutir libremente supuestos agravios y remedios propuestos, y que el remedio adecuado para los malos consejos es obtener los buenos."*<sup>329</sup>

## **2. Importancia para el Gobierno democrático.**

La Libertad de expresión es crucial en una democracia, discusiones abiertas entre candidatos son esenciales para que los votantes puedan tomar decisiones informadas en un momento de votar. Es a través de la libertad de expresión que las personas pueden influir la elección de políticas públicas por parte de los gobiernos. Al mismo tiempo, los funcionarios públicos pueden ser controlados a través de las críticas que se efectúan a través de la expresión lo que puede llevar a su reemplazo. La libertad de expresión es una consecuencia de la idea que las cuestiones públicas deben ser decididas por el sufragio universal, ya que un gobierno democrático puede existir solamente si los votantes encuentran la inteligencia, la integridad y la sensibilidad que les permita comprender el bienestar general que debe ser formulado y defendido a través del sufragio. Al mismo tiempo la libertad de expresión permite el control del gobierno, permite conocer y denunciar el abuso de poder por funcionarios públicos y a través de ella los votantes retienen una capacidad de veto que puede ser empleado cuando las decisiones de los funcionarios superan ciertos límites.

La libertad de expresión protege primordialmente la expresión política, pero también incluye la garantía para otras formas de expresión incluyendo el discurso comercial. Se ha dicho "*que la garantía de la expresión y de la prensa no son exclusivas de la expresión política o del comentario sobre los asuntos públicos, aun cuando éstos sean esenciales para un gobierno saludable.*"<sup>330</sup> En gran medida esta protección amplia de la libertad de expresión es debida a la dificultad de definir lo que es el discurso político, porque virtualmente todo discurso desde las caricaturas hasta los anuncios comerciales o aún la pornografía pueden tener una dimensión política. Pero al mismo tiempo la negativa a limitar la libertad de expresión refleja la importancia que ésta tiene sobre temas tan diversos como los debates científicos o la acertada información comercial en el mercado.

---

<sup>329</sup> EN EL CASO WHITNEY V. CALIFORNIA. 274 U.S. 357. EN 1927.

<sup>330</sup> CF. TIME, INC. V. HILL, 385 U.S. 374 EN 1967.

### 3. Libertad de Expresión en el Pacto de San José de Costa Rica.

En el Pacto de San José de Costa Rica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana se insiste en la dimensión social de la libertad de expresión, en cuanto al derecho a acceder al pensamiento ajeno. Quienes están bajo la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento (art. 13), sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. La dimensión individual de la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios; la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. La dimensión social del derecho a la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.<sup>331</sup>

Ambas dimensiones —individual y social—, poseen igual importancia y deben ser garantizadas plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública; es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente; es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

En este punto la Corte Interamericana remite a la Corte Europea de los Derechos Humanos. La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a

---

<sup>331</sup> CORTE I.D.H., 02/07/04, CASO “HERRERA ULLOA V. COSTA RICA”; DEL 06/02/01, CASO IVCHER BRONSTEIN, SERIE C N° 74; DEL 05/02/01, CASO “LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO” (OLMEDO BUSTOS Y OTROS), SERIE C No. 73; Y DEL 13/11/85, CASO “LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA DE PERIODISTAS”, OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85, SERIE A No. 5

la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática; toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.<sup>332</sup>

*Tres preguntas.*

1. Los posibles límites de la libertad de expresión: las calumnias y la pornografía.
2. El límite entre discurso político o de ideas y discurso comercial. Teniendo en cuenta que la peligrosidad del monopolio en política mayor que en el mercado.
3. Los límites de gastos en las campañas políticas.

La libertad de expresión es un bien particular, porque el ejercicio por una persona no disminuye el de otra, en el caso de la libertad de expresión los bienes no son rivales, si una persona utiliza una idea ésta puede ser utilizada sin límites por los demás.

Una externalidad es una transferencia de valor sin pago. Generalmente son negativas. En el caso de la expresión de ideas las externalidades son positivas. Las cantidades de discurso beneficioso son siempre insuficientes. De allí la protección de la libertad de expresión.

Las características económicas de la libertad de expresión fueron señaladas por Alberdi.

*La libertad de publicar por la prensa importa esencialmente a la producción económica, ya se considere como medio de ejercer la industria literaria o intelectual, o bien como garantía tutelar de todas las garantías y libertades, tanto económicas como políticas. La experiencia acredita que nunca es abundante la producción de la riqueza, en donde no hay libertad de delatar y de combatir por la prensa los errores y abusos que embarazan la industria; y, sobre todo, de dar a luz todas las verdades con que las ciencias físicas y exactas contribuyen a extender y perfeccionar los medios de producción.*<sup>333</sup>

#### **4. El libre debate de ideas.**

---

<sup>332</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS: SCHARSACH AND NEWS VERLAGSGESELLSCHAFT V. AUSTRIA (13/02/04); PERNA V. ITALY (06/05/03); DICHAND AND OTHERS V. AUSTRIA (26/02/02); LEHIDEUX AND ISORNI V. FRANCE (23/09/98); OTTO-PREMIER-INSTUT V. AUSTRIA (20/09/94); CASTELLS V SPAIN (23/04/92); OBERSCHLICK V. AUSTRIA (25/04/91); MÜLLER AND OTHERS V. SWITZERLAND (24/04/88); LINGENS V. AUSTRIA (08/07/86); BARTHOLD V. GERMANY (25/03/85); THE SUNDAY TIMES V. UNITED KINGDOM (29/03/79); Y HANDYSIDE V. UNITED KINGDOM (07/12/76)—.

<sup>333</sup> SISTEMA ECONÓMICO Y RENTÍSTICO. *LUZ DEL DÍA*. 1954.

Es eficiente porque el que expresa una idea buena es reconocido, esta ventaja se disipa con el tiempo en la medida que la idea se disemina. La libertad de expresión promueve una competencia vigorosa que estimula la innovación y la diseminación de ideas. De allí que se haya también hablado del libre mercado de ideas.

Al institucionalizar la competencia la democracia hace los cargos públicos inseguros. Los políticos y funcionarios buscan seguridad a través del control de la información. La garantía de libertad de expresión impide a los funcionarios públicos de reducir la competencia política por la restricción de la expresión. De allí que se transfiera la Constitución transfiera la decisión de los órganos políticos a los jueces. El derecho constitucional a la libertad de expresión aumenta la efectividad de la competencia entre los candidatos políticos.

### **. Descubrimiento de la verdad.**

Otro argumento clásico para la protección de la libertad de expresión con un derecho fundamental es que es necesario para el descubrimiento de la verdad. El juez Oliver Wendell Holmes utilizó la poderosa metáfora del "mercado de ideas" y escribió que *"la mejor prueba de la verdad es el poder del pensamiento de ser aceptado dentro de la competencia del mercado."*<sup>334</sup> Su argumento central es que la verdad emergerá con mayor probabilidad de choque entre ideas antes que de otra manera. John Stuart Mill expresó esta idea diciendo que *"el daño característico de silenciar la expresión de una opinión es que se roba a la raza humana, a la posteridad tanto como a la presente generación, particularmente a aquellos que disienten de la opinión más que aquellos que la comparten."*<sup>335</sup> Señaló que en opinión puede ser cierta y puede ser suprimida equivocadamente por aquellos que están en el gobierno, o que la visión puede ser falsa y las personas sólo pueden ser informadas de ello por su refutación. El juez Brandeis aceptó esta visión cuando señaló que *"el remedio eficaz para los consejos dañinos son los buenos [consejos],"*<sup>336</sup> y que *"si hay tiempo para exponer a través de la discusión las falsedades y falacias, de evitar el daño en los procesos de educación, el remedio a ser aplicado es un discurso más amplio y no un silencio impuesto."*

Aunque se pudieran criticar el modelo del mercado de ideas señalando que las personas pueden dejarse guiar por emociones e irracionalidad y dejarse seducir por ideas nuevas pero perversas como son las basadas en el odio racial y la discriminación, las alternativas como serían la determinación por el gobierno de la verdad y la censura de supuestas falsedades, serían mucho peores. El mercado de ideas puede tener inconvenientes pero permitir al gobierno, o a un grupo esclarecido dentro de él decidir qué es lo verdadero y correcto y suprimir lo demás es mucho más grave. Inevitablemente, el gobierno censura la a sus críticos para obtener sus propios beneficios, y aún un gobierno benevolente podrá cometer errores sobre lo que es verdadero y falso. Podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿si aceptar la idea de la competencia en el mercado no es la mejor prueba, cuál es la alternativa? Sólo puede ser la aceptación de un idea por un individuo o un grupo privilegiado mucho menor que el público en general.<sup>337</sup>

<sup>334</sup> EN EL CASO ABRAMS V. UNITED STATES, 250 U.S. 616 EN 1919.

<sup>335</sup> JOHN STUART MILL. ON LIBERTY. [1859] GREAT BOOKS P. 79

<sup>336</sup> EN EL CASO WHITNEY V. CALIFORNIA, 174 U.S. 375.

<sup>337</sup> MELVILLA NIMMER. NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH. 1984, P. 1 A 12.

## 6. Promoción de la autonomía.

La tercera razón expresada en favor de la protección de libertad de expresión con un derecho fundamental es que es un aspecto esencial de la autonomía de la voluntad. Quien asume voluntariamente un discurso está asumiendo una definición de expresión de sí mismo. Quien en un acto público protesta en oposición a una política gubernamental no lo hace con la esperanza de que su discurso cambie esa política, sino que participa en ese acto para definir públicamente su posición en contra del gobierno. Este ejemplo de quien protesta públicamente señala la importancia de la protección de la expresión como forma de autonomía de la voluntad, independientemente de la comunicación efectiva hacia otros y con un objetivo primordial de auto realización.<sup>338</sup>

La protección de la libertad de expresión porque favorece al proceso político o atiende la búsqueda de la verdad enfatiza el valor instrumental de la expresión. Pero al mismo tiempo la protección de la expresión es un aspecto crucial de la autonomía de la voluntad, el juez Thurgood Marshall señaló que la libertad de expresión no sólo sirve las necesidades del sistema político sino también las del espíritu humano, un espíritu que requiere la autonomía en la expresión.<sup>339</sup> Los críticos esta visión señalan que ignora las formas en las cuales la protección de libertad de expresión puede en algunos casos ni nada la autonomía de la voluntad de otros. Por ejemplo en los casos de que haya un discurso de odio racial o religioso que pueda a través de la expresión injuriar a otros.

## 7. Fomento de la tolerancia.

La libertad expresión es un derecho fundamental ya que promueve la tolerancia que es un valor básico en nuestra sociedad. Según expresa Bollinger:

*"mientras que la teoría de la libertad de expresión ha estado tradicionalmente concentrada en el valor de la actividad protegida, el discurso, una visión alternativa busca la justificación observando el disvalor de la respuesta habitualmente intolerante a esa actividad... el principio de la libertad de expresión incluye una actividad especial de extraer un área de integración social para la auto restricción extraordinaria, cuyo objetivo es desarrollar y demostrar la capacidad social de controlar las emociones evocadas en los encuentros sociales."*<sup>340</sup>

La tolerancia es entonces un valor deseable aun cuando no esenciales y la protección de discursos impopulares o desagradables son en sí un acto de tolerancia. Más aún, este modelo favorece el aumento de la visión tolerante dentro de la sociedad.

*La Regla de determinación.*

---

<sup>338</sup> EDWIN BAKER, SCOPE OF THE FIRST AMENDMENT FREEDOM OF SPEECH, 25 UCLA L. REV. 964, EN 1978.

<sup>339</sup> EN PROCUNIER V. MARTÍNEZ, 416 U.S. 396.

<sup>340</sup> LEE BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY: FREEDOM OF SPEECH AND EXTREMIST SPEECH IN AMERICA. 1986. PP. 9 Y SS.

Podemos establecer **una regla de determinación. Para un tipo particular de discurso, la protección constitucional debe aumentar en la medida que aumenten dos variables.**

- (i) **sus externalidades beneficiosas.**
- (ii) **el poder de monopolio creado por la reglamentación.**

En otras palabras, la libertad de expresión debe profundizarse si las consecuencias del discurso público son beneficiosas para todos. Pero también cuando la reglamentación de una actividad haya hecho que la participación de las personas en ella sea limitada. Cuanto más regulada sea una actividad mayor debe ser la posibilidad de informarse sobre ella.

La libertad de expresión es necesaria en la organización política democrática,

*tiene por función política, mediante la información, transmitir la voluntad de los ciudadanos a los gobernantes, permitir a aquéllos vigilar el funcionamiento del gobierno, servir de escudo a los derechos individuales contra los excesos de los funcionarios y hacer posible a cualquier ciudadano colaborar con la acción de gobierno, y como función social, contribuir mediante la crónica a dar noticias de la ciencia, la cultura, la educación, el deporte y el entretenimiento, los acontecimientos cotidianos y cuanto ocurre en el mundo que nos rodea y que tenga interés público.* <sup>341</sup>

La libertad de expresión es necesaria para asegurar la ética pública,

*La ética pública es cosa pública, de modo tal que en una sociedad en la que los individuos no pueden observar personalmente todos los actos de su gobierno, éstos -necesariamente- deben ser conocidos a través de la prensa, en ese cometido, esta última cumple un rol estratégico y esencial para la auténtica vida democrática y la posibilidad del debate público, su deber es el de informar al soberano, proporcionando el conocimiento de cómo actúan sus representantes, administradores, funcionarios o figuras públicas; si han cometido hechos que deben ser sometidos a investigación; si han incurrido en abusos, desviaciones, excesos o irregularidades* <sup>342</sup>

## **Los límites de la libertad de expresión.**

### **A. El conflicto con otros derechos. Introducción.**

---

<sup>341</sup> CORTE SUP., FALLOS 324: 4433 - GUAZZONI

<sup>342</sup> CORTE SUP., FALLOS 327:138 - COSSIO

El ejercicio de los derechos constitucionales es absoluto hasta que enfrentan otros derechos ejercidos por otros habitantes. Es decir encuentran sus límites cuando entran en conflicto con otros, la libertad de expresión, aun cuando amplia encuentra así límites:

*El ejercicio del derecho a la libertad de expresión no es absoluto puesto que no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía que debe guardar con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas.<sup>343</sup>*

El debate sobre los límites de la libertad de expresión coincide con las vicisitudes de la libre expresión de ideas en una sociedad democrática.

*Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal.<sup>344</sup>*

Con el enfrentamiento político y las situaciones de emergencia como los conflictos bélicos aparecen las primeras tensiones a la libertad de expresión. Así aparecen limitaciones en el caso de la libre expresión durante conflictos bélicos. En el caso *Schenck vs. United States* 249 U.S. 47 (1919), En su opinión el ministro Oliver Wendell Holmes expresó lo que se convertiría en su famosa expresión sobre el **peligro claro y actual** (*Clear and present danger*) para determinar los límites de la protección de la primera enmienda del discurso político. El análisis de Holmes consideró el contexto del discurso así como la intención de las personas que enviaron los panfletos.

***“La cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas se usan en tales circunstancias y tienen esa naturaleza de crear un peligro claro y actual que traerá los males sustantivos que el Congreso tiene derecho a prevenir”*** (p. 52).

Holmes **distinguió los contextos de paz y de guerra** y concluyó que las palabras de Schenck constituían un mal ya que la ley aplicaba para conspiraciones así como obstrucción presente de lo militar. Bajo la ley la acción no tenía que ser exitosa para violar la ley. Su análisis no explicó, sin embargo, porqué el Congreso podía prohibir una conspiración de palabras en primer lugar.

En la opinión de Holmes se sostiene que en tiempos habituales la opinión del Partido Socialista hubiera tenido un derecho basado en la Primera enmienda para distribuir sus panfletos.

***“Pero el carácter de cada acto depende en las circunstancias en que es realizado. La más estricta protección de la libertad de expresión podría proteger a un hombre que falsamente gritara fuego en un teatro y causara pánico.”***

Con una Nación en guerra el Congreso tenía el legítimo y urgente interés de prevenir que el reclutamiento de soldados fuera obstruido y la conducta de Schenck tenía tanto la intención como la tendencia de obstruir ese reclutamiento. La prueba propuesta por Holmes de peligro claro e actual requiere que la probabilidad sea elevada, aunque no tan evidente como en un teatro lleno de gente en el que se grita falsamente ¡fuego! El daño, también, debe ser inminente. Cuanto mayor es la probabilidad que ocurra, mayor es el daño esperado y por lo tanto mayor la justificación de prevenir el discurso que crea el

---

<sup>343</sup> CORTE SUP., CASO DÍAZ VOTO DE LOS DRES. BELLUSCIO Y BOSSERT.

<sup>344</sup> CORTE SUP., FALLOS: 326:4136 - BAQUERO LAZCANO



peligro. La probabilidad es mayor cuanto más claro, es decir más cierto, y más inmediato es el daño. Podemos agregar la **magnitud** del daño como dato relevante.

La inmediatez del daño trae una importancia adicional, cuanto más inmediato es el daño es menos posible confiar en la **competencia entre distintos oradores** y otras formas de información para prevenir el daño. Existe una **falla del mercado de ideas** cuando el discurso peligroso ocurre en circunstancias en que **no es posible un contra discurso**, una forma de competencia que protege los intereses de la audiencia de la misma manera que la competencia en los mercados protege a los consumidores. Por lo tanto, como dice Sunstein, sin una muestra de **probable, inmediato y grave daño el gobierno no puede reglamentar el discurso político**.<sup>345</sup>

Holmes utilizó la metáfora del mercado para expresar la idea de la libertad de expresión en una disidencia escrita meses después de este caso. Dijo que una idea es verdadera solamente si prevalece sobre otras ideas en el mercado de ideas.<sup>346</sup> Por lo tanto, el gobierno restringe el conocimiento de la verdad si suprime la competencia de ideas.

El escepticismo de Holmes en estos casos no era que la verdad fuera indeterminable, sino que era determinada a través de la competencia que se logra a través de la libertad de expresión y es eliminada por la censura. Posner establece como corolario de esta idea que, cuando la determinación de la verdad no requiere de un proceso competitivo, como es el caso de la propaganda y de las calumnias, la argumentación a favor de las limitaciones a la libertad de expresión es mucho más fuerte.<sup>347</sup>

Finalmente en el caso **Brandenburg vs. Ohio 395 U.S. 444 (1969)** la Corte Suprema estableció que la libertad de expresión no permite a los gobiernos de los estados

*‘prohibir o proscribir la propuesta del uso de la fuerza o del incumplimiento de la ley a menos que esa propuesta fuera dirigida a incitar o producir un acción ilegal inminente y que tenga la probabilidad de incitar o producir esas actividades.*

### ***El conflicto con el derecho al honor.***

¿Hasta donde existe una obligación de certeza por parte de la prensa al informar? La certeza absoluta es imposible, y al mismo tiempo la respuesta variará si las noticias se refieren a personas públicas en su actividad pública o simplemente de personas privadas. En este último caso la protección es mayor porque no afecta la función que tiene la prensa de las libertades públicas y el buen gobierno.

*La libertad de expresión no comprende tan solo la tutela de las afirmaciones "verdaderas", sino que se extiende a aquellas que, aún no correspondiéndose con la*

---

<sup>345</sup> CASS SUNSTEIN. DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH. 1993. P. 122.

<sup>346</sup> ABRAMS V. UNITED STATES, 250 US 616, LA IDEA ORIGINAL ES DE CHARLES SANDERS PIERCE EL FUNDADOR DEL PRAGMATISMO. POR SUPUESTO LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE VERDAD ES RELATIVA, YA QUE TODA VERDAD ES SIEMPRE APROXIMADA.

<sup>347</sup> RICHARD POSNER, FRONTIERS OF LEGAL THEORY . HARVARD UNIVERSITY PRESS. 2001. P. 86.

*realidad, han sido emitidas en una forma tal que no merece un juicio de reproche de suficiente entidad.* <sup>348</sup>

Si bien la Constitución prohíbe la censura previa en la publicación de ideas, ello no excluye que se deba resarcir el daño en los casos que la información de prensa haya sido falsa. En estos casos cuando existe un abuso ya sea cometido por delitos penales o por ilícitos civiles, existe la obligación de una adecuada reparación.

### **Caso Campillay, Julio César c/La Razón, Crónica y Diario Popular"**

**5º) Que, no obstante, el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles.** Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en el sentido amplio expuesto en el considerando precedente, tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. **La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas** (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional). *verse afectado a través de los delitos de injurias o calumnias cometidas por medio de la prensa (art. 113 del Código Penal), toda vez que puede existir injustificada lesión a este derecho que resulte de un acto meramente culpable o aun del ejercicio abusivo del derecho de informar por lo que el propietario o editor del periódico que da a conocer las falsas imputaciones no puede quedar exento -al igual que cualquier habitante de la Nación- de la responsabilidad civil emergente de tales actos (art. 1109 del Código Civil)...*

**7º) Que, en el sub lite, las noticias en cuestión aparecen plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor,** quien es calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres. Tal proceder de los diarios demandados, implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas -admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud- imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito, como bien lo señaló el *a quo*.

**8º) Que el hecho de que tales publicaciones se hayan limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial respectivo -al margen de la responsabilidad de dicha autoridad, extraña al marco del proceso- no excusa la atribuible a los editores involucrados, toda vez que éstos hicieron "suyas" las afirmaciones contenidas en aquél, dándolas por inexcusablemente ciertas pese a que un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído ni juzgado por la autoridad judicial interviniente, la que concluyó, a la postre, con un sobreseimiento definitivo a su respecto.**

<sup>348</sup> CORTE SUP., 27/12/1996 - RAMOS, JUAN JOSÉ V. LR3 RADIO BELGRANO Y OTROS.

## ***Las personalidades públicas, el requisito de la real malicia.***

En los casos de personalidades públicas que intentan querellar a un ciudadano crítico de sus actividades se plantea un conflicto de reconciliar el interés del funcionario público demandante por mantener su reputación, frente a la libertad de expresión del ciudadano crítico. En este último caso hay un interés general de mantener la extensión de la libertad de expresión particularmente en cuanto a los actos de personalidades públicas, es por ello que se exigió un requisito particular para que este tipo de querellas tengan éxito, la llamada 'real malicia'.

### **El caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)**

*La Corte sostuvo,*

*Un Estado no puede bajo la primera o décimo cuarta enmienda conceder indemnización a un funcionario público por falsedad calumniosa referida a su conducta oficial a menos que pruebe la "malicia actual" que la comunicación fuera realizada con conocimiento de su falsedad o con una negligente (reckless) desconsideración sobre si era verdadera o falsa. (P. 265.)*

*..(b) la expresión no pierde su protección constitucional a la cual tiene por otra parte derecho, porque aparece en forma de un aviso pagado. P. 265.*

*(c) El error de hecho, el contenido difamatorio de la reputación del funcionario, o ambos son insuficientes para conceder indemnización por declaraciones falsas a menos que exista "actual malicia", el conocimiento que las declaraciones son falsas o en una desconsideración negligente de la verdad, que sea alegada y probada. P. 279.*

En el caso ***Jorge Vago c. Ediciones La Urraca S.A.*** Fallos 314:1517 la acción (por daño moral) había sido planteada en términos de derecho común; y que la cuestión, en lo esencial versaba sobre una cuestión de hecho. Sin embargo la Corte cita la doctrina de la 'real malicia'. 11) *La doctrina de la "real malicia", elaborada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica. Su origen se encuentra en el fallo dictado por la Suprema Corte norteamericana en el caso "New York Times C. vs. Sullivan (376 U.S. 255; 1964) y sus complementarios, Se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron "con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas". El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso particulares --que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que se trata la información-- su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa. En consecuencia, el derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara,*

*sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar. Los delitos no pueden quedar impunes por el solo hecho de que se ejecuten por medio de la prensa. Pero a la vez la prensa no puede abandonar su función de factor esencial para el esclarecimiento de la conducta de los funcionarios, sobre todo en países que, como el nuestro, carecen de un órgano institucionalizado que asuma prioritariamente la defensa de aquellos intereses calificados como difusos. De tal manera que, en la práctica, actúa como un medio de contralor de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y las instituciones republicanas"*

### **El caso "Ramos J. c. LR3 Radio Belgrano y otros" y la doctrina de la real malicia.**

En esta causa, la Corte adopta expresamente la doctrina de la real malicia: cinco de los nueve jueces suscribieron el mismo voto mayoritario, en que se ratifica el estándar de la real malicia, o malicia actual. Aunque también coincidieron en un punto esencial: el demandado no había probado que la noticia transmitida emanaba de una fuente.

### ***Libertad de expresión e intimidad.***

La libertad de expresión se encuentra habitualmente en conflicto con el derecho a la intimidad, en particular con las acciones privadas de las personas que se encuentran estrictamente protegidas por la Constitución. La protección en ese conflicto es mayor en el caso de personas privadas que no tienen contacto con la actividad pública, ya que en estos casos se trata de una violación grave a su deseo de mantener su intimidad. La situación es más compleja en los casos de actividades privadas de personalidades públicas, ya que en estos casos puede existir un interés social de conocer todos los detalles de la personalidad de un político o gobernante. Sin embargo, pueden existir límites en los casos de personalidades públicas que en ciertas circunstancias tengan pleno derecho a mantener su privacidad, en casos en que la comunicación de circunstancias de su intimidad no tenga ningún valor social que lo redima.

### **Caso Indalia PONZETTI DE BALBIN v. Editorial ATLÁNTIDA S.A.**

A raíz de que la revista "Gente y la actualidad" publicó en su tapa del número 842, del 10 de septiembre de 1981, una fotografía que retrataba al doctor Ricardo Balbín agonizante, en el interior de la sala de terapia intensiva de la clínica en la cual era atendido de su grave dolencia, su esposa e hijo iniciaron la presente demanda sobre daños y perjuicios contra Editorial Atlántida S.A., fundadora y propietaria de la citada revista, con el objeto de resarcir el sufrimiento, la perturbación de su tranquilidad y la mortificación causada

por la violación de su intimidad. El artículo 1071 bis, introducido en el Código Civil<sup>349</sup>, dispone:

*"El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado; y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".*

*Buenos Aires, 11 de diciembre de 1984.*

*Vistos los autos: "Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A. s/daños y perjuicios".*

**5º) Que en el presente caso, si bien no se encuentra en juego el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14 de la Constitución Nacional) sino los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional) corresponde establecer en primer término el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos....**

***el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.***

**9º) Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión. Máxime cuando con su conducta a lo largo de su vida, no ha fomentado las indiscreciones ni por propia acción, autorizado, tácita o expresamente la invasión a su privacidad y la violación del derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones.**

### ***El derecho a réplica.***

El derecho a réplica es la posibilidad que tiene una persona que fuera mencionada en una noticia periodística de la posibilidad de dar su versión sobre los hechos si la información

---

<sup>349</sup> POR LA LEY 21.173 DEL AÑO 1975.

dada es falsa o injuriosa. El debate se concentra en cuanto a si el derecho a réplica se limita a los casos de información falsa que afecta a una persona o también a los casos de opiniones o ideas. El fundamento del derecho a réplica es si la existencia de empresas de comunicaciones limita la posibilidad de acceso a la información correcta por parte de los particulares y éstos requieren de la posibilidad por vía judicial de corregir los errores informativos. En el Pacto de San José de Costa Rica se estableció el derecho de respuesta:

*Art. 14.1 Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*

## **Caso MIGUEL ANGEL EKMEKDJIAN v. GERARDO SOFOVICH y OTROS**

El profesor Ekmekdjian lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos, promovió acción de amparo contra Gerardo Sofovich, para que se lo condenara a leer en el programa "La Noche del Sábado", -que se emitía por el canal 2 de televisión-, una carta documento que le remitiera contestando a Dalmiro Sáenz, quién expresó frases que consideraba agraviantes en relación a Jesucristo y a la Virgen María, en la audición del Sábado 11 de junio de 1988. Que, como la carta no fue leída, debió iniciar juicio de amparo, fundado en el derecho de réplica que, según su criterio, le concede el art. 33 de la Constitución Nacional y el art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica.

*23) Que, el derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron. En cuanto a su encuadre jurídico, no se reduce a los delitos contra el honor ni requiere el ánimo de calumniar o de injuriar, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva. No se trata de la querrela por calumnias o injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios. La información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones y la justicia tiene el deber de permitirle defenderse con inmediatez y eficacia. Se trata de una garantía para la efectiva protección de la dignidad humana, de la que forman parte la honra, la reputación y la privacidad afectadas por informaciones inexactas o agraviantes emitidas a través de una publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión (art. 14, 1 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica).*

*Es decir, que así como todos los habitantes tienen el derecho de expresar y difundir, sin censura previa, su pensamiento -ideas, opiniones, críticas- por cualquier medio de comunicación; así también todo habitante - que por causa de una información inexacta o agravante sufra un daño en su personalidad- tiene derecho a obtener mediante trámite sumarísimo una sentencia que le permita defenderse del agravio moral mediante la respuesta o rectificación, sin perjuicio del ejercicio de las restantes acciones civiles y penales que le pudieren corresponder.*

### **. La doctrina del foro público.**

La pregunta que se plantea es ¿Hasta que punto puede el gobierno regular a quienes quieren organizar marchas en espacios públicos, como calles o parques, para expresar sus

ideas? ¿Cómo se resuelve el conflicto con quienes desean circular por esos espacios públicos?

Si bien el tema ha sido tratado por la Corte Suprema de Estados Unidos desde los años '30 podemos mencionar el caso de los Testigos de Jehová que reseña la doctrina al respecto.

### **Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc., c. Village of Stratton 536 U.S. 150.**

Una congregación religiosa impugnó la ordenanza del municipio de Stratton -EE.UU.- que prohibía el ingreso a viviendas privadas para promocionar cualquier causa - comercial, política, religiosa, etc.- sin contar con autorización municipal, la que se supeditaba al correcto llenado de un formulario. La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que dicho régimen violaba la libertad de expresión establecida en la Constitución federal.

## **Formas de expresión diferentes al discurso político.**

### ***A. El discurso comercial.***

La forma principal del discurso comercial es la propaganda, la propaganda aumenta la demanda de ciertos bienes a través de la oferta de información y de la alteración de los gustos. La oferta de información a través de la propaganda promueve la competencia mientras que la regulación del debate comercial puede suprimirla. Los grupos comerciales y también profesionales buscan muchas veces “rentas” induciendo a la administración a imponer límites en la publicidad y otras formas de discurso comercial. Esta fue la razón por la Corte Suprema de EE.UU. declaró inconstitucional la prohibición que efectuaban los colegios de abogados a sus asociados de publicitar sus servicios. Luego que las restricciones fueran eliminadas los abogados comenzaron a publicitar sus servicios lo que intensificó la competencia y facilitó el acceso de los servicios jurídicos al público.

Sin embargo, el discurso comercial tiene una protección menor que el discurso político. La teoría económica de la libertad de expresión provee una justificación para proteger al discurso político con mayor énfasis que el comercial. Mientras que la libertad de expresión promueve la competencia en la actividad política y en el comercio, los dos tipos de protección difieren en importancia. Dado el monopolio estatal de la fuerza, la competencia por los cargos públicos es más importante que la competencia en el mercado de un determinado producto. **El riesgo para la democracia de la pérdida de la competencia política plantea un peligro mayor para el público que el riesgo de monopolio en algunos mercados.**

La segunda razón concierne a la diferencia entre bienes públicos y privados. Los bienes privados generalmente afectan a quienes los consumen y producen, la mayoría de los beneficios de la publicidad son utilizados a quienes consumen un producto y a quienes los

publicitan y venden, pero a terceras partes. En este sentido, la propaganda se asemeja a un bien privado con pocos beneficios externos, pero no a un bien público con muchos beneficios externos. En cambio, la legislación tiene efectos generales sobre la sociedad. Las mayores externalidades del mercado político sobre las que existen en los mercados de bienes justifican una protección constitucional mayor del discurso político que en discurso comercial.

## **1. El caso Virginia. Pharmacy Bd. vs. Virginia Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976)**

Los apelantes, como consumidores de medicamentos bajo receta demandaron a la Comisión de Farmacias del Estado de Virginia y a sus miembros individuales, que ahora apelan, atacando la validez bajo la Primera y decimocuarta enmienda, de la ley de Virginia que declara que es una conducta no profesional de un farmacéutico licenciado, la de hacer propaganda de los precios de los medicamentos bajo receta. Un panel de tres jueces en la primera instancia declaró a la ley nula y prohibió a los apelantes aplicarla.

Dijo la Corte Suprema,

*2. El “discurso comercial” no está totalmente fuera de la protección de las enmiendas Primera y Décimo cuarta, la ley de Virginia es por lo tanto nula. (p. 761).*

*(a) Que **el interés de quién hace la propaganda sea puramente económico no lo descalifica de la protección** de las enmiendas Primera y Décimo cuarta. Tanto el consumidor individual como la sociedad pueden tener fuertes intereses en el libre flujo de la información comercial. P. 762.*

*(b) La prohibición de la propaganda de los precios de los medicamentos bajo receta no puede ser justificado sobre la base del interés del Estado en mantener el profesionalismo de sus farmacéuticos licenciados, el Estado tiene la libertad de exigir los estándares profesionales que desee de sus farmacéuticos y los puede subsidiar y proteger de la competencia por otros medios, pero **no puede hacerlo manteniendo al público ignorante de las condiciones legítimas que los farmacéuticos en libre competencia ofrecen.***

*(c) Cualquiera fueren los límites de tiempo, lugar y forma que pudieran restringir al discurso comercial, son claramente superados por la ley de Virginia que identifica a un discurso de contenido particular y busca impedir completamente su difusión.*

*(d) Ningún reclamo se ha hecho que las propagandas de medicamentos bajo receta hubieran sido falsas, engañosas o que propusieran transacciones ilegales, y el Estado no puede impedir la diseminación de información reconocida como correcta sobre una actividad completamente legítima, solamente por el temor de los efectos de la información sobre sus difusiones y receptores. P. 771*

## **B. Las exhibiciones obscenas.**

Tomemos el ejemplo extremo de un discurso valuado privadamente, la pornografía. Los consumidores de pornografía valúan el placer que les produce y están dispuestos a pagar un precio, a veces elevado por ella. Muchas personas, sin embargo, consideran que la pornografía crea externalidades negativas y no positivas. Por ejemplo, quienes consideran



que promueve la violencia hacia las mujeres.<sup>350</sup> Si este fuera el caso, el caso para la protección constitucional de la pornografía es débil en comparación con el discurso comercial o el discurso político. El problema principal es la exposición involuntaria, es decir no buscada, al discurso obsceno o pornográfico. Como la contaminación, la exposición involuntaria a imágenes que el observador considera objetables es una externalidad. Como la economía respeta las preferencias de los individuos, sus sentimientos determinan los costos sociales de la observación de pornografía en forma involuntaria.

Una situación diferente es la del discurso pornográfico en privado. En ese caso sería parte de una acción privada fuera de la autoridad pública. Siempre que no perjudicara a un tercero, lo que excluiría la participación forzada o de menores.

### ***C. La televisión de cable y la protección de menores.***

¿Qué límites tienen los operadores de televisión por cable que emiten principalmente programas de contenido sexual? ¿Puede solicitárseles que bloqueen dichos canales en forma completa, o en su defecto se limiten a transmitir dicha programación dentro del horario establecido por la reglamentación administrativa? O ello constituye una restricción significativa de las comunicaciones entre quienes se expresan y los adultos que desean recibir ese medio. Se analizó en el caso

United States v. Playboy Entertainment Group, 529 U.S. 803 (2000)

La Corte Suprema consideró que no había elementos suficientes de daño presentados por el gobierno para limitar la actividad del canal de televisión por cable.

*Cuando se debe comprobar que la Primera Enmienda está siendo cumplida, es el Gobierno, y no el ciudadano, el que debe soportar la carga del riesgo de no convencer -que siempre está presente en los juicios-.*

*El Gobierno ha presentado solamente pruebas de casos aislados que se produjeron en más de 16 años desde 1982 cuando Playboy comenzó su programación. El Gobierno no ha presentado pruebas que consistan en encuestas o estudios sobre la magnitud del "problema"...*

*Si los programas de televisión pueden exponer a los niños al riesgo real de una exposición de programas con material indecente que les ocasione perjuicios, aún en sus hogares y sin el consentimiento de los padres, hay un problema que el Gobierno puede tratar. Sin embargo, debe hacerlo de manera consistente con los principios de la Primer Enmienda. El Gobierno no ha cumplido con la carga impuesta por la Primer Enmienda.*

### **El discurso límite y la ironía.**

¿Existe un límite a la ironía en el discurso? Nos plantea la situación del discurso enfurecedor, cuando el mensaje plantea una situación que podría ser considerada de mal gusto extremo. ¿Conserva en estas circunstancias el carácter de un discurso de ideas

---

<sup>350</sup> CATHERINE MACKINNON. FEMINISM UNMODIFIED. HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1987. EN GENERAL EL DISCURSO FEMINISTA EN ESTE PUNTO ES MUY FIRME AUNQUE LA EVIDENCIA PRESENTADA ES ESCASA MÁS ALLÁ DE ANÉCDOTAS.

protegido? Esta cuestión se planteó en el caso *Hustler v. Falwell* que tuvo una larga difusión e incluso una versión cinematográfica que consideró que el discurso irónico estaba protegido constitucionalmente aunque fuera 'enfurecedor'. El caso se refería a personas públicas como era el caso del Rev. Jerry Falwell. El precedente es también un compendio de la doctrina de la libertad de expresión.

### **El caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988)**

*En términos generales la ley no se refiere a la intención de infligir daño emocional como algo que debe recibir mucha atención, es bastante comprensible que muchas sino todas las jurisdicciones hayan elegido hacer civilmente responsables cuando la conducta en cuestión es suficientemente "enfurecedora". Pero en el mundo del debate sobre asuntos públicos, muchas cosas hechas con motivos que son menos que admirables están protegidos por la primera enmienda.*

*Si pensáramos de otra manera, no habría duda que los caricaturistas políticos y satíricos serían condenados a sentencias de indemnización sin ninguna demostración que su trabajo falsamente difamó a su sujeto... Lo atractivo de una caricatura política está basado muchas veces en la explotación de los rasgos físicos desafortunados o en acontecimientos políticamente embarazosos, una explotación muchas veces calculadas para injuriar los sentimientos del sujeto del retrato. El arte del caricaturista es a menudo no razonado ni equilibrado, pero lacerante y parcial...*

### ***La libertad de expresión y la publicidad gubernamental.***

El manejo discrecional de la publicidad gubernamental fue analizado por la Corte Suprema en el fallo **Editorial Río Negro S.A. v. Provincia del Neuquén** 14 de noviembre del 2007. En el caso la empresa editora del diario "Río Negro" promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la provincia de Neuquén, para que cesara 'la arbitraria decisión' de privar al diario y a sus lectores "de la publicidad oficial de los actos de gobierno de esa provincia y restituya la distribución de la publicidad oficial que se le atribuía normalmente. Atribuía esa discriminación a la publicación de una denuncia contra el gobierno de esa provincia.

*Dijo la Corte Suprema:*

*Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales:*

- 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios;*
- 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.*

## **La libertad de enseñar y aprender.**

En la Constitución la educación encuentra distintos tratamientos:

1. es un derecho fundamental de las personas; el artículo 14 establece que todos los habitantes gozan del derecho de enseñar y aprender;
2. es una competencia reconocida a las provincias y hay un proceso de transferencia de establecimientos educativos del ámbito nacional a las provincias; y es también
3. atribución del Congreso.

El artículo 75 dispone, en este sentido que el Congreso debe proveer lo necesario para el progreso de la ilustración; dictando planes de instrucción general y universitaria y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de valores democráticos y la posibilidad sin discriminación alguna, garantizando los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

La política educativa establecida en la constitución incluye el desarrollo integral de las personas; el derecho de cada persona de recibirla y deber gubernamental de proveerla; y como reflexión crítica del educando y la salida laboral. Esto incluye la libertad de cátedra tanto como derecho del estudiante como de su profesor, en este sentido el pluralismo es el criterio unificador de las normas constitucionales.

### ***Autonomía universitaria.***

La lucha por la autonomía de la Universidad ha tenido una larga extensión durante todo el siglo XX. Fue núcleo de esa idea la consideración que las universidades nacionales no podían ser consideradas como parte de la administración pública y estar sujetas a las decisiones de cualquier rama del gobierno nacional. Producto de ese reclamo iniciado en el movimiento de la Reforma Universitaria es el artículo 75 inc. 19 que entre las atribuciones del Congreso establece que las leyes de educación deberán garantizar ***'la autonomía y autarquía de las universidades nacionales'***.

Tal como lo ha expresado el ministro Fayt en el caso *Mocchiutti, Juan c/ U.N.C. s/ contencioso administrativo*, sentencia del 4 de Noviembre de 1997

*Siguiendo el ideario trazado en nuestro país a partir de 1918 por el movimiento de la "reforma universitaria" se reconoce no sólo la libertad académica y de cátedra, sino la facultad de las altas casas de estudios de redactar por sí mismas sus estatutos, determinando el modo en que se gobernarán, designarán su claustro docente y personal administrativo y sus autoridades.*

La autonomía universitaria supone que las Universidades nacionales deberán darse sus propias normas de organización y que elegirán sus autoridades sin la participación o influencia del gobierno nacional. Esto no solo de las autoridades políticas sino también de

una decisión judicial. Extraer la elección de las autoridades universitarias de la decisión de los claustros para judicializarla es una forma grosera de burlar la autonomía proclamada en años de luchas de todos los integrantes de la comunidad universitaria.

Nuevamente fue expresado por el Ministro Carlos Fayt

*La "autonomía universitaria" implica no sólo la libertad académica y de cátedra en las altas casas de estudio, sino la facultad que se les concede de **redactar por sí mismas sus estatutos, determinando el modo en que se gobernarán, designarán su claustro docente y personal administrativo y sus autoridades.*** Jurío, Mirta Luisa c/ UNLP. s/ daños y perjuicios. Sentencia del 5 de Agosto de 1993

### ***La libertad de ocupación y la educación***

El acceso a la educación está íntimamente asociado a la libertad de educación. Supone la libre elección por parte del estudiante de los conocimientos y habilidades que desempeñará en una actividad profesional futura. Esta unión entre ocupación, profesión o comercio con el necesario entrenamiento previo ha sido realizada en el derecho constitucional alemán.

El artículo 12 inciso de la Ley Fundamental declara “*Todos los alemanes tendrán el derecho de elegir libremente su ocupación, profesión o comercio, su lugar de trabajo y el lugar de su entrenamiento.*”, lo que unifica la elección de una educación y las consecuencias profesionales que en el futuro tendrá esa selección.

El principal precedente constitucional sobre este tema es el **Caso de Farmacias de 1958 decidido por el Primer Senado de la Corte Constitucional de Alemania.**

En la jurisprudencia la Corte constitucional federal estos derechos están organizados como fundamentales no solo por su valor en la promoción del crecimiento económico sino también por su valor moral intrínseco. Más aun la Corte ha estado cercana a desarrollar una filosofía de trabajo coherente. En este sentido el trabajo no es considerado completamente como medio para ganarse la vida sino como el fundamento de la personalidad humana, el trabajo es una vocación así como un empleo y necesario para la propia realización, aunque estos derechos como la mayoría de los que están bajo la ley fundamental están sujetos a la reglamentación por la ley.

### **El Caso de las Farmacias de 1958: 7 BVerfGE 377**

Este caso era referido a una restricción establecida por el estado de Baviera el número de farmacias autorizadas en cada comunidad. La ley de farmacias del estado proveía que la autorización para licencias adicionales era posible si las nuevas farmacias fueran viables comercialmente y no causaran daño económico a otros competidores.

Dijo en su fallo el Primer Senado:

*Porque no es totalmente claro que desventajas directas para el público en general resultará cuando un aspirante profesional y moralmente calificado ejerce su ocupación, la legislatura no será capaz habitualmente de mostrar una conexión entre la limitación de una elección ocupacional y el*

resultado deseado. En esas situaciones el peligro de motivaciones legislativas inaceptables está presente. En este caso aparece que **la legislatura intenta imponer restricciones a la admisión con el objetivo de proteger a los farmacéuticos existentes de una mayor competencia, un motivo que, por el consenso generalizado, nunca puede justificar una restricción a la libertad de escoger una ocupación.** Este medio crudo y brutal de impedir a aplicantes profesional, y presumiblemente, moralmente capacitados de ejercer una profesión viola el derecho individual de escoger una ocupación, fuera de cualquier posible conflicto con el principio de igualdad.

## **EL DERECHO DE ASOCIARSE.**

### Discriminación en las asociaciones.

Respecto al derecho de asociarse se plantea la cuestión si clubes pueden discriminar en su integración, prohibiendo el ingreso de mujeres, o estableciendo requisitos tortuosos para su ingreso como polillas negras que impidan el ingreso de personas en forma discriminatoria. En los Estados Unidos la Corte Suprema invocando el derecho a la libertad de asociación a prohibido la discriminación al ingreso de personas en clubes basados en el género o la raza. En este caso la Corte Suprema ha desarrollado una política consistente de apoyar las normas que impiden esa discriminación. Esto fue analizado particularmente el caso

### **Roberts v. United States Jaycees de 1984. 468 U.S. 609.**

En este caso se trataba de la aplicación de una ley del estado de Minnesota que requería que los clubes admitieran mujeres como miembros, incluyendo la Cámara Junior de comercio de Minnesota (Jaycees). La Corte Suprema reconoció dos tipos de libertades de asociación que merecían la protección constitucional. El primer grupo estaban las relativas al matrimonio, la procreación, la contracepción y a la familia e hijos. El segundo tipo estaba la libertad de asociación relativa a las actividades de expresión. El caso se refería al segundo tipo que incluía el de libertad asociación relacionada con la expresión de ideas e intereses colectivos. El derecho de sucesión no era absoluto sin embargo, podía ser superado por un interés gubernamental importante como es el interés de evitar la discriminación por género. En un voto separado la juez Sandra O'Connor señaló que las asociaciones podían dividirse racionalmente entre **asociaciones expresivas y no expresivas. Clubes y cámaras empresarias eran esencialmente asociaciones no expresivas, por lo que una mayor capacidad regulatoria o el gobierno era justificada**, como en el caso de la aplicación de la ley de derechos humanos de Minnesota que buscaba evitar la discriminación.

Decisión similar fue tomada en el caso:

### **Board of Directors of Rotary Internacional v. Rotary Club of Duarte de 1987.**

En este caso se trataba de un Rotary Club que no admite mujeres la Corte Suprema consideró que la exclusión de miembros femeninos no podía ser protegida constitucionalmente debido al objetivo público detrás en las actividades del club y al hecho que los clubes permitían la participación de extranjeros e inclusive aceptaban comunicaciones públicas sobre sus actividades.

## *Asociaciones Discriminadas.*

¿Qué ocurre cuando la discriminada es la asociación? Es decir, no las personas que no pueden incorporarse a una asociación sino que se niega la posibilidad de existencia de una asociación.

En el caso **Asociación Lucha por la Identidad Travesti c. Inspección General de Justicia, Fallos 329:5266. LA LEY 04/12/2006**, 5 Este fallo Establece el criterio o del pleno reconocimiento del derecho establecido en el artículo 14 con la limitación señalada en la prohibición de dañar a un tercero del artículo 19. Constituye una negación de las formas de moral perfeccionista. La Corte Suprema hace en este fallo una lectura contractualista de la Constitución, al mismo tiempo un reconocimiento de su función de protección de las minorías discretas e insulares.

*10) Que a fin de definir cuál es el contorno mínimo de la utilidad constitucionalmente exigible para tutelar el derecho de asociarse no parece discutible, en un estado de derecho, la posibilidad que tienen los ciudadanos de fundar una persona jurídica con plena personería para actuar colectivamente en un ámbito de su interés. De ahí, pues, que el modo en que esta libertad de asociación es consagrada por la legislación nacional y, sobremanera, aplicada en la práctica por las autoridades, sea uno de los indicadores más seguros de la salud institucional de la democracia.*

## **LA LIBERTAD DE REUNIÓN.**

Si bien este derecho no está mencionado expresamente en la Constitución fue reconocido por la Corte Suprema en el caso Arjones de 1941.

### **Caso Arjones, Armando y otros Fallos 191:197. LA LEY 24, 580.**

Varias personas fueron detenidas mientras se encontraban reunidas sin permiso ni autorización de la policía, en un local en el que se llevaría a cabo una disertación sobre literatura española. El jefe de policía les impuso una pena de multa o quince días de arresto. El presidente de la asociación en la cual se llevaría a cabo el acto, cuestionó tal decisión en sede judicial, alegando su inconstitucionalidad. El juez de primera instancia confirmó la decisión del jefe de policía. El recurrente interpuso recurso extraordinario, afirmando que el jefe de policía no puede establecer penas y que el edicto aplicado, al exigir permiso previo de la policía para hacer una reunión, deja en manos de aquella el ejercicio de derechos constitucionales. La Corte Suprema admite el recurso y revoca la sentencia.

***Que si bien el derecho de reunión no está enumerado en el art. 14 de la Constitución nacional, su existencia nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno y resulta implícito, por lo tanto, en lo establecido por el art. 33 de la misma. El derecho de reunión tiene su origen en la libertad individual, en la libertad de palabra, en la libertad de asociación. No se concibe cómo podrían ejercerse estos derechos, cómo podrían asegurarse los beneficios de la libertad "para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del***

***mundo que quieran habitar en el suelo argentino", según los términos consagratorios del Preámbulo, sin la libertad de reunirse o de asociarse, para enseñar o aprender, para propagar sus ideas, peticionar a las autoridades, orientar la opinión pública y tratar otros fines lícitos.***

*Que de todos los derechos puede abusarse y de ahí nace una serie de limitaciones como resultado de la aplicación de otros principios y de la necesaria tutela de otros derechos, y, en consecuencia la necesidad de reglamentación, que la misma Constitución prevé, limita y comete al Congreso de la Nación (arts. 14, 28 y 67, inc. 28).*

***Que este poder de reglamentar tiene también sus límites, pues no puede llegarse a suprimir el derecho bajo el pretexto de reglamentarlo o bajo el supuesto propósito de defender las instituciones. Es indudable el derecho del Estado a defender aquéllas, pero más importante es mantener la inviolabilidad de la Constitución y de los derechos que acuerda a los ciudadanos.***



## **Derecho al matrimonio y formar una familia.**

¿Cuál es la extensión del derecho constitucional al matrimonio, a tener contactos y relaciones con sus propios hijos o a decidir la composición de la familia con la cual vivimos? la constitución reconoce derechos individuales el contexto de la familia incluyendo algunos que no son habituales en la tradicional familia núcleo. Reiteradamente los tribunales se ven confrontados conflictos entre los tres centros potenciales de autoridad en una familia: los padres, los hijos y el estado. ¿Cuáles son las fuentes de derechos que limitan la regulación estatal en este contexto? las cuestiones constitucionales referidas a la familia producen divisiones ásperas en la sociedad y los tribunales y se requiere determinar cuáles son los valores fundamentales reconocidos en la constitución.

### **A. El derecho al matrimonio.**

El derecho al matrimonio fue reconocido en el caso *Sejean* que ya fuera citado en el capítulo referido a las acciones privadas. Y en ese caso es referido al derecho al matrimonio, reconoce la aptitud nupcial luego de un divorcio vincular lo que estaba prohibido en la ley de matrimonio civil vigente en el momento. Particularmente el voto del ministro Bacqué se hace referencia a las acciones privadas como fuente de derechos en general y en particular en materia de matrimonio, pero existen otros argumentos dados por la Corte Suprema en este caso.

*Del voto del Ministro Fayt.*

*12) Que es también atendible desde el punto de vista constitucional el argumento referente a que, en caso de mantenerse la indisolubilidad del vínculo matrimonial, el derecho de casarse se agotaría normalmente con un solo ejercicio. La posibilidad de segundas nupcias sólo existe en la legislación actual en caso de viudez, lo que resulta inadmisibles si se atiende a las conclusiones a que se ha arribado, que permiten sostener que la indisolubilidad del vínculo matrimonial en vida de los esposos afecta derechos esenciales del ser humano. Esto porque sólo a través de una relación conyugal armoniosa pueden articularse las restantes relaciones de familia por ser como es la unión de los cónyuges el origen y la base de aquélla. Y si se tiene en cuenta que como se señaló; la familia goza de protección constitucional (art. 14 nuevo, Constitución Nacional) cabe concluir que así se conjugan armoniosamente hechos propios de la esfera de la intimidad de las personas (protegidos por el art. 19, Constitución Nacional) con otros que la trascienden y acaban por interesar a la sociedad toda (obvio objeto de protección del orden normativo). Grave agravio es para la buena organización de la sociedad obligarla a contener en su seno células de resentimiento y fracaso, sentimientos negativos que a más de malograr a los individuos que conforman el núcleo conyugal, se extienden como consecuencia inevitable a sus hijos. Se conjugarían así una desdicha individual con otra de innegable alcance social.*

## EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.

El derecho a la protección del medio ambiente tiene la complejidad que se trata habitualmente de una externalidad negativa. Las personas que participan una transacción buscan estar mejor luego de ella de lo que estaban anteriormente, generalmente con la obtención de un mejor producto al menor precio el comprador y del mayor beneficio el vendedor. Pero normalmente no incluyen dentro de esta negociación la limitación de perjuicios a terceros. Dentro de estos pueden estar los daños al medio ambiente que se realizan en la producción de ese bien y servicio. Si el precio del producto incluyera la limpieza del medio ambiente éste sería más elevado y algunas transacciones no se harían. Es por eso que las partes de una transacción intentarían trasladar el costo de la limpieza del medio ambiente a otros.

El segundo problema que plantean los derechos del medio ambiente es que los perjudicados son numerosos y con un daño individual reducido. Por este motivo las normas y procedimientos habituales de derecho civil sobre resarcimiento de daños no son aplicables a su solución. Ya que los costos del proceso judicial es más elevado que la indemnización obtenida. La solución que se utiliza en estos casos son las acciones de clase que han sido definitivamente incorporadas en nuestro ordenamiento en el caso Halabi.

La Constitución hace una larga mención al derecho al medio ambiente:

El artículo 41 dice:

*"Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.*

*Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.*

*Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".*

Se plantean objetivos como:

- la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras,
- la utilización racional de los recursos naturales,
- la preservación del patrimonio natural y cultural,
- la preservación de la diversidad biológica.
- Definición de derechos de incidencia colectiva, incorporando medios procesales para su defensa como las acciones de clase.

## ***La distinción de las competencias federales y provinciales.***

La protección del medio ambiente plantea varias cuestiones constitucionales en cuanto a las competencias para llevarla adelante y a las limitaciones en su ejercicio. En cuanto las competencias debemos determinar la doctrina constitucional que determina quien cumple cada función, y como se determinan los estándares nacionales de protección del ambiente y cómo son aplicados por los gobiernos locales. La cláusula comercial prohíbe a los gobiernos provinciales establecer normas que impongan cargas sobre el comercio interprovincial e internacional. Esto incluye los esfuerzos que podrían hacer los gobiernos provinciales para regular la disposición de residuos generados en otras jurisdicciones. Por ejemplo en el caso ***Philadelphia v. New Jersey*** de 1978 se consideró que eran inválidas las restricciones efectuadas por un gobierno estadual en su regulación de los residuos provenientes de otros estados que discriminan contra el comercio interestatal, aun cuando esa restricción estuviera motivada por una preocupación genuina de preservar el ambiente. Las restricciones que no fuera claramente discriminatorias deberían ser valoradas para determinar si los beneficios legítimos obtenidos para el estado, eran superiores al costo impuesto sobre el comercio interjurisdiccional, y si existía una alternativa menos costosa que cumpliera el objetivo gubernamental buscado. Es decir una aplicación judicial del análisis de costo-beneficio entre el costo impuesto a la libertad de comercio interprovincial y el beneficio en favor del medio ambiente local buscado por el gobierno provincial.

También debe analizarse la extensión de la responsabilidad civil de los gobiernos provinciales frente a sus acciones que contaminen el medio ambiente, y la responsabilidad final del gobierno federal en caso de incumplimiento del mandato constitucional.

## ***La expropiación regulatoria.***

El artículo 17 sólo permite la apropiación por causa utilidad pública si es calificada por ley y previamente indemnizada. El problema se plantea cuando ocurre la llamada expropiación regulatoria, que es cuando se toma la propiedad, parte de ella o su uso simplemente por una regulación legal o administrativa pero sin indemnización. En los Estados Unidos hasta la década del 80 la Corte Suprema aceptaba retenciones importantes en el uso de la propiedad. En la medida que el propietario retuviera algún uso razonable de su propiedad, considerada dentro del contexto del impacto general del esquema regulatorio, no había violación constitucional y por lo tanto no había indemnización. Esta es la doctrina establecida en el caso ***Penn Central Transportation Co. v. New York de 1978***. En esas circunstancias, la Corte Suprema sostenía que los propietarios debían compartir los costos como los beneficios de tener un gobierno, ***caso Agins v. City of Tibouron, en 1980***.

Sin embargo más recientemente, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha demostrado una voluntad de incluir la actividad regulatoria dentro de la cláusula expropiatoria. En este punto debe ser su distinción, si las restricciones se realizan sobre actividades que son

análogas a un daño ambiental, son consideradas un ejercicio apropiado del poder de policía, ***Keystone Bituminous Coal Association v. DeBenedictis*, 480 U.S. 470 en 1987**. Pero cuando las restricciones son basadas en el uso general del territorio o en cuestiones estéticas existe un escrutinio más estricto, tal como fue establecido en el caso ***Lucas v. South Carolina Coastal Council de 1992***.<sup>351</sup> De esta manera, si una reglamentación priva al propietario de "todo uso económicamente viable" de su propiedad, ésta debe ser considerada una expropiación en los términos constitucionales. La Corte Suprema asimismo ha sostenido que un propietario no está limitado por el reclamo de una indemnización por la expropiación que ha tenido origen en una regulación, meramente porque ha adquirido el título de su propiedad luego de la fecha efectiva de la reglamentación, según se expresó en el caso ***Palazzolo v. Rhode Island 533 U.S. 606 del 2001***.

### ***El poder de las provincias en materia ambiental.***

Según el artículo 121, "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal,... Sí bien la reforma constitucional de 1994 ha establecido el derecho al medio ambiente lo ha hecho como una competencia concurrente según expresa el tercer párrafo del artículo 41:

*"corresponde a la Nación dicta las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, la necesaria para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales."*

Probablemente la intención de los constituyentes del 94 era dar a los gobiernos provinciales una función amplia en la protección del medio ambiente, en esto los constituyentes actuaron con una ostensible visión en defensa de las competencias de los gobiernos provinciales. Sin embargo, en el tema de la regulación del medio ambiente existe la conveniencia de que ésta sea efectuada por el Congreso. Incluyendo la necesidad de que existan agencias gubernamentales nacionales para aplicación de las normas ambientales. Esta situación se plantea también en los Estados Unidos donde en razón que las normas sobre medio ambiente no estaban mencionadas en la Constitución se suponía que eran primariamente competencia de los gobiernos estatales y que existía una limitación de la autoridad del Congreso de aprobar leyes ambientales federales. Sin embargo ha existido una tendencia de decisiones judiciales que han sostenido reiteradamente la autoridad del Congreso para imponer estándares regulatorios federales y obligar a los estados a cumplirlos. Sin embargo esta tendencia tenido excepciones. Por ejemplo en el casos ***New York v. United States 505 U.S. 144 de 1991***.

### ***Legitimación activa en la defensa del medio ambiente.***

La legitimación activa tiene una gran importancia práctica en las acciones en defensa del medio ambiente, porque muchas de éstas son llevadas adelante por organizaciones no gubernamentales y grupos de interés. Si bien el artículo 43 de la constitución en su segundo párrafo establece la posibilidad de interponer acciones colectivas o de clase "en lo

---

<sup>351</sup> UN ANÁLISIS COMPLETO DE ESTE CASO Y DE LA DOCTRINA DE LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA SE REALIZA EN EL TOMO TERCERO DE ESTA OBRA.

*relativo a los derechos que protegen al ambiente," a las "asociaciones que propendan a estos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización."* Este reconocimiento específico de la legitimación activa se refiere fundamentalmente a las acciones de clase. Pero en los problemas de legitimación activa en las cuestiones ambientales, donde el perjuicio concreto para iniciar la acción no es generalmente de fácil determinación. Si bien la Constitución ha establecido expresamente los derechos incidencia colectiva, y la Corte Suprema en el caso **Halabi** ha establecido las acciones de clase, no existe en nuestro medio una acción popular en la cual el actor pudiera solicitar judicialmente el reconocimiento de derechos comunitarios a pesar de no haber sufrido un daño personal.

La idea de la legitimación activa en la protección del medio ambiente ha tenido una evolución incluyendo casos en los que se consideró como un daño cuestiones más cercanas a los intereses estéticos o ambientales. Eso ocurrió en el caso **Sierra Club v. Morton de 1972. 405 US 727 (1972)**. En su disidencia el juez William O. Douglas adoptó una visión amplia de la legitimación activa en casos ambientales dijo:

*“Los objetos inanimados pueden ser parte en un litigio. Un buque tiene personalidad legal. Una corporación ordinaria es una persona. También deben serlo los valles, ríos, lagos, estuarios, playas, bosques, pantanos y aún el aire que siente las presiones destructivas de la tecnología moderna y la vida moderna.”*

## La igualdad.

### *La igualdad ante la ley.*

El artículo 16 de la Constitución se refiere a la igualdad,

*“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”*

Su origen proviene de los antecedentes constitucionales argentinos, de acuerdo con el artículo 127 de la Constitución de 1819 ‘*a ningún hombre o corporación se concederán ventajas, distinciones o privilegios exclusivos, sino los que sean debidos a la virtud o los talentos: no siendo éstos transmisibles a los descendientes, se prohíbe conceder nuevos títulos de nobleza hereditaria.*’ Esta norma fue reproducida por el artículo 159 de la Constitución de 1826.

En la norma vigente se ha insistido en el tema de la igualdad tributaria, pero se han permitido privilegios tanto a empresas o ‘corporaciones’ en la expresión más antigua de 1819, particularmente en los impuestos de importación y exportación. Al mismo tiempo se han permitido privilegios tributarios regionales en los sistemas de promoción industrial. Era sin duda más igualitario el texto de 1819 y 1826.

La descripción tradicional de la igualdad constitucional, partiendo de la igualdad tributaria, fue efectuada por la Corte Suprema en el **caso Juan H. Drysdale y otros c Provincia de Buenos Aires** de 1927,

Sentencia del 18 de noviembre de 1927

La igualdad ante la ley ‘*comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones. Y en materia impositiva, esta Corte ha establecido reiteradamente que la observancia de aquel principio se cumple cuando en condiciones análogas se imponen gravámenes iguales a los contribuyentes. Que la vaguedad con que aparece enunciado el principio es solo aparente. El criterio de las semejanzas y diferencias de las circunstancias y de las condiciones, cuando se aplica a los hechos que son objeto de examen en cada caso particular, se convierte en medio eficaz y seguro para definir y precisar el contenido real de la garantía en cuestión. La regla, desde luego, no prescribe una rígida igualdad, y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una **amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación;** pero a su vez, el mero hecho de **la clasificación** no es bastante por sí solo para declarar que una ley no ha violado la garantía del art. 16; es indispensable, además, demostrar que aquella **se ha basado en una diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria.***

La legislación al regular los derechos individuales establece clasificaciones de las personas y de las cosas. Ya sea por sexo, edad, lugar de residencia, nivel de ingresos, entre otras, algunas de estas clasificaciones pueden ser **sospechosas** si pueden tener un contenido discriminatorio. En el caso que la ley efectúe clasificaciones sospechosas en cuanto a su constitucionalidad el escrutinio judicial debe ser más estricto.<sup>352</sup>

### ***Igualdad y no discriminación.***

La característica principal de la igualdad ante la ley es la no discriminación. La protección judicial contra la discriminación ha sido considerada prioritaria desde la adopción de los criterios del **caso Carolene Products** donde se consideró principal la protección de *las minorías discretas e insulares*.<sup>353</sup>

Concebir a la igualdad como aplicación igualitaria y no discriminatoria de las leyes evita ingresar en el debate de la tensión entre libertad e igualdad que ha sido reiterado frecuentemente en más de un siglo. Tal la famosa frase de Acton señalando que en la Revolución francesa *'la pasión por la igualdad hizo imposible la esperanza de libertad'*.<sup>354</sup> En cuanto a la igualdad constitucional hay dos formas básicas en que puede ser violada:

1. La igualdad es negada **cuando el gobierno clasifica para distinguir**, en sus reglamentos y programas, entre personas que debieran ser consideradas en forma similar debido a los principios de tratamiento igualitario. Son los casos de tratamiento desigual en el derecho al voto o a la educación.
2. La igualdad es también negada cuando **el gobierno se niega a clasificar** con el resultado que sus reglamentos y programas no distinguen entre personas que, para fines de protección igualitaria, deben ser considerados como diferentemente situados. Son los casos de igualdad de oportunidades o de protección de los discapacitados.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido errática en este punto en cuanto a la igualdad en razón del sexo. En el caso **Julietta Lanteri de Renshaw** de 1929 se solicitó a la Corte que terminara con la discriminación en materia del derecho al voto en contra de las mujeres. Entre los motivos para rechazar el recurso se hicieron consideraciones restrictivas en materia de no discriminación. Particularmente consideró que se podía ser ciudadano pero teniendo diferentes derechos en razón del sexo, lo que es fuertemente discriminatorio.<sup>355</sup> Probablemente la solución hubiera sido diferente si en la Corte hubieran existido jueces mujeres.

### ***La igualdad en el acceso a la función pública.***

---

<sup>352</sup> VER CAPÍTULO SOBRE CONTROL DE RAZONABILIDAD, SECCIÓN NIVELES DE ESCRUTINIO.

<sup>353</sup> VER REFERENCIA COMPLETA EN CAPÍTULO SOBRE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

<sup>354</sup> LORD ACTON, HISTORY OF FREEDOM AND OTHER ESSAYS, LONDON 1907 P. 57. HAY TAMBIÉN UNA EDICIÓN CONTEMPORÁNEA DEL LIBERTY FUND.

<sup>355</sup> SI LA CORTE CONSIDERABA QUE LA CUESTIÓN NO ERA JUSTICIABLE, Y COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER LEGISLATIVO DEBIÓ RESOLVER EL CASO DE ESA MANERA.

La democracia está asociada al concepto de que los representantes del pueblo ejercen las tareas legislativas y de gobierno. Junto a ellos aparecen quienes deben cumplir la tarea de la administración, subordinada a los poderes políticos. Si el fundamento de legitimación de los que integran el gobierno es la elección popular, la legitimidad de la administración proviene de la idoneidad de sus funcionarios para cumplir con la gestión de los intereses de la Nación. La **idoneidad** como única condición para el acceso a la función pública, es un fundamento del sistema republicano, la Constitución lo establece en el mismo artículo en que excluye los privilegios y prerrogativas de sangre o de nacimiento, y en la misma frase en que establece el principio de igualdad ante la ley. Esta idoneidad supone excluir toda forma de favoritismo político o de nepotismo. La idoneidad asegura que la administración de los bienes públicos está en manos de quienes tienen mérito para hacerse cargo de ellos.

El mérito o la idoneidad son la expresión administrativa del gobierno democrático. Muchas veces se confunde la idoneidad como condición de ingreso al empleo público con la imagen de una carrera cerrada, elitista y alejada de la realidad. Por el contrario, la idoneidad, medida por formas objetivas como es el caso del concurso público permite que el favoritismo, la recomendación o el contacto social o político queden de lado y los que no los tienen puedan acceder a la función pública. La idoneidad asegura un mejor servicio público y que termina con la furia de los gobernantes frente a una burocracia esclerosada, ineficiente y hermética frente a las demandas de la sociedad.<sup>356</sup>

El concepto de la idoneidad como requisito para el ingreso al empleo público aparece como uno de los requisitos iniciales del constitucionalismo, el artículo 6° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dice:

*“... Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, (de la ley) son igualmente admitidos a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento.” (Artículo 16).*

### ***La igualdad y las medidas de acción positiva.***

El artículo 75 inciso 23 estableció dentro de las competencias del Congreso la de:

*‘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 esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres los ancianos y las personas con discapacidad.’*

A manera de ejemplo puede citarse la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscripta en Guatemala el 7 de junio de 1999 A través de este tratado la Argentina se ha comprometido a *"adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad..." (art. 3).*

---

<sup>356</sup> CF. MOSHER, F. “DEMOCRACY AND THE PUBLIC SERVICE.” OXFORD UNIVERSITY PRESS, NEW YORK, 1968. P. 202 Y SS.



## ***La discriminación y los cupos.***

El problema de la discriminación contra grupos raciales o por sexo es un tema tradicional de las garantías constitucionales. La Constitución establece la discriminación positiva para asegurar la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres en el ejercicio de los derechos políticos.

En el Artículo 37 dice: *La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.*

La pregunta es sobre cómo se impone la discriminación positiva como forma de lograr un equilibrio social. Una solución es establecer cupos o cuotas por sector, a esta alternativa se refirió la Corte Suprema de Estados Unidos en el ***Caso Regents of the University of California vs. Bakke 438 U.S. 265 (1978)***, referida a la aplicación de cuotas por origen racial a la educación universitaria. La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una universidad puede considerar un criterio racial como parte de un proceso competitivo de admisiones si no se utilizaban las “cuotas fijas”.

De estos precedentes podemos imaginar que es constitucional la aplicación de la discriminación inversa para *el acceso a cargos electivos y partidarios* según la clara expresión constitucional, pero es de ello no se deduce que la solución impuesta sea el de **cupos o cuotas rígidas** que podrían ser inconstitucionales si su aplicación es de difícil aplicación. Ello en razón de que *los problemas de gobierno son prácticos y pueden justificar y aún requerir acomodamientos genéricos*<sup>357</sup> por lo que una exigencia de ‘certeza matemática’ es impracticable.<sup>358</sup> De esta manera la aplicación de cuotas o cupos rígidos puede resultar en ocasiones una *‘demostración arbitraria de poder, no un ejercicio de sano juicio’*<sup>359</sup> cuando la aplicación de la cuota suponga crear una discriminación mayor que la que quiera remediar.

Por otra parte, de la lectura constitucional no se impone que esta discriminación positiva se extienda directamente a otras funciones de gobierno donde puede haber conflictos con otras normas constitucionales como el requisito de la idoneidad. En todos los casos de discriminación positiva la acción gubernamental *‘es justificada si sirve como la política correcta que respeta el derecho de todos los miembros de una comunidad para ser tratados como iguales, pero no a la inversa.’*<sup>360</sup>

## ***La discriminación de los extranjeros.***

Una forma tradicional de discriminación es contra los que no pertenecen al mismo grupo nacional, que pueden conformar una *minoría discreta e insular* que requiere la protección igualitaria de las leyes. Más aun si residen en el territorio y se hubieran nacionalizado

---

<sup>357</sup> VER METROPOLIS THEATRE CO., VS. CHICAGO, 228 U.S. 61 (1913).

<sup>358</sup> VER LINDSLEY VS. NATURAL CARBONIC GAS CO., 220 U.S. 61 (1911)

<sup>359</sup> EXPRESIÓN UTILIZADA EN MATHEWS VS. DE CASTRO, 429 U.S. 181 (1976).

<sup>360</sup> CF. RONALD DWORKIN. TAKING RIGHTS SERIOUSLY. DUCKWORTH. LONDON. 1977. P. 239.

argentinos. De lo contrario se crearía la impresión que a pesar de la naturalización existiera un estigma que impide a quién se incorpora a la nacionalidad argentina un ejercicio pleno de sus derechos de nacionalidad. Ya que puede determinarse una relación entre la existencia de prejuicios y la existencia *‘de una característica inmutable determinada exclusivamente por un accidente de nacimiento’*<sup>361</sup> ya que no puede confiarse totalmente en que las mayorías políticas puedan proteger a minorías que no pertenecen al cuerpo electoral o del cual pueden ser fácilmente excluidos. En el caso Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires. 311:2272. LA LEY 1989-B, 351. La Corte Suprema señaló:

*No hay, pues, ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional. Por otra parte, para interpretar ésta, mal puede acudirse al precedente norteamericano o a la jurisprudencia elaborada en los Estados Unidos a su respecto, ya que la Enmienda XIV de la constitución estadounidense se limita a establecerla protección jurídica a los extranjeros ("equal protection") pero en modo alguno les asegura los mismos derechos civiles, ya que sólo establece que "los Estados no podrán...negar a nadie, dentro de su territorio, la protección equitativa de las leyes".*

Igualmente en el caso **El caso Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad** de noviembre del 2004 se analizó la situación de la discriminación contra el argentino naturalizado.

**4º) Que el actor es discriminado por la norma local, no por ser argentino, sino por ser argentino "naturalizado". No por ser nacional, sino por el origen de su nacionalidad. En efecto, Hooft es argentino, no por el lugar de nacimiento, ni por la nacionalidad de sus padres, sino por su voluntad de integrarse a la Nación como ciudadano (y la voluntad de ésta de acogerlo como tal). Es juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su "origen nacional".**

Señaló entonces la Corte Suprema que ante la discriminación existía una presunción de inconstitucionalidad que la provincia demandada sólo podía levantar *‘con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto.’* Como ello no había ocurrido consideró inconstitucional la discriminación existente contra al Juez Hooft.

---

<sup>361</sup> VER FRONTIERO V. RICHARDSON, 411 U.S. 677 (1973)

## **Los derechos sociales.**

El principal ejemplo de libertades positivas son los derechos sociales. La inclusión de los derechos sociales en las constituciones comenzó a principios del siglo XX, en particular a través de la Constitución de México de 1917 y la Constitución de Alemania dictada en Weimar en 1919. Se trataba en todos los casos de libertades positivas que debía asumir el gobierno para asegurar mejores condiciones de trabajo, de distribución del ingreso, de libertad sindical y de seguridad social. En general, este tipo de normas sociales no han sido incluidas en constituciones más recientes, por ejemplo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 y la Constitución de la República Francesa de 1958 no hacen mención a ellos. No es una falta de conciencia por los problemas sociales, lo que motiva esta situación, sino sacar el tema de las normas constitucionales e introducirlo en la legislación y en los tratados internacionales. Debido a las grandes variaciones que se producen en la organización empresarial, en la negociación sindical, o en las formas de seguridad social, es conveniente permitir su regulación por normas legales, del derecho internacional del trabajo o administrativas. Ello es lo que ha ocurrido en nuestro sistema jurídico donde existe una importante legislación que cumple con los principios de los derechos sociales de la Constitución. Al mismo tiempo, la Argentina es parte de una gran cantidad de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Las normas sociales fueron introducidas en la Constitución como un agregado al artículo 14 por la Convención Constituyente de 1957. En su redacción tuvieron una participación destacada Alfredo Palacios, Convencional por el Partido Socialista Argentino y Crisólogo Larralde, dirigente radical que no integraba la Convención, pero que tenía un enorme prestigio. El artículo tiene una gran influencia de la socialdemocracia europea.

El artículo está dividido en tres partes:

El primero se refiere a los derechos de los trabajadores, e incluye el principio de la libertad gremial que no ha sido estrictamente cumplido por la legislación vigente.

*Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.*

El segundo párrafo es el referido al derecho de los sindicatos, e incluye el derecho a la negociación de los convenios colectivos de trabajo y el derecho de huelga. Otorga el beneficio de la estabilidad en el empleo a los representantes sindicales.

*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*

Finalmente el tercer párrafo se refiere a la seguridad social y tiene la influencia del sistema británico, existente en la época, de *la cuna a la tumba*. El problema de la superposición de aportes en los sistemas de seguridad social continúa hasta el presente sin solución.

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

### ***La protección contra el despido arbitrario.***

El mandato constitucional ordena al legislador que establezca la:

*‘Protección contra el despido arbitrario.’*

Como muchas de las normas relativas al trabajo existía en la Argentina un sistema de protección contra el despido basado en la ‘Carta del Lavoro’ de 1927, que establecía formas de contratación que no podían ser reformadas por las partes y la existencia de tribunales del trabajo.<sup>362</sup> Si bien la Constitución admite otras formas de protección frente a la arbitrariedad del despido, como los seguros de desempleo, nuestra práctica continúa con la tradición anterior a la reforma.

Los derechos con contenido social intentan promover una redistribución de recursos. Para facilitar dicha redistribución, la legislación laboral muchas veces establece indemnizaciones de carácter tarifado, imponiendo un tope. La tarifación y el tope constituyen mecanismos que intentan resguardar los derechos del empleador, en tanto que de él provienen los recursos que se intentan redistribuir.

El supuesto que se asume es que frente a un reclamo del trabajador, si se siguieran los principios del derecho civil, o bien el reclamante no tendría derecho a reclamar nada, o bien le resultaría muy difícil probar judicialmente el acacimiento de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por lo tanto, se facilita para el trabajador la obtención de una reparación frente a ciertos eventos que le son adversos, como un despido sin causa o un infortunio laboral, pero, para no afectar indebidamente el derecho de propiedad del empleador, aquella reparación resulta de una tarifación, que permite prever los costos con antelación, y se la sujeta a un tope, de forma tal de no equipararla con una reparación derivada del derecho civil.

---

<sup>362</sup> **PARA UNA COMPARACIÓN DETALLADA ENTRE LOS DOS SISTEMAS EL ITALIANO DE ANTE GUERRA Y EL ARGENTINO VER LUDOVICO BARASSI. TRATADO DE DERECHO DEL TRABAJO. EDITORIAL ALFA, 1953. TRES TOMOS, TRADUCIDO Y CONCORDADO POR MARIO DEVEALI.**

Otro aspecto central vinculado con los objetivos redistributivos de las normas con contenido social está dado por la estabilidad en el empleo. Dado que una situación de desempleo puede colocar a una persona en situación por demás precaria, se intenta evitar que la pérdida de los puestos de trabajo. Por ese motivo, cuando un empleador despide sin causa a un dependiente suyo, deberá indemnizarlo. Ahora bien, a veces ciertas circunstancias, por ejemplo un importante proceso inflacionario, tornan ilusoria la protección derivada de la legislación laboral. En el caso **“Jaúregui” (Fallos 306:940)** la Corte ordenó calcular el monto de la indemnización derivada del despido sobre “pautas reales”, habida cuenta del deterioro del poder adquisitivo del salario acaecido a lo largo del tiempo. El tribunal sostuvo que, de no procederse de ese modo, se estaría beneficiando indebidamente al empleador, al tiempo que se estaría lesionando el derecho de propiedad del trabajador, así como también los derechos relativos a una retribución justa y a la protección contra el despido arbitrario.

### ***La estabilidad del empleo público.***

En el fallo ***Madorrán del 3 de mayo de 2007***<sup>363</sup> la Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara del Trabajo que había ordenado reincorporar a la actora, tras declarar nulo el despido dispuesto por la Administración Nacional de Aduanas e inconstitucional el art. 7 del Convenio Colectivo N° 56/92 "E", que regulaba la relación de empleo público que unía a las partes. Ese fallo fue confirmado en el fallo ***Ruiz, Emilio David del 15 de mayo de 2007***<sup>364</sup>

Estos holding se refieren estrictamente a aquellos agentes que ingresaron a la administración pública para prestar servicios de manera permanente. Pero no a quienes son contratados por la Administración (art. 9° de la ley 25.164 —DT, 1999-B, 2330—) o al personal de gabinete de las autoridades superiores, quien *"cesará en sus funciones simultáneamente con la autoridad cuyo gabinete integra y su designación podrá ser cancelada en cualquier momento"* (art. 10 de la ley 25.164).<sup>365</sup>

Según este precedente es inconstitucional toda norma legal, reglamentaria o proveniente de la autonomía colectiva que afecte la estabilidad relativa y propia del empleado público.

### ***Los accidentes de trabajo.***

Un aspecto vinculado al de la estabilidad se refiere a la protección del trabajador frente a los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. La relación entre estabilidad y la

---

<sup>363</sup> YA CITADO EN EL PRIMER TOMO DE ESTA OBRA.

<sup>364</sup> EN CASOS ANTERIORES LA CORTE NO SE HABÍA EXPRESADO SOBRE EL TEMA COMO EN FALLOS: 307:539 ("ROMERO DE MARTINO", DEL 23/4/85) Y FALLOS 315:1336 ("CASIER", DEL 23 DE JUNIO DE 1992).

<sup>365</sup> HOCKL, MARÍA CECILIA, EL EMPLEADO PÚBLICO Y LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A SU ESTABILIDAD. A PROPÓSITO DE LOS FALLOS "MADORRÁN" Y "RUIZ" PUBLICADO EN: DT 2007 (MAYO), 555.

protección frente a siniestros laborales está dada por el hecho de que una lesión, sobre todo una grave, puede impedirle al trabajador continuar desempeñándose en su puesto de trabajo, o incluso en cualquier tipo de trabajo, resultándole imposible reinsertarse en el mercado laboral, amén de tener que afrontar las consecuencias que una enfermedad o lesión tienen en su salud.

## **La constitucionalidad de los seguros de accidentes de trabajo.**

Dos importantes precedentes sobre la materia merecen ser analizados aquí.

En el primero de ellos, *“Milone” (Fallos 327:4607)*, la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la ley 24.557 que, en su redacción original, establecía que los trabajadores que como consecuencia de un infortunio laboral padecieran una determinada incapacidad, percibirían una indemnización mediante el pago de una renta mensual. Si bien el tribunal sostuvo que el pago en forma de renta no era en sí mismo inconstitucional, sostuvo que su aplicación al caso concreto era irrazonable, pues el monto de la renta era tan exiguo que difícilmente el trabajador podría desarrollar un plan de vida que le permitiera recuperarse de las consecuencias del accidente.

En el otro caso, *“Aquino” (Fallos 327:3753)*, la Corte declaró la inconstitucionalidad del primer apartado del artículo 39 de la ley 24.557 en tanto que vedaba la posibilidad de que la víctima de un accidente de trabajo iniciara una acción judicial contra su empleador, fundada en los términos del derecho civil. El tribunal estimó que aquella disposición legal discrimina a los trabajadores al impedirles acceder a una reparación integral. Asimismo, la Corte sostuvo que, en ese punto, la ley 24.557 había violado la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, pues el régimen legal anterior preveía la posibilidad de que los trabajadores demandaran a sus empleadores en los términos del derecho civil.

En este caso **Isacio Aquino** la decisión de la Corte produce una fuerte disminución del bienestar general y un aumento del costo social. En este caso se analizó la constitucionalidad de la ley de riesgos de trabajo en cuanto a la eximición de la responsabilidad civil del empleador. Un breve análisis puede introducirnos en el tema de la solución eficiente de los conflictos. Siguiendo a Coase sabemos que las partes podrán negociar una solución que será siempre eficiente si los costos de transacción son reducidos. De esta manera, la función del juez es la de reducir los costos de transacción para que las partes puedan conciliar sus intereses y en caso de que estos costos fueran insuperables, dar la solución a que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos.

El legislador puede también buscar un mismo resultado, al transformar la responsabilidad civil en un contrato. Es decir, reducir los costos de transacción a través de un sistema de contratos de seguros que permitan a las personas que hubieran sufrido un siniestro obtener una compensación adecuada y pronta, sin tener que asumir un proceso largo, oneroso e imprevisible. Los litigios largos sólo benefician a los abogados de las partes, no a las partes, ni a la sociedad, que debe asumir costos procesales muy elevados. El

problema de este caso era que la compensación tarifada fue considerada insuficiente para una reparación integral del perjuicio sufrido por el obrero. Sin embargo, que la compensación recibida parezca inadecuada no hace inconstitucional al sistema de seguros de accidentes. La Corte pudo haber declarado inconstitucional los montos indicados en las tarifas y con ello imponer la necesidad de reforma de las primas que deben pagar los empleadores. En este caso la diferencia entre la indemnización tarifada y el monto indemnizatorio considerado adecuado era de tres veces más, diferencia importante pero no insalvable para un régimen asegurador. En cambio, este fallo, agregado a la decisión de considerar que los litigios deban sustanciarse en la jurisdicción provincial, aumenta en forma considerable los costos judiciales de algunas empresas, sin que exista una mejora sustancial apreciable en los beneficios que recibirán los trabajadores.

En estas circunstancias, las pymes deberán asumir riesgos en la contratación de empleados que pueden ser prohibitivos, ya que una demanda desafortunada las puede llevar a la quiebra. Esta decisión es discriminatoria hacia las pequeñas empresas ya que deben asumir riesgos muy elevados en relación con su patrimonio. Expresiones retóricas como lo invaluable de la persona humana son correctas pero equívocas, ya que todo nuestro sistema de responsabilidad civil está basado en compensaciones económicas.

La expresión reparación "integral" es en ese sentido un sinsentido, ya que ninguna reparación puede serlo, pues no retrotrae la situación a las circunstancias, simplemente es una expresión que indica la amplitud del pago dinerario compensatorio que recibe el accidentado. Este fallo constituye una pérdida del bienestar general, porque pone a empleadores y trabajadores en una situación peor que en la que se encontrarían si existiera un sistema de seguro de riesgos de trabajo que cumpliera con montos indemnizatorios más elevados. Como en muchos casos las buenas intenciones no constituyen garantía de buenos resultados.<sup>366</sup>

### ***Libertad Sindical.***

El Artículo 14 bis en el primer párrafo reconoce a todos los trabajadores:

*‘organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.’*

Sin embargo a partir de la ley 14455 de asociaciones profesionales este mandato constitucional no tenía vigencia. La Corte Suprema en el **caso ATE c. Ministerio de Trabajo Fallos Corte: 331:2499** restableció la vigencia del texto constitucional y declaró la inconstitucionalidad del art. 41 inciso a) de la Ley 23.551, que estableciera el monopolio de representación sindical en la empresa para las entidades con personería gremial.

*En primer lugar, la libertad de los trabajadores individualmente considerados que deseen postularse como candidatos, pues los constriñe, siquiera indirectamente, a adherirse a la asociación sindical con personería gremial, no obstante la existencia, en el ámbito, de otra simplemente inscrita. En segundo término, la libertad de estas últimas, al impedirles el despliegue de su*

---

<sup>366</sup> JUAN VICENTE SOLA. FALLO QUE PONE EN RIESGO A LAS PYMES. LA NACIÓN. DOMINGO 26 DE SEPTIEMBRE DE 2004

*actividad en uno de los aspectos y finalidades más elementales para el que fueron creadas. En tal sentido, para ambos órdenes, corresponde reiterar que el monopolio cuestionado en la presente causa atañe nada menos que a la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o del establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el acotado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos, del que ya se ha hecho referencia.*

## ***El Derecho de Huelga.***

Dice el artículo 14 bis en el segundo párrafo sobre el derecho de los gremios.

*Queda garantizado a los gremios: el derecho de huelga.*

## **La Huelga como derecho de empleados y gremios.**

La Constitución con la reforma del año 1957 incorpora dentro del art. 14 bis el derecho de huelga", otras Constituciones que habían lo incorporado son la Constitución Mexicana de 1917; el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 y el art. 40 de la Constitución Italiana de 194.

La huelga es la abstención colectiva y concertada de la prestación de tareas por parte de los trabajadores, para causar un daño al empleador, para incidir o presionar su voluntad y así lograr alcanzar el fin que se procura en el conflicto colectivo en que dichos sujetos se encuentran incurso.

Las huelgas constituirá una medida de acción directa, existen otras formas similares que cuentan con la protección y las restricciones constitucionales como el denominado trabajo con quite de colaboración o a desgano. En esta misma perspectiva, se ha sostenido que la abstención de trabajar con permanencia en el lugar de trabajo puede tener circunstancias que sean más graves que la abstención de trabajar sin concurrencia al lugar de trabajo. En este sentido se puede recordar la doctrina del **caso Kot**.

Conforme a lo previsto por el art. 16 inc. i) de la ley 23.551, el estatuto de las asociaciones sindicales deberá establecer el procedimiento para disponer medidas legítimas de acción directa, en tanto, en el art. 14 de su decreto reglamentario, prevé que estas medidas, deberán estar contempladas dentro de aquéllas que permitan las leyes y las convenciones colectivas aplicables, agregando que se deberá establecer cuáles son los órganos de la asociación sindical facultados para disponerla y el procedimiento para adoptar la decisión.

El daño a causar, por la referida abstención colectiva y concertada debe ser siempre un medio a los fines procurados, pero nunca el fin en si mismo. Asimismo deriva exclusivamente de su actitud de no hacer. De ahí, que todo el daño producido por la



abstención dispuesta de la prestación laboral, debe ser soportada por el empleador. Pero no es el caso de las eventuales consecuencias dañosas que pueden provenir de conductas individuales positivas o de hacer, que exceden el marco de la huelga. Incluso serían fuente de algún otro tipo de responsabilidad, por ejemplo penal, o patrimonial incluso respecto de terceros, según el caso.

Derecho de huelga corresponde a cada uno de los trabajadores como derecho individual en el plano de su voluntad para acatarla o rechazarla. En cambio la decisión de convocarla es requiere un procedimiento dentro del sindicato. ¿Surge la pregunta si puede existir responsabilidad civil del sindicato por los hechos que resulten de la huelga fuera naturalmente de la cesación de tareas? La respuesta constitucional es que los sindicatos son responsables civilmente de su decisión si ha habido actividades que produzcan daños fuera de la simple cesación de tareas.

Quienes adhieren a la huelga no tienen derecho a remuneración; aunque subsisten por lo que subsistirán los deberes de conducta propios de la relación laboral.

El derecho de huelga "*... puede ser invocado y ejercido aunque no medie ley reglamentaria del Congreso a su respecto*" y "*el ejercicio del derecho de huelga no requiere reglamentación legal*"<sup>367</sup>.

En el debate de la Convención Constituyente del año 1957 se plantea la introducción de la huelga en nuestro derecho ya que no estaba en la reforma de 1949.

El Convencional Adolfo R. Rouzaut, dijo "*Damos derechos a los gremios y entre ellos el de huelga, que no es el derecho de no trabajar como consecuencia del derecho de trabajar. El derecho de huelga es otra cosa: es la actitud de los obreros y trabajadores para conseguir por el procedimiento pacífico, de no concurrir al trabajo, conquistas que anhelan y que injustificadamente se les niegan*".

El Convencional Carlos A. Bravo, informante del dictamen de la mayoría de Comisión dijo "*pertenece a los derechos colectivos, es del gremio de los trabajadores*", y agrega, "*puede ser ejercido por los trabajadores del gremio, estén o no afiliados a los sindicatos; basta que lo resuelva una pluralidad de trabajadores, decidiéndose libremente, aunque sean solamente los integrantes de un solo establecimiento o sección del establecimiento*"; y reafirmando éste su concepto, agrega: "*no es un derecho del sindicato, ni de la asociación profesional, no teniendo necesidad siquiera de ser homologado por los representantes del sindicato*"<sup>368</sup>

Por su parte Alfredo L. Palacios, propuso que se cambiase la palabra "gremios", tal como se consigna en el despacho, por la palabra "trabajadores". Fundó su indicación expresando que "el derecho de huelga es el derecho que tienen los trabajadores de concertarse con el propósito de no trabajar", y agregó para sostener su moción que "la huelga es un derecho natural de los obreros", y que " puede existir la huelga sin que

---

<sup>367</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN EL CASO FONT, JAIME A. C. CARNICERÍAS ESTANCIAS GALLI" D.T. 1962-583; DEL 7/11/62, VER TAMBIÉN "GATTI, ALVARO J. C. C. BODEGAS Y VIÑEDOS EL GLOBO LTDA." , DT, 1963-24.

<sup>368</sup> POLLERO, DANIEL EDGARDO. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE HUELGA COLECCIÓN DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - DIRECTOR: MARIO EDUARDO ACKERMAN, ED. LA LEY 2002, 233.

existan gremios". Estimó además que consignar a la huelga como un derecho gremial implicaba limitarla, contrariando su naturaleza como "hecho", además de ser un "derecho natural", el que podría "producirse independientemente de los sindicatos", y porque "el derecho de huelga es para los trabajadores". Finalizó su observación en el modo siguiente: "El derecho de huelga es para los trabajadores; si se quiere agregar que los gremios, en el caso de estar organizados, también pueden ejercitar ese derecho de huelga, muy bien, pero el derecho es general para todos los trabajadores sin excepción".

Sin embargo, el Convencional Pablo González Bergez, señaló que la propuesta del Convencional Palacios "no tiene sentido", pues "si el derecho de huelga es de los trabajadores, va de suyo que es también del gremio, ya que el gremio no es otra cosa que el conjunto de trabajadores. Y si el derecho es de los trabajadores, con más razón lo tienen los gremios"

La práctica de los tribunales del trabajo ha sido prevalecer la exclusividad de la titularidad de ejercicio del derecho de huelga en los sindicatos con personería gremial. Sin embargo es probable que esta visión varíe luego del precedente de **ATE c. Ministerio de Trabajo** citado más arriba.

La Corte ha sostenido que la calificación de la legalidad o ilegalidad del conflicto, constituye un requisito para resolver las controversias atinentes al despido motivado por la huelga en el caso **Beneduce, Carmen Julia y otras c. Casa Auguste s/ Despido**

Sostuvo, que la decisión de los órganos administrativos acerca de los hechos y del derecho controvertido en un pleito entre particulares, atinente a derechos privados, debe quedar siempre sujeta a control judicial. Es decir, si bien la ley pudo disponer que la no reanudación de tareas por parte de los empleados adherentes a una huelga ilícita comporte injuria, la solución final del caso, es decir si la huelga fue o no legal, la calificación por la autoridad administrativa está sometida a control judicial suficiente. En el caso, la Corte concluyó que se imponía revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda por despido de obreros despedidos a raíz de una huelga, sin que se hubiese pronunciado sobre la licitud o ilicitud del movimiento en cuestión.

En el caso "**Unión Obrera Molinera Argentina c. José Minetti y Cía. s/haberes**" (**Fallos: 254:67/68**), se estableció que ante la ausencia de pronunciamiento administrativo calificadorio de la huelga, incumbe a los jueces analizarla en los conflictos individuales originados en aquélla.

En "**Díaz, Miguel Alfredo y otro c. Angel Risso y Cía.**" (**Fallos 254: 69/70**) se dispuso, que la decisión judicial en materia de calificación, exige precisar las razones por las cuales la administración ha incurrido en error grave o clara irrazonabilidad, y que a ese propósito, era insuficiente una afirmación genérica contraria a lo resuelto en el orden administrativo. Consecuentemente, fue descalificada la sentencia que se limitó a afirmar que la huelga fue lícita, porque tuvo una finalidad gremial consistente en procurar una mejora de salarios lo que la encuadraba dentro de la legítima defensa de los intereses profesionales.

## La Seguridad social.

### A. El sistema jubilatorio.

La protección de las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad constituye otra de las finalidades perseguidas por los derechos con contenido social. El desarrollo del derecho previsional apunta precisamente en esa dirección pues procura que personas de las cuales se presume que ya no están en condiciones de trabajar, cuenten con un ingreso que guarde relación con el que tenían cuando estaban laboralmente activas, a efectos de que puedan mantener un nivel de vida relativamente similar.

La jurisprudencia de la Corte tradicionalmente sostuvo que debía existir una relación entre la jubilación y las remuneraciones de quienes se encuentran en actividad, tal como lo estableció “*Márquez*” (**Fallos 311:530**). Sin embargo, en “*Chocobar*” (**Fallos 319:3241**), el tribunal sostuvo que el legislador tenía un amplio margen de discrecionalidad para decidir cuál es el estándar adecuado de movilidad. Es importante tener en cuenta que el congreso nacional había sancionado la ley 24.463 de solidaridad previsional la cual, entre otras cosas, supeditaba la movilidad jubilatoria a la asignación de recursos presupuestarios. En ese caso, la Corte resolvió que resultaba constitucional la actualización de los haberes prevista en ese entonces, rechazando el planteo del actor que entendía que debió haber sido mayor pues no guardaba relación con la situación de los trabajadores activos. Declaró, sin embargo, la inconstitucionalidad del inciso b) del primer apartado del art. 7 de la ley 24.463 ordenando, con relación al período comprendido desde abril de 1991 a marzo de 1994, la aplicación de la movilidad establecida para el período inmediatamente posterior, pues no se había reconocido actualización alguna desde 1991 hasta 1994, lo cual se reputó violatorio de la constitución.

Posteriormente, en el caso “*Sánchez*” (**Fallos 328:1602**), la Corte retomó la doctrina de que la relación entre el haber jubilatorio y la remuneración de los trabajadores activos constituye una manda constitucional. En ese orden de cosas, en la primera sentencia del **caso “Badaro”**, el tribunal insistió en esa idea, afirmando que el criterio principal para actualizar los ingresos de los jubilados no está dado por los ajustes con relación a la inflación, sino por la índole sustitutiva de la prestación previsional. En esa sentencia, además, la Corte delegó en los organismos políticos la adopción de una decisión relativa a la movilidad.<sup>369</sup> Disconforme el actor con la movilidad decidida posteriormente por el ejecutivo, recurrió nuevamente ante la Corte, la cual dictó una nueva sentencia, resolviendo ella misma el criterio para concluir el caso.

En el caso llamado Badaro II, **Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nacional de la Seguridad Social. Fallos Corte: 330:4866, LA LEY 2007-F, 688 se declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2, de la ley 24.463 y disponer que la prestación del actor— se ajuste, a partir del 1º de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006,**

---

<sup>369</sup> LL, 2006-D, 801.

*según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, y ordenar a la demandada que abone el nuevo haber y las retroactividades que surjan de la liquidación, con más intereses.*

Señala como principio general la necesidad de normas permanentes de movilidad de los montos jubilatorios:

*7 - Contribuye a la seguridad jurídica el dictado de una ley que establezca pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional relativo a la movilidad de las prestaciones previsionales, pues, una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial.*

## **El derecho a la salud**

### ***Los tratamientos médicos en casos muy graves.***

El derecho a la salud, ha obtenido una amplia protección de la Corte Suprema, especialmente en casos de enfermedades graves que requieren soluciones urgentes. Básicamente la discusión se ha centrado en los alcances de las prestaciones obligatorias a cargo del Estado Nacional, de las provincias, de las obras sociales y de las empresas de medicina prepaga, para asegurar este derecho. Es decir, quién asume el costo, a veces muy elevado de las prestaciones médicas, si son empresas lo cual crea el incentivo a que dejen de prestar otros servicios a sus asociados o debe hacerse con fondos públicos que provienen de impuestos pagados por toda la población.

Como techo constitucional del problema, la Corte ha repetido en muchos pronunciamientos que "el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida" destacando "la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga"

En el caso ***“Asociación Benghalensis” (Fallos 323:1339)*** un grupo de organizaciones no gubernamentales solicitó, mediante una acción de amparo, que el gobierno proveyera a los hospitales públicos de modo regular con medicamentos para tratar el HIV. Dicha acción obtuvo favorable acogida en el tribunal de segunda instancia lo que motivó que el estado interpusiera un recurso extraordinario. La Corte rechazó el recurso pues sostuvo, en lo que aquí interesa, que el estado debía tutelar el derecho a la salud, y que además existía normativa específica, la ley 23.798 que declara de interés nacional la lucha contra el SIDA, que obliga al estado a adoptar medidas especiales con esa finalidad.

### ***El derecho a la provisión de alimentos***

Cabe mencionar en tercer lugar, el derecho a la provisión estatal de alimentos para quienes se hallan en la imposibilidad económica de adquirirlos. Con fundamento en el Programa Nacional de Nutrición y Alimentación, creado por la ley 25.724, la Corte ha hecho lugar, en varias oportunidades, a medidas cautelares de carácter autosatisfactivo en las cuales personas en estado de indigencia plantearon amparos tendientes a que se les provean alimentos.

Los tres casos que mencionaré se originan en barrios humildes ubicados en Quilmes, Provincia de Buenos Aires y la demanda estaba dirigida contra el Estado Nacional, la Provincia y el Municipio, resultando condenados estos dos últimos, dado el domicilio de los actores. .En **Rodríguez c. Nación Argentina** (Fallos 329:553 (2006) se condenó a proveer "los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud". Este precedente fue seguido el mismo día por **Esquivel c. Provincia de Buenos Aires** (Fallos 329:549 (2006).y luego por **Quiñone c. Provincia de Buenos Aires** (Fallos 329:2759 (2006) (LA LEY, 2006-E, 149).

## **El derecho a la vivienda.**

El artículo 14 bis finaliza con el mandato de  
*‘acceso a una vivienda digna.’*

Si bien esta norma fue considerada programática ya que se trataba de una libertad positiva de difícil aplicación. Por una parte si era un mandato al gobierno para que diera préstamos hipotecarios accesibles o que tuviera planes de vivienda, se trataba de una norma de gasto público. En cambio, si era una norma operativa en las relaciones entre particulares, constituía una forma subsidiar viviendas cargando el costo a uno de los contratantes en beneficio de otro pero sin que el erario público asumiera costo alguno. En este tema existe particularmente una tendencia de transferir las obligaciones públicas a los particulares y ha sido uno de los temas debatidos por la Corte Suprema en el caso **Francisco Rinaldi. Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra. Fallos Corte: 330:855. LA LEY 2007-B, 415.** La Corte invocó a la protección de la vivienda familiar, elaborada a partir de las formulaciones del art. 14 bis CN, como una razón, entre otras, para resolver el caso, una ejecución hipotecaria, a favor de la parte demandada, deudora, pues el bien respecto del cual se había constituido la garantía real era el único inmueble de la familia del demandado. Este caso tiene el agravante que crea el incentivo a que no haya financiación para quienes deseen adquirir su primera vivienda o su única vivienda familiar. Ya que en ese caso haya constituido el mutuo garantizado por una hipoteca no podrá recuperar su préstamo. La Corte Suprema no consideró que quien financió la compra o construcción de esa vivienda familiar podría haber sido un simple ahorrista que cuente con esos fondos como forma de subsistencia. Esta preocupación estuvo presente en el voto de los Ministros Lorenzetti y Zaffaroni:

*14) Que la resolución del conflicto requiere una extrema prudencia para ponderar tres aspectos. En primer término, el derecho creditorio cuya fuente es un contrato, tutelado por la Carta Magna. En segundo lugar, la normativa de emergencia fundada en leyes aplicables al caso. Por último, la*

*protección de la buena fe como orden público que permite la revisión del contrato frente a circunstancias sobrevinientes que lo desequilibran, tanto en su objeto como en su finalidad. En este sentido, debe ser considerado el especial supuesto que aquí se presenta, que requiere valorar la protección de los consumidores, como parte débil, y la de la vivienda familiar.*

## EL DEBIDO PROCESO

Toda la teoría del debido proceso ha tenido su origen en la doctrina americana basada en la XIV enmienda que establece que ningún Estado podrá “*privar a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley*”. Esta es una cláusula que ha sido utilizada por la Corte Suprema como base para revisar en forma amplia ciertas decisiones o acciones legislativas. Ha servido de base a decisiones muy variadas, entre ellas, dentro del primer tercio del siglo XX, para invalidar las leyes de protección de los trabajadores. En términos generales se llamó a esta doctrina como la de “*Lochner vs. New York*”, porque es uno de los primeros casos fallados en 1905. Ahora es considerada como constitucionalmente inapropiada tanto por los interpretativistas como por los no interpretativistas.

La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1973, invalidando todas las leyes contra el aborto en todos los estados, en el caso “*Roe vs. Wade*”, también está basada en esta doctrina del debido proceso Archibald Cox <sup>(370)</sup>, dice refiriéndose a este fallo: “Encuentro suficiente conexión en la cláusula del debido proceso que la Corte trate este tema, la utilización persistente por la Corte de nociones del debido proceso sustantivo por más de un siglo demuestra la fortaleza de nuestra herencia de derecho natural en la jurisdicción constitucional y considero que es poco sabio como también imposible resistir esa tendencia”.

En una opinión parecida, Frankfurter, en el fallo “*Malinski vs. New York*” de 1945 (324 US 401), se refiere al requerimiento del debido proceso de ley: “La experiencia ha confirmado la sabiduría de nuestros predecesores en rechazar la idea de darle una visión rígida a esta frase. Expresa una demanda para estándares de ley civilizados”.

En cuanto al origen del término debido proceso, tanto cuando aparece en la V enmienda referida al gobierno federal como en la XIV enmienda referida al gobierno de los estados, en la Constitución de los Estados Unidos, tuvo originalmente una connotación fundamentalmente procesal cercana a lo que en la actualidad denominamos debido proceso adjetivo o debido proceso estrictamente dicho. En cuanto al origen histórico, la fuente parece ser el derecho medieval francés cuando utilizaba el término *procès de loi* y la frase tenía la connotación de exigir que sólo se podía aplicar una sanción grave como consecuencia de un proceso de ley opuesto a un proceso meramente discrecional. Black mismo, en su disenso en el caso “*Winship*” (387 US 358) de 1970, dice: “Para mí el único significado correcto (de debido proceso de ley) es que nuestro gobierno debe proceder de acuerdo con la *law of the land*, derecho de la tierra, esto es, de acuerdo con disposiciones constitucionales y legales escritas de acuerdo con la interpretación que le dan los tribunales”. Sin duda asociar al debido proceso al concepto tradicional de *law of the land* no clarifica demasiado el tema ni siquiera con el agregado de los precedentes judiciales.

---

<sup>370</sup> COX, ARCHIBALD, *THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT*, 1976, PÁG. 113.

En este caso podemos decir que el significado que tenía para los constituyentes americanos en 1868 era fundamentalmente procesal y no daría en principio fundamento a la teoría actual del debido proceso de ley, que puede ser considerado como un desarrollo posterior derivado de fuentes del derecho natural <sup>(371)</sup>. Sin embargo, hay precedentes muy antiguos, más que el procesal del debido proceso; el más notable es el caso “Dred Scott vs. Sanford” en 1857, donde el presidente de la Corte Roger Taney señaló que a los dueños de los esclavos les había sido negado el debido proceso. Sin duda Dred Scott no parece ser un precedente simpático para citar y se puede argüir como hace Berger <sup>(372)</sup> que la XIV enmienda fue realizada para superar esa doctrina. Pero su mención indica que ya en su origen el concepto de debido proceso tenía una connotación que excedía lo puramente procesal.

El dato más importante para conocer la intención de los constituyentes es el lenguaje usado en la propia Constitución. Esto es particularmente cierto cuando la historia constitucional es desordenada o fragmentaria, es muy difícil conocer la voluntad del legislador, primero porque hay que asumir que todos los legisladores tienen una concepción clara respecto de lo que votan pero también es cierto que pueden no expresarla o no expresarla completamente. Una de las razones es que un debate culmina con un voto sobre un texto para señalar que ha habido un acuerdo suficiente y que ha tenido un consentimiento mayoritario, pero pueden variar los motivos por los cuales cada legislador presta su consentimiento al texto aprobado. Más allá de eso, sin embargo, la situación constitucional es particular, y se consultan los debates de los legisladores en un esfuerzo para corregir o calificar el lenguaje constitucional. Sin embargo participan muchas veces en ellos tantas personas con tantas circunstancias diferentes que es muy difícil conocer una imagen confiable de las intenciones de los legisladores simplemente por un análisis de la historia legislativa. Esto se complica en constituciones como la de Argentina donde existen datos fragmentarios sobre cómo se redactó la Constitución de 1853 (solamente actas breves), lo que da la impresión de que los artículos constitucionales no fueron debatidos o fueron debatidos en forma muy elemental.

Thomas Cooley, en su obra clásica, de 1871, que fue traducida contemporáneamente en la Argentina, sobre las limitaciones constitucionales en los puntos 66 y 67 hace mención a que cada miembro de una convención constitucional actúa por motivos o razones que lo influyen personalmente y las mociones o debates no indican necesariamente los objetivos de una mayoría al adoptar una cláusula en particular. Aun cuando fuera cierto que hemos comprendido el significado de lo expresado por la convención, esto de ninguna manera permite crear una fuerza controladora del sentido del texto, especialmente si ese significado no coincide con el que las palabras tienen en su uso común. Porque como la fuerza de la Constitución no deriva de la convención que la redactó sino del pueblo, la intención que se debe perseguir es la del pueblo; por eso no se debe buscar un significado oscuro o abstruso en las palabras empleadas, porque el artículo fue aceptado con el significado más obvio para la comprensión común.

---

<sup>371</sup> EN ESTE PUNTO VER ELY, J. H., *OP. CIT.*, PÁG. 15 Y BERGER, *OP. CIT.*, PÁGS. 193 A 214.

<sup>372</sup> BERGER, *OP. CIT.*, PÁG. 204.



El desarrollo del concepto del debido proceso, su prolongado uso a través de cien años en la jurisprudencia americana y también en un largo período en nuestra propia jurisprudencia, lleva a veces a una terminología algo confusa. De esta manera hablamos, por un lado, de un debido proceso sustantivo, que da la impresión de ser una contradicción en términos porque lo procesal no podría ser sustantivo y al mismo tiempo de un debido proceso adjetivo, que es en gran medida redundante. En la utilización de estas palabras pareciera que la palabra proceso dentro del concepto de *debido proceso*, tiene un significado diferente que la utilización de la palabra *proceso* en otras circunstancias como en el caso del derecho procesal, *proceso* como el conjunto de reglas necesarias para garantizar una decisión judicial justa y conforme a derecho.

El debido proceso adjetivo o procesal, aunque sea un pleonasma, es un concepto preciso y reconocido en la Constitución. En cambio parece necesario reflexionar sobre los orígenes y fundamentos constitucionales del debido proceso sustantivo como algo de mayor significación que el primero.

En los Estados Unidos el concepto había caído en cierto desprestigio debido a sus orígenes en *Dred Scott* y también a su utilización más reciente en el caso “*Lochner vs. New York*” y a sus consecuencias. Por el desprestigio de este caso las bases de su argumentación también habían perdido eficacia constitucional o se habían reducido a una restricción muy limitada en su contenido como decir que el gobierno debe actuar en forma racional, dado que el pueblo tiene derecho a procedimientos justos cuando a través de la acción gubernamental se restrinjan sus derechos. Una vez que el debido proceso ha sido establecido con un contenido sustantivo es tarea judicial la de buscar medios para precisar y también limitar la amplitud de su contenido. La preocupación que podría causar el concepto de debido proceso es que lleva al tribunal a plantearse preguntas para las cuales la Constitución no provee de respuestas. En 1970 el juez Black planteó su disenso a la teoría del debido proceso en el caso “*Winship*” ya mencionado, en la decisión de la mayoría del tribunal se establecía que la Constitución requería prueba “más allá de una duda razonable” para la condena en los casos criminales resueltos por la justicia de los estados. El juez Black dijo en su disenso: “La Constitución por lo tanto trata en detalle de describir qué tipo de juicio un acusado de un crimen debe tener y creo que la Corte no tiene poder para agregar o sustraer los procedimientos establecidos por los fundadores. Me doy cuenta de que es mucho más sencillo sustituir ‘las ideas de justicia’ o de lo justo que tienen los jueces individualmente que a la justicia establecida por la Constitución, pero no voy en ningún momento a abandonar mi creencia de que es el documento en sí mismo el que debe ser nuestra guía, no nuestro concepto de lo que es justo, decente y correcto... He dicho una y otra vez que prefiero poner mi fe en las palabras de una Constitución escrita que confiar en los estándares mudables día a día de justicia de los jueces individuales” (373).

Lo útil del concepto de debido proceso es que señala que más que la interpretación de normas o principios finales aplicables a una circunstancia o un caso, éste pone el valor en el procedimiento que se sigue en la toma de una decisión ya sea judicial o de otro tipo. La

---

<sup>373</sup> 397 US 358 377 78 [1970].

idea de que el procedimiento para la toma de la decisión y para su aplicación es tan importante como los principios o derechos que están en juego.

## ***I. RAZONABILIDAD Y DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO***

En la Argentina ha sido asociada la idea de la razonabilidad de las leyes con el debido proceso sustantivo. Este principio está basado en el artículo 28 de la Constitución. Es un principio material o de contenido, que viene a exigir a las leyes un contenido razonable, es decir, opuesto a lo arbitrario. En los Estados Unidos el debido proceso sustantivo tuvo su mayor desarrollo en la extensión a los ordenamientos jurídicos de los estados de los derechos reconocidos en la Constitución federal.

En el caso del “Cine Callao” (1960), la Corte Suprema dijo:

“...El objeto cardinal y específico de la ley cuestionada, en mérito a su naturaleza y a los propósitos que le dan contenido, lejos de consistir en el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo, reviste carácter inequívocamente público y general. De modo que, acreditado que en este aspecto básico, la ley 14.226 no transgrede los principios que rigen el legítimo ejercicio del poder de policía, a esta Corte sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador, o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines cuya realización procura... el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados”.

### **1. Contenido del debido proceso**

El debido proceso como garantía constitucional requiere el cumplimiento de las condiciones determinadas por la Constitución, cualquier procedimiento establecido por las autoridades no significa necesariamente que sean el “debido proceso” requerido por la Constitución. El énfasis principal es el de asegurar que la decisión sea correcta y no se cometan arbitrariedades.

En “Mathews vs. Eldridge” (1976) el juez Powell describió el contenido del debido proceso y los tres factores que requiere:

“...el ‘debido proceso’ a diferencia de otras normas legales, no es una concepción técnica con un contenido fijo sin relación con el tiempo, el lugar o las circunstancias. El debido proceso es flexible y requiere de protecciones procesales distintas según lo requiera cada situación particular. Por lo tanto para resolver la cuestión de si los procedimientos administrativos aportados aquí son constitucionalmente suficientes, se requiere analizar

los intereses gubernamentales y privados que se ven afectados. ...La identificación de los dictados específicos del debido proceso requieren de la consideración de tres factores diferentes. Primero, el interés privado que será afectado por la acción oficial; segundo el riesgo de privación errónea de ese interés a través de los procedimientos utilizados, y el valor probable, si existe, de salvaguardias procesales adicionales o sustitutas; y, finalmente del interés del Gobierno, incluyendo la función necesitada y las cargas administrativas y fiscales que los requerimientos adicionales o sustitutos pudieran necesitar”.

## **2. El debido proceso adjetivo o procesal**

Si el debido proceso sustantivo está relacionado con lo que el gobierno puede hacer, el debido proceso adjetivo analiza la manera como el gobierno actúa y a los mecanismos de aplicación que utiliza. Se refiere al derecho a la jurisdicción, es decir que nadie puede ser privado de su libertad o de su propiedad sin la garantía del debido proceso.

El concepto de propiedad incluye a todo el patrimonio, y para definirlo se debe analizar antes el concepto de derecho adquirido (*entitlement*), cuando el Estado reconoce a un individuo un beneficio del que no puede ser privado arbitrariamente. El derecho adquirido es el que se ejerce efectivamente en el presente, el debido proceso no protege a quienes tengan la mera expectativa de un beneficio.

De esta manera es la naturaleza del interés la que debe analizarse, no su dimensión; un derecho patrimonial es “creado y sus dimensiones son definidas por reglas o entendimientos existentes que surgen de una fuente independiente como una ley, norma o entendimiento que asegure ciertos beneficios y que sostienen reclamos a esos beneficios” (“Board of Regents vs. Roth”, 1972). Estos derechos pueden surgir también de “entendimientos explícitos mutuos” (“Perry vs. Sindermann”, 1972).

El concepto de libertad es más complejo que el de propiedad. Éste incluye a la libertad física o de locomoción, la libertad de realizar todas las ocupaciones habituales en la vida y en general gozar de todos los derechos reconocidos como esenciales para la obtención de la felicidad en las personas.

La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que la Constitución ordena una protección procesal amplia para el acusado en la jurisdicción criminal o correccional. Cuando se intenta revocar la libertad condicional (*parole*) (“Morrissey vs. Brewer”, 1972), o una condena de cumplimiento suspensivo (*probation*) (“Gagnon vs. Scarpelli”, 1973), el debido proceso debe ser garantizado. En la internación obligatoria en una institución mental se requiere la garantía del debido proceso; en “Addington vs. Texas” (1979), por ejemplo, una evidencia “clara y convincente” de peligrosidad es requerida para la internación; en “Parkham vs. J.R.” (1979) la decisión paterna de internar a un hijo requiere la protección del interés de la libertad con el requerimiento de una investigación independiente sobre el cumplimiento de las condiciones para el ingreso. La transferencia de un prisionero encarcelado a un hospital mental que imponga un tratamiento médico requiere notificación escrita y una audiencia que cumpla con todos los requisitos procesales, así en “Vitek vs. Jones” (1980).

El debido proceso incluye la protección de todos los derechos establecidos en la Constitución aun cuando no estén nombrados. En cuanto al ejercicio de la patria potestad, todo régimen de custodia, visitas o alimentos requiere la garantía del debido proceso, por ejemplo en “Santowski vs. Kramer” (1982). En suma, cuando los derechos constitucionales se ven limitados por acción gubernamental el debido proceso debe ser garantizado.

## **¿QUE TIPO DE PROCESO ES EL QUE REQUIERE LA CLÁUSULA DE DEBIDO PROCESO?**

### **La oportunidad de ser oído.**

En el caso de *Bimetallic Investment Company Co. vs. State Board* 239 U.S. 441 de 1915 la Corte dijo "que las leyes generales dentro del poder del estado que afectan a las personas o la propiedad de los individuos, a veces hasta el punto de llevarlos a la ruina, sin aportarles la oportunidad de ser oídos. Sus derechos están protegidos de la única manera que pueden serlo en una sociedad compleja, por el poder, inmediato y remoto sobre aquellos que hacen las leyes." Es decir, sostuvo que aun cuando no hubiera una posibilidad de hacerse oír los ciudadanos podían votar. Esta doctrina encuentra su límite en un caso que se llama *Londoner vs. Denver* 210U.S.373 de 1908 que trataba de una cuestión sobre impuestos municipales y la Corte Suprema sostuvo que el debido proceso de ley requería en algún momento de los procedimientos, antes que un impuesto fuera fijado irrevocablemente, el contribuyente tenía una **oportunidad de ser oído**, de la cual debía haber sido informado ya se en forma personal, o una publicación o por un plazo y lugar de audiencia publica fijado por la ley.

Es una manera de concretizar el derecho establecido en el artículo 14 de ‘*peticionar a las autoridades*’, estableciendo una instancia al efecto previa a la aprobación de una norma.

De esta manera podríamos decir que si la ley establece una norma general que pueda afectar nuestros derechos y que es aplicable igualmente a todos, no se trataría de una cuestión de debido proceso. Pero si la ley requiere la determinación de alguna cuestión de hecho, porque no es general sino que supone algunas limitaciones o modalidades en su aplicación, entonces la necesidad de un procedimiento previo para determinar esas modalidades aparece como requisito constitucional. En otras palabras, **el debido proceso adjetivo** debe ser proveído cuando hay una **privación de un bien jurídico** protegido y **existen cuestiones de facto potenciales** que generalmente no están presentes cuando se ataca la constitucionalidad de una ley o de un reglamento y la cuestión no es sobre la razonabilidad del proceso que se ha adoptado.

## **Decisión independiente e imparcial.**

Cuando la cuestión se refiere a la **razonabilidad o a los objetivos** de la norma ya salimos del debido proceso adjetivo para entrar en el **sustantivo**. Cuando una decisión gubernamental debe ser tomada a través de un debido proceso debe determinarse que garantías deben darse tanto en cuanto a la notificación de la cuestión, a la oportunidad de tener una **audiencia** y la necesidad de clara existencia de un **decisor independiente e imparcial**. Este último punto fue dicho entre otras cosas en el caso **Gold Gidson contra Berryhill 411U.S.564 de 1973** que estableció que es inconstitucional que quienes toman una decisión puedan obtener aunque sea potencialmente una ganancia personal de sus decisiones y que por lo tanto estas podían ser dejada sin efecto. En el caso **Mullane** contra Central Hanover Bank la Corte dijo expresamente: *" muchas controversias sea han desatado sobre las palabras criticas y abstractas del debido proceso pero no puede existir ninguna duda que lo mínimo que requieren es que una privación de la vida, la libertad, o de la propiedad por adjudicación debe proceder luego de notificación y de dándole una oportunidad para una audiencia apropiada a la naturaleza del caso"* **339 U.S. 306 de 1950**.

El **concepto de audiencia** tiene algunos elementos constitucionalmente significativos como es dar la plena oportunidad de contestar las pretensiones planteadas por la otra parte o por una acusación o por los argumentos efectuados para imponer una legislación. Tiene en este sentido un **carácter adversarial** dando la posibilidad de ser escuchado y de presentar la prueba necesaria. No se trata de una situación similar a un juicio ya que puede ocurrir que se trate solamente de una situación previa a la aprobación de una reglamentación. Pero supone que exista la posibilidad de dar argumentos contrarios o asociados y de presentación de prueba que permita interpretar completamente en una forma más amplia la situación.

En el caso **Mathews vs. Eldridge 424 US 319 de 1976** se establecieron los factores que debe analizar un tribunal una cuestión de debido proceso. El tribunal debe inferir tres factores que deben ser equilibrados: *"el primero es el **interés privado** que será afectado por la acción del estado; es segundo el **riesgo que una privación equivocada** de ese interés a través de los procedimientos que se utilicen y el probable valor si es que existe, de la garantías procesales adicionales o sustitutivas y finalmente, **el interés gubernamental incluyendo la función resultante** y los deberes fiscales y administrativos que un procedimiento sustitutivo o adicional requeriría."*

Entonces podemos interpretar esta argumentación señalando:

1. el primer factor a tener en cuenta cual es procedimiento que debe adoptarse para cumplir con la obligación constitucional sería la importancia del interés para el individuo. Cuanto más importante sea el interés mayor debe ser la garantía procesal que el tribunal debe requerir.
2. La segunda consideración es la capacidad o la posibilidad que existan procedimientos adicionales para aumentar la certeza de búsqueda de hechos. Cuanto más considere el tribunal que procedimientos adicionales llevaran a una decisión más estricta y menos equivocada es más probable que requiera ese tipo de procedimientos adicionales.

3. Finalmente el tribunal debe analizar que las obligaciones impuestas, entre otros al gobierno, por el procedimiento tengan una relación de costo y beneficio entre los gastos que debe hacer el estado y las ventajas o garantías suplementarias que se obtienen.

### ***Los niveles de escrutinio.***

El control judicial por el debido proceso de ley tiene tres niveles de escrutinio, es decir, tres niveles en los cuales la investigación judicial será más o menos estricta, de acuerdo al tipo de derecho constitucional que sea atacado. Toda norma realiza una **clasificación**, porque incluye o excluye a personas o situaciones dentro de su reglamentación. Cuando algunas de estas clasificaciones se refieren a derechos individuales protegidos por la Constitución, éstas son denominadas **clasificaciones sospechosas** en relación a su constitucionalidad. Los tres niveles de escrutinio se basan en el tipo de derecho constitucional en conflicto con la decisión gubernamental, se profundizará el control judicial en los casos en que el ataque a una libertad individual sea más grave. Es decir, en los casos en que la clasificación efectuada por la norma atacada sea sospechosa de su constitucionalidad.

### **El primer nivel. El *rational basis test*.**

Una ley atacada bajo el debido proceso será aceptada si **“está relacionada racionalmente con un objetivo gubernamental legítimo”**. El gobierno solo tiene que demostrar que el objetivo es legítimo. Alcanza para preservar su validez con que el objetivo buscado por la norma sea posible no es suficiente que sea real, es decir, que se haya cumplido efectivamente. **Quien ataca la ley tiene la carga de la prueba.** Debe probar que la ley no cumple con un objetivo legítimo o que no es el medio razonable para cumplir con el fin.

### **El “escrutinio intermedio”.**

La ley será considerada constitucional sólo si **“está sustancialmente relacionada con un objetivo gubernamental importante.”** El objetivo gubernamental debe ser además de legítimo debe ser importante. El tribunal debe asegurarse que la ley está relacionada sustancialmente con la obtención del objetivo. Este tipo de escrutinio se utiliza en los casos de discriminación en particular en los casos de discriminación por el género, la regulación del discurso comercial o el discurso en foros públicos. **El gobierno tiene la carga de la prueba en el escrutinio intermedio.**

### **El escrutinio estricto.**

La **ley será considerada constitucional si es necesaria para cumplir con un “objetivo gubernamental forzoso o innegable”**. El tribunal debe considerar que el interés gubernamental es vital. Que la ley es necesaria para como medio para cumplir el fin. **El gobierno tiene la carga de la prueba**. Gunther<sup>374</sup> señala que este tipo de escrutinio “*es estricto en la teoría y fatal en la práctica.*” Es decir que será muy difícil para el gobierno demostrarlo cuando la Corte decide someter una norma a este tipo de control. Es utilizado en los casos de discriminación basada en la raza o en el origen nacional y particularmente cuando se trata de los derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad y la libertad de expresión.

### ***Las clasificaciones sospechosas.***

En el derecho argentino se aceptado la doctrina de las **clasificaciones sospechosas de constitucionalidad**.

Al resolver el caso **Calvo y Pesini c. Provincia de Córdoba** (Fallos 321:194 (1998)), en el cual se impugnaba una ley cordobesa que impedía integrar la planta de los hospitales provinciales a quienes no eran argentinos, la Corte exigió a la demandada una "justificación suficiente de la restricción", dado el carácter restrictivo de la ley en relación con la igualdad ante la ley. Posteriormente, en algunos fallos dictados en el período aquí considerado, la Corte ha vuelto sobre esta exigencia y la ha profundizado al punto de crear la categoría de las leyes "**sospechosas de inconstitucionalidad**". Se trata de normas que, por restringir ciertos derechos —en el caso la igualdad ante la ley o, más específicamente, el derecho a la no discriminación— no gozan de la presunción de constitucionalidad propia de las normas jurídicas. Se sospecha de su inconstitucionalidad y ello produce como resultado una inversión de la carga de la prueba sobre su constitucionalidad, la cual queda a cargo de quien ha dictado la ley o de quien la aplica. En síntesis, no es el afectado quien debe probar la inconstitucionalidad de la ley. Su constitucionalidad debe ser probada por quien pretende aplicarla y a tal efecto no es suficiente la mera invocación del principio de la razonabilidad de la norma. El primero de estos casos es **Hooft c. Provincia de Buenos Aires** (Fallos 327:5118 (2004) (LA LEY, 2005-D, 559).). Dijo la Corte: *La presencia de un criterio de distinción sospechoso dentro de una legislación impugnada, hace pesar sobre ésta una presunción de inconstitucionalidad ... la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada*.

Las normas que establecen clasificaciones ‘sospechosas’ de constitucionalidad no tienen presunción de legitimidad por lo que el impugnante no tiene en ellas la carga de demostrar su inconstitucionalidad. En estas leyes sospechosas de inconstitucionalidad la regla es la inversa. El impugnante está liberado de esta carga que pesa sobre quien

---

<sup>374</sup> GERALD GUNTHER, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW. 11 ED. P. 441 Y SS.

pretende aplicarla. Se aplican los requisitos establecidos en los niveles de investigación de la corte de EEUU.

### ***El principio de proporcionalidad.***

Este criterio proviene de la jurisprudencia alemana que utiliza los nombres de *principio de proporcionalidad* y *principio de la prohibición del exceso*. En el debido proceso de ley hay dos frentes: el control de legitimidad de las finalidades elegidas por el gobierno y sus agentes, y el control de adecuación racional entre los medios instituidos por la norma y los objetivos de interés público asumidos por el legislador. En la jurisprudencia alemana el control de la legitimidad de una norma es realizado a través del cotejo inmediato de las finalidades del acto estatal frente a los principios constitucionales. Cuando las consecuencias jurídicas de este acto violan aparentemente una norma constitucional, existe una colisión de derechos que no puede ser resuelta por la mera exclusión de una de ellas sino que exige una ponderación de los intereses en juego. Existe el concepto de los derechos *prima facie*, y no definidos, en la medida que su definición depende de las circunstancias en que se aplica. El derecho normativo es potencial, y es necesario evaluar algunas circunstancias concretas para que se delimite su dominio actual. Cuando existe un **conflicto de derechos** es necesaria una ponderación de valores, dentro de las circunstancias del caso concreto, para evaluar la razonabilidad de las diversas posibilidades de interacción entre estos derechos.

### **Adecuación, necesidad y proporcionalidad.**

El principio de proporcionalidad es normalmente descrito como el conjunto de tres ideas: **adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta**. Al analizar las restricciones a determinados derechos, se debe indagar sobre la **admisibilidad constitucional de la limitación establecida, la reserva legal**, y también la **compatibilidad de las restricciones con el principio de proporcionalidad**. Ello presupone no solo la legitimidad de los medios utilizados y de los fines perseguidos por el legislador, sino también la **adecuación** de esos medios para la consecución de los objetivos pretendidos y la **necesidad** de su utilización. El juicio definitivo sobre la proporcionalidad de la medida resultará de la rigurosa ponderación entre el **significado de la intervención para el interesado** y los **objetivos** perseguidos por el legislador, es la llamada proporcionalidad en sentido estricto.

El supuesto de **adecuación** exige que las medidas interventoras adoptadas sean aptas para alcanzar los objetivos pretendidos. El requisito de la **necesidad** significa que ningún medio menos gravoso para el individuo se revelaría igualmente eficaz en la consecución de los objetivos pretendidos. De esta manera lo que es adecuado puede ser necesario, pero lo que es necesario no puede ser inadecuado.



En **el caso de las Farmacias** 7 BVerfGE 377 (1958), la Corte Constitucional utilizó el criterio de proporcionalidad para analizar las posibilidades que tenía el legislador del Baviera para restringir la cantidad de farmacias en una comunidad.

*c. Los principios generales que gobiernan la regulación de la actividad vocacional pueden ser sintetizados de esta manera:*

*La práctica de una ocupación puede restringirse por reglamentaciones razonables, basadas en consideraciones del bien común. La libertad para elegir una ocupación, sin embargo, debe ser restringida solamente sobre la base de un interés público fundamental, esto es si, luego de una deliberación cuidadosa, la legislatura determina que el interés común debe ser protegido, entonces puede imponer restricciones para proteger ese interés; Pero solo en la extensión que la protección no pueda ser cumplida por una restricción menor de la libertad de elección. En el caso que una limitación a la libertad de elección de ocupación sea inevitable, los legisladores deben emplear siempre un medio reglamentario **que menos restrinja el derecho básico.***

*Una **escala graduada de las posibles restricciones**, gobierna la autoridad de la legislatura para reglamentar la actividad vocacional.*

*Los legisladores son más libres cuando regulan la práctica de una ocupación. Al regular esta práctica, pueden utilizar ampliamente cálculos de utilidad. Los legisladores pueden imponer limitaciones al derecho a practicar una profesión de manera de evitar un detrimento y un peligro al público en general; Pueden también hacerlo para promover una ocupación con el fin de mejorar la actividad total dentro de la sociedad. Aquí **la Constitución protege al individuo solamente contra una limitación excesivamente onerosa e irrazonable.** A parte de estas excepciones estas restricciones en la libertad de ocupación no afectan en gran medida al ciudadano ya que ya tiene una ocupación y las restricciones legales le dejan el derecho de ejercitar esa ocupación en forma inviolada.*

*Por otra parte, si el legislador condiciona al derecho a tomar una actividad ocupacional al cumplimiento de ciertos requerimientos y de esta manera limita la elección de una ocupación, entonces la reglamentación con el fin de un bien común es legítima, solamente cuando esa acción es absolutamente necesaria para proteger particularmente intereses comunitarios importantes, en todos esos casos las medidas restrictivas seleccionadas deben cumplir la menor interferencia posible. Pero de la naturaleza de las condiciones que prescriben la regulación para la admisión a una profesión dependen si la legislación trata con condiciones individuales como son aquellas de una base educativa y de entrenamiento o con condiciones objetivas irrelevantes de las calificaciones personales de cada uno y sobre las cuales no se ejerce control.*

## **Criterios de razonabilidad.**

En muchos casos la Corte Suprema fundamenta el control de razonabilidad en argumentos de extrema generalidad, podemos intentar una tipología.

### ***I. Una definición muy general.***

El control de razonabilidad es mencionado por la Corte Suprema como un límite a la reglamentación de los derechos individuales. El primer elemento es la proporcionalidad entre el objetivo buscado por la norma y el medio que ha sido escogido para obtenerlo. Tiene asimismo una connotación valorativa asociada a ideas generales de equidad. Al

mismo tiempo, su definición es asociada a un requisito de coherencia entre la ley y la Constitución.

*‘Los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional no son absolutos y su ejercicio está sometido a las leyes que lo reglamenten, siempre que las mismas sean razonables, se adecuen al fin que requirió su establecimiento y no incurran en arbitrariedad.’<sup>375</sup>*

*‘El control de razonabilidad se funda en la adecuación de causa y grado entre las restricciones impuestas los motivos de excepción. Dicho control es un deber del Poder Judicial, en especial de la Corte Suprema como tribunal de garantías constitucionales, pero es impuesto en interés del buen orden de la comunidad y del propio órgano político.’<sup>376</sup>*

*‘Las leyes son susceptibles de ser cuestionadas en cuanto a su constitucionalidad cuando resultan irrazonables, en la inteligencia de que la irrazonabilidad se configura cuando no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad.’*

*‘El principio de racionalidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante su vigencia, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional.’<sup>377</sup>*

## **II. La razonabilidad como justificación de los actos de la administración.**

El requisito de la razonabilidad ha surgido como límite a la actividad reglamentaria de la administración y su definición ha adquirido una mayor determinación a partir del análisis de las decisiones del administrador. Es el ejercicio razonable lo que justifica los actos y decisiones administrativas. Nuevamente en este criterio aparecen los elementos de proporcionalidad y de valoración.

*‘Es la razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.’<sup>378</sup>*

*‘Las grandes metas de la política del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución y la acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política; pero como ésta necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas...Y, bajo este aspecto, **cabe la valoración judicial de los medios empleados.** Esto o es otra cosa que **contrastar la validez del instrumento jurídico empleado para la consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado.** Ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional.’<sup>379</sup>*

---

<sup>375</sup> FAYT EN DISIDENCIA CASO ‘OFMANN, MARIO JORGE Y OTRA S- RES. REG. ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS.’ SENTENCIA DEL 9 DE AGOSTO DE 1988.

<sup>376</sup> CASO JORGE HORACIO GRANADA, SENTENCIA DEL 3 DE DICIEMBRE DE 1985.

<sup>377</sup> CASO BANCO VICENTE LÓPEZ COOP. LTDO., SENTENCIA DEL 1º DE ABRIL DE 1986.

<sup>378</sup> CASO ELÍAS, JALIFE S-ACCIÓN DE AMPARO, SENTENCIA DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1993.

<sup>379</sup> CASO GUSTAVO JORGE NORDENSTHOL C-SUBTERRÁNEOS DE BUENOS AIRES, S- DESPIDO. SENTENCIA DEL 2 DE ABRIL DE 1985.

La razonabilidad supone la existencia de una política legislativa que pueda ser controlada en cuanto a su proporcionalidad entre el objetivo claramente definido y legítimo, y el medio eficiente para lograrlo.

*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.*<sup>380</sup>

*La circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.*<sup>381</sup>

## **1. La razonabilidad como límite de la discrecionalidad administrativa.**

La contrapartida de ser la razonabilidad la justificación de la regulación administrativa, es que sea un límite a la discrecionalidad.

*La razonabilidad con que se ejercen las facultades discrecionales de la administración es el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.*<sup>382</sup>

*El ejercicio del poder de policía no puede traspasar el principio de **razonabilidad de las normas** (artículo 28 de la Constitución Nacional).*<sup>383</sup>

No hay capacidad discrecional que puede ser ejercida irrazonablemente.

*La circunstancia de que el recurrente, al negarle al actor el certificado de aptitud psicofísica para ingresar en el Instituto Nacional Superior del Profesorado, en razón de no reunir el requisito de altura mínima, obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo a su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho supuesto.*<sup>384</sup>

---

<sup>380</sup> CASO LEONOR VIRGINIA ROMERO DE MARTINO C- CAJA NACIONAL DE AHORRO Y SEGURO. SENTENCIA DEL 23 DE ABRIL DE 1985.

<sup>381</sup> CELIA RAMONA FADLALA DE FERREYLA S- ACCIÓN DE AMPARO. SENTENCIA DEL 22 DE MARZO DE 1984.

<sup>382</sup> CASO DUCILO S.A. S- RECURSO DE AMPARO. SENTENCIA DEL 27 DE FEBRERO DE 1990.

<sup>383</sup> CASO PADRES DE ALUMNOS DE COLEGIOS DEPENDIENTES DE LA UNC INTERPONE RECURSO ARTÍCULO 32 LEY 24.521. SENTENCIA DEL 9 DE MARZO DE 1999.

<sup>384</sup> CASO GABRIEL DARÍO ARENZON C- ESTADO NACIONAL S- AMPARO. SENTENCIA DEL 15 DE MAYO DE 1984.

## 2. La razonabilidad del poder tributario.

Conjuntamente con la limitación de los derechos individuales que produce la reglamentación, el régimen impositivo es una de las principales formas de riesgo de ejercicio abusivo del poder. Los dos límites constitucionales al poder tributario del gobierno son la no confiscatoriedad y la razonabilidad.

*‘Lo relevante a los efectos del control de constitucionalidad que incumbe a la Corte Suprema, es mantener el ejercicio tributario dentro de los límites de la garantía de razonabilidad que resguarda al contribuyente frente a los posibles desbordes de la autoridad pública.’<sup>385</sup>*

*‘En el caso de la libertad de expresión su menoscabo por incumplimiento tributario de la empresa periodística.*

*‘La ausencia de razonabilidad de la clausura de dependencias de un diario se hace evidente si se la conjuga con la naturaleza exclusivamente formal de la infracción detectada y la existencia de otras medidas correctivas entre las previsiones de la ley 11.683, cuyos efectos no resultarían gravosos a la libertad de prensa.’<sup>386</sup>*

### III. El interés estatal urgente.

El interés estatal urgente es una de los niveles de escrutinio establecidos por la Corte Suprema de Estados Unidos para el cumplimiento del debido proceso de ley. Se aplica cuando la clasificación que hace la norma atacada por afectar derechos fundamentales se hace sospechosa de inconstitucionalidad. Uno de sus efectos es que invierte la carga de la prueba y el acto gubernamental no se presume constitucional.

*‘Ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una **presunción de inconstitucionalidad**; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” para justificar aquella, y **no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea “razonable”**’.<sup>387</sup>*

### IV. Doctrina de la manifiesta iniquidad.

Este criterio introduce nítidamente el elemento puramente valorativo dentro de la razonabilidad. Aparece reiteradamente en los precedentes de la Corte Suprema y es de compleja definición. Podemos indicar que se trata de casos que entran en colisión con el sistema de valores que sostienen los miembros del Tribunal. La idea de la decisión

---

<sup>385</sup> CASO INDO S.A. C- FISCO NACIONAL S- REPETICIÓN, SENTENCIA DEL 4 DE MAYO DE 1995.

<sup>386</sup> CASO S.A. LA NACIÓN S- INF., LEY 11683. SENTENCIA DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1993.

<sup>387</sup> CASO REPETTO, INÉS MARÍA C- PROV. DE BUENOS AIRES S- INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS LEGALES. VOTO DEL MINISTRO PETRACCHI, SENTENCIA DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 1988.

correcta para el caso supone que el juez pueda aplicar los valores que posee ya que con conocimiento de ellos fue elegido para el cargo. En estos casos una extrema iniquidad es considerada inconstitucional.

*‘Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o **cuando consagran una manifiesta iniquidad**, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure la vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental.’<sup>388</sup>*

## **V. Proporcionalidad estricta: relación entre medios y fines.**

La distinción entre la conveniencia de una norma y su razonabilidad es opaca. Ya que una norma es conveniente cuando su objetivo es razonable y el medio elegido para obtenerlo es el adecuado. La diferencia entre la oportunidad y conveniencia de una norma y su razonabilidad esta, en muchos casos, establecida por la autolimitación judicial a considerar causas de contenido político.

*‘La **razonabilidad de las leyes depende de su arreglo a los fines que requiere su establecimiento** y de la ausencia de iniquidad manifiesta.*

*‘El acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario habilitan la intervención de los jueces.’<sup>389</sup>*

*‘A la Corte sólo le está permitido analizar el **grado de adecuación** existente entre las **obligaciones** que la ley impone y **los fines** cuya realización procura.’<sup>390</sup>*

## **VI. Irrazonabilidad sobreviniente a la norma por la práctica.**

*‘Corresponde declarar la inconstitucionalidad de normas que aunque no ostensiblemente incorrectas en su inicio devienen indefendibles desde el punto de vista constitucional, pues el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Constitución Nacional.’<sup>391</sup>*

---

<sup>388</sup> CASO MARÍA LEONOR FLORES Y OTROS C- ARGENTINA TELEVISORA COLOR LS 82 CANAL 7 S.A., SENTENCIA DEL 11 DE JUNIO DE 1985.

<sup>389</sup> CASO JORGE ANDRÉS NEVILLE C- BANCO POPULAR ARGENTINO S.A., SENTENCIA DEL 26 DE AGOSTO DE 1986, VOTO DEL MINISTRO PETRACCHI.

<sup>390</sup> CASO MICKEY S.A. S- INFRACCIÓN ART. 44 LEY 11.683., SENTENCIA DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 1991, DISIDENCIA DEL MINISTRO PETRACCHI.

<sup>391</sup> CASO MIRANDA DE RIVERO, FANNY C- CARLOS BUSSAU S.A.I.C. Y OTRA, SENTENCIA DEL 2 DE MARZO DE 1999.

## **VII. La razonabilidad y garantías individuales como límites.**

La Corte Suprema ha considerado asimismo a la razonabilidad en el mismo nivel que las garantías individuales y las restricciones formales impuestas en la Constitución, como límites a la capacidad legislativa y reglamentaria del gobierno.

*‘Dentro de nuestro régimen constitucional, todo gobierno está facultado para establecer la legislación que se considere conveniente, con el límite de que tal legislación sea **razonable** y **no desconozca las garantías individuales** o las **restricciones** que la misma Constitución contiene, en salvaguardia de las instituciones libres.’<sup>392</sup>*

## **VIII. Los efectos de la norma como pauta de razonabilidad.**

La Corte Suprema ha asumido en ocasiones un criterio consecuencialista para determinar la razonabilidad de una norma, analizando los efectos que ha tenido su aplicación. Es esperable que utilice en el futuro criterios estrictos para determinar los efectos de las normas como es el caso del análisis económico del derecho.

*‘Una de las pautas más seguras para verificar la razonabilidad de una interpretación legal es considerar las consecuencias que derivan de ella.’<sup>393</sup>*

En contra hay también visiones deontológicas:

*‘El debate sobre la razonabilidad de una ley no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ella contenidas, y de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas.’<sup>394</sup>*

Sin embargo, la Corte Suprema con la misma integración dijo sobre la importancia de las consecuencias de los fallos como índice más seguro para verificar la razonabilidad.

*‘Los jueces, en la tarea de razonamiento que ejercitan para indagar el sentido que corresponde acordar a las normas, deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de su interpretación y su congruencia con el todo del ordenamiento jurídico.’<sup>395</sup>*

## **IX. Razonabilidad y moral media. Un galimatías.**

---

<sup>392</sup> CASO CONSEJO SUPREMO DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CUMPLIMIENTO DEL DECRETO 158-83 DEL P.E.N., DISIDENCIA DEL MINISTRO JORGE BACQUÉ, SENTENCIA DEL 30 DE DICIEMBRE DE 1986.

<sup>393</sup> CASO GAVETA, ÁNGEL ALBERTO C- ESTADO NACIONAL S- ORDINARIO, SENTENCIA DEL 14 DE FEBRERO DE 1989.

<sup>394</sup> CASO MICKEY S.A. S- INFRACCIÓN ARTÍCULO 44, LEY 11683. SENTENCIA DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 1991.

<sup>395</sup> CASO ENTE BINACIONAL YACYRETA C- MISIONES, PROVINCIA DE S- EXPROPIACIÓN. SENTENCIA DEL 19 DE MAYO DE 1992.

Expresiones como ‘moral de la comunidad’ son opacas, sin definición posible, a menos que existiera alguna manera de poder determinarlas. Pero aún cuando excepcionalmente pudiera hacerse esa determinación. La moral media o comunitaria no puede imponerse a quienes no la comparten ya que existe la prohibición expresa del artículo 19. La función de los jueces, por el contrario, es la de proteger a las minorías de las imposiciones arbitrarias que quisieran imponérselos.

*‘Las leyes resultan irrazonables cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad. Consecuentemente, los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad **si tienen la certeza** de que expresan, con fidelidad, **la conciencia jurídica y moral de la comunidad.***

*‘Frente a los valores de solidaridad que se traducen en el logro de legítimos recursos económicos que permitan concretar **el bien común de toda la sociedad,** resulta errónea una concepción de la libertad que la mantenga aislada del cumplimiento de aquellas obligaciones que atiendan al respeto de los derechos de la comunidad y de la **finalidad ética que sustenta al Estado.**’<sup>396</sup>*

Estas expresiones grandilocuentes ocultan la debilidad de los argumentos. ¿Cómo supo la Corte Suprema en este caso cuál era el bien común de toda la sociedad en la aplicación de las normas al caso concreto? No de la investigación efectuada en el caso. El argumento expresado de la finalidad ética del Estado, es una expresión de deseos, el Estado puede tener una gran finalidad ética, pero los gobernantes deben demostrarla en el caso concreto.

## **X. La razonabilidad en el proceso penal.**

*‘De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de la falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del **principio de la proporcionalidad** de la pena, que operara únicamente para limitar los excesos del poder primitivo estatal respecto de eventuales trasgresores a las leyes, y que determina que **la proporcionalidad no puede resolverse en formulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad** para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho.’<sup>397</sup>*

*‘La duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establezca la ley. La razonabilidad está fundada en la prudente apreciación judicial.’<sup>398</sup>*

## **XI. Límites políticos de la razonabilidad.**

---

<sup>396</sup> CASO MICKEY S.A. S-INFRACCIÓN ARTÍCULO 44 LEY 11683. SENTENCIA DEL 5 DE NOVIEMBRE DE 1991.

<sup>397</sup> CASO GÓMEZ, RICARDO Y FEDERICO, EDUARDO ALBERTO S- ROBO AGRAVADO, SENTENCIA DEL 8 DE JUNIO DE 1989.

<sup>398</sup> CASO SÁNCHEZ REISSE, LEANDRO ÁNGEL S- EXCARCELACIÓN. SENTENCIA DEL 7 DE MAYO DE 1998.

La Corte Suprema ha también limitado el ejercicio del control de constitucionalidad cuando se trata simplemente de un conflicto de criterios de conveniencia. Sería en ese caso reemplazar el criterio de conveniencia del legislador o administrador por el criterio del juez.

*‘La Corte no puede imponer su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes.’<sup>399</sup>*

La Corte Suprema ha adquirido un criterio más permisivo en las llamadas situaciones de emergencia económica, aunque ésta no tuviera una definición clara.

*‘La restricción al ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo, **un remedio y no una mutación** en la sustancia o esencia del derecho adquirido por la sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la **situación de emergencia**, a diferencia del estado de sitio, **no suspende las garantías constitucionales.**’<sup>400</sup>*

## ***XII. Razonabilidad en el control de la delegación legislativa.***

En el caso *Cocchia*, en una defensa extrema del control de razonabilidad se lo mencionó como un límite eficaz a la discrecionalidad administrativa que resultaba preferible a la prohibición lisa y llana de la delegación legislativa.<sup>401</sup>

La Corte Suprema reiteró este criterio y señaló que la razonabilidad no debía aplicarse exclusivamente a la actividad de los poderes políticos sino también a la interpretación de un contrato entre particulares.

*‘El escrutinio judicial de la razonabilidad de la actuación del Poder Ejecutivo en el marco de la actuación congresional **salvaguarda los derechos individuales de un modo más eficaz que la proscripción lisa y llana**, por razones de principios, de toda **delegación amplia de facultades.***

*‘El control de razonabilidad **no se aplica exclusivamente a la actividad de los poderes políticos.** También en el caso de la interpretación que los jueces realizan de un contrato y en contra de la voluntad de las partes.*

*‘Es admisible el recurso extraordinario cuando los jueces asignan a la cláusula de un contrato un alcance reñido con la clara intención de las partes y lo decidido no se basa en explícitas razones de derecho, llegando de tal modo a una inteligencia del contrato carente de razonabilidad.’<sup>402</sup>*

---

<sup>399</sup> CASO VEGA, ANDRÉS ROBERTO C- INSTITUTO NAC. DE VITIVINICULTURA S- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SENTENCIA DEL 23 DE AGOSTO DE 1988.

<sup>400</sup> CASO VIDELA CUELLO, MARCELO SUCESIÓN C- PROVINCIA DE LA RIOJA. SENTENCIA DEL 27 DE DICIEMBRE DE 1990.

<sup>401</sup> CASO COCCHIA, JORGE DANIEL C- ESTADO NACIONAL S- ACCIÓN DE AMPARO. SENTENCIA DEL 2 DE DICIEMBRE DE 1993.

<sup>402</sup> CASO ACUÑA, ROSARIO FRANCISCO C- CAJA NACIONAL DE AHORRO Y SEGURO. SENTENCIA DEL 4 DE MAYO DE 1995.



## **1. La razonabilidad en la interpretación de los tratados internacionales.**

Cuando un tratado internacional establece un derecho que requiere de reglamentación para su plena operatividad, pero sin un plazo establecido, se plantea la cuestión de saber cuando el juez puede aplicar el derecho ante la inactividad legislativa. En este caso se ha sostenido el criterio de la razonabilidad del plazo.

*Si por hipótesis se afirmara que el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica es programático y que sólo el Congreso nacional puede reglamentarlo, parece evidente que dicha **reglamentación debe ser hecha en un plazo razonable.***<sup>403</sup>

---

<sup>403</sup> CASO EKMEDJIAN, MIGUEL ÁNGEL C- SOFOVICH, GERARDO Y OTROS S- RECURSO DE HECHO. DISIDENCIA DEL MINISTRO BELLUSCIO. SENTENCIA DEL 7 DE JULIO DE 1992.

## **El control judicial de razonabilidad y el análisis de costo beneficio**

En el control judicial de la razonabilidad de las leyes y de los reglamentos se han utilizado expresiones como el fin de la legislación y la razonabilidad del medio empleado. En términos usuales, se dice: adecuación del medio empleado al fin propuesto. Es una expresión que nos permite una asociación con el análisis de costo beneficio utilizado en el análisis económico del derecho. Es decir, la utilización de las herramientas de una ciencia social, como la economía, para medir la extensión en que un medio elegido por el legislador sea el apto para cumplir con el objetivo que éste se había propuesto.

### **La reglamentación frente al riesgo.**

La regulación supone evitar un riesgo previsible.

Las características contextuales asociadas al concepto del riesgo son algunas de las siguientes:

- 1) la naturaleza catastrófica del riesgo,
- 2) saber si el riesgo es incontrolable,
- 3) si el riesgo incluye pérdidas permanentes o irreparables,
- 4) si se ha incurrido voluntariamente en el riesgo,
- 5) cuán equitativamente distribuido está el peligro o cuán concentrado en víctimas inidentificables, inocentes o tradicionalmente desvalidas,
- 6) cuán bien comprendido está el riesgo en cuestión,
- 7) si el riesgo debe ser asumido por las generaciones futuras, y
- 8) cuán familiar es el riesgo.

Muchos de estos criterios se reflejan en la voluntad de pagar que tiene la población. Cualquier criterio que se utilice en el análisis de costo beneficio, debe reflejar estos puntos. Más aún, un análisis de costo beneficio debe realizar una descripción más desagregada y más cualitativa de las consecuencias de la acción gubernamental.

Requiere también analizar los *riesgos sustitutos*, es decir, cuando la disminución de un riesgo aumenta simultáneamente un riesgo de otro tipo. Toda regulación debe partir del

hecho de que no debe crear un riesgo complementario que sea mayor que el riesgo regulado.

Para el tratamiento de riesgos se pueden enunciar tres posibles estrategias:

1) *Ordenar los riesgos y reubicar los recursos* en dirección a los problemas más severos. Supone reestructurar los gastos que estuvieran dirigidos a problemas menores y orientarlos hacia los principales.

2) *Incentivar y permitir planes del sector privado* que permiten mayores reducciones de costos. A menudo el problema con la reglamentación federal es que el gobierno carece de la información de los medios menos costosos para producir el objetivo buscado. Si al sector privado se le permitiera seleccionar los medios buscaría el más barato. Esto supone que el gobierno elige los fines y los particulares los medios de obtenerlos.

3) *Incentivar y permitir planes del sector privado* que permiten mayores reducciones de costos. El medio habitual de la reglamentación estatal es por medio de la orden o comando y el posterior control del cumplimiento de ese mandato. Este sistema es disfuncional ya que tiende a otorgar cierta rigidez al sistema; es preferible buscar incentivos económicos que lleven a los regulados a dirigirse en la dirección buscada por el legislador.

### **El análisis de costo beneficio**

El análisis de costo beneficio tuvo un origen asociado a la determinación de la utilidad de las obras públicas, pero ha tenido una evolución reciente como criterio de evaluación de la legislación y de los reglamentos. Es también un aliado del control judicial sobre esas normas.

En muchos casos, el gobierno necesita realizar no sólo un análisis cualitativo sino también uno cuantitativo. Es decir, necesita saber *si los beneficios de un determinado proyecto son superiores a los costos*. Tradicionalmente, como se adelantó, el concepto fue utilizado para determinar la utilidad de obras públicas y evitar que se realizaran por motivos puramente políticos. En la actualidad, el análisis de costo beneficio es útil para la toma de decisiones públicas y como manera de control.

Este análisis proporciona un conjunto sistemático de procedimientos mediante los cuales el Estado puede valorar si debe emprender o no un determinado proyecto o programa y, además, permite elegir entre varios. En su versión más sencilla el análisis de costo y beneficio consiste en:

- (i) identificar el conjunto de proyectos posibles que deben examinarse;
- (ii) averiguar las consecuencias de esas posibilidades, es decir, los factores que se tienen que pagar y los productos que se obtendrán;
- (iii) asignar un valor a cada uno de los factores y de los productos;

(iv) sumar los costos y beneficios para obtener la rentabilidad total del proyecto.

Cass Sunstein considera que el costo beneficio no debe ser analizado exclusivamente desde una perspectiva económica sino también desde una visión de la teoría del conocimiento (404). Si es estudiado en términos económicos como forma de evitar la ineficiencia excluye consideraciones importantes para su utilización. En cambio, se justifica en términos cognoscitivos, como una manera de evitar problemas predecibles en el momento de la decisión individual o social. Razonamientos pobres, efectuados por individuos o sociedades, pueden ser el resultado de una visión que considere conclusivamente los beneficios de una obra o regulación pero que no tenga en cuenta los costos. Esto ocurre al ignorar los efectos sistémicos de intervenciones aisladas, por ver los casos aisladamente o por reacciones emocionalmente intensas. El análisis de costo beneficio sirve como un correctivo a estos problemas de conocimiento.

Sunstein sugiere ocho proposiciones como base teórica de la utilización del análisis de costo beneficio (405):

### **1. Identificar y cuantificar.**

Los órganos públicos deben identificar las ventajas y desventajas de los cursos de acción propuestos y también intentar cuantificar los efectos relevantes en la medida de su posibilidad. Cuando la cuantificación no sea posible, los funcionarios deben discutir los efectos relevantes en términos cualitativos y también indicar un conjunto de alternativas posibles. La declaración debe incluir una descripción detallada de los posibles beneficios.

### **2. Proveer descripciones cuantitativas y cualitativas.**

La descripción cuantitativa —en general la de los análisis monetarios— debe completar antes que reemplazar la descripción cualitativa de los efectos relevantes. Tanto la descripción cualitativa como la cuantitativa deben incluirse en el análisis. Es importante conocer las características de los efectos, por ejemplo cómo se ha evitado la pérdida de días de trabajo, muertes por enfermedad o contaminación de ciertos espacios. La descripción cualitativa debe dar una visión concreta de quién es beneficiado y quién perjudicado por la medida, es decir, si los beneficiarios son niños, si la reglamentación lleva a la pérdida de puestos de trabajo, precios más elevados, mayor pobreza, entre otras cosas. Cuando la única información posible es especulativa, esto debe ser indicado, juntamente con otras especulaciones razonables.

### **3. Convertir los valores no monetarios.**

Los funcionarios, y también las partes en un juicio, deben intentar convertir los valores no monetarios, como son las vidas salvadas, la salud beneficiada y los valores estéticos en equivalentes dinerarios. Esto no quiere decir que una vida y una cantidad de dinero sean la misma cosa, sino para promover la coherencia y la uniformidad y para asegurar claramente las prioridades. No existe nada mágico o rígido en los equivalentes monetarios, la conversión es simplemente una herramienta pragmática para guiar el análisis y permitir comparaciones informadas.

---

<sup>404</sup> SUNSTEIN, CASS, "COGNITION AND COST BENEFIT ANALYSIS", EN ADLER, MATTHEW - POSNER, ERIC, *COST BENEFIT ANALYSIS*, UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 2001, P. 223.

<sup>405</sup> SUNSTEIN, C., "COGNITION...", CIT., P. 257.

#### **4. Establecer pisos y techos posibles.**

Los órganos públicos en los que se confía la valoración de la vida y la salud deben ser controlados, por ley o reglamento, a través de techos y pisos posibles o presumibles. Esto supone valorar temas tan complejos como la vida humana, pero es conveniente que se utilicen montos específicos dentro de la gama que existe dentro de las decisiones alternativas, como contratos de seguros o sentencias judiciales. Si una valoración administrativa varía en estas apreciaciones, debe justificarlo. En muchas ocasiones los organismos públicos no valoran estas circunstancias.

#### **5. Ajustar techos y pisos.**

Se debe permitir a los órganos gubernamentales ajustar los techos y los pisos sobre la base de un análisis públicamente articulado y razonable, que indique la conveniencia de ese ajuste. Este tipo de ajuste es necesario si, por ejemplo, sectores más pobres están en riesgo. En esos casos no debería bajarse el piso de una indemnización. En otras palabras, el hecho de que las personas pobres gasten menos en proteger sus propias vidas, no debe ser la causa de que el gobierno gaste menos en preservarlas. El principal riesgo aquí es que grupos bien organizados sean capaces de utilizar argumentos equitativos para lograr sus ajustes preferidos.

#### **6. El ajuste de acuerdo con factores cualitativos.**

Los órganos gubernamentales podrán hacer ajustes sobre la base de factores cualitativos variados; por ejemplo, podrán realizar un ajuste si aumentan desproporcionadamente los perjuicios en el caso de niños. En la medida de lo posible, la administración debe ser precisa en cuanto a la naturaleza y fundamentos de estos ajustes, especialmente a la luz del riesgo de que grupos de interés presionen para obtener ajustes cualitativos en una dirección ilegítima.

#### **7. La respuesta al temor social.**

La respuesta apropiada al temor social, cuando éste no está basado en una evidencia, es la educación y el restablecimiento de la confianza y no un aumento de la regulación. A veces la preocupación pública sobre ciertos riesgos es intensa y generalizada a pesar de que la inquietud no está fundada en los hechos. La mejor respuesta es educacional, el gobierno no debe gastar recursos escasos simplemente porque un público mal informado considera que debe hacerlo. El temor es en sí mismo un costo, por lo que la educación es un elemento básico para la correcta apreciación del riesgo. De lo contrario, puede empeorarse la situación, como sería el caso si un público ignorante de los riesgos menores de la aviación, pero asustado por un desastre aéreo, hiciera los viajes en automóvil o en ómnibus con lo que el riesgo de accidentes aumentaría notablemente.

#### **8. La función de los tribunales.**

El control judicial de la regulación del riesgo debe incluir una demostración amplia de que la reglamentación ha causado más beneficios que perjuicios y también una visión razonable sobre la valuación de los beneficios y de los costos. Para cumplir con este objetivo, los tribunales requerirán de los reguladores que generen y apliquen correctamente techos y pisos de valuación. *El objetivo final es establecer un control judicial de costo beneficio con un contenido y extensión similar al de razonabilidad.*

El análisis de costo beneficio es un límite al poder de los grupos de interés y una respuesta a los problemas de información limitada y a los predecibles de la demanda pública de regulación. Debe utilizarse en forma pragmática.

La regulación legal y administrativa limita los derechos individuales; frente a las múltiples justificaciones de estas restricciones se puede agregar la pregunta sobre si los beneficios de la regulación justifican los costos de la regulación. La legislación regulatoria tiene diversos fines legítimos que no están limitados a la eficiencia económica exclusivamente, por lo que no puede inundarse al Estado regulador en un mundo de requerimientos procesales excesivos. La utilización del análisis de costo y beneficio debe ser comprendida como un esfuerzo para superar el sistema actual de regulación económica fuertemente influido por grupos de interés o basado en circunstancias anecdóticas, para ser reemplazado por un concepto que examine las consecuencias reales de las limitaciones a los derechos individuales que ocurren por la regulación económica. Si bien la aplicación de este criterio corresponde en principio al Congreso y a la Administración, *la función judicial es la de invalidar las limitaciones a los derechos constitucionales que impongan altos costos sin beneficios significativos*. La tarea judicial es la de *controlar la proporcionalidad entre los costos y beneficios de la reglamentación* de los derechos individuales (406).

La primera justificación del análisis de costo beneficio es económica, como una forma de promover la eficiencia económica y de esta manera eliminar gastos públicos y privados innecesarios o excesivos. Pero el requerimiento de un análisis de costo beneficio tiene también una fuerte justificación democrática, ya que permite disminuir las presiones de grupos de interés sobre la reglamentación legislativa y administrativa. Al mismo tiempo, es un método que asegura que las consecuencias de la reglamentación no estén ocultas en el misterio sino abiertas al conocimiento público y al control judicial.

El análisis de costo beneficio supone la existencia de mayores demandas de información sobre la administración, que deberá responder sobre las consecuencias que pueden tener la legislación y los actos administrativos. Su utilización es consecuencia, como fue con la doctrina de la razonabilidad en general, de los excesos del Estado regulador que comenzó en la década de 1930. Se puede formar un arco de doctrina constitucional permisiva basada en conceptos muy genéricos de “emergencia económica” que puede iniciarse en el *leading case* “Avico v. de la Pesa” y que se extiende hasta su forma más excesiva en el caso “Arcenio Peralta”. Estos precedentes han establecido una reforma de la estructura constitucional originaria. Si bien esta situación tuvo su origen en la jurisprudencia asociada con el *New Deal*, la principal diferencia es que aquella tuvo una limitación temporal; en cambio, en nuestro país, aparece el oxímoron de la emergencia permanente (407). El costo beneficio es una reacción frente al concepto de emergencia económica que limitó los principios republicanos de división de poderes y de frenos y contrapesos.

---

<sup>406</sup> SUNSTEIN, CASS, *THE COST-BENEFIT STATE*, CHICAGO WORKING PAPERS IN LAW AND ECONOMICS (SECOND SERIES). VÉASE TAMBIÉN POSNER, E., *CONTROLLING AGENCIES WITH COST BENEFIT ANALYSIS: A POSITIVE POLITICAL THEORY PERSPECTIVE*, CHICAGO WORKING PAPERS IN LAW AND ECONOMICS, CHICAGO, 2001.

<sup>407</sup> SOBRE EL *NEW DEAL* COMO UN TERCER RÉGIMEN CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS PUEDE VERSE LA OBRA DE ACKERMAN, BRUCE, *WE THE PEOPLE*, T. I: “FOUNDATIONS”, T. II: “TRANSFORMATIONS”.

Este conflicto ha tenido consecuencias recientes como las amplias delegaciones legislativas al Ejecutivo y el abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia. Esto se ha sumado a un concepto muy difuso de la discrecionalidad administrativa, particularmente notoria en temas como regulación financiera y bancaria por el Banco Central, reglamentación de la seguridad social, aduanera y de comercio exterior. Lo paradójico de la situación argentina, frente a su similar de los Estados Unidos, es que esta concentración del poder regulador en el Ejecutivo no se limitó a los momentos de crisis económica, sino también a los momentos de apertura y de crecimiento. La explosión de reglamentos de necesidad y urgencia ocurrió en momentos en que el gobierno contaba con amplias mayorías parlamentarias.

La reacción a esta ausencia de control de la administración y al abuso del concepto de crisis económica fue consecuencia de la toma de conciencia que el gobierno nacional había excedido los límites de su autoridad, particularmente en la limitación descontrolada de los derechos individuales.. Una de las herramientas para limitar este exceso es el análisis de costo beneficio que permite conocer las consecuencias de las decisiones administrativas y los altos costos que impone sobre la sociedad, costos que no son generalmente analizados en la utilización tradicional de la discrecionalidad administrativa.

### **El establecimiento de prioridades**

El primer paso del análisis de costo beneficio es el *establecimiento de prioridades*. Esto supone que se deben conocer pautas que determinen los estándares para decidir cuándo los riesgos son suficientemente importantes y cómo requerir alguna reglamentación. Generalmente, la determinación de qué riesgos debe evitar la reglamentación y por qué medios es errática y establecida por un procedimiento decisorio dogmático.

Los gobiernos deben privilegiar incentivos flexibles basados en el mercado, antes que disposiciones rígidas. La diferencia entre las regulaciones mediante decisiones discrecionales de los sistemas más flexibles y aquéllas con análisis de costo beneficio, es que las últimas privilegian los fines a obtener por sobre los medios para obtenerlos. La concentración en los medios utilizados, generalmente a través de una descripción detallada del procedimiento administrativo a seguir, lleva a resultados contrarios a los esperados. Los sistemas basados en la asignación de incentivos del mercado no ordenan resultados particulares, sino que imponen costos sobre los que contribuyen a un daño social. Generalmente, la limitación de los derechos individuales está ubicada por la reglamentación en una administración compleja y partidaria, la que se concentra en control de los procedimientos y no en los fines buscados por la misma reglamentación.

El gobierno debe estar preparado para actuar cuando aparezcan consecuencias a la limitación de los derechos individuales que sean dañosas o inesperadas. Cuando el gobierno no reacciona frente a los efectos nocivos de la reglamentación, aparece la función central del control judicial sobre la razonabilidad económica. Muchas iniciativas que regulan los derechos individuales tienen consecuencias dañinas que no fueron esperadas. Con la excepción del control judicial, no existe una forma sistemática que

asegure que esas consecuencias puedan ser consideradas y resueltas. Sunstein considera que una regulación equivocada puede finalmente tener un costo en vidas humanas, ya que gastos burocráticos indebidos y restricciones distorsivas pueden causar desempleo y por lo tanto pobreza, y pueden llevar a costos hasta en vidas **(408)**.

En la regulación y limitación de los derechos individuales, el legislador y la Administración requieren de mayor información y deben por lo tanto crear incentivos para compilar y proveer información adecuada. En la mayoría de los casos, los gobiernos carecen de información sobre los daños que la legislación desea evitar o limitar en sus efectos. Muchas veces debe actuar, o dejar de actuar, en un contexto de falta de información. En estos casos, cualquier ejercicio de cuantificación puede ser ilusorio, o por lo menos dar la impresión de que se posee más información de la que el gobierno o la población efectivamente tienen. En estas circunstancias, el legislador debe concentrarse en adquirir la información más precisa que sea posible obtener. Puede tomarse como ejemplo las circunstancias que dieron lugar al caso “Cine Callao”, en la que la legislación quiso beneficiar a un sector de artistas de variedades desocupados por la aparición del cine sonoro. La grave restricción a la libertad de contratar se tomó sin conocerse la verdadera dimensión de la situación social que se buscaba remediar, ni las distorsiones que la legislación adoptada crearía.

Ni la legislación limitativa de los derechos individuales, ni la organización administrativa que la reglamenta crean incentivos para la compilación de información adecuada; por el contrario, crean incentivos para la distorsión de los datos. En muchos casos, como por ejemplo en materia de la protección del medio ambiente, los sectores industriales tienen un incentivo a informar costos mayores que los que verdaderamente existen, con el objetivo de obtener una regulación medioambiental favorable a sus intereses.

### **El gobierno por anécdotas**

El análisis de costo beneficio supone la búsqueda de equilibrio entre valoraciones tecnocráticas, económicas y democráticas, sobre los riesgos que se deben evitar con la reglamentación de los derechos individuales. En toda propuesta regulatoria existen diferencias entre las valoraciones técnicas y las populares sobre el riesgo existente. En el caso de la opinión popular, ésta puede estar distorsionada por medios de prensa sensacionalista, y también por el hecho de analizar algunos riesgos en forma anecdótica. En particular, los medios de comunicación tienden a enfatizar los eventos inusuales o provocativos antes que a efectuar un análisis de los riesgos crónicos. El resultado son distorsiones sustanciales en las decisiones políticas. Una de las características del sistema representativo es la que permite que el representante del elector pueda tener su propia opinión, y en el caso que los ciudadanos tengan una percepción incorrecta de los hechos, puedan no tener una respuesta similar a la pedida por sus electores. En los casos más graves, el control judicial es la herramienta correcta para reducir reglamentaciones limitativas de los derechos individuales que sean populares pero contrarias a una valoración técnica de los hechos. *Las valoraciones de los ciudadanos que estén basadas en creencias*

---

<sup>408</sup> SUNSTEIN, C., *THE COST...*, CIT., P. 13.



*o información técnica erróneas deben ser corregidas a través de la educación y de la información adecuada.* En la mayor parte, reglamentaciones es importante que las restricciones estén basadas en fundamentos científicos exactos y no en anécdotas sensacionalistas o tácticas de asustar a la población. No tiene nada de antidemocrática la negativa gubernamental o judicial a aceptar una reglamentación de los derechos individuales que esté basada en la ignorancia de los hechos. Por el contrario, el sistema de democracia representativa tiene como una de sus justificaciones centrales el filtro de las expresiones de voluntad basadas en la ignorancia. Es también uno de los fundamentos de la existencia del control judicial dentro del sistema democrático.

## **Los objetivos de la reglamentación de derechos individuales**

La restricción legislativa o reglamentaria de los derechos individuales debe *concentrarse en los fines básicos antes que en los medios*. El principal problema de la regulación de los derechos individuales es que se transforma en una zona de lucha de los grupos de interés. Las maniobras de los grupos de interés son un componente omnipresente en todos los intentos de regulación de los derechos individuales. Esta situación lleva a que se descuide el concepto de interés general y muchas veces la única garantía que queda para asegurarlo es la existencia del control judicial. Una forma posible de limitar el poder de los grupos de interés y, al mismo tiempo, de reducir el costo y extensión de las restricciones a los derechos, es que la atención legislativa esté puesta en los fines antes que en los medios. Cuando el legislador se concentra en decidir sobre los fines deseados por la norma, hace menos probable la influencia de los grupos de presión que tienen un particular interés en medios particulares. Al mismo tiempo, cuando el Congreso se concentra en los fines de la norma a sancionar, es más probable que el proceso democrático se dedique a la consideración de las cuestiones más importantes. De esta manera, *estándares de resultado son preferibles a estándares de diseño*. Por ejemplo, en tema de limitaciones basadas en la preservación del medio ambiente, lo importante es que el nivel de emisiones sea alto o bajo, no que una cierta compañía haya instalado cierta planta de tratamiento específica. En términos generales, puede decirse que el Congreso debe permitir a la Administración decidir sobre los medios apropiados para cumplir los fines decididos por la legislación y, al mismo tiempo, la Administración debe dentro de lo posible confiar en las fuerzas de mercado para elegir esos medios. Si una industria puede cumplir con el estándar requerido para la emisión de un determinado gas, mediante la utilización de carbón limpio o por métodos de conservación de la energía, la Administración debe darse por satisfecha, sin tratar de imponer un procedimiento específico.

## **El análisis de costo y beneficio como un correctivo. Eficiencia y democracia**

Un equilibrio de costo y beneficio es un correctivo natural a la acción de gobierno que limite los derechos individuales. Un esfuerzo por equilibrar las variables relevantes debe promover una mejor selección de prioridades; esto se realiza asegurando que la

Administración proceda contra problemas que son más graves y que puedan ser resueltos con el menor costo. En la medida en que las ineficiencias se produzcan porque se atiende a problemas relativamente menores, en desmedro de los más graves, el equilibrio de costo beneficio permite resolver una cantidad importante de cuestiones. Generalmente la Administración trata de resolver los problemas más sencillos y posterga la consideración de los más graves. Esta situación es general de toda la Administración e incluye temas tan graves como las decisiones de política criminal donde se resuelven los delitos más sencillos, donde la prueba es de fácil obtención y se posterga la investigación de las causas más complejas. En una estadística general sólo se toma el porcentaje de causas resueltas y no la gravedad de cada una de ellas.

Si la Administración dedica recursos públicos y privados para resolver pequeños problemas probablemente su acción deba ser anulada por los tribunales. La razonabilidad económica busca este tipo de resultados y evita que los administradores hagan una regulación en respuesta a anécdotas o debida a la presión de grupos de interés bien organizados.

Al mismo tiempo, la utilización del análisis de costo beneficio requiere obtener información sobre temas centrales para la regulación de los derechos individuales. Preguntas tales como ¿cuán verdaderamente peligrosa para la salud humana es la emanación de un gas? ¿De qué magnitud es el contrabando en la frontera que requiera un control estricto de los transeúntes? Para obtener herramientas eficientes para asegurar el cumplimiento de los fines de la legislación, el análisis de costo beneficio aparece como particularmente útil. Para este fin es preferible buscar incentivos económicos antes que el procedimiento habitual de comando y control. Hasta aquí he enfatizado las consideraciones económicas del análisis de costo beneficio, pero existe un argumento democrático para hacer de este análisis un elemento central en la función de regulación de los derechos individuales que ejerce el Estado. La constatación inicial es que el Estado burocrático actual con su limitación de los derechos constitucionales es en gran medida contrario al espíritu democrático. Los resultados de la regulación actual no son producto de la deliberación pública que requiere la legislación en un sistema democrático; por el contrario, son la consecuencia de una extraña combinación de factores: la acción de grupos de interés, la atención selectiva hacia algunos problemas, la “legislación por anécdota”, el sensacionalismo de la prensa y, finalmente, la simple falta de información.

Muchas reglamentaciones son producto de la acción de grupos de interés bien organizados; de esta manera, lo que debería ser una restricción a un derecho constitucional con el fin de defender el interés general, lo es solamente en beneficio de un interés particular. El proceso democrático no analiza si sus resultados en ciertos casos están justificados con relación a sus consecuencias.

Esto es de particular aplicación en el caso de consultas públicas a los usuarios de servicios públicos. Es cierto que la opinión del usuario puede estar mejor informada si los participantes conocen cuáles son los costos y beneficios de las medidas propuestas. Pero es conveniente recordar que muchas reglamentaciones pueden surgir debido a una anécdota, o a un grupo de anécdotas, sobre las cuales muchas veces, los usuarios o la población en general requieren una respuesta plena e inmediata. Las normas producto de

anécdotas rara vez producen los beneficios sociales esperados. Desde el punto de vista democrático el análisis de costo beneficio es positivo en cuanto tiende a reducir el poder de los grupos de interés sobre el proceso político y al mismo tiempo porque permite traer al conocimiento público las cuestiones relevantes.

El análisis de las consecuencias de la reglamentación no son un mero ejercicio tecnocrático, pequeños cambios en las presunciones pueden producir variaciones enormes en cuanto a los costos y beneficios de la medida. La participación de grupos de interés y el interés propio de los funcionarios puede sin duda afectar los datos relevantes. Una utilización interesada del análisis de costo beneficio puede ser realizada por grupos empresarios poderosos cuyo fin no sea el de disciplinar al Estado mediante un mejor análisis político, o redactar mejores reglamentos, sino el de reducir el nivel de reglamentación cualquiera fuera su contenido y su justificación (409).

### **El procesalismo excesivo**

En la utilización del análisis de costo beneficio se pueden detectar dos posiciones encontradas; la primera es la que utiliza este análisis para disciplinar la reglamentación estatal estudiando sus efectos concretos. Cuando los costos de la regulación son bajos y los beneficios altos, la limitación de los derechos individuales es aceptable. La segunda posición es reaccionaria; es un esfuerzo para eliminar la reglamentación, particularmente aquella sobre derechos económicos, sin importar si están o no justificados. En este último caso el análisis de costo beneficio está combinado con un procedimiento y con requisitos de recolección de información tan costosos que su cumplimiento es imposible para quienes dictan las normas reglamentarias.

Para evitar que el análisis de costo beneficio se transforme en un obstáculo a toda reglamentación, aun a la que aparece como deseable, es conveniente reconocer la capacidad que un control judicial de razonabilidad tiene para asegurar la utilización eficaz de este mecanismo. Al mismo tiempo, si la Administración debe defender toda su normativa en procesos judiciales complejos puede ocurrir que pierda más tiempo y recursos pleiteando que en cumplir su objetivo. Por ello, el control judicial debe utilizarse para los excesos en la reglamentación y como elemento para asegurar la vigencia de la razonabilidad económica. El control judicial debe asegurar el equilibrio entre la obtención de información adicional con los costos de adquirirla, incluyendo los costos de mantener la no reglamentación o una mala reglamentación vigente. Entre esos costos debe evaluarse la necesidad de buscar reglamentaciones que perduren en el tiempo, para evitar que el cambio habitual debido a la rápida obsolescencia de normas ineficaces cause un aumento en los costos de transacción. Un procedimiento útil es el de establecer estándares de cumplimiento que no hacen necesario un cambio habitual de la normativa. Al concentrarse en los objetivos, la norma evita que los medios utilizados caigan en desuso o creen costos excesivos.

---

<sup>409</sup> SUNSTEIN, C., *THE COST...*, CIT., P. 22.

## **El análisis de costo beneficio y los costos de agencia**

El modelo de análisis de costo beneficio puede asociarse con la doctrina de la agencia y la relación agente-principal. En ella, el principal, generalmente el Congreso, restringe los derechos individuales mediante una reglamentación y delega la autoridad a un agente, que generalmente es el Poder Ejecutivo y, a través de él, a la Administración para que aplique esa norma que limita o reglamenta los derechos individuales.

Esta delegación es útil en la medida en que el agente, en este caso la Administración sea leal a los objetivos del principal, es decir, el Congreso. El problema con la delegación es que el agente puede utilizar este poder para perseguir sus propios objetivos y no los del principal. Para minimizar estos costos de agencia, el principal establece instituciones designadas para controlar a la agencia y corregirla en caso de que actúe en forma incorrecta. En este modelo, entonces, la Constitución establece una serie de derechos que pueden ser reglamentados por ley del Congreso; éste como principal delega a su agente, en este caso el Poder Ejecutivo y la Administración, que reglamenta a su vez esta ley del Congreso.

¿Qué ocurre cuando los objetivos de la legislación no cumplen los objetivos de la Constitución?, o ¿qué ocurre cuando la Administración no cumple los objetivos de la ley? En este caso, la Constitución crea otro agente para corregir estos excesos: la Justicia.

El Poder Judicial es el agente que corrige los excesos o los costos de la Administración y hace cumplir los objetivos de la ley y los objetivos o las garantías de la Constitución.

El análisis de costo beneficio puede ser deseable aun cuando el principal no tenga un objetivo de eficiencia; la razón es que mientras el análisis de costo beneficio reduce la asimetría de la información, permanece en la discreción del principal castigar o no al agente que no cumple con sus instrucciones.

Si el principal no busca una solución eficiente, va a encontrar que la información sobre costo beneficio es útil para determinar si un determinado proyecto cumple con sus intereses o con su decisión política. Finalmente, la función correcta de los tribunales puede ser forzar a los organismos a conducir buenos análisis de costo beneficio.

Ahora bien, ¿qué es un análisis de costo beneficio? El análisis de costo beneficio es considerado como un equilibrio genérico de las ventajas y desventajas de un proyecto, pero esto no es lo que generalmente se toma en cuenta en una discusión sobre una política.

Un proyecto ineficiente puede ser un proyecto socialmente deseable. La decisión de un proyecto deseable la hace la Administración en cumplimiento de los deseos expresados por el presidente y por el Congreso y con un control judicial adecuado. Si los principales, es decir el presidente y el Congreso, no buscan proyectos eficientes, esto no quiere decir que la Administración deba necesariamente desobedecer estas instrucciones e implementar proyectos eficientes en contra de la voluntad política. Pero siempre es

preferible que los poderes públicos busquen proyectos que cumplan alguno de los criterios de eficiencia fundamentalmente si se utilizan recursos públicos. Existen circunstancias en que una decisión política puede ser necesariamente ineficiente, es decir que vaya en contra de las preferencias de los habitantes. Es el caso de proyectos que buscan cambiar las preferencias públicas porque ellas están distorsionadas debido a una mala información o a prácticas tradicionales muy consolidadas.

Sostener un proyecto contrario a la eficiencia puede ser fatalmente paternalista, porque la eficiencia siempre se mide sobre la base de las preferencias existentes en los individuos. Pero justamente este tipo de políticas son las que llevan a campañas que evitan el consumo de ciertas sustancias contrarias de la salud, como el cigarrillo. Estas decisiones buscan cambiar las preferencias sociales.

¿Qué ocurre en el caso de que exista un análisis de costo beneficio y por lo tanto una tendencia a la información amplia? Una manera sencilla de comprender el análisis de costo beneficio es que la relación entre el principal y el agente se transforma de una relación de información asimétrica en una de información plena.

La introducción del análisis de costo beneficio resulta en mejores proyectos desde la perspectiva tanto del principal como del bienestar general; sin embargo, aun con amplia información el agente puede utilizar su capacidad de negociación para proponer un proyecto que el presidente deba aceptar o rechazar sin posibilidades de cambiarlo.

## **La función de los tribunales**

Uno de los puntos al analizar el sistema de costo beneficio con respecto a la reglamentación de derecho es saber si este instrumento debe ser aplicado por medio de una *decisión política* o por una *decisión legal* que pueda llegar a tener aplicación judicial.

¿Cuál es la diferencia entre las dos posiciones?

La sanción política permite al Congreso y al presidente mantener el control sobre los incentivos que tiene la Administración para establecer la regulación. En nuestro simple modelo, el castigo o la sanción política del presidente es revertir el proyecto propuesto por la Administración; esto significa que un presidente con apreciación ineficiente puede aprobar una regulación que también será ineficiente, pero beneficiosa a sus intereses políticos.

Cuando el análisis de costo beneficio es aplicado mediante sanciones políticas, no causa necesariamente que la Administración actúe de manera eficiente; lo que causa es que se dicten reglamentaciones cercanas a la idea del presidente en un punto, cualquiera sea ésta.

La sanción judicial transfiere el control de los incentivos de la administración de las ramas políticas al sistema judicial y plantea nuevas cuestiones. Los tribunales tienen su propia

interpretación que puede no ser necesariamente una visión de eficiencia; puede ocurrir que la visión del tribunal esté suficientemente cercana a la del presidente y el Congreso.

Si un tribunal tiene información perfecta puede reemplazar todas las reglamentaciones que no sean eficientes; es decir, aquellas que no cumplen con un objetivo político de eficiencia. Pero como los tribunales tienen información imperfecta, la Administración tiene un mayor lugar de maniobra; si se llegara a una situación extrema en la cual los tribunales no tuvieran información, estarían en la misma situación que un presidente en un modelo de información incompleta.

Podemos resumir la situación de esta manera: cuando el análisis de costo beneficio es aplicado por decisiones políticas, el presidente estará en una mejor situación en el cumplimiento de sus objetivos políticos porque el agente, es decir la Administración, pierde el monopolio de la información —esto es, la ventaja de contar con la información— pero de ahí no necesariamente surge que el resultado sea eficiente. Si el presidente y la Administración son más intervencionistas de lo que la eficiencia requiere, la reglamentación de los derechos será más intervencionista que lo que la eficiencia indica. En cambio, cuando el análisis de costo beneficio es aplicado por los tribunales la reglamentación tendrá una base de eficiencia, es decir, habrá una relación entre los objetivos racionales buscados y los medios adecuados para obtenerlos.

### **Los tribunales y la acción de los grupos de interés**

La coacción de los tribunales tiene particular importancia cuando aparecen los grupos de interés. La ventaja de la información permite al grupo de interés influir activamente sobre los resultados. Si el presidente acepta el mensaje de los grupos de interés, aun bajo ciertas condiciones, entonces la Administración sabe que bajo estas condiciones debe proponer un proyecto que haga el grupo de interés por lo menos en mejor situación de lo que da el *status quo*. La lección es que los grupos de interés pueden ayudar al gobierno al conceder información al principal; pero de esta manera y mediante esta ayuda los grupos de interés pueden dirigir el resultado del proyecto de una manera que no sea beneficioso para la sociedad. En estas circunstancias, el efecto del análisis del costo beneficio es muy importante porque elimina la ventaja informativa del grupo de interés; al carecer de esta ventaja, el grupo no puede influir sobre el proyecto del gobierno para lograr un cambio. De esta manera, el análisis del costo beneficio y particularmente si es aplicado por los tribunales, reduce la influencia de los grupos de interés. Este argumento es más complejo de lo que parece a primera vista.

La idea no es que el análisis de costo beneficio elimina totalmente los grupos de interés; esto ocurriría en el caso especial de existir un análisis de costo beneficio obligatorio para la legislación y para la acción del Poder Ejecutivo, esto sólo podría darse si se aplicara estrictamente por los tribunales mediante una razonabilidad económica. Es decir, se eliminaría a los grupos de interés de una manera más amplia si el concepto del análisis del costo beneficio fuera aplicado estrictamente por los tribunales dentro del concepto más amplio de razonabilidad económica; en este caso, se constitucionalizaría la regla de

eficiencia y se determinaría la búsqueda de rentas ocultas o beneficios extraordinarios para los grupos de interés.

Los grupos de interés, a través de contribuciones a campañas electorales o a campañas por la prensa, tienen influencia sobre el Congreso y el presidente, al mismo tiempo tienen influencia estable sobre los sectores permanentes de la Administración; ello establece una situación que no cambia necesariamente con la introducción del análisis de costo beneficio. Pero lo que sí cambia es que *el grupo de interés pierde la ventaja de poseer una información superior*, ya que el análisis de costo beneficio le impide utilizar esta información superior para influir sobre el presidente y, a través de él, a la Administración. El resultado es que la política aprobada finalmente por el presidente estaría más cerca de la voluntad presidencial de lo que ocurriría sin análisis de costo beneficio, cuando el manejo de la información queda en manos de grupos de interés. Si además del ejercicio del análisis del costo beneficio por el presidente y por el Congreso como paso previo a la reglamentación de derechos, fuera éste parte de la razonabilidad económica dentro de la competencia de los tribunales y a través del control de constitucionalidad, lo que ocurriría es que cuando una medida se toma con información incompleta o con información influida por grupos de interés, quedaría abierta una vía judicial para analizar la falta de razonabilidad de la medida.

Esta *falta de razonabilidad* se demostraría por la no utilización del análisis de costo beneficio como paso previo a la reglamentación. De la necesidad de que ya sea por un acto de la Administración o por las pruebas que agregan las partes en el proceso, aparezca la información completa y no una información sesgada como en el caso de que ésta fuera provista solamente por un grupo de interés. De esta manera, uno de los efectos del análisis de costo beneficio y su aplicación por los tribunales es que no sólo se tendría un resultado más eficiente en la reglamentación de los derechos sino que también se limitaría fuertemente la acción de grupos de interés que busquen rentas ocultas. El análisis de costo beneficio y su aplicación judicial aseguran el cumplimiento estricto del interés general por sobre el interés de algún sector.

## **Los derechos económicos.**

### **Tomarse las consecuencias seriamente.**

La Constitución actúa como un triunfo en un juego de cartas, es decir, es la más fuerte de las normas y prevalece cuando es contradecida por cualquier otra. Al mismo tiempo una Constitución está más arraigada que el resto de las normas y es mucho más difícil de reformar. Cuando una ley se hace más general y poderosa, cambiarla causa gran perturbación. Para evitar estas perturbaciones, las leyes generales deben cambiarse menos rápidamente que las leyes particulares. Consecuentemente, cambiar la Constitución generalmente requiere de un procedimiento extremadamente complejo, mucho más que la sanción de una ley o la aprobación de un reglamento o la ratificación de un tratado, hay, por lo tanto, una relación entre la generalidad de las normas y los costos de transacción para cambiarlas. Este elemento de generalidad en la Constitución amplía los argumentos que se pueden utilizar en un debate constitucional, por lo que la argumentación puramente normativa no parece suficiente para completar el debate que integra el texto constitucional muy general. La pregunta que se nos presenta es si necesitamos la colaboración de las ciencias sociales para la interpretación constitucional. La influencia de las ciencias sociales en el Derecho debe dirigirse a conocer las consecuencias que los actos del legislador, del constituyente, del administrador y del juez tendrán entre los particulares, ya sea las partes en un caso, como en toda la sociedad.

Uno de los elementos que se debe incorporar a ese debate son los argumentos sobre las consecuencias económicas que tendrá cada interpretación. La Constitución es de alguna manera el límite entre el derecho y la pura argumentación política y económica, pero debido a la generalidad de los textos constitucionales, argumentos históricos, filosóficos, religiosos, políticos, sociológicos y económicos son habitualmente utilizados para describir o completar una norma constitucional. Esta falta de límite en los argumentos puede llevar a que las constituciones y sus interpretaciones causen sufrimiento en vasta escala, o establezcan las bases para la libertad y la prosperidad de la nación. Por lo tanto, al hacer una Constitución, al reformarla, al interpretarla, se entra en un juego de apuestas muy elevadas y es importante que la teoría constitucional que se aplique lleve a la



prosperidad y bienestar de los habitantes. Al analizar las consecuencias de las normas constitucionales, la teoría constitucional informa al público, guía a los políticos y mejora las decisiones de los tribunales. Las consecuencias para el bienestar general de las interpretaciones alternativas de la Constitución deben contar como argumento para todos, incluyendo a los jueces. Es decir, que antes de tomar una decisión constitucional deben tenerse en cuenta las consecuencias de cada alternativa.

Normalmente la teoría constitucional se concentra en determinar cuáles son los conceptos que describe el texto de una norma<sup>410</sup>. Sin embargo, el significado de las palabras de la Constitución y las intenciones de los constituyentes no pueden predecir la respuesta de las personas frente a problemas que se les presentan ni que todas las soluciones puedan estar incluidas en el derecho. Desde el punto de vista de una persona que se toma las consecuencias con seriedad, los teóricos de la Constitución se concentran demasiado en las palabras correctas y no demasiado seriamente en las causas concretas. Es decir, corresponde también analizar la extensión de las consecuencias que tendrán para la sociedad las palabras de la Constitución. Existe una confusión de algunos críticos del derecho y economía de suponer que la teoría económica coincide con el utilitarismo. Esto es incorrecto en principio pero con otro defecto suplementario, que es que quienes parten de ese preconcepto creen que con la crítica al utilitarismo es suficiente para desvirtuar el razonamiento económico. Hay también una tendencia en la teoría constitucional a concentrarse en argumentos filosóficos y descartar argumentos basados en la economía. La metodología económica es suficientemente amplia y comprobada y no coincide con una posición filosófica. Por el contrario, la economía positiva se limita a determinar los efectos de cada alternativa normativa y deja la decisión final al político o al juez.

La existencia de una Constitución parte de la limitación que los ciudadanos ponen al futuro comportamiento del gobierno. En este sentido, es útil la metáfora del contrato, ya que la Constitución es similar al comportamiento de una persona que se compromete a un comportamiento futuro firmando un contrato y asumiendo los costos del incumplimiento. La Constitución representa el más fuerte compromiso jurídico de una sociedad. Una vez establecida la Constitución crea incentivos a los funcionarios y a los

---

<sup>410</sup> YA HEMOS EFECTUADO LA CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS PREVIAMENTE EN ESTA OBRA, MENCIONO UNA PRÁCTICA HABITUAL QUE MERECE MUCHAS CRÍTICAS ADEMÁS EL ANÁLISIS ECONÓMICO.

ciudadanos para hacer o no hacer ciertas cosas. A pesar del tumulto de la política que oscurece estos incentivos la utilización de la teoría económica permite descubrirlos.

**La democracia es un sistema de competencia popular para la dirección de los poderes monopólicos del Estado.** Todo gobierno ejerce un monopolio del poder público y puede utilizarse para analizarlo los modelos que existen sobre monopolios. Al mismo tiempo, la extensión y amplitud de la **competencia política** es lo que distingue a la democracia de otras formas de gobierno. Las elecciones competitivas hacen que el gobierno responda a los ciudadanos de la misma manera que los mercados competitivos hacen que la economía responda a los consumidores. La competencia electoral es la mejor garantía que el Estado dará a los ciudadanos las leyes y los bienes públicos que prefieren. Esta creencia, conjuntamente con la definición de la democracia como competencia popular para dirigir los poderes monopólicos del Estado, implica que la democracia es la mejor forma de gobierno para **satisfacer las preferencias políticas de los ciudadanos**. Las otras formas de gobierno que pueden ser la monarquía, una dictadura individual, una teocracia, un partido hegemónico, una clase social dominante o una burocracia que se separa de la competencia popular, son **formas no competitivas de gobierno**, y de esta manera pueden ser descritas como formas o **tipos diferentes de monopolios**. La democracia es un gobierno competitivo y sus alternativas son gobiernos monopólicos. **Los monopolios típicamente otorgan a sus dueños beneficios excepcionales a expensas del resto del pueblo**. Como poder más amplio en una sociedad, el Estado es potencialmente el monopolio más exitoso y proveedor de medios para cualquiera que puede controlarlo, y es también el más peligroso para todo el resto. Cualquiera sea su forma, el monopolio político es el enemigo de la democracia.

Al competir en la actividad política una persona debe decidir su comportamiento anticipando el comportamiento de los demás y anticipando las respuestas que los demás tendrán a su actividad. Por esta razón, **la competencia política es estratégica**. La teoría económica de modelos es utilizada para predecir el comportamiento estratégico. Se puede analizar las constituciones democráticas utilizando modelos de comportamiento estratégico desarrollados para los mercados y adaptados a la actividad política. Las ciencias sociales aspiran a reemplazar los juicios intuitivos con pruebas, pero las pruebas científicas requieren información. Si bien los

estudios empíricos son muchas veces realizados utilizando información limitada, es preferible utilizar análisis empíricos imperfectos que análisis perfectos pero no empíricos. Es decir, análisis no empíricos son los que provienen fundamentalmente de un razonamiento histórico o ideológico. Una de las presuposiciones del comportamiento estratégico es la racionalidad individual. Esta es una medida útil aun cuando pueda parecer imperfecta si se tienen en cuenta doctrinas psicológicas. Un modelo económico es correcto **si permite explicar una situación existente o aún más predecir el futuro**, sin tener en cuenta si las bases de análisis son incorrectas.<sup>411</sup>

Utilizamos doctrinas contractualistas como modelo para describir la Constitución. Aun cuando, las doctrinas contractualistas no tengan un contenido histórico, es interesante el concepto de contrato social como elemento preconstitucional y como forma de legitimación de la Constitución existente. El contractualismo está incluido en la teoría de la elección pública, el *Public Choice*. Esta doctrina analiza el hecho que los gobiernos asignan los bienes públicos mientras que los mercados asignan idealmente los bienes privados. La democracia requiere que un grupo de personas decida a través de una votación mientras que un individuo puede decidir por si mismo, si compra un producto en el mercado. Esta doctrina utiliza modelos económicos de comportamiento racional para explicar las actividades de las instituciones políticas, incluyendo las normas sobre el comportamiento de las mayorías y de los representantes y funcionarios en el gobierno.

Dentro de los instrumentos que utiliza el análisis económico del derecho podemos mencionar **la teoría de precios**. Por ejemplo si legisladores se preguntan como el público responderá a la modificación de una obligación dentro de una norma, por ejemplo, si se requiere que el Estado indemnice a los propietarios de terrenos expropiados para la construcción de proyectos públicos, esta decisión, ¿Llevará a que la inversión privada en propiedad inmueble aumente? Sin análisis económico del derecho los juristas responderán a estas preguntas de la misma manera que sería en la época de los romanos, es decir utilizando la intuición y los datos que puedan encontrar. Sin embargo **si utilizamos la teoría de precios que es precisa tenemos una respuesta exacta y confiable**.

---

<sup>411</sup> SOBRE LOS MODELOS ECONÓMICOS Y SU POSIBILIDAD DE PREDICCIÓN VER FRIEDMAN, MILTON. "THE METHODOLOGY OF POSITIVE ECONOMICS." IN *ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS*, 3-43. CHICAGO: UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, 1953.

**La teoría de precios ha sido aplicada al derecho para reinterpretar las sanciones establecidas en la ley como si fueran precios.** Si bien en el Derecho Constitucional no siempre las normas tienen establecida una sanción explícita que se aplique en caso de incumplimiento, las normas fundamentales proveen el marco para competir en la actividad política. Toda Constitución democrática provee un marco de reglas para la competencia por los cargos públicos. Una Constitución efectiva constriñe y canaliza la competencia política. En todo juego interactivo los jugadores trazan estrategias para anticipar los movimientos de los otros jugadores. Esto lleva a algunos jugadores a simular comportamientos como ocurre con cualquier juego de equipos como el fútbol u otros deportes. Pero en los mercados perfectamente competitivos hay demasiadas transacciones para que un solo actor económico pueda tener efectos sobre el precio, por lo **tanto la teoría de los precios asume habitualmente que el actor actúa de una manera no estratégica.** Por el contrario, en **la teoría de los juegos, se analiza el comportamiento estratégico que supone que existe cuando el número de competidores es limitado o pequeño.**

El derecho y la política sin embargo incluyen muchas veces **pequeños números de actores que se comportan de manera estratégica.** Es el caso de quienes litigan en un pleito o quienes son candidatos en elecciones, conforman estrategias anticipando el movimiento de sus oponentes. Corresponde utilizar la teoría de los juegos para analizar los problemas en Derecho Constitucional que se refieren al comportamiento estratégico. En cambio, cuando existen muchas transacciones en mercados competitivos, ningún actor puede afectar el precio, de la misma manera en el caso de elecciones cuando hay muchos votantes ninguno de ellos puede influir la elección con su voto. En los mercados competitivos y en las elecciones la gran cantidad de actores generalmente impide que los individuos actúen en forma estratégica. En estas circunstancias la teoría de los precios provee una herramienta analítica adecuada.

Otro elemento a considerar es el de los **costos de transacción**, que son los costos que surgen debido a la interacción entre las personas. Su utilización más importante y, sin duda, la más conocida, es el teorema de Coase. El teorema tiene muchas versiones pero en general considera que la negociación tiene éxito, independientemente del derecho aplicable, en la medida que los costos de transacción sean bajos. El análisis de los costos de transacción es uno de los elementos centrales en el análisis económico del

derecho. Coase insistía que una de las funciones principales que debían tener economistas y abogados en el futuro era determinar la extensión de los costos que tenía cada transacción. Muchos de los costos de transacción son los que surgen de la aplicación del derecho.

El análisis económico del derecho incluye dos tipos de valores que son la **eficiencia y la distribución**. El análisis económico intenta explicar cómo las normas influyen en la producción y distribución de ingresos y riqueza de grupos de personas. La economía es la ciencia social que se especializa en la eficiencia y la distribución. Estos dos valores tienen una base política diferente. Todos consideramos que al buscar objetivos correctos es mejor hacerlo eficientemente que hacerlo en forma ineficiente. Nadie señala públicamente que se debe gastar dinero de más. Por el contrario, mucha gente de distintas visiones políticas está en importante desacuerdo en el tema de la distribución. Hay quienes consideran que el Estado debe favorecer la igualdad al redistribuir el ingreso, y otros objetan la redistribución del ingreso en forma obligatoria. Existen doctrinas económicas que sostienen posiciones enfrentadas en este punto. Ahora bien, la distribución es un tema central en el debate constitucional que trata los problemas de la igualdad económica y de la pobreza. Aún cuando las constituciones redactadas en el siglo XVIII y XIX no mencionaban estrictamente el tema de la redistribución de ingresos, estos temas se planteaban al analizar la protección de los derechos de propiedad y también la cuestión de la igualdad como valor constitucional. Las constituciones que tienen contenidos sociales redactados en épocas posteriores han establecido cláusulas importantes en materia de redistribución de ingresos. Aunque estos derechos sociales establecen objetivos sin establecer de qué manera se implementan. Existe también una vieja tradición en la economía que impone tasas progresivas y que transfiere ingresos a los ciudadanos más pobres. Los Estados llamados de bienestar continúan políticas redistributivas a través de la legislación y por lo tanto la redistribución es un tema central en el análisis económico del Derecho Constitucional.

El primer objetivo en la Constitución es **imponer el Estado de Derecho y proteger la libertad**. La teoría de los juegos provee una visión útil de este objetivo. Un jugador lleva adelante **la estrategia minimax<sup>412</sup> en un juego cuando minimiza el daño máximo que pueda sufrir**. En un juego de suma cero minimizar el máximo daño es equivalente a maximizar

---

<sup>412</sup>EN TEORÍA DE JUEGOS, MINIMAX ES UN MÉTODO DE DECISIÓN PARA MINIMIZAR LA PÉRDIDA MÁXIMA ESPERADA EN JUEGOS CON ADVERSARIO Y CON INFORMACIÓN PERFECTA.

el mínimo beneficio. Cooter<sup>413</sup> habla de la Constitución minimax en un concepto que dice que minimiza el daño cuando las peores posibilidades políticas se materializan. La Constitución **minimax** busca los **objetivos políticos clásicos de seguridad, legalidad y libertad**. Luego de proveer seguridad, legalidad y libertad una Constitución puede buscar la prosperidad de sus ciudadanos. Para obtener la prosperidad la Constitución debe proveer un marco jurídico para asignar los recursos en forma eficiente en los bienes públicos y en los bienes privados. **El marco legal incluye mercados competitivos para los bienes privados y políticas competitivas para los bienes públicos**. La organización de competencia política para dar a los ciudadanos las normas y los bienes públicos que desean es una tarea que debe cumplir la Constitución. Y este es un razonamiento de proceso. Es decir que como forma de determinar un valor constitucional podemos señalar que la Constitución es también un proceso por el cual eficazmente se proveen bienes públicos, se proveen normas, se provee un sistema eficaz de competencia política, se provee un sistema eficaz de protección de los bienes privados que desean los habitantes. También se provee una defensa de la autonomía de la voluntad a través de la libertad de contratar.

Podemos citar a David Hume que dice *“Al limitar cualquier sistema de gobierno y al establecer diversos frenos y controles a la Constitución, cada hombre debe ser supuesto un canalla, y que no tiene otro fin en todas sus acciones que su interés privado”*. Debido a que la actividad pública trae gente muy talentosa que tiene ambiciones inmensas<sup>414</sup> y puede traer al mismo tiempo al gobierno su vitalidad, su inteligencia y también una fuente de peligro. De esta manera el análisis económico supone habitualmente que los individuos buscan su interés privado definido en forma estricta en términos de riqueza y de poder.

### ***A. Una introducción a la interpretación económica de la Constitución.***

La Constitución es un documento económico, aunque el significado de esta palabra es en alguna medida equívoco.<sup>415</sup>

---

<sup>413</sup> ROBERT COOTER. THE STRATEGIC CONSTITUTION. PRINCETON. 2002.

<sup>414</sup> A VECES TAN GRANDES COMO SUS EGOS.

<sup>415</sup> RICHARD A. POSNER, THE CONSTITUTION AS AN ECONOMIC DOCUMENT. GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW. NOVEMBER, 1987

La primera visión sobre una teoría económica de la Constitución fue creada por Charles Beard en una obra muy difundida particularmente en las décadas de los años '20 y '30 en la que sostenía que el objetivo de la Constitución era el de redistribuir la riqueza de los sectores más pobres de la sociedad hacia las clases más poderosas que eran a la que pertenecían los constituyentes de Filadelfia. Sostenía también que la Constitución era un documento económico para sostener los privilegios de la clase alta, propietaria de tierras y esclavista, frente a las acciones de sectores empobrecidos.<sup>416</sup> Si bien la recordamos como una iniciadora de la interpretación económica de la Constitución, su utilidad en la actualidad es puramente histórica.

En la idea más reciente, la de Richard Posner, la interpretación económica de la Constitución supone el estudio de por lo menos ocho puntos diferentes:

### **1. La teoría económica del constitucionalismo,**

Es decir las características económicas y sus consecuencias de requerir mayorías calificadas, o súper mayorías para lograr cierto tipo de cambios políticos. Esto se asocia a la idea de Buchanan que la existencia de una Constitución supone la existencia de requerir mayorías amplias para tomar ciertas decisiones. Si solo se requiriera una mayoría simple, o una única mayoría, aunque fuera calificada, para todas las decisiones colectivas no existiría una Constitución, existiría solamente un gobierno mayoritario.<sup>417</sup> De la misma manera, si se requiriera la unanimidad para cada decisión no haría falta una Constitución ya que solo habría limitaciones de derechos con el acuerdo de cada afectado.

### **2. La economía del diseño constitucional,**

Es decir de las reglas constitutivas del sistema político como,

- (i) la separación de poderes dentro del gobierno nacional y
- (ii) del federalismo, es decir de la soberanía compartida del gobierno nacional y las provincias.<sup>418</sup>

---

<sup>416</sup> C. BEARD, AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES (1913).

<sup>417</sup> VER EN GENERAL SOBRE ESTE TEMA. BUCHANAN & TULLOCK, EL CÁLCULO DEL CONSENSO. FUNDAMENTOS LÓGICOS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. PLANETA AGOSTINI. (1962).

<sup>418</sup> PREFIERO UTILIZAR LA PALABRA SOBERANÍA PROVINCIAL, LIMITADA POR LA CONSTITUCIÓN, QUE LA PALABRA AUTONOMÍA QUE ME PARECE MÁS APROPIADA AL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS. EL CONCEPTO DE UNA SOBERANÍA LIMITADA COINCIDE TAMBIÉN CON LA EXPRESIÓN DE LOS CONSTITUYENTES NORTEAMERICANOS Y ARGENTINOS. LA IDEA DE UNA SOBERANÍA ILIMITADA DEL ESTADO ES UN SINSENTIDO Y TAMBIÉN CONTRARIO A LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO.

Esto incluye también las consecuencias de los sistemas electorales y la influencia de los grupos de interés en la legislación y la administración.

**3. Los efectos económicos**, definidos en forma amplia, de **doctrinas constitucionales específicas**.

Es el caso del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en cuanto a las limitaciones de los juicios contra los medios de comunicación. El análisis determina las consecuencias económicas alternativas frente a cada interpretación constitucional.

**4.** La interpretación de las **disposiciones constitucionales** que puedan tener una **lógica económica implícita**,

Como son la libertad de expresión como garantía del mercado libre de ideas; la cláusula comercial como garante de un mercado común en nivel nacional; y las normas sobre expropiación y las contrarias a la confiscación como garantía a los derechos de propiedad.

**5.** La **protección de la competencia** económica.

El análisis de la inclusión en el derecho constitucional de **otros mecanismos de protección** del mercado y la competencia, como son las cuestiones de **equilibrio presupuestario**, el control en la emisión por la Nación y las provincias de **deuda pública y la emisión monetaria**.

**6. El problema del dualismo**,

Existe el riesgo que la Corte Suprema sea un activo garante de las libertades personales y al mismo tiempo permanezca indiferente a las libertades económicas. En este punto basta simplemente recordar la jurisprudencia de sobre emergencia económica instalada definitivamente en la década del '30 sin prácticamente un límite posterior.

**7.** Interpretación constitucional y desarrollo económico.

La **relación** existente entre **la interpretación constitucional y el desarrollo económico**. Tanto en cuestiones favorables al aumento del bienestar general como evitar las aduanas interiores o desfavorables. En este sentido la importancia que ha adquirido la llamada 'cláusula del progreso' al establecer privilegios tributarios.

**8.** El análisis económico en el control judicial.

La extensión en la cual los **jueces** pueden **utilizar el análisis económico** en la interpretación constitucional, de la misma manera que utilizan métodos de otras ciencias sociales, como la historia, la sociología y la ética. La doctrina de la razonabilidad económica.

***B. La visión económica del constitucionalismo.***



El término constitucionalismo incluye varios significados, supone en nuestra tradición la idea de un gobierno limitado por la división de poderes, el control judicial, las elecciones abiertas como forma de selección de los altos funcionarios y legisladores y la protección de los derechos humanos. Supone también que la Constitución no puede ser reformada de la misma manera que la legislación ordinaria, se requiere una mayoría calificada o una súper mayoría.<sup>419</sup> Esto también plantea la necesidad de establecer que derechos deben establecerse fuera del alcance del poder de la mayoría circunstancial.

La interpretación económica que plantea la existencia de una Constitución escrita que no puede ser reformada por el proceso legislativo ordinario, es el de la estructura de gobierno (*governance*) de las normas en el tiempo<sup>420</sup>. Si las normas constitucionales pudieran reformarse con la sencillez de una ley, las constituciones serían funcionalmente leyes y solo tendrían los límites de las convenciones constitucionales.<sup>421</sup> Como las constituciones duran ‘para los tiempos’ y son al mismo tiempo supremas, alguien debe administrarlas. La idea de la ‘estructura de gobierno’ ha sido utilizada para administrar los contratos de largo plazo y a situaciones similares como son las concesiones de servicios públicos. Un contrato no puede, en principio, ser reformado o anulado sin el consentimiento unánime de las partes. En este sentido el modelo de contrato puede ser asimilado al concepto de Constitución que requiere para su reforma una mayoría calificada y es lo que la diferencia de la ley ordinaria. De la misma manera que la Constitución, un contrato establece una norma que es difícil de cambiar y está designada para gobernar el futuro. Tradicionalmente el concepto de Constitución ha sido asociado al contrato social. Las doctrinas contractualistas clásicas desde Hobbes han dado base para la creación de constituciones que establecen la organización del gobierno y las declaraciones de derechos. Asimismo las doctrinas contractualistas son una fuente de la legitimidad del constitucionalismo en la idea que la Constitución es aceptada por todos los ciudadanos que la consideran aceptable. Este modelo contractualista de Constitución describe con más precisión al sistema constitucional que la idea de una ley suprema que es legislada por otros e impuesta a los ciudadanos.

---

<sup>419</sup> CF. EN ESTE TEMA LA OBRA YA MENCIONADA DE BUCHANAN & TULLOCK Y ADEMÁS, G. BRENNAN & J. BUCHANAN, *THE REASON OF RULES: CONSTITUTIONAL POLITICAL ECONOMY* (1985)

<sup>420</sup> LA PALABRA “GOVERNANCE” UTILIZADA PARTICULARMENTE POR LA ESCUELA NEO INSTITUCIONAL EN ECONOMÍA PUEDE SER TRADUCIDA COMO “ESTRUCTURAS DE GOBIERNO” O “BUEN GOBIERNO”.

<sup>421</sup> ES DECIR UN LÍMITE PURAMENTE CULTURAL, SEGÚN LA EXPRESIÓN DE DICEY. PERO NUESTRA TRADICIÓN POLÍTICA NO HA TENIDO UN RESPETO GENERALIZADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES, SINO TODO LO CONTRARIO.

En cuanto los límites del contrato social que establece la Constitución pueden hacerse referencia a las acciones privadas fuera de la autoridad del Estado establecidas expresamente en el artículo 19. El derecho a la intimidad y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratar en las constituciones modernas están asociados a la idea contractualista de Constitución.

Un contrato que establece una estructura de gobierno para interpretar las normas que se aplicarán en el tiempo para resolver situaciones probables o hipotéticas es un “contrato contingente”. El costo de anticipar y resolver todas las contingencias que pudieran ocurrir es muy elevado, ya que toda actividad humana de largo plazo se realiza en un marco de incertidumbre. En el caso de contratos que permanecen vigentes por un futuro indefinido o gobiernan un amplio campo de interacciones sociales, la posibilidad de contingencias es muy grande. De tal manera que es muy difícil preverlas y pueden no existir respuestas específicas dentro del contrato. Una alternativa frente a estas circunstancias es una interpretación del contrato hecha por un tribunal que pueda ofrecer la solución que las partes hubieran podido brindar si hubieran negociado con relación a esta contingencia concreta. La dificultad es que la contingencia puede ocurrir muchos años más tarde de la redacción del contrato y para un tribunal puede resultar imposible imaginar lo que las partes hubieran resuelto en esa contingencia si la hubieran previsto y hubieran hecho una referencia concreta en el texto contractual.

Otra alternativa es una renegociación entre las partes. Esta solución podría ser razonable si la situación es un monopolio bilateral en los que existe una dependencia mutua que crea un incentivo para encontrar una solución, aunque también la negociación es costosa. Esta solución es inaplicable en los casos que una parte en el contrato tenga un monopolio cuando la contingencia ocurre, como es el caso de una empresa de servicios públicos, que debe enfrentar un conjunto de consumidores desorganizados en un futuro indefinido. Esta última es la situación que ocurriría si una sociedad debiera enfrentarse a problemas no previstos en la Constitución por los constituyentes, y dejara a los arreglos constitucionales futuros de la sociedad a una renegociación entre el gobierno y el pueblo.

Otra solución posible es que exista una agencia permanente que actúe como representante de los consumidores. Este es el marco constitucional de la Corte Suprema, que fue diseñada para que fuera independiente de las otras ramas del gobierno. Como protector regulatorio de la ciudadanía, la Corte

no puede adoptar una interpretación estrecha de la Constitución, ya que ese texto no puede prever todas las contingencias posibles y en particular las que han surgido en un plazo de ciento cincuenta años. De esta manera la importancia de la Constitución es que establece límites exteriores al ejercicio de la discrecionalidad judicial antes que determinar normas concretas para una decisión. Esta visión describe en forma realista el contenido del derecho constitucional como un cuerpo de derecho creado por los jueces, contenido en el texto constitucional pero no derivado de él en un sentido estricto.

La Constitución contiene normas redactadas en términos muy generales pero cuyas consecuencias son variadas y precisas, expresiones como “usar y disponer de su propiedad” o “bienestar general” han sido los fundamentos para decisiones que han definido la extensión de los derechos individuales. Lo que caracteriza a estas normas tan generales es que delegan la autoridad para definir su contenido en las personas que administran la aplicación de esas normas, es decir en los jueces. Podemos entonces describir a la Corte Suprema como el agente de la presente generación para determinar el contenido de la Constitución, si bien limitado por su texto, antes que como el agente de los constituyentes. Esta última situación no es realista ya que los costos de agencia serían muy elevados porque los constituyentes históricos han muerto y las instrucciones que dejaron extremadamente vagas y aún los textos modernos pierden actualidad con el paso del tiempo. Existe por lo tanto un incentivo muy débil para ser un agente fiel del pasado. Aunque la Constitución fuera moderna es siempre difícil determinar la voluntad de un cuerpo legislativo.

La estabilidad de los jueces en su empleo y a la integridad de su salario tiende a reducir la función del interés propio en la toma de decisiones por los jueces. Podemos entonces preguntarnos porque las minorías confían en la protección que les brindan los jueces y que incentivos tienen éstos para apoyar a éstos grupos antes que a la mayoría que es generalmente más poderosa.<sup>422</sup> Al mismo tiempo ¿no deberían las minorías concentrarse en el proceso legislativo donde los grupos de interés, que invariablemente son grupos minoritarios, tienen éxito influyendo en la legislación? La respuesta no puede ser definitiva, pero la estabilidad judicial, tanto en el cargo como en el salario, les permite dar soluciones independientes de la influencia

---

<sup>422</sup> LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS “DIFUSAS O INSULARES” FUE ESTABLECIDA EN LA NOTA N° 4 EN EL VOTO DEL CHIEF JUSTICE HARLAN STONE EN EL CASO “U.S. VS CARONENE PRODUCTS” Y TAMBIÉN ANALIZADA EN LA OBRA DE JOHN HART ELY, “DEMOCRACIA Y DESCONFIANZA”.

política y en este caso pueden proteger a las minorías “discretas e insulares” que no tienen protección en el proceso legislativo.

Utilizar la analogía de un contrato de largo plazo para definir la Constitución no supone considerar a las constituciones como incluidas en el consentimiento estricto que dos adultos adecuadamente informados prestan al incorporarse a un contrato. Todo ello en gran medida debido a que la Constitución no es ratificada por el voto popular y que los votantes hubieran poseído una información fragmentaria y que no hubieran llegado a una solución unánime. En general apoyamos la Constitución porque es mejor que la anarquía o la dictadura, sus alternativas no demasiado lejanas en nuestra historia. Pero la aquiescencia no es necesariamente consentimiento y podemos decir que si bien la analogía del contrato es útil, la Constitución no es estrictamente uno. Ello no impide que utilicemos el modelo del contrato social para interpretar al Estado constitucional.

La interpretación constitucional plantea costos, costos debido a la inflexibilidad si las normas son demasiado precisas o costos de agencia si las normas son demasiados generales. Pero esos costos son aceptables cuando la característica súper mayoritaria que separa a la norma constitucional de otras normas legales es la que permite extraer ciertos temas de la agenda política habitual.

Como una forma de limitar los altos costos de la distribución de recursos por decisiones políticas, Posner señala debería buscarse una prohibición constitucional de la búsqueda de rentas a través de una legislación puramente distributiva<sup>423</sup>. Una ley que distribuya rentas no aumenta el tamaño del producto social sino que en la práctica lo reduce ya que los grupos de interés dedicados a la obtención de rentas invertirán recursos para obtener la sanción de la norma. De la misma manera, quienes se opongan a ella porque disminuye un privilegio existente gastaran recursos para resistir su sanción. Por lo tanto existe un argumento económico para prohibir este tipo de legislación y puede hacerse a través de una reforma constitucional. Probar los subsidios ocultos en este tipo de normas es muy difícil de identificar por los tribunales, ya que generalmente toda legislación que redistribuye recursos utiliza en su justificación argumentos basados en temas

---

<sup>423</sup> SERÍA UNA VERSIÓN MÁS AMPLIA QUE LA PREOCUPACIÓN PARA OBTENER UN PRESUPUESTO EQUILIBRADO, INCLUSIVE A TRAVÉS DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL, VER EL CASO DE LA LEY DE PRESUPUESTO EQUILIBRADO Y CONTROL DE EMERGENCIA DEL DÉFICIT DE 1985, TAMBIÉN LLAMADA LEY GRAMM – RUDMAN. ESTA LEY FUE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EN EL CASO BOWSHER V. SYNAR 478 US 714 (1986).

sociales o de salubridad o de seguridad, aunque los verdaderos beneficiarios sean otros.

Existe una paradoja referida a los derechos de las minorías, por un lado existe la tradición constitucional originada en la nota N° 4 en ***Carolene Products*** que un mayor escrutinio debe realizarse cuando una norma discrimine contra minorías discretas o insulares. Pero al mismo tiempo una minoría suficientemente poderosa que pueda obtener protección constitucional no debería temer una discriminación realizada por medio de la ley. Pueden imaginarse tres respuestas:

1. La primera es que personas que temen pertenecer a una minoría desfavorecida en el futuro favorecerían una protección constitucional para todas las minorías aún en casos de personas que les disgustan.
2. Una segunda posibilidad es que los intereses de los grupos mayoritarios y minoritarios puedan estar tan imbricados que se pueda formar una amplia mayoría que apoye una norma constitucional porque los miembros de estos grupos temen que el equilibrio del poder político pueda variar en contra de alguno de ellos.
3. Finalmente, los grupos de interés participan también de las deliberaciones constitucionales y un grupo minoritario puede tener la fuerza política necesaria para obtener una norma constitucional que lo favorezca a pesar que una mayoría de votantes no la busque.

### ***C. La lógica económica en la Constitución.***

Una función del análisis económico es recordar que todas las doctrinas jurídicas tienen costos. Al establecer y precisar esos costos, tanto analítica como cuantitativamente, el análisis económico pone a la vista los problemas que la aplicación de una doctrina puede tener. Al mismo tiempo indica que quienes las sostienen, en el caso de ser grupos de interés pueden obtener rentas indebidas. Esto supone la extensión del análisis de costo beneficio para conceder una precisión al control de razonabilidad ya existente. Al establecer una relación entre el objetivo buscado por la norma, que incluye una determinación precisa del riesgo que se quiere evitar, y la valoración del costo que la reglamentación establece sobre la sociedad, el análisis de costo

beneficio le otorga al juez elementos certeros para resolver adecuadamente los casos.

*Algunas normas constitucionales tienen una lógica económica implícita. Es el caso de la cláusula comercial en cuanto impide a las provincias establecer barreras al comercio interprovincial a menos que el Congreso las autorice. De esta manera la cláusula comercial establece una pauta de libre comercio creando un mercado único. El riesgo del federalismo es que algunos gobiernos provinciales puedan ser influidos por grupos de interés para establecer barreras comerciales. Como la competencia interprovincial es imperfecta ya que los factores no pueden movilizarse entre las provincias sin costo, existe el riesgo que se establezcan límites al comercio interprovincial. Sin una provincia prohibiera la importación de un producto para proteger a los productores locales, los consumidores sufrirían un perjuicio y por ser un grupo difuso y no organizado, por oposición a los productores que generalmente están organizados en cámaras, no podrían cambiar la norma. Al mismo tiempo por los altos costos de relocalizarse no podrían irse a vivir a otra provincia donde no existiera ese perjuicio.*

Al mismo tiempo no podemos imaginar al mercado sin un sistema jurídico que lo sostenga. El sistema jurídico cumple cinco funciones económicas primordiales:

1. define derechos de propiedad y métodos para transferirlos (derechos reales y derecho de los contratos);
2. provee los medios para proteger los créditos (fianza e hipoteca) y modificarlos en caso de imposibilidad de cobro (derecho de concursos y quiebras);
3. establece reglas para la organización de las actividades productivas (derecho societario);
4. promueve la competencia vigilando las estructuras de mercado (derecho de defensa de la competencia), y
5. remedia problemas derivados de asimetrías de información (derecho de protección del consumidor)<sup>424</sup>. Todo esto supone una función constitucional en determinar estas instituciones económicas.

#### ***D. Las fallas del mercado.***

*Desde la gran depresión en la década del 30 los economistas empezaron a considerar un número de aspectos por los que incluso las economías más ricas del mundo no podían satisfacer ciertas necesidades sociales básicas. Como respuesta a la depresión los gobiernos asumieron un papel activo en el intento de estabilizar la actividad económica y aprobaron medidas legislativas para controlar muchos de los problemas: normas contra el desempleo, la seguridad social, la garantía de los depósitos, la estabilidad de los precios agrícolas, entre otros. Estos programas en los Estados Unidos dieron origen al llamado New*

---

<sup>424</sup> SPECTOR, HORACIO "EL COSTO DE LA JUSTICIA", DIARIO CLARÍN, SUPLEMENTO ECONÓMICO, DOMINGO 11 DE JULIO DE 1999

*Deal. Luego de la Segunda Guerra Mundial las economías occidentales conocieron un alto nivel de prosperidad y se planteó la necesidad de afrontar el problema de la distribución del ingreso. Debido a que muchas personas debido a su origen social o a su educación parecía estar sujetas a una vida de miseria y tendrían dificultades, entre otras cosas, para obtener trabajos de buena remuneración. Estas diferencias de oportunidades llevaron al gobierno a establecer que los programas de lucha contra la pobreza, que fundamentalmente eran programas destinados a facilitar alimentos, a asegurar empleo y asistencia médica. Frente a estas necesidades que aparentemente la economía de mercado no podía satisfacer, se utilizó el término 'falla de mercado'. **Pigou sostenía que frente a una falla del mercado debía establecerse la intervención pública.** Como respuesta a la obra de Pigou, Coase plantearía años más tarde su propuesta de utilizar la negociación entre las partes interesadas para resolver las fallas del mercado.*

*La utilización de la reglamentación estatal para resolver las fallas de mercado, tal como fuera propuesta por Pigou y aplicada activamente por los gobiernos es criticada contemporáneamente. George Stigler, por ejemplo, señaló que identificar una falla del mercado y recomendar una intervención gubernamental es como otorgar el premio en una competencia musical al segundo ejecutante luego de haber solamente escuchado al primero. El segundo participante puede ser peor que el primero, y la intervención estatal puede ser peor que la falla del mercado.<sup>425</sup>*

### ***E. Las fallas de la intervención pública.***

La falla del mercado llevó a la intervención por parte del Estado en programas de regulación económica, estos a partir de la década del 30, incluyeron la activa reglamentación de los mercados incluyendo la existencia de empresas públicas. Frente a la utilización de la reglamentación para resolver el problema de las fallas de mercado se ha presentado el otro inconveniente, el de determinar qué **condiciones son necesarias para que funcione bien la actividad estatal y en qué condiciones la actividad estatal fracasa.** Las causas de la incapacidad sistemática del Estado para cumplir con sus objetivos de reglamentación económica pueden reducirse a cuatro.

#### **1) Información limitada.**

Muchas medidas tienen consecuencias complejas y difíciles de prever. El alto costo de la información no sólo limita la actividad de los particulares sino también la del Estado.

#### **2) Control limitado de las empresas privadas.**

El Estado no controla totalmente las consecuencias de sus decisiones. Si por ejemplo, se aprueba una ley que regule el precio de los alquileres urbanos y no fue previsto por quienes la sostuvieron que los propietarios que ofrecían

---

<sup>425</sup> CITADO EN ROBERT COOTER, THE STRATEGIC CONSTITUTION, PRINCETON, 2002, P. 140.

viviendas se orientarían hacia otras inversiones, si disminuía la rentabilidad de las locaciones. En esos casos la consecuencia fue la disminución de la oferta de locaciones urbanas y el deterioro de los servicios suministrados en esas locaciones.

### 3) **Control limitado de la burocracia.**

Cuando el Congreso aprueba las leyes puede delegar su ejecución en la administración. Ésta puede tardar mucho tiempo en redactar los reglamentos cuyos contenidos son necesarios para aplicar la legislación. La administración es la responsable de garantizar el cumplimiento de la norma. En estos casos se presentan dificultades para monitorear por el principal, en este caso el Congreso, las actividades del agente, la administración. Debido fundamentalmente al gran tamaño que la administración pública muchas de las decisiones establecidas en el Congreso o por el Presidente, no tengan una aplicación eficaz. En muchos casos, el hecho que no se cumplan los objetivos del Congreso o de la Legislación no es un intento deliberado de evitar sus decisiones sino la consecuencia de la ambigüedad de las intenciones. Al mismo tiempo se presenta el problema que los administradores encargados de aplicar la ley no siempre la ejecutan de una manera eficiente. Por eso es necesario analizar los incentivos que existen en el sector público y determinar las razones que llevan a los funcionarios públicos a tomar las decisiones que finalmente toman.

### 4) **Limitaciones impuestas por los procesos políticos.**

Aunque los gobiernos estuvieran perfectamente informados de las consecuencias de todas sus decisiones, la elección de una de ellas a través del proceso político plantea nuevas dificultades. Las decisiones del gobierno afectan a muchas personas pero son decididas por sus representantes generalmente elegidos en el Congreso. Los encargados de tomar las decisiones tienen que averiguar las preferencias de sus electores y buscar la manera de conciliarlas con preferencias de diferentes grupos de interés y finalmente contraponerlas contra sus propias preferencias. Es por ello que los gobiernos actúan, en muchas circunstancias, de una manera incoherente. Por otra parte los legisladores y en general los representantes políticos, tienen a veces incentivos para actuar en beneficio no de sus representados sino de grupos de interés particulares. Por lo tanto el hecho que los representantes no hagan lo que, en su opinión, es de interés público no se debe a un problema de codicia o de perversidad de unos pocos irresponsables políticos sino que puede ser consecuencia inevitable del funcionamiento de las instituciones políticas en sociedades democráticas.



## ***F. El Estado y las cuestiones económicas.***

La economía ha sido definida en la frase de Carlyle la **ciencia sombría**<sup>426</sup> y es el estudio de la escasez o de la manera en que una sociedad decide administrar recursos escasos. La escasez nos obliga a plantear cuatro preguntas fundamentales: ¿qué ha de producirse?, ¿cómo ha de producirse?, ¿para quién ha de producirse? y ¿cómo se toman las decisiones? La economía del sector público se ocupa de estas decisiones que son diferentes a las que toman el resto de los actores económicos, porque se centra la atención en el papel del Estado y en la medida que éste afecta las decisiones que se tomarán en el sector privado.

### **1. ¿Qué ha de producirse?**

Hay que determinar que parte de los recursos de la sociedad debe dedicarse a la producción de bienes públicos como son la defensa, las relaciones exteriores o la construcción de caminos y cuál de esos recursos se dedican a la producción de bienes privados. Estas alternativas se plantean o se describen en una curva de posibilidades de producción que representa las distintas cantidades de dos bienes que pueden producirse en forma eficiente con una tecnología y con unos recursos dados. Ponemos en el eje vertical a los bienes públicos y en el eje horizontal a los bienes privados. De esta manera una sociedad puede gastar más en un bien público, como es la defensa, pero únicamente reduciendo la parte disponible para el consumo privado, es decir, en la medida que nos desplazamos a lo largo de la curva de posibilidades de producción pueden aumentar los bienes públicos pero disminuyen los privados. En caso que nos ubiquemos en un punto que se encuentra debajo de la curva esa situación es ineficiente porque la sociedad podría obtener una mayor cantidad tanto de bienes públicos como de bienes privados. Si nos ubicamos en un punto que se encuentra por encima de la curva es inalcanzable porque con los recursos y la tecnología disponible no se puede obtener al mismo tiempo esa cantidad de bienes públicos y de bienes privados.

---

<sup>426</sup> DISMAL SCIENCE. LO ESCRIBÍ EN RESPUESTA A LA OBRA DE THOMAS MALTHUS QUE CONSIDERABA EN SU ENSAYO DE POBLACIÓN QUE LA POBLACIÓN CRECERÍA EN PROGRESIÓN GEOMÉTRICA Y LOS ALIMENTOS EN PROGRESIÓN ARITMÉTICA SEÑALANDO QUE LA SOCIEDAD SE DIRIGÍA A LA MISERIA Y AL HAMBRE. LA FRASE COMPLETA DE CARLYLE ES AÚN MÁS DESPECTIVA 'DREARY, STOLID, DISMAL, WITHOUT HOPE FOR THIS WORLD OR THE NEXT,'

## **2. ¿Cómo debe producirse?**

Esta pregunta se refiere a cuando debe asumir el Estado la responsabilidad directa de producir los bienes que son suministrados por él y cuando debe adquirirlos a empresas privadas. La política gubernamental afecta la forma que las empresas producen bienes de acuerdo a la reglamentación que se haga de los bienes que se encuentran en el mercado y también de las actividades que prefiere el Estado producirlas por sí mismo.

## **3. ¿Para quién ha de producirse?**

Esto plantea la cuestión de la distribución. Las decisiones gubernamentales referidas en puestos o programas de seguridad social determinan la cantidad de renta que le queda al individuo para sus gastos. De la misma manera el Estado debe decidir que bienes públicos han de producirse. Un sector se beneficiará de la producción de algunos bienes, en cambio otros sectores se beneficiarán de la producción de otros bienes. La producción de bienes que haga el Estado puede beneficiar a un sector en desmedro de otro.

## **4. ¿Cómo se toman las decisiones?**

Plantea el caso de la toma de decisiones colectivas. En el caso de la economía del sector público la toma de decisiones es un tema más complejo que en otras áreas del conocimiento económico. Los procesos mediante los cuales se toman las decisiones colectivas se refieren a las decisiones que toma la sociedad sobre el derecho vigente, sobre las inversiones en materia de defensa o sobre la educación en general. Las decisiones colectivas son mucho más complicadas que las decisiones individuales de los sectores económicos ya que los individuos suelen tener opiniones diferentes sobre sus preferencias. En la medida que se trate de bienes privados cada persona puede comprar simplemente el producto de su preferencia, pero cuando se trata de bienes públicos se debe tomar una decisión en conjunto. Esto se aplica tanto en las decisiones que toma una familia como en una decisión que se toma en cualquier órgano del Estado. Entonces se deben estudiar y conocer la forma en que se toman las decisiones colectivas en las sociedades democráticas.

## ***G. La economía normativa y la economía positiva.***

Podemos hacer una distinción entre el análisis de las consecuencias de una política pública y la valoración de las conveniencias sobre la misma. El primer análisis se llama economía positiva el segundo economía normativa.

La economía positiva se ocupa no sólo de analizar las consecuencias de las medidas gubernamentales, sino también de describir las actividades de la administración y las fuerzas políticas y económicas que dieron lugar a esas medidas. Cuando el análisis supera la economía positiva entra en el campo de la economía normativa que valora la conveniencia de distintas políticas e imagina otras que puedan cumplir los objetivos fijados. La economía normativa se ocupa de establecer reglas con relación a una política imaginada, se compara el grado en que los distintos programas cumplen determinados objetivos y averigua cual programa puede cumplir mejor ese objetivo deseado. La economía positiva describe simplemente los efectos de un programa sin evaluar si se han cumplido o no objetivos que se pretendían ni se valoran las consecuencias. Ambos enfoques, el positivo y el normativo son complementarios para analizar las actividades que deben realizar la administración o el gobierno porque es necesario saber qué consecuencias puede tener cada una de las políticas escogidas. Es preciso poder describir que ocurrirá si el gobierno introduce algún impuesto o si establece un subsidio a alguna industria. El análisis económico de una reglamentación de derechos determina si hay personas que salen ganando y otras perdiendo a veces en forma oculta. Por ejemplo, en el caso de una norma de protección del medio ambiente habrá personas que podrán respirar un aire más puro, y otras que salen perdiendo, por ejemplo consumidores que pagan precios más altos, fabricantes que reciben menos beneficios y trabajadores que pierden su empleo. La economía normativa se ocupa de elaborar procedimientos sistemáticos con los cuales se pueden comparar las ganancias de los que salen ganando con las pérdidas de los que salen perdiendo y emitir un juicio de valor sobre la conveniencia de la propuesta. Esto da lugar a controversias, muchas de las controversias se deben que una de las partes no es capaz de vislumbrar todas las consecuencias de una política pública. Esto ha ocurrido en el caso clásico de las leyes sobre control de alquileres en que sus defensores no tuvieron en cuenta las consecuencias que tendría en la caída de la oferta de departamentos para alquilar.

Para el análisis económico de las consecuencias de una reglamentación se utiliza un modelo. **El modelo intenta describir de una manera simplificada las características básicas de la economía.** Como la economía real es extraordinariamente compleja para ver qué ocurre y predecir las consecuencias de un cambio de política es preciso distinguir los rasgos principales de los secundarios. Las características en las que decidamos centrar la atención para construir el modelo dependen de las cuestiones que queramos analizar. **El hecho que los modelos partan de**

**supuestos simplificados de que prescindan de muchos detalles no es un defecto sino una virtud.** Se puede hacer una **analogía con un mapa** donde se puede saber el camino que se va a utilizar para ir al destino querido. Pero el mapa no tiene todos los datos exactos que tiene el camino en la realidad. En caso que necesitemos un mapa más detallado buscamos un mapa que tenga más información o la información precisa o una escala diferente. Un mapa que, como en el cuento de Borges, sea del tamaño de la realidad sería un mapa inútil.<sup>427</sup> En todo análisis económico es necesario utilizar un modelo, que son hipótesis sobre la respuesta de los actores económicos a los cambios en la política gubernamental, y sobre la relación de estas respuestas para averiguar sus repercusiones en la economía. Todos utilizamos modelos para analizar los efectos de una política, la diferencia con los modelos económicos es que estos intentan exponer explícitamente los supuestos y asegurarse que son compatibles entre sí y compatibles con los datos existentes.

#### ***H. Los mercados competitivos.***

Adam Smith en su libro clásico "La riqueza de las Naciones" señaló que la competencia llevaba a los **individuos cuando buscaban sus propios intereses privados a fomentar el interés público como si fueran conducidos por una mano invisible.**

*"Lo único que busca es su propia ganancia, y en este, como en muchos otros casos, una mano invisible lo lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Y esto no es necesariamente malo para la sociedad. Al buscar su propio interés a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo."* <sup>428</sup>

**Las fuerzas competitivas generan un elevado grado de eficiencia en que la competencia estimula en buena medida la innovación.**

---

<sup>427</sup> JORGE LUIS BORGES, HISTORIA UNIVERSAL DE LA INFAMIA. 'EN AQUEL IMPERIO, EL ARTE DE LA CARTOGRAFÍA LOGRÓ TAL PERFECCIÓN QUE EL MAPA DE UNA SOLA PROVINCIA OCUPABA TODA UNA CIUDAD, Y EL MAPA DEL IMPERIO, TODA UNA PROVINCIA. CON EL TIEMPO, ESTOS MAPAS DESMESURADOS NO SATISFICIERON Y LOS COLEGIOS DE CARTÓGRAFOS LEVANTARON UN MAPA DEL IMPERIO, QUE TENÍA EL TAMAÑO DEL IMPERIO Y COINCIDÍA PUNTUALMENTE CON ÉL. MENOS ADICTAS AL ESTUDIO DE LA CARTOGRAFÍA, LAS GENERACIONES SIGUIENTES ENTENDIERON QUE ESE DILATADO MAPA ERA INÚTIL Y NO SIN IMPIEDAD LO ENTREGARON A LAS INCLEMENCIAS DEL SOL Y LOS INVIERNOS. EN LOS DESIERTOS DEL OESTE PERDURAN DESPEDAZADAS RUINAS DEL MAPA, HABITADAS POR ANIMALES Y POR MENDIGOS; EN TODO EL PAÍS NO HAY OTRA RELIQUIA DE LAS DISCIPLINAS GEOGRÁFICAS.'

<sup>428</sup> ADAM SMITH, VERSIÓN CASTELLANA, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, MEXICO 1958. LA OBRA DE ADAM SMITH TIENE APROXIMADAMENTE NOVECIENTAS PÁGINAS, SEGÚN LAS EDICIONES, ÉSTA ES LA ÚNICA VEZ QUE MENCIONA A LA 'MANO INVISIBLE'

Esto parte de la intuición en que se basaba la idea de Smith: Si existe algún bien o servicio que la gente valora pero que actualmente no se produce ellos estarán dispuestos a pagar por él. Quienes deseen ganar dinero siempre buscarán una oportunidad de hacerlo y si el valor que tiene un determinado bien para un consumidor es superior al costo de producción el empresario tiene la posibilidad de obtener un beneficio por lo que se decidirá a producir el bien buscado. De la misma manera, si hay un método más barato para producir una mercadería que es la que se utiliza actualmente, el empresario que lo descubra la producirá a un precio más bajo y de esa manera obtendrá beneficios. Existen sin embargo las ya mencionadas fallas del mercado que pueden impedir que los beneficios de la competencia se concreten.

### ***Negociar la salida: El teorema de Coase.***

Cuando aparece una actividad económica novedosa generalmente imaginamos la solución es la regulación. Es decir que el gobierno establezca las condiciones en las cuales se presta ese servicio o se pueda comercializar ese bien. Y establezca una sanción en caso que el reglamento no se cumpla. Asociada está la idea que el gobierno tiene una mejor información sobre cómo deben ser las preferencias de las personas que utilizan esos servicios o compran esos bienes, también sobre cuál debe ser la mejor manera de cumplir con el 'interés general' en esas transacciones.

Siempre somos esclavos inesperados de algún economista difunto, <sup>429</sup>en este caso A.C. Pigou, profesor de Cambridge que señalaba la ineludible necesidad de la intervención gubernamental cuando existiera una externalidad. Pero otro economista inglés demostró que el verdadero problema eran los costos de transacción y que si estos costos eran reducidos la solución no era la regulación sino la negociación entre las partes para llegar a una solución en la que todos estuvieran mejor. Esta nueva visión revolucionó la función de los gobiernos.

### **El problema del costo social.**

En 1960 un economista inglés expatriado publicó un artículo titulado **El Problema del Costo Social**, este artículo se convirtió en el fundamento del movimiento de derecho y economía y fue una de las principales contribuciones por las que obtuvo el Premio Nobel de Economía. Posner nos recuerda que este artículo es el más citado de todos los que se han escrito sobre economía y podemos agregar particularmente los que aparecen en las revistas jurídicas.<sup>430</sup>

---

<sup>429</sup> SEGÚN DICE KEYNES EN EL ÚLTIMO CAPÍTULO DE LA TEORÍA GENERAL.

<sup>430</sup> RICHARD POSNER, OVERCOMING LAW. HARVARD UNIVERSITY PRESS 1995. P. 406.

## La redacción del Teorema de Coase.

La versión original del teorema por George Stigler dice que con costos de transacción cero los costos sociales y los costos privados son iguales. Pero existen diferentes versiones, algunas llamadas versiones fuertes y otras versiones débiles del Teorema que han conseguido una mayor popularidad.

Podemos citar algunas versiones del teorema:

***“En un mundo de costos de transacción cero, la asignación de recursos será eficiente e invariable con respecto a las normas legales de responsabilidad, aparte de los efectos de ingreso” (Richard Zerbe).***

***“Cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente sin importar la norma jurídica existente” (Cooter y Ulen).***

***“Un cambio en la norma no afecta la eficiencia de los contratos ni la distribución de ingresos entre las partes” (Stewart Schwab).***

El Teorema supone con **costos de transacción reducidos las partes por medio negociación resolverán sus problemas de una manera siempre eficiente sin importancia del derecho aplicable. La distribución original de derechos debe siempre existir para que se cumpla el teorema.**

Aunque similares en muchos aspectos, estas versiones del teorema contienen diferencias que están en el centro del debate sobre el teorema. Pero fundamentalmente señalan que independientemente de cómo se asignen los derechos a las partes inicialmente, la adjudicación de recursos resultante será eficiente, es decir que las dos partes en la negociación estarán mejor que lo que estaban anteriormente. Esta proposición se llama la hipótesis de eficiencia y es habitualmente reflejada en todas las versiones del teorema.

La implicancia del teorema es que en el mundo sin fricciones, de costos de transacción cero, los remedios sostenidos por Pigou,<sup>431</sup> la intervención del estado, para una resolución eficiente del problema de las externalidades, no es necesaria.

Todo lo que se necesita es una norma jurídica que asigne inicialmente los derechos a una parte o a otra. El mecanismo de fijar precios por el mercado funcionará entonces como lo hace habitualmente con los bienes y servicios sobre los cuales los derechos están definidos. Si luego de la negociación entre las partes los derechos están bien definidos, la situación será eficiente, ya que las partes han establecido una nueva asignación de derechos que es Pareto superior. La intervención regulatoria, los remedios de Pigou sólo empeorará la situación. Sin duda, las partes poseen una mejor información sobre la forma de maximizar su utilidad que la que podría tener un organismo regulador. Lo que sí corresponde al estado, es mejorar la información que poseen las partes y, en general, reducir los costos de transacción.

Si Coase tiene razón la función gubernamental es la de reducir costos de transacción, es decir asegurar la mejor información, reducir los comportamientos oportunistas y facilitar mecanismos de acuerdos, como son acciones de clase o asambleas de interesados. No

---

<sup>431</sup> PIGOU FUE EL REEMPLAZANTE DE MARSHALL EN LA CÁTEDRA DE ECONOMÍA DE CAMBRIDGE, SU OBRA ES LA BASE ECONÓMICA DE TODA LA REGULACIÓN ESTATAL, DE ALLÍ LA IMPORTANCIA DE LA CRÍTICA DE COASE. LA PRINCIPAL OBRA DE PIGOU ES THE ECONOMICS OF WELFARE. 4ED. 1932. LA EDICIÓN ORIGINAL ES DE 1920. PIGOU CONSIDERABA QUE ADAM SMITH, MARSHALL Y SUS SEGUIDORES ERAN OPTIMISTAS, PROBABLEMENTE SE ASIGNABA A SI MISMO LA POSICIÓN REALISTA.

intentar descubrir lo que es mejor para los administrados con la reducida información con que cuentan los funcionarios públicos. Al mismo tiempo también cambia la función judicial ya que si la mejor solución es la acordada, porque de esta manera las dos estarán mejor que antes, los jueces deberán reducir los costos de transacción para las partes concilien. Se reducirán también los costos de la administración y los costos de los procesos judiciales.

**de interés general** por sobre el interés de algún sector.



## **El derecho de propiedad.**

La visión de los derechos de propiedad asume que el individuo promedio se comporta racionalmente y por lo tanto tratará de **obtener al mayor beneficio de sus derechos de propiedad**. Por lo tanto, podemos **predecir** en promedio y con relativo éxito, como los **derechos de propiedad específicos afectarán la asignación y utilización de los recursos económicos**. Para comprender esta interpretación económica de los derechos de propiedad, tomemos como ejemplo la diferencia entre las consecuencias del usufructo por oposición al dominio. Quien tiene un derecho de usufructo no puede vender o transferir su derecho a otra parte. Por lo tanto, como individuo racional que maximiza la utilidad de su usufructo intentará explotar la tierra en forma abusiva evitando las actividades de mantenimiento, durante la extensión de su derecho. Para prevenir esos excesos el titular del dominio buscará la manera que el titular del usufructo cumpla con ciertos límites en el ejercicio de su derecho de usufructo. Por ejemplo el contrato que crea el usufructo podrá exigir que el titular mantenga la integridad económica del terreno. El cumplimiento de este tipo de acuerdos llevará tareas de agrimensura, monitoreo y otros costos de agencia que no aparecen en el caso del ejercicio pleno del dominio. Como consecuencia de este análisis señalamos que los derechos de propiedad tienen la extensión que les da la existencia de un monitoreo eficaz.

### ***¿Quién es propietario de qué?***

Esta es una pregunta básica, en los hechos, en la ética que se aplica, y que se plantea con variaciones a través de la historia. La existencia de objetos físicos y cosas en general requieren que exista una regulación entre las personas con respecto a la expropiación y a la utilización de esas cosas. Las relaciones de comportamiento aprobadas y reconocidas son indispensables en un mundo de escasez. A pesar que este entendimiento está generalmente aceptado el debate sobre si la propiedad debe ser privada, es decir individual, o social ha sido un tema que ha llevado a los debates más profundos en la historia de las ideas y particularmente en el último siglo. Si bien recientemente la propiedad social de los medios de producción ha desaparecido como una teoría aplicada esto no significa que termine el debate entre filosofías que sostengan la propiedad privada o social de los medios de producción. La discusión entre el individualismo y el colectivismo tiende a continuar en otros temas, aparecen las cuestiones sobre el medio ambiente, la inmigración y la política del desarrollo y el conflicto que plantean esas visiones del derecho para los derechos de propiedad.

Da la impresión que la inestabilidad de los derechos de propiedad sobre bienes conjuntamente con la escasez es un impedimento principal al bienestar social. **Hume** sostiene que la (i) **estabilidad de la posesión** es una de las **tres leyes fundamentales de la naturaleza sobre cuya observancia estricta depende la paz y la seguridad de la sociedad humana**. Las otras normas cruciales son la (ii) **transferencia de la propiedad por consentimiento** y (iii) el **cumplimiento de las promesas**.

### ***Como surgen y evolucionan los Derechos de Propiedad***

El diseño de las instituciones o de las estructuras de gobierno son decisiones maximizadoras para ahorrar costos de transacción y para facilitar las nuevas actividades económicas. Las fuerzas del mercado erosionan las instituciones de los derechos de propiedad que no están suficientemente capacitadas para responder a las nuevas oportunidades económicas. Si la estructura de derechos existente limita o bloquea las reacciones a cambios en los precios relativos o en la tecnología, la existencia de ganancias potenciales inexploradas llevará a los individuos a movilizarse para la adopción de derechos de propiedad que se acomoden a estas necesidades.<sup>432</sup>

La creación de la propiedad, como la iniciación del dinero, no es una creación del Derecho, en el sentido que su estructura se haya impuesto a la sociedad por una autoridad civil. El origen de la propiedad, de acuerdo con esta visión, no es un fenómeno gubernamental sino social. La ejecución de la propiedad ha sido perfeccionada en el tiempo por un proceso en el cual la actividad estatal clarifica y regulariza el derecho de propiedad. Bajo la intervención estatal los derechos se transforman en convenciones mejoradas o perfectas. Existe un problema con todo esto porque no aparece claro como la sociedad puede asegurar que el Estado siempre se comportará como una tercera parte imparcial. La aplicación por un tercero significa que el desarrollo del Estado tiene una fuerza coercitiva capaz de monitorear los derechos de propiedad y asegurar el cumplimiento de los contratos efectivamente. Pero si el Estado tiene la fuerza coercitiva aquellos que manejan el Estado, utilizarán esa fuerza en su propio interés y a expensas del resto de la sociedad.

Tanto el respeto por la ley como la honestidad e integridad de los jueces representan factores importantes que han contribuido al desarrollo del derecho ideal. Pero la cuestión permanece de cómo es posible crear un sistema de redes formales y de cumplimiento efectivo, y promover el comportamiento público que es basado en limitaciones morales significativas. Autores desde Hume hasta North han sugerido que las condiciones apropiadas para el éxito tienden a desarrollarse muy lentamente en el tiempo.<sup>433</sup> Sin embargo el progreso hacia una cooperación social efectiva es posible porque en la medida en que las personas adquieren experiencias más individuos reconocen que tienen intereses comunes entre comportamiento cooperativo, y esto lleva a ganancias mutuas. En efecto convenciones no escritas y acuerdos han hecho aparición espontáneamente en la sociedad. De ahí surge la metáfora de Hume de los dos hombres que empujan los remos desde un bote y lo hacen por un acuerdo o convención aunque nunca se han dado promesas el uno al otro. De la misma manera, los lenguajes se establecen gradualmente por las convenciones humanas sin ninguna promesa. De la misma manera el dinero con los metales preciosos se transformó en una manera común de intercambio. La línea de explicación que sugiere Hume es también comparable a la forma de legitimación que plantea un contrato social, y también a una versión extendida del juego del dilema de los prisioneros. Para ver, consideremos una convención que asigna derechos de propiedad de facto en un recurso valioso. Supongamos que la convención está firmemente establecida. Entonces cada persona tiene una expectativa fuertemente establecida, una expectativa basada en una inducción de la experiencia pasada, que las otras personas seguirán con esta convención o con esta costumbre. Dada esta expectativa, cada persona encuentra en ella su interés para

---

<sup>432</sup> G.D. LIBECAP. "DISTRIBUTIONAL ISSUES IN CONTRACTING FOR PROPERTY RIGHTS." JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS." N° 146 P. 6.

<sup>433</sup> FURUBOTN AND RICHTER. INSTITUTIONS AND ECONOMIC THEORY. UNIVERSITY OF MICHIGAN. 2000. P.106.

seguir adelante con la costumbre. Dado que cada persona sigue con la costumbre, no solo espera que las personas con las que interactúa no le pida más que lo que la costumbre le permite, también espera que se comporten de esa manera. Más aun, cualquiera que se vea favorecido por la costumbre, o al menos en alguna ocasión, es probable que observe cualquier ruptura de la costumbre como una amenaza indirecta a sí mismo.

Debe tenerse en cuenta que las costumbres pueden ser ineficientes, entre ellas, la monopolización de la propiedad privada por un grupo pequeño de tomadores de decisiones o de organismo gubernamentales o de partidos políticos organizados. Al valorar la función que la propiedad privada juega en la promoción de la eficiencia económica, es importante tener en cuenta que la propiedad privada es necesaria por una condición eficiente para la competencia. Similarmente se debe tener claro que no es necesario que todo sea eficiente en la existencia de una costumbre o que esa costumbre aumente el bienestar general de la sociedad. La base sin duda originalmente la institución de la propiedad, puede no ser más que una convención sobre quien tendrá el uso exclusivo de algunos bienes. En la actualidad la institución de propiedad es enormemente más complicada porque hemos construido alrededor de ella un sistema complejo de normas e instituciones. Su propia complejidad, de las relaciones contemporáneas de la propiedad es lo que hace necesario el análisis de derecho de propiedad y costos de transacción.

Para Demsetz<sup>434</sup>, los cambios en el conocimiento se fundan en cambios de las funciones de producción, valores del mercado y preferencias de los consumidores. Las nuevas técnicas, las nuevas formas de hacer las mismas cosas y de hacer otras nuevas todas implican efectos benéficos y perjudiciales al mismo tiempo a los cuales la sociedad todavía no está acostumbrada. Podemos decir que los derechos de propiedad se desarrollan para internalizar externalidades, cuando las ganancias de la internalización son mayores que sus costos. Una internalización incrementada resulta de cambios en los valores económicos, cambios que se entroncan en los desarrollos de nuevas tecnologías y en la apertura de nuevos mercados, cambios para los cuales los viejos derechos de propiedad no están preparados. Tomemos en cuenta las preferencias de la comunidad por la propiedad privada. Algunas comunidades tendrán sistemas de propiedad privada no tan bien desarrollados, y sistemas de propiedad estatal mucho más evolucionados. Pero a partir de determinados gustos de la comunidad, la aparición de nuevos derechos de propiedad privada estará en función de los cambios de la tecnología y en los precios relativos.

En las sociedades occidentales los ajustes en los derechos de propiedad se han desarrollado como resultado de cambios graduales en los actos sociales, en la legislación y en los precedentes jurídicos judiciales. Es improbable que en cada paso de este proceso de adaptación, las externalidades estén conscientemente relacionadas en sí mismas con el tema que se está resolviendo, pero en una sociedad que privilegie la obtención de la eficiencia, su viabilidad en el largo plazo dependerá de cuán bien modifique su comportamiento, para acomodarlo a las externalidades asociadas con importantes cambios en la tecnología o en los valores del mercado. Se puede hacer sobre esto un trabajo empírico, un ejemplo tradicional es el cambio de comportamientos en la sociedad Argentina a partir de los impactos tecnológicos que surgieron en el transporte de carne vacuna congelada en los barcos frigoríficos. A partir de ahí, los derechos de propiedad sobre las zonas rurales

---

<sup>434</sup> HAROLD DEMSETZ, "TOWARD A THEORY OF PROPERTY RIGHTS" AMERICAN ECONOMIC REVIEW, PAPERS AND PROCEEDINGS. 57 P. 347. CITADO EN POSNER & PARISI., ECONOMIC FOUNDATIONS OF PRIVATE LAW. ELGAR. 2002.

cambiaron sustancialmente y se establecieron reglas prácticas, formas contractuales diferentes que las que existían anteriormente.

El principio que asocia los cambios en los derechos de propiedad con la aparición de nuevos y revalorización de antiguos efectos benéficos y perjudiciales sugiere en esta instancia que el alto valor de la propiedad agropecuaria hizo económico alentar el control humano sobre la propiedad rural. De esta manera se hizo económico alambrar los terrenos, impedir que cualquiera pudiera cortar o cruzar los alambrados, hizo económico la donación de terrenos para los cursos de vías férreas y para la fabricación de estaciones, etc. Todos estos controles requerían la capacidad de prevenir el robo de hacienda, y esto a su vez que tendría lugar cambios socioeconómicos respecto de la sociedad, tanto para los transeúntes en esas regiones, como para el valor de los animales, porque eran producto de la producción ganadera. La leyenda que establecen en el Martín Fierro, que se podía comer un animal con la sola condición de dejar el cuero para el propietario no tendría validez en la tecnología nueva, que establecía que el mayor valor se establecía en la actividad ganadera y no en el costo del cuero.<sup>435</sup>

La propiedad es crucial para la eficiencia solamente o fundamentalmente en un mundo de costos de transacción positivos. Tomemos por ejemplo dos tipos de costo de transacción: **Los costos de especificar y asignar derechos de propiedad y los costos de monitorear y hacer cumplir las restricciones que los derechos de propiedad imponen sobre los demás.** Todos estos pueden ser llamados los **costos de exclusión.** Los problemas de eficiencia surgen si los costos de asignar y de monitorear derechos de propiedad son prohibitivamente elevados, por cualquier razón que fuere. Desde el punto de vista económico la sugerencia es clara de ser posible se deben evitar casos que planteen este problema a través de un diseño de las estructuras de organización. Se deben tener en cuenta que los costos de especificar los derechos de propiedad son costos hundidos y no afectan las decisiones con respecto al producto una vez que la transferencia de derechos ha tenido lugar. Monitorear y hacer cumplir los costos de monitoreo por otra parte son variables y pueden repetirse en cada período de tiempo.

Los **cambios en los derechos de propiedad** ocurren porque individuos dentro de una economía consideran beneficioso reestructurar el sistema y asumen los costos de hacer esos cambios. **Cuando un sistema de derechos es incapaz de incorporar las nuevas oportunidades de creación de riqueza crean una demanda de nuevos y revisados** derechos.

Un ejemplo estudiado es el caso de los castores en las tribus de Canadá en Demsetz,<sup>436</sup> donde la utilización para peletería de las pieles de castor llevó a la creación de un sistema de propiedad en la explotación de castores entre las tribus indígenas en Canadá. Pero el ejemplo más notorio es el de la ganadería en la pampa húmeda luego de la invención por Tellier del buque frigorífico. Esta innovación tecnológica abrió las posibilidades de exportar carne lo que tuvo como consecuencia que se valorizaran los campos y variaran los derechos de propiedad. Tierras y animales que eran considerados como de poca utilidad tuvieron una rápida apreciación en su valor, lo que llevó al cambio en los derechos de propiedad sobre ellos. Se crearon registros eficaces para determinar la propiedad sobre tierras y animales y se establecieron sistemas de monitoreo. Lo mismo ocurrió con la invención del

---

<sup>435</sup> AGRADEZCO ESTA COMPARACIÓN A ADRIÁN GUIARRI.

<sup>436</sup> HAROLD DEMSETZ, TOWARD A THEORY OF PROPERTY RIGHTS. AMERICAN ECONOMIC REVIEW. 57, MAY 1967, P. 347.

alambre que abarató el cierre de tierras y la protección de los derechos de propiedad de los predios.

**El cambio de derechos de propiedad es un proceso contractual que tiene lugar en la arena política.** Si el cambio institucional resulta en la ganancia neta para la sociedad, la barrera para el cambio es el problema a superar. Para ello hay que establecer un método que permita llevar adelante el cambio. Esto puede incluir compensar a los perdedores y adjudicar esas ganancias en una manera que resulte en la adopción de un cambio que mantenga en la mayor medida posible las ventajas productivas (de aumento de la utilidad) deseadas. Esto presenta el riesgo que si para asegurar el acuerdo, los que ganan están obligados a compensar a los que pierden por el cambio propuesto puede ocurrir que las ganancias netas de los ganadores sean lo suficientemente reducidas para llevarlos a retirarse de la actividad. Como resultado el cambio que aumenta los beneficios no se produce y el régimen de derechos de propiedad permanece en una situación ineficiente. Libecap<sup>437</sup> señaló que la posibilidad de llegar a un acuerdo dentro del proceso político es en función de las siguientes alternativas,

1. El **tamaño de la ganancia esperada**, cuando mayor la ganancia aumentan la posibilidad de llegar a un acuerdo.
2. El **número de partes** que negocian,
3. La **extensión en que los intereses converjan**, mayor convergencia más fácil el acuerdo.
4. La **extensión en la que la información es imperfecta**, ya que debilita la posibilidad establecer correctamente las ganancias y las pérdidas y de esta manera estructurar los pagos laterales apropiados para compensar intereses poderosos que pierden, para que apoyen el cambio. Al mismo tiempo la información imperfecta afecta el potencial de engaño entre las partes contratantes.
5. La **distribución de los beneficios**. En la medida que sean distribuidos en forma amplia o limitada. La mayor concentración elimina la posibilidad de llegar a un acuerdo porque muchos intereses se verían perjudicados.

### **Costos de exclusión.**

En la teoría de los derechos de propiedad, los costos de exclusión son los costos de definir, monitorear y hacer cumplir los derechos de propiedad privados. Por ejemplo son los costos del agrimensor que mide la tierra, de la existencia de un registro oficial de la propiedad, de alambrear el terreno.

### ***Dos tragedias: los comunes y los anticomunes.***

Saber quién es propietario de cada cosa facilita las transacciones y baja los costos, basta imaginar el mundo caótico en el que cada uno de nosotros debiera probar sus títulos de propiedad antes de utilizarla o venderla. La institución se plantearía con los derechos individuales, si cada vez que quisiera ejercer un derecho debiera comprobar ante los demás que son el titular de él. De tal manera que la asignación de derechos en forma clara y con un control efectivo para su cumplimiento es una fuerte reducción de costos de transacción. Es por ello que una acción gubernamental importante es asegurar que los derechos estén claramente asignados. Pero, ¿qué ocurre cuando los derechos están mal asignados? no me

---

<sup>437</sup> GARY LIBECAP, *CONTRACTING FOR PROPERTY RIGHTS*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1989

refiero a que se los haya otorgado a la persona incorrecta si no que la manera en que han sido asignados los derechos es incompleta e imperfecta. Estos fenómenos ocurren cuando la propiedad asignada es común y no permite la exclusión de otros, de manera de cualquiera se puede meter, y la otra es el caso en que la posibilidad de excluir está distribuida entre muchos de manera que cualquiera puede oponerse al ingreso y el bien no puede obtener su utilización plena. La primera llamada la tragedia del común. Es el caso en que **un bien es de propiedad común y tiene como resultado la sobre explotación**. El segundo por una especie de espejismo es llamado la tragedia de los anti comunes.

### **La tragedia de los comunes.**

Un ejemplo tradicional en la aplicación del concepto de los derechos de propiedad es la tragedia de los comunes. Es la situación en la **que un bien es de propiedad común y tiene como resultado la sobre explotación**, el ejemplo es la de utilización de terrenos comunes para pastoreo. Cuando la tierra de pastoreo era propiedad común de los pobladores y cada uno de ellos podía decidir si utilizaba ese espacio común, era beneficioso a cada poblador agregar una vaca en la medida que el beneficio producido por esa vaca fuera mayor que el costo de la misma. Pero los individuos ignoran el costo social de sus cálculos, es decir que cada vaca agregada extra reduciría la producción de leche de todas las otras vacas. Debido a ello demasiadas vacas serán dadas a pastoreo en el espacio común. **La propiedad común lleva a un resultado ineficiente, cada poblador tiene incentivos perversos**. Cada uno está motivado a agregar más animales porque recibe el beneficio directo de sus propias vacas y solo asume una parte de los costos que resultan de la sobre explotación. Es una tragedia ya que cada hombre está encerrado en un sistema que lo lleva a la ruina.<sup>438</sup>

### **La tragedia de los Anti-comunes.**

Un problema de anticomunes ocurre cuando existen múltiples derechos para excluir. Los recursos son subutilizados, es decir tienen una utilización ineficiente ya que muchas personas que querrían utilizarlos no pueden acceder a ellos. Si en el caso de los comunes la imposibilidad de excluir hacía que los bienes fueran sobre utilizados, en el caso de los anti comunes es la existencia de numerosas personas con derecho de exclusión la que impide la plena utilización del bien.

Por qué utilizamos la expresión "tragedia", es porque como en una tragedia griega los actores van hacia su perdición con plena conciencia de ello, pero no pueden hacer nada para evitarlo. Tanto la sobre utilización como la sub utilización ocurren con pleno conocimiento de los actores, pero los costos de evitarlo son tan elevados que constituyen una barrera.

En el caso de la tragedia de los comunes, existe un bien que puede ser utilizado por la aplicación simultánea de insumos complementarios. Este bien se transforma en recurso productivo de valor si estos insumos son limitados a un nivel menor que el que sería si estuviera abierto para todos los usuarios potenciales. Pero si estos insumos están controlados por las personas o empresas que quisieran utilizarlos, se verían disipados por el uso excesivo. Como este recurso es indivisible en el sentido que los actores pueden introducir activos para su explotación, cada acción genera una vez deseconomía externa sobre la productividad de los ingresos de las otras unidades productivas. Si las decisiones son

---

<sup>438</sup> FURUBOTN Y RICHTER. INSTITUTIONS AND ECONOMIC THEORY. MICHIGAN. 2000. P. 99.

descentralizadas, es decir no existe la posibilidad de exclusión o una utilización organizada del recurso, los efectos externos no serán internalizados dentro del cálculo de la decisión tomada.

Por el contrario, aparece la tragedia de anti comunes cuando hay múltiples derechos de exclusión. Michael A. Heller descubrió esta situación analizando las instituciones en Rusia cuando se salía del sistema socialista a una economía de mercado.<sup>439</sup>

La expresión "anti comunes" es una metáfora útil para comprender por qué potencial económico de valor se pierde en el agujero negro de la sub utilización de recursos. Como su existencia como la existencia de los comunes son fuente de pobreza en sociedades potencialmente ricas. En gran medida la incompetencia de la burocracia regulatoria moderna lleva a esta pérdida de recursos.

Si recurso puede ser utilizado por actividades complementarias, este recurso produce valor solamente si esas actividades complementarias son limitadas a un nivel que esté por debajo del que existiría bajo un acceso abierto a todos los usuarios potenciales. Como en el caso de las vacas en el ejemplo medieval, todos los productores envían sus animales apartara aún cuando la parcela no pueda alimentarlos plenamente a todos, porque si no lo hacen un usuario alternativo ocuparía la fracción de la parcela no utilizada. De esta manera el pastor se ve obligado a sobre utilizar el recurso porque de otra manera otro lo utilizaría en su lugar, y libera a sus vacas enflaquecidas por qué no conoce una alternativa a la sobre explotación. No puede excluir a los otros usuarios por encima del uso eficiente del recurso.

El valor neto del recurso usado en comunidad está relacionado con el nivel de ingresos complementarios aplicados. Si estos ingresos que se incorporan son controlados separadamente por diferentes personas o empresas el valor potencial del recurso en cuestión será perdido o disipado en parte o en todo por el uso excesivo. Además de la pastura medieval podemos citar a lagos y ríos para la pesca, territorios de caza, acuíferos y aún espacios públicos sobre utilizados. Por mucho tiempo se ofrecieron respuestas a esta tragedia. La idea partió de la necesidad de una administración efectiva del recurso que limitara su utilización. Una manera de asegurar la eficiencia es la asignación de derechos para su utilización, lo que se llama generalmente derechos de propiedad. Esto cambiará la estructura de incentivos, ya que los propietarios maximizarán los ingresos restringiendo la utilización, generalmente a través de precios que maximizarán el valor potencial.

La pregunta es: ¿por qué la utilización común de un bien genera ineficiencia? Porque el recurso no puede ser dividido, en el sentido que haga posible la aplicación simultánea de insumos complementarios separados. Toda acción de incorporar insumos genera una deseconomía externa en la productividad de valor de las otras unidades que se incorporan. Si se utilizan decisiones descentralizadas los efectos externos no podrán ser internalizados dentro del cálculo de decisiones de quien utiliza el recurso. En situaciones extremas si el recurso está plenamente abierto para su utilización todo su valor neto se disipará.

En el caso de los anti comunes la situación es inversa, si en los comunes no hay derecho de exclusión, en los anti comunes son mucho los que los tienen. Si en los comunes el pastor no puede limitar el ingreso de otras vacas al predio común aún cuando el número sea superior a la cantidad que pueda alimentarlas, en los anti comunes hay que buscar el acuerdo con todos los que pueden excluir. En la búsqueda de los diferentes permisos de quien pueden oponerse a mi plena utilización del recurso

---

<sup>439</sup> MICHAEL A. HELLER, *THE TRAGEDY OF THE ANTICOMMONS: PROPERTY IN THE TRANSITION FROM MARX TO MARKETS*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998).

Cuando se asigna explícitamente la propiedad en un recurso una persona o gente tiene al mismo tiempo el uso y los derechos de exclusión. Puede excluir a otros del uso y al mismo tiempo después de directamente usar bien permitir a otros que lo utilicen bajo su permiso. El problema convencional sobre los comunes que emerge en la medida que más de una persona o gente sea asignada los derechos de uso, pero sin que se le conceda a nadie derechos de exclusión. La situación que podríamos llamar de anti comunes, es cuando a más de una persona se le conceden derechos de exclusión que pueden ser ejercido simultáneamente de una manera análoga a su carencia en el modelo analizado. Los dos lados del problema son básicamente simétricos.

La tragedia de anti comunes medida en el valor económico no realizado, toma la forma de la sub utilización antes que la sobre utilización del recurso, el tamaño de la pérdida del costo de oportunidad dependerá, de la misma manera que con el modelo de comunes, del número de personas a la que se asignan derechos simultáneamente. La ineficiencia surge porque quienes toman decisiones separadamente en ejercicio de sus derechos asignados imponen deseconomías externas a otros que tienen derechos similares. En el caso de los comunes las personas al agregar una unidad de insumos al recurso común reducen la productividad de todos los otros insumos y las rentas de cada una de las personas con quienes comparten la propiedad común. En los anti comunes, o modelo de exclusión, las personas al reducir los insumos en el espacio común, por vía de precios, reducen las rentas posibles para los demás que también ejercen derechos potenciales de exclusión. En la situación límite, en la cual todas las personas en un amplio grupo tienen asignadas derechos de exclusión, de tal manera que quien quiera utilizar el bien de asegurar el permiso de todas ellos, el recurso pueden no ser utilizado en absoluto a pesar de su valor potencial.

El concepto de anti comunes fue introducido para explicar la situación existente en Moscú luego de 1990, cuando muchos edificios permanecían vacíos mientras que numerosos quioscos ocupaban las calles. Los inmuebles no se ocupaban porque cualquier contratante individual debía asegurarse de obtener el permiso de diferentes personas cada una de las cuales podía ejercer su derecho de exclusión. Está metáfora de anti comunes también fue utilizada para explicar las causas por cuales un proyecto no puede ser desarrollado porque requiere la autorización de diferentes organismos gubernamentales, o de diferentes funcionarios dentro de un mismo organismo cada uno de los cuales tiene derechos efectivos de exclusión frente al proyecto que de ser implementado podría crear valor. El modelo también puede ser usado para explicar las barreras burocráticas que se crean cuando se concede derechos de exclusión a distintos organismos o funcionarios sin un criterio estricto de costo y beneficio. La descentralización sin competencias claras puede también ser causa del fenómeno de anti comunes. Sin duda las ineficiencias introducidas por burocracias regulatorias que se superponen en sus competencias o son simplemente intrusivas o corruptas son conocidas, pero se debe buscar un medio analítico que permita aislar el elemento central dentro de estructuras institucionales diferentes.

Quienes utilizan o ejercen estos derechos de exclusión pueden obtener ganancias pecuniarias de sus acciones, como una forma de extorsión previa a la concesión de la autorización. Pero al mismo tiempo, los derechos exclusión pueden ser otorgados a agentes que no quieran tener ventajas pecuniarias pero que cubren influidos por motivaciones diferentes por ejemplo ideológicas. En todo caso, conceder derechos de exclusión significa correr el riesgo que quien lo tiene puede ejercer para una ventaja pecuniaria, ideológica, política o simplemente de satisfacción de su vanidad.



Nos encontramos entonces ante ‘Un régimen de propiedad en el cual **múltiples propietarios** ejercen **derechos efectivos de exclusión** de un recurso escaso’. Pero la expresión régimen de propiedad debe entenderse como una asignación de derechos, la cual puede asimilarse a la situación de una persona que tiene el derecho constitucional a ejercer una actividad pero que debe requerir formas de autorización gubernamental. Es decir, que la tragedia de los comunes se produce también por consecuencias reglamentarias. Heller señala cuatro elementos:

1. No requiere que todos tengan la capacidad de excluir, es decir pueden turnarse o actuar cuando otro ejercicio ante su opción.
2. Es una propiedad sub óptima, o un derecho incompleto porque requiere para su ejercicio un procedimiento complejo en que la oposición no es única sino dispersa.
3. Muchas formas de exclusión no derivan del régimen jurídico. Puede provenir de grupos de interés fuera de la de la administración pero con medios concretos de imponer su voluntad.
4. Puede ocurrir solamente en la utilización de ciertos recursos, sin ser general.

Los anticomunes son la patología persistente de las burocracias modernas. Se originaron como una metáfora de propiedad y señalan un problema para la regulación. Surge cuando **grupos de interés presionan para derechos de decisión**, por búsqueda de **rentas** o motivos **ideológicos y terminan en una** competencia regulatoria perversa. Cuando la **autoridad regulatoria es compartida**, por órganos múltiples, el grado final de intervención regulatoria toma la forma de dos forma de **acciones positivas o negativas**. La autoridad de los reguladores será **concurrente** o **alternativa**. Las consecuencias son la **posibilidad de impedir**, como **incentivo a la corrupción** y la búsqueda de **rentas**.

### ***El Derecho de Propiedad en la Constitución.***

Como ya fuera expresado el debate sobre la protección constitucional del derecho de propiedad ha sido resuelto tempranamente por nuestra Corte Suprema en el **caso Bourdieu**. Allí se afirmó que todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, **integra el concepto constitucional de "propiedad"**. **Caso Pedro Emilio Bourdie v. Municipalidad de la Capital. 10 de diciembre de 1925. Fallos 145:325.**

*Que en cuanto al primer fundamento, debe observarse que las palabras "libertad" y "propiedad" comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio. El término "propiedad", cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende. Como lo ha dicho esta Corte, "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad". Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de*

*actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de "propiedad".*

*Los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura), o de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de particulares (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de canales, puertos, etc.), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio. El art. 67, inc. 16. de la Constitución faculta al Congreso a emplear como medio adecuado (le obtener lo conducente a la prosperidad del país, las concesiones temporarias de privilegios y habría visible inconsecuencia entre esa autorización que compromete la fe pública de la Nación y la conclusión consistente en afirmar que los derechos nacidos de aquéllas no benefician de las garantías y seguridades que otra parte del mismo estatuto asegura a la propiedad. El derecho, nacido de una concesión de sepultura con prescindencia de saber si forma o no parte del patrimonio del titular, cuestión ésta librada al derecho común, se encuentra, pues, comprendido por la garantía de los arts. 14 y 15. Mango con Traba, sentencia de esta Corte de 26 de agosto próximo pasado; COOLEY, Principios generales, traducción Carrié, p. 306, y Constitutional limitations, p. 756, y nota 3; WILLOUGHBY, t., II, p. 474.*

*Que el principio de la inviolabilidad de la propiedad, asegurada en términos amplios por el art. 17, protege con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones. Mientras se halle garantizada en la Constitución la inviolabilidad de la propiedad o en tanto que el Congreso no se halle investido de facultades constitucionales expresas que lo habiliten para tomar la propiedad privada sin la correspondiente indemnización o para alterar los derechos derivados de los contratos, ha dicho esta Corte (t. 137, p. 47), la limitación existe para el departamento legislativo cualquiera que sea el carácter y la finalidad de la ley.*

*Que para juzgar del alcance de esta limitación impuesta a las legislaturas, de dictar leyes alterando las obligaciones nacidas de los contratos, ha de tenerse presente: a) que asumen el carácter de leyes" no sólo las sancionadas por el Congreso, sino también las constituciones de Estado o una ordenanza municipal con tal que el Estado le dé la fuerza de una ley (Williams v. Bruffy, U.S., p. 176); b) que reviste calidad de contrato todo convenio o concierto entre dos o más partes, sea que las obligaciones emergentes del mismo se hallen incumplidas o hayan sido ejecutadas. Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87; New Jersey v. Wilson, 7 Cranch 164.*

*Que además, la prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos, y los Estados o por los Estados entre sí. WILLOUGHBY, t. ", § 402, p. 893. La jurisprudencia americana es concluyente sobre el punto, y salvo el caso de las licencias administrativas por las cuales se crean facultades revocables a voluntad del Estado, se ha entendido siempre, con la opinión de Marshall, emitida en el caso Fletcher v. Peck, 6 Cranch 87, que cuando el Estado contrata o conviene con los particulares, no le es permitido revocar o anular sus propias concesiones sin cumplir con los requisitos exigidos por el principio de la inviolabilidad de la propiedad. COOLEY, Constitutional limitations, ps. 384 y 385 y nota.*

## **La expropiación de bienes.**

Tanto el gobierno nacional como los gobiernos provinciales conservan el dominio eminente con la autoridad para tomar propiedad cuando sea necesaria para las actividades gubernamentales la Constitución establece un límite a este poder debe tener un objetivo de uso público lo que la Constitución la utilidad pública, debe tener una determinación formal es decir desde ser calificada por ley y debe tener una compensación que en nuestra Constitución deber ser previa ya que se refiere a los términos previamente indemnizada. Al mismo tiempo el artículo 17 establece otro límite más general, y aplicable a todo el ordenamiento jurídico, que es la prohibición absoluta de la confiscación de bienes.

1. Definir lo que es expropiación, un acto posesorio en el cual el gobierno ocupa físicamente la propiedad. Al mismo tiempo está la **expropiación regulatoria** que ocurre cuando el gobierno reglamenta de tal manera una actividad que no le deja a la propiedad una utilización económica viable.
2. La segunda pregunta es determinar que es la propiedad, a la cual la Constitución le da en el artículo 17 el carácter de inviolable y que puede ser expropiada. Generalmente se ha considerado en otras fuentes del derecho para definir lo que es el interés de la propiedad.
3. La tercera pregunta es determinar cuándo hay utilidad pública en la expropiación. Si la expropiación no tiene una utilidad pública el gobierno debe devolverla. Generalmente los tribunales han definido el concepto de utilidad pública de manera muy genérico de manera que prácticamente cualquier expropiación cumple con ese requerimiento. En el caso **Hawaii Housing** 465 U.S. 1097 de 1984 la Corte Suprema de Estados Unidos que existe utilidad pública en la medida “*que el uso este racionalmente relacionado con una utilidad pública concebible*” en otras palabras que cumpla con la prueba de una base racional.
4. Finalmente la cuarta pregunta es si hay una expropiación una utilidad pública que significa una **indemnización previa**, es decir, ¿cuál es la compensación justa que debe recibir quien se ve privado de su propiedad y como deber ser medida? En este sentido deber ser medida en términos de la pérdida que produce a su propietario y es irrelevante pensar en la ganancia que causa al estado que se apropia de ella.

La cláusula de expropiación es la protección más importante a los derechos de propiedad de la Constitución. Se refiere asegurar que el gobierno no confisque la propiedad de unos para dárselas a otros. Y en sus primeras versiones en el **caso Calder vs. Bull**, 3 U.S. 386 de 1798 la Corte Suprema norteamericana consideró que esa práctica de la confiscación era violatoria de los principios de derecho natural y del contrato social, en los cuales se fundaba la Constitución. Dijo en esa circunstancia el Juez Chase:

*No puedo suscribir a la omnipotencia de la legislatura, o que sea absoluta o sin control... Existen ciertos principios vitales en nuestros gobiernos republicanos libres, que determinarán y anularán un evidente y flagrante abuso del poder legislativo; si intentara una manifiesta injusticia por la ley positiva, o si quisiera quitar las seguridades a la libertad personal, o a la propiedad privada, para cuya protección fue establecido el gobierno. Un acto de la legislatura (porque no puedo llamarla una ley) contrarios a los grandes primeros principios del **contrato social**, no puede considerarse un ejercicio legítimo de la autoridad legislativa.<sup>440</sup>*

---

<sup>440</sup> EN CALDER VS. BULL 3 U.S. 386 (1798) LAS MAYÚSCULAS EN EL ORIGINAL.

En concepto es sencillo ya que se refiere a como se administra esta pérdida. Si el gobierno toma la propiedad de una persona para beneficiar a la sociedad, la sociedad debe pagar por ella. El objetivo principal de la cláusula de expropiación es la de *“limitar al gobierno de obligar algunas personas para que asuman el peso de los objetivos públicos que en justicia deben ser asumidos por el público en su totalidad”* esto lo dijo en el caso **Armstrong vs. Estados Unidos** 364 U.S: 40 de 1960. Si bien en términos generales este principio es claro es difícil en circunstancias determinar cuando el gobierno incurre en esta obligación de pagar una compensación o una indemnización. Toda reglamentación de derechos determina una limitación de la propiedad de alguien.

**Toda reglamentación suponen una transferencia de recursos**, es decir que al regular se le saca algo a alguien en beneficio de otros. Muchas veces esta transferencia no es evidente. Pero como la Corte Suprema lo ha dicho *“que el gobierno difícilmente pudiera continuar con sus funciones si no pudiera aceptarse que los valores de incidentales de la propiedad no pudieran ser disminuidos sin pago en cada cambio de la ley general”* esto lo dijo en el caso **Pennsylvania Coal vs. Mahon** 260 U.S. 393 de 1922. No existe una línea límite que permita determina cuando las acciones gubernamentales que limitan el valor de la propiedad se transforma en una expropiación. Es decir, para conocer cuando en justicia se requiere que los daños económicos causados por una acción pública sean compensados, en general se analizan las circunstancias particulares de los casos con lo que resulta en un cúmulo enorme sobre expropiaciones que tratan de definir principios coherentes en determinar esta situación.

Debemos definir entonces dos tipos de expropiación, la primera es que referíamos a la **expropiación posesoria** que ocurre cuando el gobierno ocupa físicamente una propiedad generalmente inmueble este punto se ve que tradicionalmente nos referimos cuando hablamos de expropiaciones y la utilización de la ley de expropiaciones. La segunda igualmente se incluye en el discurso constitucional y en el concepto de expropiación que hace la Constitución es la **expropiación regulatoria** que ocurre cuando una reglamentación gubernamental no deja una utilidad económicamente viable para el uso de la propiedad.

## **A. LA EXPROPIACIÓN POSESORIA**

### **1. La confiscación gubernamental o su ocupación física.**

El concepto de esta ocupación física puede ser amplio ya que incluye la necesidad de compensación aun en los casos cuando el gobierno establece que esos agente o el público en general utiliza regularmente o ocupe permanentemente un espacio o una cosa que previamente era considerado como el de propiedad privada. En principio, la confiscación gubernamental de la propiedad siguiendo el dominio eminente es el concepto clásico de expropiación. Siguiendo esta decisión la Corte Suprema de Estado Unidos en el Caso **Webb Fabulous Pharmacies vs. Beckwith** 449 U.S. 155 consideró inconstitucional una ley procesal de Florida que disponía que los intereses de los depósitos judiciales correspondían al gobierno. La Corte Suprema dijo este era un ejemplo clásico de expropiación porque el gobierno tomaba la propiedad privada sin compensación.

También existe expropiación cuando **el gobierno ocupa físicamente la propiedad**. Por ejemplo en el caso **Pumpelly vs. Green Bay** 80 U.S. 166 de 1872 la Corte Suprema considero que la construcción de una represa que inundaba una propiedad debería ser expropiada. La Corte Suprema también considero que en caso que se invadieran los terrenos o que una estructura artificial fuera establecida sobre ellos de tal manera que se limitara su utilidad era una expropiación dentro del significado de la Constitución. Es decir, que significaba una ocupación física que de una propiedad inmueble de un particular y una limitación practica de suposición. De la misma manera, en el caso **United States vs. Causby** 328 U.S. 256 de 1946 la Corte Suprema consideró que era una expropiación cuando el uso regular del espacio por vuelos militares destruye el uso de la tierra utilizada para la crianza de aves. Ya que la acción gubernamental era completa de tal manera como que si el gobierno hubieron ingresado en la superficie del terreno y hubiera tomado una posesión exclusiva de él.

## **2. La apropiación física en la expropiación.**

La expropiación no tiene porque ser de algún tamaño en particular. En el caso **Loreto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.** (458 U.S. 419 en 1982). La Corte Suprema consideró que existía una expropiación cuando una ordenanza municipal requería que los constructores de un inmueble hicieran espacio suficiente para las facilidades de los de la televisión de cable. A pesar que el espacio requerido era de treinta centímetros cuadrados la corte aplicó la doctrina que *“la norma tradicional que una ocupación física permanente es una expropiación”*. Agregó más tarde que los precedentes sobre el tema indicaban *“claramente que las ocupaciones físicas permanentes de terrenos para instalaciones como líneas telegráficas, rieles, y caños subterráneos aún si ellos ocupan espacios relativamente insustanciales y no interfieren con la utilización que el propietarios realiza del resto del terreno.”*

También se plantea la situación si constituye expropiación cuando el gobierno exige el acceso público de una propiedad. En el caso **Kaiser Aetna vs. United States**, 444 U.S. 164 en 1979) la Corte Suprema consideró que existía una expropiación cuando el gobierno requería que un curso de agua privado debía ser abierto al uso público, porque el gobierno transformaba la propiedad privada en propiedad pública y en esencia permitiendo al publico que ocupara la propiedad.

En su voto en el caso **Lucas vs . South Carolina** en 1992 el Juez Scalia dijo *“en general, al menos con relación a las invasiones permanentes, no importa cuán minúscula sea la intrusión y sin importar cuán sólido sea el objetivo público detrás de ella, hemos reconocido una compensación.”*

### **B. ¿Qué es la propiedad?**

La palabra ‘expropiación’ supone que el gobierno priva a alguien de su propiedad. Esta expresión puede tener una definición amplia como en el caso **United States vs. General Motors Corp. 323 U. S. 373 (1945)** en que la Corte Suprema de EEUU dijo que la

propiedad tal como era utilizada en la expropiación se refería a ‘un grupo de derechos inherentes al patrimonio del ciudadano’ que no estaba limitado al contenido vulgar de la propiedad en sentido del objeto físico con respecto al cual el ciudadano ejerce derechos jurídicamente reconocidos. Sino que denota ‘el grupo de derechos inherentes en la relación del ciudadano con la cosa, como es el derecho a poseerla, usarla y disponer de ella. La protección constitucional está dirigida a cualquier tipo de interés que el ciudadano pudiera tener.’

Siguiendo este principio la misma Corte consideró que algunas formas menos evidentes de propiedad también tenían la protección constitucional. En ***Ruckelhaus vs. Monsanto Co*, 467 U.S. 986 (1984)** consideró que los secretos comerciales eran una propiedad protegida. Como la legislación requería que para registrar un productos químico debía informarse detalladamente de su composición, información que podía hacerse pública, la Corte consideró que los secretos comerciales estaban protegidos por el derecho de propiedad. ‘Los secretos comerciales tienen muchas de las características de las formas más tangibles de propiedad.. Esta percepción general de los secretos comerciales como forma de propiedad coincide con una noción de propiedad que trasciende más allá de la que se tiene sobre tierra y las cosas tangibles e incluye los productos de la labor y la invención individuales.’

En ***Goldberg vs. Kelly* 397 U.S. 254 (1970)** la Corte Suprema consideró expresamente que las prestaciones de asistencia social constituían propiedad y que el gobierno no podía terminar con esos beneficios sin el debido proceso de ley.

### ***C. ¿Qué es la utilidad pública?***

El artículo 17 de la Constitución indica que la expropiación debe ser por causa de ‘utilidad pública’. Si la expropiación fuera establecida para una utilidad privada, aunque fuera dispuesta por ley e indemnizada previamente, sería inválida y el gobierno debería devolver el bien a su propietario. ‘*La propiedad de una persona no puede ser tomada para el beneficio de otra sin una justificación de utilidad pública, aún cuando se haya pagado una compensación*’.<sup>441</sup> De esta manera se evita la tentación gubernamental de jugar al Robin Hood y sacarle la propiedad a uno para entregársela a otros.

Sin embargo, una definición muy amplia de la utilidad pública puede llegar a que cualquier expropiación cumpla con este requerimiento. Se ha considerado que la utilidad pública se asocia con el ejercicio del poder de policía, un límite de razonabilidad. Existe utilidad pública si el gobierno actúa con una creencia razonable que la expropiación beneficiará al público. De esta menear existe una deferencia por parte de la justicia a las decisiones legislativas que determinan la causa de utilidad pública: ‘*La Corte ha determinado claramente que no sustituye su opinión a la de la legislatura con respecto a lo que constituye la utilidad pública a menos que su determinación sea palpablemente sin un fundamento razonable*’.<sup>442</sup>

---

<sup>441</sup> **CF. THOMPSON VS. CONSOLIDATED GAS CORP., 300 U.S. 55 (1937).**

<sup>442</sup> **OPINIÓN DE LA JUEZ O’CONNOR EN NOMBRE DE LA CORTE EN 467 U.S. 241.**

Esta opinión debe ser tomada con mucho cuidado, ya que en la declaración constitucional la protección requiere de determinar con claridad la utilidad pública. Porque de lo contrario **sería transformar todos los bienes en fungibles para el gobierno**, ya que una decisión legislativa permite apropiárselos mediante compensación. Pero **el derecho de propiedad existe porque los bienes no son fungibles, y existen valores que las personas asignan a algunos de sus bienes que no pueden ser valorados debidamente por los precios del mercado**. Este es el concepto de la propiedad psicológica que tiene una protección constitucional.

#### ***D. La indemnización previa.***

La indemnización además de previa debe ser justa, es decir debe ser pagada en plazo **anterior a la desposesión** del bien pero además, debe otorgar al dueño **un resarcimiento adecuado a su pérdida**. La indemnización debe medirse en los términos de la pérdida que ha sufrido el propietario, ya que es irrelevante la ganancia que hubiera podido tener el gobierno. En las palabras de Oliver Wendell Holmes la medida **‘es lo que ha perdido el propietario, no lo que ha ganado el expropiante.’**<sup>443</sup>

#### ***E. La expropiación regulatoria.***

Tradicionalmente el concepto de expropiación fue limitado a situaciones en las que el gobierno se apropiaba de un bien y lo ocupaba físicamente. Este concepto limitado fue expresado por Joaquín V. Gonzalez durante el debate parlamentario de la primera ley de expropiaciones. Pero la experiencia judicial posterior ha ampliado el criterio. En el caso **Pennsylvania Coal vs. Mahon** (260 US 393, en 1922). la Corte Suprema de EEUU dijo que una expropiación también podía existir si la regulación gubernamental del uso de la propiedad iba **‘demasiado lejos’**. El Juez Oliver Wendell Holmes dijo en nombre de la Corte que *‘cuando la regulación llegaba a cierta magnitud, en muchos, sino en todos los casos puede tratarse de un caso de dominio eminente y de la necesaria compensación para justificar el acto.’* Holmes reconoció que el gobierno no podría funcionar si tuviera que compensar a cada persona en los que el valor de la propiedad decreciera debido a la acción gubernamental, pero dijo que *‘si bien la propiedad puede ser regulada hasta cierta extensión, si la regulación va demasiado lejos debe ser reconocida como una expropiación’*

El problema a definir entonces es cuando una reglamentación de un derecho de propiedad llega demasiado lejos y se transforma en una expropiación. Ya Holmes había dicho que se trataba de de una cuestión de grado y por lo tanto no podía ser decidida por proposiciones generales. Ello lleva a considerar las circunstancias de cada caso. Para ello se determinaron tres factores:

- 1) el impacto económico de la reglamentación en el recurrente,
- 2) la extensión en que la reglamentación ha interferido con las expectativas de inversión, y

---

<sup>443</sup> CF. BOSTON CHAMBER OF COMMERCE V. BOSTON 217 U.S. 189.

3) las características de la actividad gubernamental.<sup>444</sup>

Estos criterios conceden una gran discrecionalidad y su aplicación no puede ser uniforme, pero debe tenerse en cuenta que estos criterios se centran en los efectos económicos de las regulaciones gubernamentales y en la extensión en que interfieren en las expectativas razonables de los propietarios. Debe hacerse una lectura de las consecuencias de la regulación en algunos casos ignoradas por la reglamentación. El criterio principal a tenerse en cuenta es que una **reglamentación es expropiatoria si no deja un uso razonablemente viable a la propiedad.**

En el caso Lucas el Juez Scalia señaló *‘Existes buenas razones para sostener nuestra creencia frecuentemente expresada que cuando el dueño de una bien ha debido sacrificar todos los usos económicamente beneficiosos de su propiedad en el nombre de un común, es dejar su propiedad económicamente inútil, ha sufrido una expropiación’.*

En el tema de la regulación expropiatoria la Corte Suprema Argentina ha **asociado el concepto de protección del derecho a la propiedad por actos regulatorios con la idea del resarcimiento por actos legítimos del Estado**, es decir la responsabilidad del estado a través de la indemnización que puede le estado debido a su responsabilidad que debe afrontar los daños y perjuicios que ha causado. **El caso Valeria Crotto Posse de Daireaux y otros c- Provincia de Buenos Aires, Fallos 311 : 233**, del 8 de marzo de 1988. Se trataba de los daños derivados de las inundaciones ocurridos en la provincia de Buenos Aires en la zona de las lagunas encadenadas. El gobierno de la provincia realizó algunas construcciones entre ella el canal Ameghino y como consecuencia de estas construcciones ocurrieron inundaciones en el campo de los recurrentes. *“la Provincia de Buenos Aires es responsable por la inundación de la propiedad de la actora por los desbordes del arroyo El Huascar, cuyo caudal se vio incrementado considerablemente a raíz de la derivación, quedaba endicada imperfectamente, tiene importante masa de agua por acceso por el arroyo Sauce corto en la laguna Alsina procuraron impedir las autoridades provinciales’.* En el caso **Alberto Jaime Ventura c- Banco Central** del 26 de febrero de 1976 la Corte Suprema considero la inconstitucionalidad de una circular del Banco Central, N° 539, ya que afectaba el derecho constitucional de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino al imponer, a quienes hubieron dispuesto ejercerlo adquiriendo un pasaje al exterior, el pago de diferencias cambiarias que actuarían de modo de un impuesto al tránsito de personas. En este caso se plantea un precedente de expropiación regulatoria ya que una circular del Banco Central causaba un perjuicio en el derecho de propiedad de las personas incluyendo el derecho de entrar y salir del país.

## **Los contratos en el Derecho Constitucional.**

---

<sup>444</sup> CF. CONNOLLY V. PENSION BENEFIT GUARANTY CORP., 475 U.S. 211 (1986).



Las personas operan entre sí a través de una red de obligaciones, algunas vinculantes y otras no, a la cual ingresan a través de decisiones voluntarias o impuestas. Las **obligaciones contractuales** son **voluntarias**, como es la obligación del vendedor del bien a entregar la mercadería apropiada al comprador en el tiempo y lugar convenidos, y la obligación que tiene el comprador de pagar el precio en el momento establecido, estas obligaciones son **vinculantes**. Hay obligaciones no vinculantes asumidas libremente, como son las obligaciones sociales, la promesa de visitar a un amigo, y las obligaciones morales, que tradicionalmente se asocian con un jugador que paga lo que debe pagar por deudas de juego, aunque no pueda ser reclamado judicialmente. Las **obligaciones extra contractuales**, en la tradición romana se las llama responsabilidad aquiliana, son producto de la responsabilidad por daños. En todos estos casos **desde el punto de vista económico, estamos tratando con derechos de propiedad, si bien son derechos de propiedad relativos**.

### *A. Principios básicos de las obligaciones contractuales.*

El núcleo de los principios constitutivos de la economía de mercado, además del respeto de la propiedad privada, está constituido por los dos principios de las obligaciones contractuales:

1. El primero es la **libertad de contratar**,
2. el segundo es **la responsabilidad que pueda surgir del contrato**.

**Eucken** menciona además a los principios:

1. la política de **defensa de la competencia**, en los que incluye,
2. **moneda sana**,
3. **mercados abiertos** y
4. **estabilidad de la política económica**.<sup>445</sup>

#### **1. Libertad de contratar.**

El principio de libertad de contratar es central para el uso eficaz de los recursos. Esta libertad permite al dueño del derecho de propiedad, que es en general un haz o conjunto de derechos, de transferir su derecho y entregar los bienes a los cuales ese derecho se refiere a quien lo valora más. Ya que los derechos de propiedad pueden ser divididos de varias formas, los arreglos de transferencia pueden ser bastante flexibles. Por ejemplo, un individuo puede transferir sus derechos completamente, como cuando vende una casa, o hacer una transferencia limitada, como por ejemplo cuando alquila esa casa por un límite de tiempo. Nótese también que la transferencia de derechos de propiedad se refiere también a derechos de propiedad absolutos y relativos, por ejemplo los derechos de propiedad a la tierra y por ejemplo las obligaciones legales que surgen del contrato de empleo. En suma la **libertad de contrato incluye**

- (i) la libertad de concluir el contrato o no hacerlo,
- (ii) la libertad de elegir las personas con las cuales se contrata,

---

<sup>445</sup> CITADO POR FURUBOTN & RICHTER, INSTITUTIONS AND ECONOMIC THEORY, P. 123.

- (iii) la libertad de determinar el contenido del contrato, es decir, que las partes no tienen que elegir dentro de una enumeración cerrada de contratos vigentes, sino que puede crear nuevos tipos de contratos, y finalmente
- (iv) elegir las formalidades del contrato.

La idea general subyacente en el principio de libertad de contratar es que cada individuo es libre de regular las circunstancias de su vida. Ya que los contratos pueden ser aplicados legalmente, los individuos crean ley en un nivel menor, un micro nivel al concluir contratos particulares dentro del marco del sistema jurídico. La libertad de contratar y la autonomía de la voluntad resultante, son el equivalente jurídico del principio de la descentralización de la decisión económica. La libertad de contratar es la condición previa para la existencia de la libre competencia. Pero también debe tenerse en cuenta que la libertad de contratar puede ser utilizada para establecer regímenes monopólicos. Por lo tanto, la **defensa de la competencia** es el fundamento principal para la regulación de la libertad contractual.

## **2. La libertad de contratar y la autonomía de la voluntad**

Ya que los contratos pueden ser afectados legalmente, los individuos crean derecho en un nivel menor al concluir contratos particulares, dentro del marco de los contratos existentes, del derecho de contratos existente en el sistema jurídico. La libertad de contratar y la autonomía privada resultante, pueden por lo tanto ser consideradas como la contraparte legal del principio de descentralización de la toma de decisiones económicas. Este principio es aparentemente una precondition de la realización de la libre competencia, pero la libertad de contratar también puede servir para abolir la libre competencia con el fin de crear un sistema monopólico. El principio de libertad de contratar si se dejara íntegramente a sí mismo, puede establecer condiciones, en el cual el principio puede no mantenerse a largo plazo. Por esta razón, se puede decir que la libertad de contratar debe ser protegida por el Estado a través de la creación de un orden de libre competencia. Debe tenerse en cuenta sin embargo que en un mundo caracterizado por la disminución de los costos de información y de transporte el problema del monopolio aparece menos peligroso que lo que probablemente pudiera temerse en un principio. Por lo tanto el principio del libre comercio y otras fuerzas que conducen a los mercados abiertos pueden ser una ayuda considerable en mantener un sistema de libre competencia.

Puede haber otras precondiciones y límites necesarios para asegurar la libertad de contratar, para que la libertad de contratar funcione. En particular el principio requiere la libre voluntad de las partes contratantes, y la protección de los intereses de terceros. De forma análoga en el derecho de propiedad que tienen los individuos, en el caso de contratos utilizan esta libertad para concluir contratos que deseen unos con otros siempre que sus acuerdos no entren en conflicto con sus derechos y con los derechos de terceras personas.

El debate sobre la protección constitucional de los contratos y su asociación con el derecho de propiedad para la plena protección de la propiedad ha sido resuelto tempranamente por nuestra Corte Suprema en el caso Bourdieu. Allí se afirmó que todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a

condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de "propiedad".

### **3. La Responsabilidad contractual.**

La libertad de contratar no excluye la actividad del Estado. El principio de libertad de contratar funciona bien solamente si las obligaciones a las cuales se llegó libremente pueden ser hechas cumplir por el Estado en caso de incumplimiento por una de las partes. Una economía de mercado se caracteriza por la estricta observancia de este tipo de intervención estatal. La función de liquidez, es decir, la capacidad para cumplir el pago de las obligaciones, aparece claramente en este contexto. Se puede ver que la obligación de los individuos o empresas para permanecer líquidos por sus propios esfuerzos puede ser menos crucial si el Estado está dispuesto a intervenir en las actividades empresarias. El Estado puede tomar, a través de compromisos oficiales o extraoficiales a ir a la ayuda de empresas estatales con necesidad de liquidez. Pero el uso de aproximación de presupuestos blandos significa una desviación del sistema económico de los requerimientos de un sistema de mercado. Esto es así porque con la potencial intervención estatal, la asignación de recursos no está determinada exclusivamente por las fuerzas del mercado. En general, en ese caso, la ayuda de organismos del Estado reemplaza al mercado como director de la asignación de recursos.

Esta 'santidad de la promesa' concierne a todo tipo de obligaciones contractuales. Sin embargo, la situación financiera de los **contratos de largo plazo** es de interés particular para los economistas. Es aquí donde entran los mercados financieros en la organización de la economía. El control de los medios financieros por bancos o intermediarios financieros con intereses directos en el resultado del proceso de asignación de recursos es inevitable. A menos que haya una planificación centralizada, el sistema financiero se transforma en la parte central de la asignación de recursos. El sistema financiero es esencialmente un mecanismo capitalista, y para asignar recursos eficientemente en el margen confía en la modificación de incentivos a los dueños de capital, por ejemplo subiendo o bajando la productividad marginal de capital real que viene a ellos a través de la modificación del costo de financiación.

#### ***El concepto de contrato.***

Tanto constitucionalmente como en términos económicos, la palabra contrato describe un concepto ambiguo. Podemos recordar las palabras de Karl Llewellyn, que era un jurista del realismo jurídico distinguía cuatro usos del término contrato:

1. Arreglos de hecho en el medio empresario, y como tales, independientemente de sus consecuencias legales, o de si tienen consecuencia legal alguna.
2. Arreglos de hecho con consecuencias legales.
3. Los efectos legales de las promesas y

4. La escritura incorporada en un acuerdo que se asume que va a tener consecuencias legales.<sup>446</sup>

El derecho contractual tiene su origen en la noción que los funcionarios deben aplicar, o al menos deben buscar la aplicación, de algunos de los compromisos o promesas hechas por los hombres.

Podemos agregar un concepto que surge tradicionalmente de los códigos civiles y que nos daría un quinto concepto de contrato:

5. Un acto jurídico que normalmente consiste en dos declaraciones de voluntad.

Ya que las teorías jurídicas de contrato no son exclusivamente temas constitucionales o económicos, utilizaremos una concepción constitucional sobre las observaciones teóricas del concepto de contrato. **El concepto constitucional del contrato esta cercano a la concepción planteada en Llewellyn en el sentido de los efectos legales de una promesa.** Una promesa en este contexto es comprendida como el compromiso para actuar más tarde. La diferencia entre los conceptos de promesa y de privación de voluntad de manera diferente a la estipulada en el contrato, es que el primero supone que el tiempo está incluido de una manera esencial. Esto incluye la confianza en las reacciones futuras de quien promete, y que compromete a quien dio esa promesa. Desde el punto de vista evolutivo, prometer y comprometerse puede considerarse como una convención, como una costumbre. La costumbre de prometer tiene un fin muy general bajo el cual puede traerse un número muy importante de fines. Al comprometerme, puedo facilitar el proyecto de los demás porque puedo hacer posible a los otros que cuenten con mis futuras conductas.

La teoría económica trata fundamentalmente de las situaciones de intercambio en la cual la ganancia es recíproca para las partes que se comprometen a una transacción. En un intercambio simultáneo no hay necesidad de compromiso, pero cuando el comercio tiene lugar a través del tiempo, la situación es diferente. Las condiciones deben ser tales como para permitirme hacer **A** para usted cuando usted lo necesite en la creencia de confianza que usted va a hacer **B** cuando yo lo necesite. Su compromiso pone su futuro también en mis manos en el presente, de la misma manera que mi compromiso pone mi futuro en sus manos. Un intercambio futuro se transforma en un intercambio presente, y con el fin de cumplir esto todos necesitamos un sistema convencional que podamos invocar las dos partes.

Existen costumbres como **el lenguaje** en el cual cada persona tiene interés en que los demás la cumplan, si todos los demás lo cumplen se utilizará, de lo contrario nadie se entendería. Estas costumbres tienden a ser formadas sin la necesidad de un mecanismo especial de cumplimiento. Sin embargo, el compromiso es diferente porque, a diferencia del lenguaje, puede ser en el **interés de quien se compromete no cumplir con la costumbre cuando el tiempo llegue de cumplir con su promesa.** Por lo tanto los contratos son promesas que pueden ser aplicables legalmente.

La aplicación legal no trae problemas si los términos del contrato son completos y verificables de todas las posibles contingencias que se han asumido. Este es el tipo ideal del

---

<sup>446</sup> KARL LLEWELLYN, WHAT PRICE CONTRACT? AN ESSAY IN PERSPECTIVE. YALE LAW JOURNAL 40:704, 1931.

contrato completo, que puede ser comprendido con los corolarios legales del modelo de los mercados perfectos, en los cuales las relaciones personales no tienen una función. Estas ‘transacciones discretas’ son también los modelos de las doctrinas clásicas jurídicas del contrato. En la actualidad esas transacciones continúan, pero están superadas por contratos relacionales de largo plazo, como franquicias, negociaciones colectivas, contratos de muy largo término de provisión de materiales, contratos de servicios públicos, etc. Podemos agregar que las relaciones comerciales de largo plazo han cumplido una función a través de la historia económica. En el mundo real los contratos son incompletos, son incompletos más allá de los límites elementales que pueden ser cubiertos por los términos de incumplimiento asumidos por el sistema jurídico, esto es los términos en que la legislación suple lo que las partes no han puesto en el contrato. Las partes de un contrato no pueden conocer todas las contingencias posibles, y en cualquier evento sería demasiado costoso intentar escribir disposiciones para cubrir todas las contingencias dentro del contrato. Por lo tanto, quienes toman la decisión pueden considerar ventajoso ingresar en un **intercambio cooperativo de relaciones** o buscar mecanismos contractuales para resolver esta situación. Estos **contratos relacionales** son relevantes para referirse a las relaciones de agencia. **Un contrato relacional existe en la medida que las partes son incapaces de reducir términos importantes del acuerdo a obligaciones bien definidas.** Los contratos de largo plazo entran más fácilmente en éste concepto que los de corto plazo.

Es posible pensar en términos de un **espectro continuo** de diferentes tipos de contratos definidos desde el punto de vista jurídico. En un extremo tendremos el contrato clásico, y en el otro extremo del espectro encontraríamos relaciones o arreglos más generales, como sería el matrimonio o las relaciones de trabajo. Los contratos en un extremo relacional disponen fuertes compromisos personales, son de largo plazo y anticipan la posibilidad de inconvenientes como parte normal de una asociación continua entre las partes al contrato. Cualquier dificultad que aparezca, ya sea tratada por medios de cooperación o técnicas relacionales.

La libertad de contratar.

### ***La libertad contractual y la razonabilidad económica.***

La Corte Suprema sobre el respeto de la voluntad de las partes aún en el caso de los contratos administrativos:

*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos. Por ello, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que*

*merced a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante.*<sup>447</sup>

El respeto de la voluntad de las partes debe ser mantenido salvo la excepción de nulidad:

*Así como es inadmisibile una interpretación que equivalga a prescindir de la norma en tanto no medie concreta declaración de inconstitucionalidad, de igual forma es también desechable la exégesis judicial que prescinde de un contrato o de alguna de sus partes sin previa declaración de nulidad.*<sup>448</sup>

Las libertades económicas son generalmente los derechos constitucionales relativos a la habilidad de negociar, concluir y hacer cumplir contratos, ejercer una profesión o una industria adquirir y transferir propiedad, no son el contenido estricto del derecho de dominio sino como un derecho más amplio al patrimonio. Dentro de la variación del concepto de las libertades económicas hay una evolución a las referencias de la Corte Suprema que ha tenido un origen respetuoso de las libertades económicas para a partir de la década del `30, con la utilización de los concepto de poder de policía amplio y de teoría de la emergencia, ingresar en limitaciones considerables para las libertades económicas frente a las libertades civiles. El concepto de libertades económicas está asimismo asociado al de **debido proceso de ley** ya que la Corte Suprema de Estados Unidos utilizó el principio que nadie puede ser privado de su propiedad sin debido proceso de ley<sup>449</sup> para expandir las libertades económicas a partir de fines del siglo XIX. Este concepto influiría nuestro derecho conformando las bases del control de razonabilidad económica.

El concepto de libertades económicas también tiene una **base contractualista** ya que el concepto de contrato social es una de las maneras por las cuales las personas establecen limitaciones a la actividad estatal frente a un poder de una mayoría circunstancial que pudiera querer expropiar o apoderarse de bienes de una minoría que no pudiera defenderse. Este concepto del pacto social y de las libertades económicas aparece desde muy antiguo en los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso **Fletcher vs. Peck del 10 U.S. 87 de 1810** en una opinión que afirmaba John Marshall sostuvo que era inconstitucional para el estado de Georgia rescindir lo que había sido una donación de tierras efectuada por el mismo estado. El argumento era que **el poder legislativo estaba limitado por la palabra de la Constitución pero también por los principios generales de las instituciones políticas** y como el titulo había sido concedido a propietarios inocentes la ley que rescindía esa donación era **inconstitucional porque interfería con derechos adquiridos**. En ingles derechos investidos. En este fallo Marshall considera que estos derechos adquiridos estaban protegidos tanto por el texto de la Constitución como por el derecho natural.

---

<sup>447</sup> CORTE SUPREMA, 9 DE JUNIO DE 1988 JUAN MARÍA DE VIDO E HIJOS S.C.A. C/ DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD S/ NULIDAD DE RESOLUCIÓN.

<sup>448</sup> CORTE SUPREMA 30 DE MARZO DE 1993. VICENTE ROBLES SAMCICIF C/ ESTADO NACIONAL (SERVICIO NACIONAL DE PARQUES NACIONALES) S/ NULIDAD DE RESOLUCIONES.

<sup>449</sup> EN LA EXPRESIÓN DE LA DÉCIMO CUARTA ENMIENDA SECCIÓN 1 ‘...NI NINGÚN ESTADO PRIVARÁ A PERSONA ALGUNA DE LA VIDA, LIBERTAD, O BIENES, SIN EL DEBIDO PROCESO DE LEY.’

En una opinión similar en *Terrett vs. Taylor* 13 U.S. 43 de 1815 el juez Story sostuvo que una interferencia con los derechos de propiedad adquiridos violaban los principios de la justicia natural y las leyes fundamentales de cualquier gobierno libre. El concepto del debido proceso económico tuvo variaciones primero en el Caso de los Mataderos de 1873 luego debatido en los casos *Allgeyer vs. Louisiana* 165 U.S. 578 (1897) y *Lochner vs. New York* 198 U.S. 45 de 1905. Contemporáneamente una opinión similar se ha sostenido en el caso *Hileret y Rodríguez c/ Provincia de Tucumán*. (Fs. 98:24). Estas doctrinas tanto la de *Lochner* como la de *Hileret* fueron limitadas por los casos *Avico c. De la Pesa* en la Argentina, y en Estados Unidos en el caso *West Coast Hotel* en el año 1937.

### **Doctrina de la deferencia.**

Esta doctrina duró por un largo periodo en los Estados Unidos y de alguna manera señaló que el poder judicial mostraba una **deferencia hacia las opiniones de la legislatura** en materia de regulación económica, es decir en la limitación de los derechos individuales económicos, en la medida que fueran razonables. En el fallo **U. S. vs. Carolene Products de 1938**, la Corte Suprema concedió estableció una manera de leer o de interpretar la Constitución pero en ninguno de esos casos establecía como prioritaria una interpretación amplia de las libertades económicas. Esta deferencia al legislativo para la elección de una política económica aun cuando limite libertades individuales en la medida que sean razonables, encuentra dos límites importantes:

1. uno es la libertad de contratar y
2. la otra son las expropiaciones, que ya hemos analizado.

### **La interpretación de la cláusula contractual.**

Los problemas relativos a **la interpretación de la cláusula contractual** están asociados a dos principios

1. uno es el de un control de razonabilidad en cuanto a evitar ser privado de la propiedad sin el debido proceso de ley, y
2. en otro es el referido a los derechos adquiridos que surgen de los contratos.

La cláusula contractual no limita la habilidad o la capacidad de los gobiernos de regular los términos de contratos frustrados sino se refiere a la actividad gubernamental que interfiere con las condiciones de contratos que estén en cumplimiento los contratos existentes. El fundamento histórico de la idea del respeto de los contratos es el temor existente en que **el deudor aprovechara o presionara para una regulación que le permitiera salir de su deuda sin cumplir pago a expensas del acreedor**. Debe tenerse en cuenta que no existe en general una situación en la cual el deudor sea la parte débil y el acreedor la fuerte que estaría de acuerdo a los contratos. El objetivo de la cláusula contractual no es el de proteger a los acreedores en forma desmedida sino también proteger al crédito ya que se asegura a quienes entreguen bienes no dinero que serán reparados o pagados en su momento. Sin esta protección no habría contratos válidos, no habría por lo tanto créditos ni transacciones firmes.

El derecho de los contratos está asociado al concepto de crisis económica a partir fundamentalmente del fallo **Avico c. De la Pesa** aunque en casos anteriores fundamentalmente en **Ercolano c. Lanteri de Renshaw, Mango c. Traba** y otros había existido una regulación contractual. Pero es a partir de Avico contra De la Pesa donde se establece las condiciones de la emergencia económica y por lo tanto de la regulación de los contratos.

La Corte Suprema de Estados Unidos ha hecho una distinción cuando se reglamentan contratos entre particulares: una ley o una norma regulatoria será considerada inconstitucional si hay una limitación sustancial del contrato y si la ley al mismo tiempo es irrazonable para servir un objetivo o un fin público significativo legítimo. Esto está en el caso **Energy Reserves Group vs. Kansas 459 U.S. 400 de 1983**. Sin embargo hay un **criterio más estricto** cuando la regulación se refiere a **contratos administrativos** que recibirán un escrutinio mayor que cuando existe una interferencia con contratos entre particulares, porque debe existir una **desconfianza en la actividad gubernamental cuando está actuando en el propio interés**. Caso **United States Trust Company vs. New Jersey 431 U.S. 26**.

En el caso **Dartmouth College vs. Woodward 17 U.S. 518 de 1819** que trataba de una situación que la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva Hampshire que modificaba los estatutos que habían sido establecidos para la organización de este colegio de Dartmouth. Estos estatutos organizaban una institución privada y el estado intentaba cambiar esta situación para ubicar al colegio para el control del estado. La Corte Suprema declaró inconstitucional esta norma por ser violatoria la cláusula contractual aunque el juez Marshall admitía que:

*“es más que probable que la preservación de derechos de esta descripción no estaba particularmente en la visión de los constituyentes”.*

En el mismo fallo el juez Story indicaba que el estado al conceder la carta, es decir los estatutos, podría haberse reservado la capacidad de reformarlos, cuestión que no había hecho. Estos casos se asocian la posibilidad de que el gobierno modifique su propia promesas u obligaciones y la Corte Suprema de Marshall aplicó la cláusula contractual para evitar que el gobierno interfiriera en sus contratos con particulares.

Marshall continuó con esta opinión en el único disenso que tuvo durante muchos años como presidente de la Corte Suprema en el caso **Ogden vs. Saunders 25 U.S. 213 de 1827**. Marshall sostuvo basado en principio de derecho natural que los gobiernos no tenían capacidad de dictar los términos de contratos futuros para proteger a los deudores en caso de que fueran insolventes. Esto no impedía, por supuesto, que el gobierno pudiera subsidiar los contratos de otra manera. La mayoría de la Corte Suprema en este caso consideraba que se podía regular las características de contratos frustrados.

En el caso **Stone vs Mississippi 101 U.S. 814 de 1880** la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que la cláusula contractual no era absoluta ya que el gobierno podía interferir aun en contratos existentes si el objetivo era cumplir con una **norma válida del poder de policía** porque ninguna legislatura podía limitar el poder de sus sucesores de hacer normas o leyes que fueran convenientes en cuestiones de policía. Esta posición de la Corte Suprema varió a partir de la década del '30 en Estados Unidos en el caso Home



Building Assoc. y en la Argentina en el caso Avico que transcribió este último en su totalidad. Ahí surgieron los conceptos de emergencia económica y e poder policía amplio.

En el caso **Energy Reserves Group vs. Kansas 459 U.S. 400 de 1983** la Corte Suprema estableció el *holding* en materia de contratos.

*“La investigación inicial es saber si la ley estatal opera en los hechos como una limitación sustancial de una relación contractual... si la regulación estatal constituye una **limitación sustancial**, el estado para justificarla tiene que **tener un objetivo legítimo significativo** detrás de la regulación, de manera que sea el remedio de un problema social económico amplio y general.... una vez que ha sido identificado un objetivo publico legítimo, la siguiente investigación es saber **si es razonable** y si es de un **carácter apropiado para un objetivo público** que justifique la adopción de la legislación. A menos que el estado sea en sí mismo una parte contratante, como es habitual al realizarse la regulación social y económica, los tribunales conceden un reconocimiento adecuado a las valoraciones legislativas sobre la necesidad y razonabilidad de una medida particular.”*

En otras palabras cuando el gobierno interfiere en contratos entre particulares se utiliza una regla consistente en tres partes:

1. si existe una limitación sustancial a la relación contractual;
2. si es así, si sirve a un objetivo público y significativo y legitimo
3. si es razonable en relación con el objetivo buscado.

Los casos referidos a contrataciones públicas tienen un estándar mucho más estricto.

### **La interferencia gubernamental en los contratos administrativos.**

En el caso **United States Trust Company vs. New Jersey 431 U.S. 1 de 1977** la Corte Suprema indicó que la interferencia gubernamental en los contratos administrativos estaría sujeta un escrutinio más estricto.. En este caso la Corte enfatizó su desconfianza del gobierno o del estado cuando limita sus propios contratos el juez Blackmun dijo en la opinión de la Corte Suprema:

*“la deferencia completa a la evaluación legislativa sobre la razonabilidad y la necesidad no es apropiada cuando está en juego un interés propio del estado. Una entidad gubernamental siempre puede encontrar una utilización para más dinero, especialmente cuando no se han podido aumentar los impuestos. Si el estado pudiera reducir sus obligaciones financieras cada vez que desea gastar el dinero para lo que estaba destinado para lo que se consideraba un objetivo público importante, no puede haber una protección de la cláusula contractual.”*

## La emergencia perpetua.

*En la figura que se llama oximoron, se aplica a una palabra un epíteto que parece contradecirla; así los gnósticos hablaron de luz oscura; los alquimistas, de un sol negro. Salir de mi última visita a Teodelina Villar y tomar una caña en un almacén era una especie de oximoron; su grosería y su facilidad me tentaron.*<sup>450</sup>

Como el ‘sol oscuro’ nuestros jueces crearon la ‘emergencia perpetua’, a prueba de tiempos y de tasas de crecimiento económico, hay una teoría que imagina que nuestros derechos pueden ser cercenados debido a la necesidad de controlar una emergencia indefinible.

El concepto de emergencia económica fue creado por los fallos que establecieron el concepto amplio de poder de policía y de esta manera establecieron una distinción entre las libertades civiles, que podrían limitarse fundamentalmente en el caso del estado de sitio y las libertades económicas que podrían verse restringidas cuando las circunstancias lo indicaran. El holding de Avico c/ de la Pesa estableció algunos límites a la actividad regulatoria estatal en caso de emergencia económica pero debido a una muy amplia interpretación del concepto de emergencia los límites rara vez se aplicaron y se implantó una claudicación judicial en la protección de las libertades económicas. El concepto de emergencia económica ha sido siempre borroso basta recordar las palabras de ahora rejuvenecido caso Arcenio Peralta<sup>451</sup> “que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad.” Es una definición abierta que permite la inclusión de circunstancias muy variadas sobre todo si “abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios”. Considera además este fallo que las limitaciones constitucionales establecidas en defensa de los derechos económicos “suelen adolecer de patética ineficiencia frente a la crisis.”

La **noción de emergencia económica es una claudicación del control judicial para la garantía de las libertades económicas** porque una vez establecida la existencia de una crisis se le otorga al Congreso y al Ejecutivo una libertad amplia para regular la vida económica. Generalmente la actividad realizada por los poderes políticos ha agravado la situación que pretendía remediar. La respuesta a esta grave situación es el restablecimiento del control judicial en defensa de las libertades económicas de la misma manera que se efectúa en el caso de las libertades civiles. Al mismo tiempo el reconocimiento del debido proceso económico o de razonabilidad económica como forma de control adecuado de las decisiones tomadas por los poderes políticos durante la situación de emergencia.

## ***La división entre libertades civiles y económicas.***

Podemos resumir la evolución desde la protección de los derechos individuales de naturaleza económica, Alberdi señalaba que:

---

<sup>450</sup> JORGE LUIS BORGES. EL ZAHIR. EN EL ALEPH OBRAS COMPLETAS. EMECÉ EDITORES. 1974. P.590.

<sup>451</sup> DIGO REJUVENECIDO PORQUE HABÍA SIDO REFORMADO POR LA REFORMA DE 1994 Y LA INTERPRETACIÓN DEL CASO EZIO VERROCCHI, PERO ES CITADO POR ALGUNA DOCTRINA COMO VIGENTE.

*La libertad económica es para todos los habitantes, para nacionales y extranjeros, y así debía de ser. Ceñirla a sólo los hijos del país, habría sido esterilizar este manantial de riqueza, supuesto que el uso de la libertad económica, más que el de la libertad política, exige, para ser productivo y fecundo, la aptitud e inteligencia que de ordinario asisten al trabajador extranjero y faltan al trabajador argentino de esta época.*<sup>452</sup>

La doctrina inicial de la Corte Suprema fue la de la protección de las libertades económicas, veamos el caso *Hileret*.<sup>453</sup>

Esta visión será abandonada a partir de la década del '20, aunque no en forma pacífica.

## **La disidencia del Juez Bermejo en el caso *Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*.**

El problema de la reglamentación que limita los derechos individuales y en particular económicos, el que se inicia con propuestas que parecen de poca importancia pero que luego al establecerse como un discurso constitucional plenamente instalado tienen consecuencias inesperadas y a veces extremas y probablemente nunca imaginadas por quienes iniciaron el proceso. En los años '20 en un Buenos Aires hubo alguna escasez de viviendas, a ocasionó vanas sin plazos que se renovaban mes a mes y que llevó a que hubiera un aumento en los precios. La legislación cambió el código civil y estableció algunos pasos mínimos para los contratos de locación las urbanas además de un congelamiento de precios. El caso llegó hasta la Corte Suprema donde se consideraron las más extrañas doctrinas. Por ejemplo la mayoría de la corte sostuvo la idea que locadores de viviendas urbanas habían constituido un monopolio de hecho. Si la idea del monopolio la de fijación de precios más elevados a través de una reducción artificial de la oferta, esta explicación era absurda. Habría un gigantesco oligopolio que supondría la concertación entre miles de locadores, que iban desde quienes tenían una pieza en el fondo de sus casas, hasta quienes poseían edificios enteros de renta. Además, este oligopolio sería inestable ya que quienes quisieran alquilar por menos precio podrían hacerlo y obtendrían una más rápida locación que los demás monopolistas. Lo que en realidad hay ocurrido, es que los precios habían aumentado en un ajuste natural del mercado, esto tendría la consecuencia de que más habitaciones y casas saldrían en alquiler y que con esta mayor oferta habría una solución a la ausencia de inmuebles para viviendas en el mercado. La corte no lo entendió así, para justificar esta medida que era contraria al derecho de contratar existente en la constitución hasta ese momento recurrió a estos argumentos inexplicables, como el monopolio de hecho, y de esta manera tuvo el efecto contrario hubo menos oferta de casas para locación hubo más personas que buscaron locaciones ya que estaban un precio más bajo y la crisis hubiera aumentado si no hubiera sido que la expansión económica de la Argentina de la época no hubieron resuelto los problemas por sí solos. La corte se arrepintió y en fallos posteriores y limitó las consecuencias de este caso, o sin embargo quedó en los libros. A pesar de una elocuente disidencia del presidente de la corte se creó un precedente que sería citado año tras año sus profesores y alumnos de derecho y utilizado para profundas regulaciones en que la economía argentina.

El origen de este abandono judicial en la protección de los derechos económicos debe asociarse a la distinción que hace la jurisprudencia entre libertades civiles y económicas en cuanto a su protección. Si bien las libertades civiles mantuvieron una protección

---

<sup>452</sup> ALBERDI, SISTEMA ECONÓMICO Y RENTÍSTICO. EDITORIAL LUZ DEL DÍA. 1954.

<sup>453</sup> EL CASO HILERET Y RODRÍGUEZ C/ PROVINCIA DE TUCUMÁN. (Fs. 98:24).

relativamente amplia durante el pasado siglo no es este el caso en cuanto a los derechos económicos por lo menos desde el **caso Ercolano c/ Lanteri de Renshaw**, del 28 de abril de 1922 Fallos 135:170. En su disidencia en el caso el Juez Bermejo planteó las dificultades de la regulación de los precios de mercado y al reconocimiento de la protección judicial de los derechos económicos.

*10º) Se dice que la escasez de habitaciones constituye la razón de Estado que autoriza la imposición de reducciones en los alquileres. Pero esa escasez en un momento dado puede ser sobreabundancia en otro y la misma razón de Estado llevaría a imponer autoritariamente el aumento del alquiler, lo que en definitiva significaría la desaparición de propietarios y de inquilinos reemplazados por el Estado que se habría convertido en empresario de un inmenso falansterio.*

*20º) No se concibe, en efecto, cómo pueda decirse que todos los habitantes de la Nación tienen el derecho de "usar y disponer de su propiedad" -que no goza de franquicia o privilegio alguno ni daña a terceros- si se admite que, por vía de reglamentación o de otra manera, otro habitante, que no es el dueño, pueda fijar por sí y ante sí el precio de ese uso o de esa disposición.*

*27) Las simples alternativas de la oferta y la demanda, comunes a todos los negocios, no constituyen un privilegio de hecho que los entregue a la imposición de precios por el gobierno. y la doctrina del "monopolio virtual" no cabe en nuestra Constitución*

### **El caso Avico c/ de la Pesa y Home building Association.**

En 1933 se falló el caso Home Building & Lone Association v. Blaisdell que tuvo una vasta influencia en nuestro país ya que fue luego incluido en su integridad en el fallo Avico c/ de la Pesa. Se trataba de una ley que limitaba los efectos de la crisis en las hipotecas de las viviendas postergando el plazo de vencimiento en caso de falta de pago. En el fallo se establecen cinco criterios para determinar la emergencia económica y sus consecuencias. La definición de emergencia, en el caso se circunscribe a la situación de las hipotecas sobre viviendas: *"la pérdida de hogares y tierras que proveen a quienes las poseen el refugio y la subsistencia necesarios son una causa potente para la aprobación de una ley de emergencia"*. Es decir la emergencia tiene una definición estricta.

La legislación está dirigida a un fin legítimo, es decir no era para la mera ventaja de individuos particulares sino para la protección de un interés básico de la sociedad.

En virtud de la naturaleza de los contratos en cuestión (hipotecas de incuestionable validez) el alivio concedido y justificado por la emergencia para no ser contrario a las disposiciones constitucionales deber el apropiado para esa emergencia concreta y solo puede ser concedido en condiciones razonables.

Las condiciones sobre las que se concede el período de gracia no deben ser irrazonables. El alivio concedido por la ley de emergencia debe tener en cuenta los intereses de ambas partes.

La legislación debe ser limitada en el tiempo, es limitada por la exigencia que la causó.

El caso Oscar Agustín Avico c/ Saúl de la Pesa<sup>454</sup>, constituye el precedente principal en materia de emergencia económica, ya que establece su definición y límites, sigue vigente hasta nuestros días. Curiosamente traduce íntegramente el caso Home Building Assoc. como fundamento. Impone los mismos requisitos: definición estricta de la emergencia, objetivo legítimo, que el alivio sea el adecuado a la emergencia, que sea en beneficio de ambas partes y particularmente, la limitación de la emergencia en el tiempo.

---

<sup>454</sup> DEL 7 DE DICIEMBRE DE 1934, FALLOS 172:29.

Como en todas las cuestiones en que aparece la pendiente resbaladiza parecía una solución razonable, y sin embargo iniciaría el camino hacia la emergencia permanente.

En su disidencia el Dr. Roberto Repetto, previno:

***Si la propiedad privada en virtud de la reglamentación derivada del poder de policía pudiere ser quitada a una o más personas para darla a otra o a otras por razones de orden público sin indemnización, se habría creado un poder desconocido e inesperado dentro de la Carta Fundamental, llamado a anular el principio de la inviolabilidad de la propiedad tan enfáticamente proclamado por ella.***

Predijo lo que sería la **expropiación regulatoria**, es decir la expropiación de bienes sin indemnización, simplemente por reglamentaciones tan onerosas que obligaran al dueño a vender a precio vil.<sup>455</sup>

Fue el inicio de la diferenciación de las libertades civiles de las económicas y dejar una mayor permisividad del control de éstas últimas. Esta posición de distinción entre libertades civiles y económicas fue expresada en forma terminante por Hugo Black en el caso **Ferguson v. Skrupa 372 US 326 (1963)** donde dijo con referencia a las doctrinas económicas, “*nos negamos a ser una super legislatura que valore la sabiduría de la legislación, y enfáticamente nos negados a volver al tiempo en que los tribunales utilizaban el Debido Proceso para eliminar leyes estatales, regulatorias de las condiciones del comercio y la industria porque fueran poco sabias, imprudentes o inarmónicas con una escuela particular de pensamiento. Ya fuera que la legislatura utilice el texto de Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes, o algún otro no es algo que nos concierna.*” De esta manera la Corte confundió doctrinas económicas aplicables con las libertades económicas establecidas en la Constitución.

Esta doctrina fue revisada y en el caso **Lynch v. Household Finance Corporation<sup>456</sup>** la Corte dijo “***La dicotomía entre libertades personales y derechos de propiedad es falsa. La propiedad no tiene derechos. El agente tiene derechos. El derecho a gozar de su propiedad sin una privación ilegal es en verdad un derecho “personal” en no menor medida que la libertad de expresión o el derecho a viajar, En los hechos una interdependencia fundamental existe entre el derecho personal a la libertad y el derecho personal a la propiedad. Ninguno tiene sentido sin el otro.***”

Esta doctrina fue ignorada por nuestra Corte Suprema.

## **Las películas sonoras. El caso Cine Callao.**

Todo se debió a la a la creación del cine sonoro. Con las películas mudas, era necesaria alguna forma de acompañamiento musical para limitar el silencio de la proyección. Hacia fines de los años en los años 20 se comenzó a investigar sobre la nueva tecnología, la de las películas sonoras primero fue "El cantor de jazz" como primera película con sonido, en la Argentina fue "Tango". Este cambio de tecnología tuvo enormes efectos y sin duda atrajo muchas personas a espectáculos cinematográficos, pero tuvo la consecuencia de que no era necesaria ni orquestas ni pianistas individuales para acompañar los espectáculos hasta ese momento silenciosos. Y es aquí cuando parece el absurdo regulatorio, muchos años después, en 1943, cuando probablemente los músicos que alguna vez habían estado empleados en los cines para acompañar las películas mudas, habrían encontrado alguna otra forma de trabajo, la reglamentación estableció que debían emplearse forzosamente

---

<sup>455</sup> EN LOS ESTADOS UNIDOS FUE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EN EL CASO LUCAS VS. SOUTH CAROLINA DEL AÑO 2001.

<sup>456</sup> 405 U.S. 538 (1972).

artistas de variedades antes del espectáculo cinematográfico. Esta reglamentación tuvo varias consecuencias, la primera era que obligada a contratar a personas que quienes ofrecían estos espectáculos cinematográficos no deseaban. Segundó obligó también a los espectadores de una película que había sido elegida según sus gustos debían asistir a una actuación musical que no querían ver y que probablemente no coincidía con las características del espectáculo al que si deseaban asistir. Es decir, que la ley obliga a al dueño del cine actuar como un monopolista, obligándolo a vender conjuntamente un producto querido por el adquirente y otro que no era deseado. Al mismo tiempo obligada al espectador a pagar por una actuación que no quería ver. Esta propuesta es insensata de por sí, pero hizo aún más cuando la Corte Suprema trató el caso en la sentencia llamada "cine Callao" en la que el tribunal no sólo consideró que esta norma profundamente insensata fuera constitucional, sino que estableció con ella el modelo de la regulación de los contratos. Más aún en esta sentencia se planteó el debate sobre la razonabilidad, el y que además de plantearse el tema de que era legítimo limitar en los contratos que afirmaban las personas, incluyendo la autorización para que la ley estableciera la obligación de contratar, se analizó la importancia de que el medio escogido por el legislador pueda el adecuado para obtener el fin deseado por el. De esta manera la corte analizó si la obligación de proveer los "números vivos" era también el medio adecuado para asegurarse que los músicos obtuvieran una fuente asegurada de trabajo, inexplicablemente consideró que esta norma tiene además de legítima razonable. Desde entonces, el caso " cine Callao" el presidente constitucional en materia de regulación de los contratos y de razonabilidad. De tal manera que el regulador quiso hacer que los efectos películas sonoras no existieran, y la Corte Suprema en 1960, cuando ya nadie se acordaba de las películas mudas, consideró ese motivo absurdo ratificaba la obligación de contratar además que hacerlo era razonable.

Este caso es considerado como el que establece la aparición de la doctrina de la razonabilidad en el derecho argentino. La proporcionalidad entre el fin deseado por la norma y el medio escogido es imaginado como una forma de limitar el exceso en la reglamentación del los derechos constitucionales y en particular los económicos. Pero quiero recordar en el caso Cine Callao (Fallos 247:121) el Dictamen del Procurador General Sebastián Soler. *Si de acuerdo a la recordada doctrina ..la conveniencia pública no es causal suficiente para facultar a la autoridad a imponer determinados negocios, mal se aviene con este principio el que tales negocios puedan, sí, imponerse en función de la conveniente de sectores limitados. Y éste contraste es aún más manifiesto si se advierte que el negocio se traduce en realidad en la obligación de prestar un beneficio cuya erogación se pone solamente a cargo de otro sector de la colectividad, determinado y reducido, en vez de ser extensiva, equitativa y proporcionalmente, a todos los miembros de la comunidad. ..*

*Si la ley se hubiera circunscripto a establecer para una clase de trabajo las condiciones que el mismo debe contratarse o realizarse se habría ajustado, en principio, a la limitación constitucional. Pero ha ido más allá. Ha consagrado para una categoría de personas un verdadero privilegio cuya repercusión económica incide perjudicialmente sobre otra. ..*

*Agrega: Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden de lo reglado, con excesos de poder. **Poco a poco la autoridad se acostumbrará a incurrir en extralimitaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o en menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del***

***gobierno, atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder...”***

Este dictamen prevé la grave influencia de los grupos de interés sobre las decisiones gubernamentales cuando la voluntad estatal puede atribuir rentas y transferir recursos de unos a otros sin ningún control judicial.

Sin duda el respeto de las libertades económicas es puesto a prueba en tiempos de crisis. La tentación por parte de los jueces de hacer una distinción entre libertades civiles y económicas tiene consecuencias nefastas ya que degrada los derechos económicos a nivel de doctrinas de política económica. Hemos visto que la Corte Suprema de EEUU ha finalmente desechado esta distinción. La otra tentación del juez constitucional es la de considerar a la emergencia económica como una autorización amplia a los poderes políticos para la reglamentación de los derechos constitucionales con un límite de razonabilidad muy restringido. Este abandono de la Corte Suprema a proteger los derechos económicos lleva al sometimiento de los habitantes al capricho de legisladores y funcionarios en cuanto al uso de su propiedad o a su ejercicio del comercio y la industria para mencionar solo algunos derechos.

Creo que se puede encontrar la solución en el análisis económico del derecho, para que de esta manera los jueces descubran las cuestiones económicas implícitas en los casos y las consecuencias muchas veces ocultas de decisiones constitucionales que crean incentivos económicos o rentas muchas veces no deseadas. Corresponde el análisis de los costos de transacción que los precedentes constitucionales pueden imponer. Estos costos de transacción elevados son los que hacen dificultan la actividad humana y la llevan a la frustración de sus expectativas. Particularmente en cuanto el control judicial es la principal garantía frente a la acción de grupos de interés en el proceso legislativo. Frente a esto el restablecimiento de un control de razonabilidad económica incluyendo el análisis de costo y beneficio de las reglamentaciones de los derechos es una tarea que se impone a los jueces. Contrariamente a lo que se pensó desde la década del '30 la emergencia económica no se resuelve con jueces prescindentes.

## **El costo de los derechos.**

El término “derechos” tiene muchos matices en su significado. Podemos limitar el análisis a dos alternativas, la ética y la descriptiva. La primera asocia los derechos con principios morales y con ideales. Identifica los derechos preguntándose que derechos tiene moralmente cada persona. Es una búsqueda ética, valorativa y justifica los derechos como intereses humanos que no pueden ser ignorados sin una justificación especial. Una segunda alternativa plantea los derechos en forma descriptiva y menos valorativa. Esta más interesada en explicar como funcionan efectivamente los sistemas jurídicos y menos orientada hacia su justificación. No es una visión de escepticismo ético sino que se concentra en el estudio de los intereses que una sociedad política organizada protege efectivamente. De esta manera un interés se transforma en un derecho cuando un sistema jurídico concreto dedica recursos para defenderlo.

Esta visión supone a los derechos individuales como consecuencia del derecho vigente. Son derechos concretos y directamente aplicables, y son poderes concedidos por la comunidad política. La existencia de un derecho es asociada a la existencia de la Constitución. En algunos casos un derecho existe solamente cuando su protección está incluida en el presupuesto. Esto incluye tanto a las libertades negativas, que requieren la protección del Estado, tanto como las libertades positivas que requieren de la acción del Estado. En el primer caso, tomando como ejemplo los derechos de propiedad, se requiere de un sistema judicial y de una forma de protección policial. En el segundo, como en el caso de las prestaciones de seguridad social, deben ser incluidas en el presupuesto para que se efectúen los pagos correspondientes.

**Los derechos individuales son bienes públicos.** La calidad y extensión de la protección de los derechos depende de los gastos privados tanto como de los públicos. Como la protección de los derechos impone costos sobre los particulares tanto como en el presupuesto público, necesariamente valen más para algunas personas que para otras.<sup>457</sup> Los derechos tienen costos sociales al mismo tiempo que costos presupuestarios. Por ejemplo los daños efectuados a particulares efectuados por imputados que han sido liberados por el sistema judicial, pueden ser considerados como los costos sociales de un sistema que toma medidas estrictas para proteger los derechos de los acusados. Sin embargo, el costo presupuestario de los derechos es una forma sencilla de análisis, concentrarse en el presupuesto es la manera más fácil de llamar la atención a la dependencia fundamental de las libertades individuales de las contribuciones que la sociedad hace colectivamente, a través de los impuestos, y que son administradas por los gobernantes y funcionarios.

Los costos y beneficios netos no pueden ser ignorados. Algunos derechos a pesar de su alto costo, aumentan la riqueza social imponible en tal dimensión que puede decirse que son auto financiados. El derecho a la propiedad privada es un ejemplo notorio. El derecho a la educación es otro. La inversión pública en la protección de esos derechos ayuda a aumentar la base imponible sobre la cual depende la protección activa de los derechos.

A pesar que el costo de los derechos es evidente, puede aparecer frente a nuestra conciencia jurídica como una paradoja o una amenaza a la visión del Estado de derecho. Establecer que un derecho tiene costos es confesar que tenemos que conceder algo para preservarlo. Ignorar los costos es dejar estos pagos fuera de la imagen algo romántica de la defensa de nuestros derechos. Esto lleva a imaginar que los derechos fundamentales son esencialmente gratuitos, es decir sin costo para su preservación. Esta imagen olvida los costos muchas veces evidentes de la preservación de los derechos. Basta imaginar solamente los costos fácilmente identificables de la administración de justicia o de las indemnizaciones por expropiaciones. Al mismo tiempo puede establecerse el costo social producido por la indeterminación del derecho proveniente de la dilación en las decisiones judiciales, con mayor evidencia en el caso de la Corte Suprema.

---

<sup>457</sup> STEPHEN HOLMES & CASS SUNSTEIN. THE COST OF RIGHTS. WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES. NEW YORK, NORTON. 1999. P. 21.



Cuando una decisión judicial establece un pago de dinero público, debe tenerse en cuenta que esos recursos pueden gastarse en bienes públicos imprescindibles como la educación, la seguridad o la salud. Cuando un juez insiste en una negociación para llegar a una conciliación entre las partes, tiene presente que el ahorro obtenido en la duración de un proceso es también dinero público al que se le puede dar un mejor uso que continuar eternamente un proceso.

Esta doctrina fue reconocida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso **Matthews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976)**

*“El interés del gobierno y por lo tanto el del público, en la conservación de recursos fiscales y administrativos escasos es un factor que debe ser sopesado. En algún momento **el beneficio de una garantía adicional para el individuo afectado por la acción administrativa** y a la sociedad, en términos que la garantía aumentada es justa, **debe ser sopesado con el costo**. El costo significativo de proteger a quienes, en el proceso administrativo preliminar aparecen como no merecedores del derecho reclamado, puede finalmente provenir de los bolsillos de los merecedores del derecho ya que los recursos disponibles para cualquier programa de bienestar social no son ilimitados.”*

Es conveniente recordar que la actitud arbitraria de la administración en la redacción de reglamentos y actos administrativos, sumados a la falta de garantías del procedimiento inquisitivo, hace que el control judicial sea imprescindible y finalmente costoso. Sin duda la existencia de un efectivo debido proceso administrativo constituiría un ahorro para la administración.

La actitud de los jueces calificada como “conservadora” por muchos abogados al definir con precisión la extensión de ciertos derechos individuales que suponen altos costos fiscales, es en gran medida debida a la conciencia judicial del alto costo de la protección de los derechos.

## **¿Hay límites en la protección de los derechos?**

Holmes y Sunstein recuerdan el origen bélico de los derechos sociales. Señalan que el estado de bienestar norteamericano tuvo su origen lejano en los beneficios extensos concedidos a los veteranos de la Guerra Civil. Esta situación se profundizó luego de cada una de las guerras en las que participo ese país. Esto explica la voluntad por parte de los contribuyentes de hacer el esfuerzo para financiar un conflicto bélico y luego ese esfuerzo continúa para proteger a quienes han hecho una contribución de sangre. Los derechos se estabilizan políticamente como parte de un acuerdo social.<sup>458</sup> Esto supone que todos los derechos incluyendo los derechos de propiedad están sujetos a una renegociación permanente.

El equilibrio entre el nivel de impuestos y la protección de los derechos de propiedad se basa en el intercambio de impuestos por protección, que es mutuamente beneficioso, tanto para los contribuyentes como para el gobierno. Los contribuyentes están dispuestos a pagar, en alguna medida, para tener su propiedad protegida contra vándalos, delincuentes y otros

---

<sup>458</sup> HOLMES & SUNSTEIN, OP. CIT. PAG. 194.

peligros. Por su parte, el gobierno esta dispuesto a limitar sus ímpetus confiscatorios, no solamente porque hay incentivos políticos, sino porque los funcionarios comprenden que recursos confiables a largo plazo estarán disponibles si los habitantes tienen el incentivo de aumentar su riqueza, llevar sus libros y registros en forma confiable e invertir sus ahorros dentro del país. Esta relación cooperativa aumenta la seguridad de ambas partes, extiende sus horizontes temporales y permite a ambas partes a llevar adelante una planificación de largo plazo en sus inversiones.

El derecho de propiedad debe ser comprendido como una condición indispensable de la ciudadanía democrática. Si la propiedad puede ser confiscada por el capricho de los gobernantes las personas no tendrán la independencia y la seguridad que les permita criticar al gobierno abiertamente. Si sus ahorros o sus bienes pueden ser apropiados o destruidos por delincuentes vivirán en el temor y con la constante preocupación de ocultar sus ganancias. Ninguno de estos estados de ánimo hacen ciudadanos ejemplares.

Las declaraciones de derechos tienen asociada una premisa tácita, las libertades particulares tienen costos públicos. Esto no ocurre solamente con las libertades positivas, es decir la seguridad social, el derecho a la salud, la educación o la vivienda, sino también con las libertades negativas. Es decir que el derecho de propiedad, la libertad de contratar, la libertad religiosa y en general todos los derechos individuales tienen un costo en su protección. Desde el punto de vista de las finanzas publicas, todos los derechos son licencias para que los individuos persigan sus objetivos individuales o conjuntos utilizando bienes colectivos, estos incluyen la participación en bienes privados que han sido acumulados bajo la protección de la comunidad. Esta dependencia de los derechos individuales de los funcionarios públicos que perciben impuestos y los gastan, sugiere que la distinción entre libertades negativas y positivas o entre derechos operativos y programáticos es especiosa. Ya que todos los derechos requieren para su aplicación de la acción de funcionarios que tienen para concretarlos un numero limitado de recursos y deben asignarlos estableciendo prioridades.

La libertad de contratar que transforma promesas en obligaciones vinculantes es un modelo. El derecho de concluir contratos obligatorios crea hábitos de cumplimiento de promesas que promueven la prosperidad económica, que beneficia a toda la sociedad. La eficiencia en la economía constituye un bien público y no solamente privado. **La eficiencia se asegura a través del diseño inteligente, la asignación correcta, la aplicación confiable y la financiación publica de los derechos individuales.**

El costo de los derechos no plantea solamente cuestiones de control democrático y transparencia en el proceso de asignación de recursos, señala también el problema ético de **la equidad en la distribución**. Al describir los derechos como inversiones públicas se indica que éstas no solo deben ser prudentes sino también equitativas. Lleva a preguntarse si las asignaciones de recursos que hacen la legislación y los reglamentos benefician a la sociedad en su totalidad o solamente a grupos de interés que tienen un buen contacto político con legisladores y gobernantes. Indica si las prioridades de nuestra legislación van dirigidas hacia grupos poderosos o en defensa del bienestar general. El estudio de los costos es un mecanismo que lleva a la reflexión sobre estas cuestiones porque pone en evidencia el carácter distributivo que tiene toda asignación de derechos. La regla aplicable es que, en

caso de conflicto sobre la asignación de recursos, la toma de decisiones no debe ser oculta sino de una manera abierta y democrática.

La deliberación pública, incluyendo las decisiones judiciales, sobre los derechos individuales y los recursos que se asignan a su implementación debe concentrarse en las siguientes cuestiones.

- 1) ¿**Cuántos recursos públicos deseamos gastar en cada derecho?**
- 2) ¿Cuál es **conjunto óptimo de derechos**, teniendo en cuenta que los recursos que se asignan para proteger un derecho no estarán disponibles para proteger a los demás?
- 3) ¿Cuáles son las **mejores formas** para conceder la **mayor protección de derechos al menor costo?**
- 4) ¿Redistribuyen los derechos, tal como están definidos y aplicados en la actualidad, la riqueza de una manera que pueda ser justificable públicamente?

Las respuestas que se den a estas preguntas determinarán que los juicios de valor que se hagan sobre los derechos puedan hacerse en forma informada y de esta manera puedan ser sometidos a análisis crítico y a debate público.

### **Las libertades como bienes públicos.**

En el análisis precedente se analizó la libertad como bien privado. Esta descripción puede llevar a alguna confusión ya que cada persona puede tener una cantidad diferente del mismo bien privado. Sin embargo, las instituciones democráticas típicamente garantizan las mismas libertades para todos. Teniendo en cuenta la limitación de la igualdad, la libertad de una persona no puede cambiar sin un cambio similar en la libertad de todos. Mi libertad de expresión no puede cambiar sin un cambio similar en la libertad de todos.

Esto plantea que una persona tenga la voluntad de pagar más que lo que ahora puede por tener más libertad y podría hacerlo si tuviera más riqueza. Esto lleva a pensar dónde elegir un punto equilibrado entre diferentes aspiraciones de derechos para diferentes posiciones de riqueza.

En el caso de los bienes públicos, todos recibimos la misma cantidad del bien pero las diferentes personas lo valoran diferentemente. Esta es una característica de los bienes públicos como la seguridad, el aire puro o la utilización de una plaza. En cambio, la demanda de bienes privados como zapatos o automóviles, cada uno en un mercado libre paga el mismo precio y diferentes personas compran cantidades diferentes. Tratar a las libertades como bienes públicos enfatiza la limitación de la igualdad de acuerdo con la cual todos tienen la misma cantidad de cada libertad proporcionada por el estado, aún cuando personas diferentes valoren las libertades en forma diferente.

### ***El costo de los derechos y el proceso judicial.***

El pleno ejercicio de los derechos constitucionales supone que puedo ir a un juez para que, mediante un procedimiento establecido previamente, éstos sean reconocidos. La pregunta siguiente es ¿Qué ocurre si este procedimiento es tan complicado y lento que no hace posible un rápido y pleno reconocimiento de los derechos constitucionales?

Supone que puedan existir medios procesales que permitan la rápida solución de los procesos cuando el derecho constitucional mencionado es reconocido. Al mismo tiempo debe siempre mantenerse plenamente el carácter diálogico del proceso judicial, lo que excluye medidas cautelares inaudita parte. Debe tenerse en cuenta que éstas, las **medidas cautelares inaudita parte**, tienen una **sospecha de constitucionalidad** si asignan medidas gravosas sin que fuera escuchada la parte demandada y solamente pueden concederse en circunstancias muy excepcionales.

La solución es fortalecer los **acuerdos conciliatorios como el modo habitual de conclusión del proceso**. Es el llamado **ante juicio**.

El Ante juicio o *pre trial* es una aplicación organizada la autonomía de la voluntad al procedimiento judicial.<sup>459</sup> **El ante juicio asegura una solución eficiente al conflicto** ya que las partes al acordar un resultado **se encuentran en una situación mejor que la que se encontraban antes del acuerdo**.

Hay casos que no son resueltos por una transacción entre las partes, por las dificultades que podemos citar:

1. casos que requieren una decisión judicial para ser resueltos, por tratarse un punto de derecho litigioso complejo;
2. casos que son baratos para tramitar lo que reduce los incentivos para una transacción;
3. que una de las partes ponga un valor especial en tener una decisión judicial sobre el tema por razones como obtener un precedente para casos análogos o por reputación profesional;
4. casos que incluyen una cuestión que no es fácilmente negociable como podría ser un valor fundamental y,
5. por la existencia de altos costos de transacción asociados con un acuerdo si se lo compara con buscar una solución en un tribunal.

**En todos los demás casos la solución del ante juicio es preferible a la decisión judicial.**

La solución del ante juicio ocurre cuando las partes ya han iniciado el juicio, un acuerdo previo a la iniciación del pleito no lo es estrictamente. Son acuerdos logrados entre las partes con la participación del juez en cualquier momento entre la iniciación del juicio hasta el dictado de la sentencia. Pueden abarcar temas variados, generalmente un acuerdo sobre la prueba a producir, para evitar la que es costosa o innecesaria, hasta un acuerdo que termina el pleito.

---

<sup>459</sup> EN LA JUSTICIA FEDERAL CIVIL EN EEUU, MÁS DEL 90% DE LOS CASOS SON ACORDADOS ENTRE LAS PARTES ANTES DE LA SENTENCIA.

Uno de los elementos son las **conferencias de ante juicio**, son las que el juez, o en algunos casos su representante, tiene con las partes en cualquier momento del juicio. Estas conferencias son generalmente convocadas cuando el juez considera que puede haber una conciliación en algún tema considerado en el proceso. Esto puede ser la aceptación de un medio de prueba, la transacción sobre alguna parte de la pretensión original o la conciliación del pleito entablado. La *Rule 16 (a) de las Normas del procedimiento civil federal de los Estados Unidos*, conceden a los jueces de distrito el **poder discrecional para solicitar a los abogados y a las partes para que comparezcan ante el tribunal para estas conferencias de ante juicio**. La 16 (c) requiere que **cada parte este disponible ante al juez, aunque sea por vía telefónica, para considerar un acuerdo posible en una conferencia de ante juicio**. El artículo 16 (a) especifica las siguientes objetivos y objetivos de las conferencias:

1. hacer expeditiva la disposición de la acción.
2. establecer un control temprano y continuo para que el caso no se extienda indebidamente por falta de administración.
3. desincentivar actividades que dilapiden recursos.
4. mejorar la calidad del juicio a través de una preparación adecuada, y
5. facilitar la conciliación del caso.

Los **letrados participantes** no pueden alegar que no están autorizados para participar en mociones de ante juicio, porque la Regla 16 (c) dice que al menos uno de los letrados de cada parte que participan en una conferencia **“deben tener autoridad para acordar estipulaciones y hacer admisiones referidas a todas las materias que los participantes pudieran anticipar razonablemente que pudieran ser discutidas.”**

Los jueces pueden dictar órdenes de ante juicio que son las que resuelven una cuestión antes de la sentencia.<sup>460</sup>

---

<sup>460</sup> PARA CONOCER EL PROCEDIMIENTO DE ANTE JUICIO VER. R. LAWRENCE DESSEM. PRETRIAL LITIGATION. WEST GROUP. ST. PAUL, 1998.

# La Constitución y los impuestos.

## *A. Impuestos y Gasto público.*

Los tributos desde una visión económica, son fundamentalmente una herramienta de redistribución de los recursos y constituyen el medio más adecuado para ello ya que,

- 1) el régimen tributario afecta a la totalidad de la población;
- 2) trata a los individuos sobre la base de sus ingresos.

Mientras que la regulación económica en general se encuentra limitada a resolver conflictos de pequeños grupos de individuos (situaciones de equilibrio parcial<sup>461</sup>) y los mecanismos de redistribución que emplea son bastante imprecisos, precisamente por resolver cuestiones de equilibrio parcial, tienden a través de la regulación específica a provocar distorsiones en los otros mercados (o a establecer subsidios cruzados<sup>462</sup>) razón por la que se considera a los tributos como el instrumento de redistribución (tanto de los recursos, de los ingresos) por excelencia.

Al mismo tiempo constitucionalmente los impuestos encuentran límites, referidos a la igualdad de su carga, y a la no confiscatoriedad de los patrimonios de los contribuyentes. La Constitución menciona los privilegios tributarios en la llamada 'cláusula del progreso'. La Constitución también tiene normas sobre las competencias tributarias, la federal y la provincial.

El sistema tributario, supone la existencia de dos clases de sujetos: por un lado el Estado y por otro los contribuyentes, siendo el primero de estos el sujeto activo de la relación en virtud de la delegación de poder que han realizado los ciudadanos (llamados contribuyentes en la Constitución Fiscal); y por el otro los ciudadanos sujetos pasivos de esta relación. Intrínsecamente con los sujetos mencionados existe una relación coactiva, que necesariamente en un sistema democrático, encontrará un límite material (la capacidad contributiva) y uno formal (no confiscatoriedad) a la posibilidad del Estado de realizar exacciones a los contribuyentes.

Precisamente es la capacidad contributiva la manifestación más importante del poder de coacción del Estado, e implica una transferencia de recursos económicos o de derechos financieros de los contribuyentes al Estado (contando este con la posibilidad de llevar

---

<sup>461</sup> HABLAMOS DE SITUACIONES DE EQUILIBRIO PARCIAL EN AQUELLOS CASOS EN QUE TRATEMOS UN DETERMINADO MERCADO EN FORMA AISLADA, SIN EVALUAR LAS INCIDENCIAS QUE O BIEN ESTE MERCADO PUEDE PROVOCAR EN OTROS MERCADOS, O QUE ESTO PUEDAN PROVOCAR EN ÉL (ESTE CRITERIO DE ANÁLISIS ES DE SUMA UTILIDAD EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA; POR LA NECESIDAD DE ACOTAR LOS MERCADOS BAJO ESTUDIO Y ESTABLECER SI HUBO UNA DISTORSIÓN O PERJUICIO A ESTA).

<sup>462</sup> SON AQUELLOS QUE SE ESTABLECEN CUANDO UNA PORCIÓN DE LA POBLACIÓN PAGA PRECIOS POR ENCIMA DE LOS COSTOS, PARA QUE OTRO SECTOR DE ELLOS PUEDE ACCEDER A ESE MISMO BIEN O SERVICIO PAGANDO UN PRECIO INFERIOR A LOS COSTOS.

adelante la ejecución forzada de estos). Con esto recursos el Estado puede financiar la provisión de bienes públicos<sup>463</sup>, o realizar las transferencias señaladas en los párrafos anteriores; pero no por ello debemos confundir el origen del poder impositivo, que obedece a la cesión constitucional que hayan realizado los ciudadanos, con la racionalidad con que se haga uso de la potestad fiscal del Estado.

La pregunta inicial es saber cuál es la forma más eficiente para la redistribución del ingreso. En ese sentido es bueno establecer el criterio que las normas jurídicas no deben ser interpretadas para desfavorecer a unos, supuestamente los más ricos, y favorecer a otros, supuestamente los más pobres, porque los impuestos a la renta y el sistema de transferencias es un medio más eficiente de redistribución.<sup>464</sup> Es decir, la mejor forma de distribuir los recursos es a través del sistema tributario y a través de la regulación económica. La primera razón es que el régimen tributario afecta a la población en su totalidad y por su naturaleza trata a los individuos sobre la base de sus ingresos. Por el contrario, la influencia de las normas regulatorias está generalmente limitado a pequeñas fracciones de individuos que se encuentran envueltos en conflictos de derecho. Segundo, las normas regulatorias son mecanismos muy imprecisos para la redistribución de recursos porque existen variaciones importantes de ingreso entre grupos de actores y grupos de demandados por lo que puede haber una redistribución hacia el camino equivocado.

## **A. La capacidad tributaria.**

En el ciudadano la capacidad tributaria es la manifestación más importante del poder de coacción del Estado. Este poder fiscal tiene la facultad de imponer a los individuos y a las empresas gravámenes a los que solamente puede hacer frente mediante una transferencia al Estado de recursos económicos o de los derechos financieros donde están los recursos que llevan consigo poderes efectivos de ejecución bajo la genuina definición del poder tributario. Los Estados pueden emplear los impuestos para financiar bienes públicos o las transferencias deseadas por los ciudadanos. Pero debemos distinguir entre la racionalización de la posesión del poder fiscal por parte del Estado y el análisis de tal poder en sí mismo. El poder fiscal o el poder impositivo en sí mismo no lleva consigo ninguna obligación en cuanto a emplear los ingresos obtenidos en forma concreta. El poder fiscal no implica la naturaleza del gasto. El poder tributario es sencillamente un poder de apropiación por el Estado. Si el Estado desea obtener una determinada propiedad no

---

<sup>463</sup> LOS BIENES PÚBLICOS SON UNA DE LAS DENOMINADAS FALLAS DE MERCADO, ES DECIR AQUELLAS SITUACIONES EN LAS QUE EL MERCADO NO ES LA FORMA MÁS EFICIENTE PARA LA PROVISIÓN DE UN BIEN, RAZÓN POR LA CUAL SE CONCEBE UNA ALTERNATIVA A ESTE PARA SU PROVISIÓN. LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES DENOMINADOS PÚBLICOS ESTÁN DADAS POR LOS PRINCIPIOS DE NO EXCLUSIÓN (POR SUS CARACTERÍSTICAS DE PROVISIÓN –RECORDEMOS QUE LOS BIENES PÚBLICOS POR EXCELENCIA SON LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA- DIFÍCILMENTE SE PUEDE EXCLUIR DEL CONSUMO A AQUELLOS QUE NO PAGUEN POR SU PROVISIÓN, A ESTOS INDIVIDUOS SE LOS DENOMINA POLIZONES O FREE RIDE) Y DE NO RIVALIDAD (EN EL CONSUMO, O SEA QUE EL CONSUMO DE UNA UNIDAD MÁS DE ESTE BIEN NO AFECTA EL CONSUMO DE UN TERCERO), QUE TORNAN PRÁCTICAMENTE IMPOSIBLE LA OBTENCIÓN DE GANANCIAS PARA EL ENCARGADO DE LA PROVISIÓN DEL BIEN.

<sup>464</sup> CF. LOUIS KAPLOW AND STEVEN SHAVELL. SHOULD LEGAL RULES FAVOR THE POOR? CLARIFYING THE ROLE OF LEGAL RULES AND INCOME TAX IN REDISTRIBUTING INCOME. OLIN CENTER, HARVARD LAW SCHOOL, DISCUSSION PAPER N° 22.

importa que lo haga mediante una expropiación directa o mediante una compra con un impuesto sobre el propietario que ascienda al precio total de compra, es decir, una confiscación tributaria. Si ha de mantenerse alguna distinción entre expropiación y exacción la alternativa fiscal debe llevar consigo ciertos requisitos adicionales que no cumple la expropiación directa. El papel que cumplen las normas fiscales es el de limitar y dirigir el poder coercitivo del Estado.

El poder impositivo estuvo asociado a la representación política desde los orígenes del constitucionalismo. El ascendiente más conocido es el parlamento británico que por su habilidad de restringir los impuestos de la monarquía es de alguna manera el origen de nuestra herencia política. El poder impositivo no es la única dimensión del poder coercitivo del Estado pero es una de sus formas más notorias. De esta manera sabemos que existen interdependencias significativas entre las restricciones fiscales y otro tipo de clase.

Históricamente los Estados se han visto constreñidos por normas constitucionales. Las normas tributarias establecidas en una Constitución pueden imponerse, pero **la doctrina tributaria y en general toda la doctrina de la reglamentación de los derechos económicos tienen como modelo del proceso político al dictador benevolente o al filósofo rey. Es una imagen subyacente que aparece en la idea de la administración benévola que defiende el interés general.** Esta visión contradice la relevancia empírica en los gobiernos observables, donde la política tributaria y el gasto público no coinciden con conceptos tan genéricos como interés general o bien común. La no consideración de los beneficios y de los costos del gasto público y de su distribución es una laguna importante en la visión tradicional de la administración.

El problema constitucional estriba en como limitar las tendencias naturales del gobierno para que sostengan resultados que estén de acuerdo con lo deseado por el votante contribuyente. El proceso electoral puede ser el instrumento de limitación frente al gobierno monopolista en algunos casos, pero la hipótesis de que los procesos electorales sean suficientes para limitar a un gobierno con fuertes intereses recaudatorios es extremadamente vulnerable. De allí es necesario utilizar la protección de procesos de decisión no electorales. Entre ellos la justicia constitucional.

**Si no hay límite sobre los usos a los que se pueden dedicar los ingresos, el ingreso viene a ser equivalente a la renta privada para los agentes decisores gubernamentales.** Si por ejemplo, los controles del uso de los ingresos exigen efectivamente que cierta proporción de los ingresos totales se gastara en unos bienes y servicios públicos específicos, entonces el excedente del Estado, la renta que percibe el Estado para su uso discrecional, es el exceso de los ingresos recaudados sobre gastos en usos concretos. **La pregunta es: ¿A quién pertenece el exceso de lo recaudado en los impuestos?**

Los gastos públicos no están limitados a la financiación de bienes y servicios públicos puros. Sin embargo una vez que nos alejamos del caso extremo puro la posibilidad de que los gobiernos utilicen los ingresos para redistribuir a su favor por razón de consideraciones puramente políticas los bienes suministrados públicamente, implica que los incentivos para incrementar el tamaño del presupuesto son todavía más fuertes y los límites de saturación



son todavía más elevados debido a la posibilidad de negociar de nuevo los beneficios privados. La maximización de los ingresos continúa siendo una simplificación adecuada del comportamiento gubernamental.

## **B.** El sistema tributario.

La Constitución se refiere al sistema tributario en varias normas:

***Art. 4º.**- El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.*

***Art. 11.**- Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.*

***Art. 12.**- Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.*

***Art. 16.**-... La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*

El sistema tributario debe tener cinco características. Estas son:

- 1) **la eficiencia económica:** no debe interferir en la asignación eficiente de los recursos. El sistema tributario no debe ser distorsivo; si es posible debe utilizarse para aumentar la eficiencia económica.
- 2) **Sencillez administrativa:** debe ser fácil y relativamente barato de administrar. los costos de administración y de cumplimiento del sistema tributario deben ser bajos
- 3) **Flexibilidad:** debe ser capaz de responder fácilmente (en algunos casos automáticamente) a los cambios de las circunstancias económicas.
- 4) **Responsabilidad política:** debe diseñarse de tal forma que cada individuo pueda averiguar qué está pagando y saber en qué medida el sistema refleja sus preferencias. el sistema tributario debe ser transparente.
- 5) **Justicia:** debe ser justo en su manera de tratar a los distintos individuos. trata de forma similar a quienes se encuentran en circunstancias similares y que obliga a pagar más impuestos a los que pueden soportar mejor la carga tributaria.

### **1. El impuesto no distorsionador:**

Aunque es obvio que los impuestos provocan modificaciones en las conductas de los individuos, es aquel que "... si y solo si el individuo no puede hacer nada para alterar sus obligaciones fiscales. Los economistas llaman a los impuestos de este tipo impuestos de

cuantía fija...” un ejemplo de estos son los impuestos de capitación – aquellos que se pagan con independencia de la renta o la riqueza-. Es decir no puede evitar el cumplimiento ni disminuyendo sus ingresos, o su consumo por citar algunos ejemplos de posibles distorsiones (que generan otra clase de impuestos).

## 2. Los impuestos y los precios.

Los tributos son recursos coactivamente establecidos por el estado; mientras que los precios son pagados por los usuarios dentro de cánones voluntarios. Los primeros están destinados al financiamiento de bienes públicos, mientras que los segundos son establecidos como la contraprestación por la adquisición o uso de bienes privados (sin importar que los produzcan los particulares o el gobierno.<sup>465</sup> La obligatoriedad o voluntariedad de uno y otro es una cuestión de grado y derivara de la necesidad con que requiera ese bien. Da el ejemplo de un medicamento cuya elasticidad- precio es muy pequeña, con lo cual no se puede hablar de voluntariedad en el pago.

Esta disquisición trae a colación el criterio conocido como “la regla de Ramsey y Foley” el cual establece que los impuestos deben ser establecidos atendiendo a la mayor o menor elasticidad precio de la demanda, debiendo establecerse tributos en aquellos bienes o servicios cuya elasticidad sea menor (inelásticos). Esta regla basada en la eficiencia busca reducir la pérdida de bienestar social, establece fuertes subsidios cruzados o lo que Posner llama (en este caso) “impuestos por regulación” o taxation by regulation; y estos ocurren (a los subsidios me refiero) cuando un grupo debe pagar tarifas mayores a los costos para que otro grupo pueda pagar tarifas por debajo de los costos.

## 3. Clasificación de los tributos

1. **Los impuestos** recaerían sobre cada contribuyente sin tener en cuenta los beneficios individuales recibidos de la provisión de los bienes públicos financiados con esos impuestos; sin embargo a través de ciertos mecanismos como la afectación específica de la recaudación de un impuesto es posible establecer cierta correlación entre los contribuyentes de cierto impuesto y los beneficiarios de los gastos financiados con dichos impuestos.
2. **La contribución especial** sería un tributo recaudado del grupo de contribuyentes que se benefician especialmente de los beneficios de un gasto público, sin embargo en la práctica la relación puede no ser totalmente directa.
3. **la tasa**, la de más difícil encuadre jurídico, al señalar que bien puede referirse al tipo de obligación tributaria fijada sobre un contribuyente individual en oportunidad de la prestación de un servicio estatal, pero que desde el punto económico puede tener connotaciones totalmente diferentes puesto que puede retribuir exactamente el costo del servicio (Por ejemplo tasa por servicios sanitarios), o bien puede desviarse de este (Por ejemplo tasa por inspección de seguridad e

---

<sup>465</sup> HORACIO NÚÑEZ MIÑANA “FINANZAS PÚBLICAS” EDICIONES MACCHI 2ª EDICIÓN ACTUALIZADA. 2001

higiene), así como apartarse por completo de este (Por ejemplo tasa por inscripción de nacimiento).

Otras clasificaciones de los tributos:

Los **impuestos personales** son aquellos que tienen en cuenta las características individuales del contribuyente (Por ejemplo impuesto a las ganancias de las personas físicas); en cambio son **impuestos reales** aquellos en que no se establece diferencia entre los individuos (Por ejemplo impuesto a las ganancias de las sociedades de capital, puesto que no es posible tomar las características de los dueños de estas, otro ejemplo es el impuesto inmobiliario).

Otra importante clasificación es la que divide a los tributos en

- 1) **directos** que gravan manifestaciones directas o inmediatas de riqueza como la renta o el patrimonio e
- 2) **indirectos** que gravan manifestaciones indirectas o mediatas de riqueza como el consumo.

Tradicionalmente el criterio de clasificación de tributos directos e indirectos estaba dado por la posibilidad de trasladar o no los efectos económicos del impuesto del sujeto de jure (pasivo contemplado en el supuesto legal de la obligación tributaria) al sujeto de facto (que era aquel que efectivamente cumplía con la obligación tributaria en caso de lograrse la traslación), siendo los impuestos indirectos aquellos que permitían la traslación, mientras que en los directos se daba exactamente lo contrario (la práctica tributaria desestimó esta clasificación). También obedeció esta clasificación a señalar como regresivos a los impuestos indirectos y progresivos a los impuestos directos.

## ***A. Estructura de un impuesto.***

### **4. Materia imponible:**

El elemento material que el legislador elige como punto de impacto del tributo; Por ejemplo bienes, factores, valor agregado, remuneraciones factoriales. Habitualmente el mismo nombre del impuesto refleja la materia imponible (Por ejemplo impuesto a las ganancias, a los combustibles, etc.).

### **5. Hecho generador:**

El legislador debe precisar la circunstancia concreta, relacionada con la materia imponible que elige para hacer nacer la obligación tributaria, vinculando al contribuyente con el fisco; Por ejemplo producción o consumo de bienes, tenencia de factores productivos, generación de valor agregado, pago o percepción de remuneraciones factoriales, exportación o importación de bienes, etc.

### **6. Unidad contribuyente:**

Para precisar el nacimiento de la obligación tributaria habitualmente se requiere se requiere delimitar la unidad contribuyente (contribuyente de jure) responsable de dicha obligación;

Por ejemplo en el caso del impuesto a las ganancias sobre operaciones internacionales debe cada uno de los fiscos definir rigurosamente al contribuyente respectivo, y puede plantearse problemas de doble imposición internacional.

## **7. Monto del impuesto:**

Para la determinación del monto del impuesto debe fijarse la **base imponible** (cantidad física o valor) y la **alícuota** (pesos por unidad o porcentajes del valor). Las alícuotas puede ser únicas, diferenciales, o marginales ascendentes (en ciertos casos como el de la tasa por inspección de seguridad e higiene la alícuota en lo que respecta al porcentaje del valor puede ser marginal descendente; aunque expresado en pesos la relación sea inversa).

### ***B. Requisitos de una estructura tributaria adecuada:***

1. Los impuesto deben estar diseñados para alcanzar los objetivos de la política fiscal especialmente: máxima equidad en la distribución de la carga tributaria; mínima interferencia en la asignación óptima de los recursos; promoción de la estabilidad y del crecimiento global.
2. La administración fiscal debe ser lo menos costosa posible, especialmente en términos de: costo del cumplimiento del contribuyente; costos de la administración para el fisco, garantías de los derechos de los contribuyentes.
3. Rendimiento fiscal adecuado si bien habitualmente queda sobreentendido, la necesidad de alcanzar niveles requeridos de recaudación imponen la necesidad de recurrir a tipos de tributos y a niveles de alícuotas que significan sacrificios de los otros objetivos perseguidos.

### **Principio de legalidad tributaria y prohibición de la analogía:**

El principio de legalidad, cardinal en materia tributaria, exige que una ley formal tipifique el hecho que se considere imponible y que constituya la posterior causa de la obligación tributaria (Fallos: 294:152 y 303:246).

De la misma manera, no es dable aceptar la analogía en la interpretación de las normas tributarias materiales, para extender el derecho o imponer obligaciones mas allá de lo previsto por el legislador, habida cuenta de la jurisprudencia que determina, en orden a la naturaleza de las obligaciones fiscales, la vigencia del principio aludido (Fallos: 312:912 y 316:2329).

En el precedente, “**Luisa Spak de Kupchik y otro c/ Banco Central de la República Argentina y otro**”, la Corte estableció categóricamente que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas (Fallos: 155:290; 248:482; 303:245; 312:912, entre otros), y, concordemente con ello, ha afirmado en reiterados pronunciamientos que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro

de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (causas *e* “**Eves Argentina S.A.**”, Fallos: 316:2329 -considerando 10 y su cita- y “**Berkley**”, Fallos: 323:3770).

### **Interpretación de los impuestos.**

-En materia de interpretación de las leyes tributarias puede afirmarse -con palabras de la Corte- que su exégesis debe efectuarse a través de una razonable y discreta interpretación de los preceptos del régimen impositivo y de las razones que lo informan con miras a determinar la voluntad legislativa (Fallos: 258: 149 y 307:412). Esto impide la aplicación de la analogía que significaría la creación de impuestos por vía administrativa o judicial.

### **La uniformidad o generalidad de los tributos**

La uniformidad del impuesto es debida al carácter extensivo de la tributación y significa que cuando una persona física o ideal se halla en las condiciones que marcan, según la ley, la aparición del deber de contribuir, este debe ser cumplido cualquiera sea el carácter del sujeto, categoría social, sexo, nacionalidad, edad o estructura. No se trata de que todos deban pagar tributos, según la generalidad, sino que nadie deba ser eximido por privilegios personales, de clase, linaje o casta. El límite de la generalidad está constituido por las exenciones y beneficios tributarios, conforme a las cuales ciertas personas no tributan, o tributan menos pese a configurarse el hecho imponible. Estas exenciones y beneficios, sin embargo, tienen carácter excepcional y se fundan en razones económicas, sociales o políticas, cuya razonabilidad es controlada por los jueces. Análogamente este criterio se puede aplicar a la alícuota del tributo, que determina su cuantía.

### ***Confiscatoriedad e impuestos.***

La confiscación es la privación a una persona de sus bienes y la aplicación de éstos al fisco. Consiste en la adjudicación que se hace al fisco de los bienes de alguna persona. La confiscación es un doble castigo que recae sobre los herederos de las personas sancionadas, sirve como doble amenaza ya que surge el temor de dejar a su familia en la indigencia.<sup>466</sup> La Constitución la fulmina con una cláusula pétreo.

El artículo 17 dice:

*“...La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino...”*<sup>467</sup>

El origen de esta norma es la Constitución francesa de 1848 que decía<sup>468</sup>:

*Artículo 12, La confiscación de bienes no podrá ser restablecida jamás.*

<sup>466</sup> CF. JOAQUÍN ESCRICHE, DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. P. 487,

<sup>467</sup> CON MUCHO MÁS REALISMO LA REFORMA DE 1949 DECÍA ‘QUEDA ABOLIDA PARA SIEMPRE DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.’

<sup>468</sup> LA CONSTITUTION DU 4 NOVEMBRE 1848 ARTICLE 12. - LA CONFISCATION DES BIENS NE POURRA JAMAIS ÊTRE RÉTABLIE.

La prohibición absoluta de la confiscación de bienes no incluye solamente la confiscación total sino la de cada uno de ellos. Por lo tanto, a pesar que se utilicen eufemismos como ‘decomiso’, ‘incautación’ u otras que la habilidad burocrática pudiera crear, la Constitución las prohíbe por igual.

La doctrina de la Corte Suprema en materia de no confiscatoriedad tiene un contenido particularmente casuístico y ha sido correctamente definida como ‘sinuoso sendero’.<sup>469</sup>

### ***Los impuestos indirectos***

Entre ellos tiene particular relevancia el caso del Impuesto al Valor Agregado. Como este impuesto es trasladable según el derecho, económicamente todos los impuestos son trasladables, la Corte ha rechazado las acciones de repetición promovidas por los sujetos que originalmente cumplen con la obligación tributaria. Dan la razón que quién paga finalmente lo paga es el consumidor final. La Corte sostiene, entonces, que si el primero pudiera repetir el tributo, se produciría un enriquecimiento sin causa. Este argumento es errado, ya que los precios finales los pone el mercado y puede ocurrir que el consumidor final no sea el que pague finalmente el impuesto porque si se trasladara totalmente podría subir el precio final del bien en una suma que supera lo que el consumidor está dispuesto a pagar. De esta manera el vendedor deberá bajar el precio de su producto para estar en el precio de equilibrio del mercado y al hacerlo asumir parte o todo el impuesto.

### ***El poder de imponer es el poder de destruir. McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819), 17 U.S. 316 (Wheat).***

El carácter destructivo del impuesto para las actividades productivas ha sido considerado tempranamente en la doctrina constitucional. De esta manera, el juez John Marshall en el caso McCulloch dijo:

*El poder de imponer contribuciones sobre las personas y sus bienes es esencial a la existencia misma del gobierno, y puede ser legítimamente ejercido sobre los objetos a los que es aplicable, con la máxima amplitud con que el gobierno puede desear aplicarlo. La única garantía contra el abuso de este poder se halla en la estructura del gobierno. Al imponer una contribución, la legislatura actúa sobre sus electores. Esto importa, en general, una garantía suficiente contra la imposición errónea y opresiva... Que el poder de imponer incluye el poder de destruir, que el poder de destruir puede derrotar y transformar en inútil el poder de crear,...*

*Se dice que los impuestos no destruyen necesaria e inevitablemente. Pero llevarlos adelante hasta el exceso de destrucción sería un abuso que podría hacer desaparecer la confianza que es esencial en el gobierno.*

---

<sup>469</sup> BIANCHI, ALBERTO B. EL SINUOSO SENDERO DE LA CONFISCATORIEDAD. LA LEY 2008-C, 980

## ***Sistemas de competencia tributarias en un sistema federal.***

De acuerdo con la mayor o menor autonomía para recaudar impuestos en un sistema federal, podemos agrupar los siguientes sistemas:

1. Separación de fuentes con competencias exclusivas de cada gobierno, nacional, provincial o municipal.
2. Concurrencia de fuentes, con competencias compartidas por cada nivel de gobierno.
3. La de alícuotas locales adicionales sobre los tributos nacionales.
4. La de participación o coparticipación sobre impuestos legislados por el gobierno nacional, con criterios de asignación de tipo devolutivo, o redistributivo, o mixto.
5. La asignación de fondos (aportes o transferencias) del gobierno nacional, ya sea a través de aportes no condicionados o de aportes condicionados. Estos últimos son los que tienen una contrapartida federal a la inversión local. O son aportes con fines específicos.

Los dos primeros son los que más se adecuan a la estructura de una Constitución federal, de ambos el sistema de separación de fuentes es el que permite un mejor control fiscal de los gobiernos, ya que la presión fiscal ejercida sobre una determinada base queda claramente identificada con relación al gobierno que la ha generado. En los casos en que diferentes gobiernos concurren simultáneamente a gravar una misma base, particularmente si son impuestos indirectos, no quedará claro al ciudadano de donde proviene la carga de impuestos que debe soportar.

La principal crítica a los sistemas fiscales centralizados, en especial cuando se trata de recaudación tributaria, es en relación a la correspondencia fiscal y a la sobredimensión del gasto público. La descentralización de las facultades fiscales induce a una mayor transparencia e imputabilidad fiscal. Dicho de una manera simple, facilita el conocimiento del destino de los fondos recaudados por los impuestos. Por el contrario, si el sistema es centralizado la tarea gubernamental para aumentar los recursos es la fortalecer su tarea de 'lobby' sobre el fondo común de recaudación. Ya que como los impuestos recaudados localmente son exiguos un aumento del gasto local requeriría un aumento excesivo de la presión tributaria sobre los contribuyentes locales. De esta manera, algunos gobiernos locales constituyen un 'cartel tributario' que distorsiona todo el sistema representativo. En esos casos el acuerdo fiscal federal debe ampliar la base tributaria provincial, la descentralización tributaria, y si existen brechas entre jurisdicciones podrán existir transferencias de nivelación. La Constitución de 1853-60 estableció el sistema de separación de fuentes y esto es comprensible ya que las federaciones fuertes son las que **los gobiernos locales viven de su propia recaudación.**

La competencia tributaria entre la Nación y las provincias.

La distribución de los recursos entre la Nación y las provincias se puede dividir en tres etapas fundamentales.

1. Una primera etapa que va de 1853 a 1890 y que el denomina de la separación de las fuentes tributarias (por respetar la asignación de recursos prevista en la Constitución). Respetando las pautas establecidas en los artículos 4, 9, 11 y 12 (y dado el peso de los derechos de importación y exportación en la pauta redistributiva del –entonces- artículo 67, inciso 8°).
2. Un segundo periodo al que llama de concurrencia de hecho que parte de 1890 hasta 1929; reconociendo como origen la crisis económica, financiera (y política) de 1890 que implicó una disminución de los ingresos aduaneros (que representaban en esa época cerca de 4/5 del total de la recaudación fiscal, el resto de estaba conformado por un entramado de tasas y algunos impuestos percibidos por el gobierno nacional como poder local en el ámbito de la Capital Federal) y ante la imposibilidad de contraer nuevos empréstitos externos, se establecieron impuestos internos nacionales que en principio tuvieron poca participación respecto del total recaudado, pero que con el correr de los años tuvieron una participación significativa. El fundamento constitucional de esta etapa se basa en los artículos 4 y en el (entonces) 67 inc. 2 de la C.N.
3. Finalmente una tercera etapa de caracterizada por la coparticipación impositiva esta etapa que va desde 1930 hasta la actualidad. Los efectos sufridos por nuestra economía e los años 30 producto de la crisis de 1929, derivó en que el gobierno nacional en un intento de lograr un reordenamiento de los sistemas tributarios a efectos de lograr un mejor aprovechamiento de la base tributaria y evitar los problemas de doble imposición; sanciona tres leyes la 12.139 de unificación de los impuestos internos, la 12.143 que transforma el impuesto a las transacciones en el impuesto a las ventas, y la ley 12.147 que prorrogaba la aplicación del impuesto a los réditos (este paquete de medidas se sancionó conjuntamente y entró en vigencia el 1 de enero de 1935). Al concentrar de esta forma el estado nacional los principales recursos tributarios, se desdibuja la organización federal y evidentemente se torna necesaria la existencia de un régimen que establezca algún tipo de compensación a las provincias por la cesión realizada de sus fuentes tributarias (para las cuales solo estaba contemplada en nuestra C.N. la concurrencia temporal de competencias con el gobierno nacional –me refiero a los impuestos directos), es así como surge el régimen de coparticipación federal de impuestos. Estableciéndose distintas leyes convenio (leyes 20.221, 23.548) que establecían que el reparto debía efectuar atendiendo o contemplando criterios objetivos de reparto; de equidad, solidaridad y dando prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

De esta manera el artículo 75 quedó redactado de esta manera:

*2° Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.*

*Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.*

*La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas*



*contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.*

*La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.*

*No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso*

*Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.*

**3°.** *Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

A pesar de las intenciones que inspiraron este régimen la práctica institucional (tributaria) demostró la dependencia financiera de los gobiernos provinciales a este sistema; también se puede señalar los incentivos negativos que se generan cuando no existe una relación directa entre el gasto y los recursos (se tiende a un mayor nivel de gastos).

La incorporación con rango constitucional del sistema de coparticipación federal de impuestos implementada a través de la reforma de 1994 no hace más que ratificar estos inconvenientes y por otra parte el mecanismo agravado que establece para su reforma (por ende de la actual distribución) la torna casi en un contenido pétreo por su inamovilidad.

### ***Los efectos de la Coparticipación.***

Un sistema federal bien diseñado asegura que los poderes que se ejerzan en nivel local incentiven la competencia entre los gobiernos para proveer un buen servicio gubernativo al menor costo tributario posible, ya que los funcionarios locales buscarán favorecer habitantes y empresas que, y otra manera podrían emigrar hacia otras provincias. Este es uno de los inconvenientes de la coparticipación federal de impuestos, ya que incentiva el no cobrar los impuestos locales y disocia el aumento del gasto público con el aumento en la carga tributaria, entonces población favorecerá el aumento del gasto al que no tendrá que hacer frente. Al mismo tiempo la coparticipación no permite saber si la gestión gubernamental local es buena o mala, ya que no importa que desempeño tenga el gobernador y cual se ha el crecimiento económico de la provincia, porque percibirá la misma cuota de participación en los impuestos recaudados. De esta manera, un gobierno excelente será castigado porque recaudará lo mismo que un gobierno inepto, incompetente o corrompido. Es por lo tanto un incentivo negativo. La disociación entre actividad del gobierno provincial y los impuestos recaudados crea otro incentivo perverso, como no son producto del impuesto percibido localmente, ni pueden calcular las eficazmente en el presupuesto provincial porque dependen del actividad de otro gobierno que es el que recauda, permiten una amplia discrecionalidad del gobernador en el uso de los fondos. El gobernante local los utilizara en defensa de sus intereses políticos lo que impone una fuerte

tendencia al clientelismo político. En el análisis económico del derecho observamos como un ligero incentivo tiene consecuencias inesperadas y vastas, podemos decir que el federalismo argentino la coparticipación impuestos y tiene una larga sombra.

Las finanzas en la Federación se caracterizan por un gran desequilibrio, generalmente con una iliquidez mayor de las provincias que las del gobierno nacional. La provincia tienen amplias responsabilidades en materia de gastos pero los fondos vienen de la coparticipación federal de impuestos, que se caracteriza por una desigualdad en cuanto a los tributos recaudados, y una gran rigidez en cuanto de distribución de los mismos.

Estos elementos son el núcleo del intercambio de influencias y de negociaciones entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales. Como los legisladores integran la lista por voluntad de los líderes políticos que la confeccionan, deben su lealtad no hace al votante sino al gobernador o al principal dirigente opositor según de cuál partido se trate. El Congreso entonces se transforma en una dieta que representa los liderazgos políticos locales y los gobernadores constituyen factores importantes en la política nacional, independientemente de la dimensión que tenga la provincia a la que gobiernen.

Al mismo tiempo, como la distribución de recursos es producto de la coparticipación de impuestos y en menor medida de los adelantos que el gobierno nacional hace algunos gobiernos provinciales, el reparto se hace en sede federal. Es decir que las cuotas de la coparticipación se hacen por la, por lo tanto la distribución y las efectúan las autoridades del gobierno nacional, aun cuando muchas de ellas dependan políticamente de los gobiernos provinciales. La distribución de recursos es producto de una negociación más que del monto de los impuestos recaudados originalmente. Por lo cual fundamento de la distribución no es la capacidad contributiva de cada provincia sino la influencia política que tenga cada una de ellas dentro del proceso político federal. Es decir que las bases por las cuales se distribuyen los recursos tributarios que tuvieron su origen con la creación del llamado impuesto a los réditos en 1931, pero que se consolidaron durante los gobiernos militares, continúan siendo el fundamento de nuestra distribución de recursos con una notable rigidez que impide su reforma independientemente del mandato constitucional de hacerlo.

## **Los derechos del consumidor y la defensa de la competencia como garantías constitucionales.**

La **defensa de la competencia**, también llamada normas antimonopolio, se caracteriza por asegurar la **maximización del bienestar general**. El Estado por mandato constitucional debe preocuparse por **defender los intereses de los consumidores**. (Art. 42 de la Constitución)<sup>470</sup> Aún partiendo de la idea que los consumidores no son

---

<sup>470</sup> ART. 42.- LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE BIENES Y SERVICIOS TIENEN DERECHO, EN LA RELACIÓN DE CONSUMO, A LA PROTECCIÓN DE SU SALUD, SEGURIDAD E INTERESES ECONÓMICOS; A UNA INFORMACIÓN ADECUADA Y VERAZ; A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN, Y A CONDICIONES DE TRATO EQUITATIVO Y DIGNO. LAS AUTORIDADES PROVEERÁN A LA PROTECCIÓN DE ESOS DERECHOS, A LA EDUCACIÓN PARA EL CONSUMO, A LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA CONTRA TODA FORMA DE DISTORSIÓN DE LOS

ingenuos y que las empresas no tienen como objetivo único estafarlos, hay problemas que dificultan que las fuerzas del mercado funcionen libremente y puedan asegurar en todos los casos una defensa adecuada de los intereses de los consumidores. La protección constitucional está dirigida a la parte más débil de una transacción, en general es el consumidor, esto supone que debe favorecerse siempre. Por lo tanto **son inconstitucionales las medidas protectoras de sectores empresarios que perjudican al consumidor**, y que buscan rentas indebidas a través de la reglamentación, generalmente obteniendo precios más elevados.

La defensa del consumidor supone los problemas de información que tienen frente a actores económicos mejor informados.

### ***Las asimetrías de información.***

Es razonable suponer que las empresas tienen mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden. Por ello existen dos trabas potenciales para que los consumidores reciban la calidad que esperaban al momento de compra.

1. La selección adversa y
2. el incentivo a sub-asegurarse por defectos de calidad.

En el caso de la **selección adversa** los consumidores no conocen con precisión la calidad de cada uno de los bienes que se venden en el mercado. Esta simetría de información puede llevar a que los productos que se comercialicen sean de una calidad inferior a la deseada porque nadie está dispuesto a pagar por obtener mejores atributos si no tiene alguna certeza de que va a recibirlos efectivamente. El precio promedio del mercado va a reflejar la probabilidad de que existan bienes de inferior calidad y esto desalentará a los productores que quieren ofrecer un producto más sofisticado. Este problema puede ser resuelto en algunos casos porque existen mecanismos para premiar a quien brinda una mejor calidad. Allí aparece el papel de las marcas comerciales, la publicidad o los activos específicos que pueden convertirse en una señal para los consumidores acerca que el oferente tiene algo que perder si no cumple con sus promesas de calidad.

El segundo problema de la asimetría de información se refiere a una **tendencia de los consumidores a sub-asegurarse por los defectos de calidad de los bienes adquiridos**. Si quien compra el bien conociera perfectamente todos los riesgos que existen por el uso de un producto, tanto los presentes como los futuros, podría hacer una elección que incluyera todos los costos, es decir el precio del bien y los costos asociados a un eventual daño en el futuro si se concreta un siniestro posterior. Entre otras alternativas y, si tienen aversión al riesgo, podría asegurarse en el mercado. El problema surge cuando el consumidor no puede evaluar con relativa precisión estos costos eventuales. En este caso

---

MERCADOS, AL CONTROL DE LOS MONOPOLIOS NATURALES Y LEGALES, AL DE LA CALIDAD Y EFICIENCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, Y A LA CONSTITUCIÓN DE ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y DE USUARIOS.

LA LEGISLACIÓN ESTABLECERÁ PROCEDIMIENTOS EFICACES PARA LA PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, Y LOS MARCOS REGULATORIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE COMPETENCIA NACIONAL, PREVIENDO LA NECESARIA PARTICIPACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y DE LAS PROVINCIAS INTERESADAS, EN LOS ORGANISMOS DE CONTROL.

existirá una tendencia a solicitar una calidad inferior a la deseable, que es la que hubiera obtenido si no hubiera existido la información deficiente.

Si existen **asimetrías de información** entre los consumidores y las empresas es posible que estas últimas al lanzar un producto al mercado no internalicen todos los costos que existen asociados a tal decisión. Como es el caso de los daños ambientales que produzcan o el incumplimiento de reglas de salud. Se trata de una externalidad negativa a la cual el mercado no le pone un precio, existirá un daño a los consumidores mayor que el deseable. Una solución para estas externalidades es crear mecanismos que permitan internalizar el nivel de las empresas todos los costos sociales. Una manera es la reglamentación que obliga a las empresas a indemnizar, en este caso el gobierno normalmente establece un nivel de calidad y establece sanciones administrativas por el incumplimiento de dichas normas. Esto se justifica en los casos que el **gobierno pueda tener alguna ventaja de conocimiento** clara sobre el propio consumidor. O en los casos donde se puede **dar información a los consumidores** sin generar un costo importante a las empresas, o que estas no tienen ningún incentivo a proporcionar.

**La alternativa es la solución judicial.** Generalmente para que esta funcione se requiere un sistema de responsabilidad objetiva. Bajo este sistema el afectado solo debe probar que el consumo de un producto determinado le causó un perjuicio y la empresa debe indemnizarlo independientemente de la culpa que haya tenido al fabricarlo. En este caso el Poder Judicial aparece como el regulador. Tiene ventajas considerables el sistema judicial. Se trata de un órgano que no puede ser capturado por los grupos de presión, al mismo tiempo también las características del proceso adversarial que asegurarán una correcta valuación de las circunstancias del caso estableciendo procedimientos conocidos y generalmente mucho más rápidos que los de un sistema administrativo.

**La defensa del consumidor debe concentrarse en los problemas de las firmas oportunistas, la asimetría de la información y las externalidades.** También hay que tener presente que el consumidor no está obligado a comprar todos los bienes, sino que la restricción al consumo de algunos productos que pudieran ser defectuosos es un acto que aumenta el poder del consumidor. La responsabilidad objetiva tiene un carácter de seguro generalizado y debe tenerse en cuenta que pueden haber duplicaciones por la existencia de otros mecanismos de seguros. En presencia de costos de transacción, la generalización del seguro a través del criterio de responsabilidad objetiva es la solución menos costosa. Pero el problema de los costos de transacción se arregla mejor permitiendo que los afectados actúen a través de **una acción de clase** en forma conjunta y no obligando a todos a comprar un seguro que no todos los consumidores están dispuestos a pagar.

### ***Defensa de la competencia.***

La defensa de la competencia está asociada a la legislación antimonopólica. Se entiende que la estructura de los mercados influye sobre la conducta de sus actores y por lo tanto afecta el desempeño. Esto lleva a la idea que la concentración en los mercados debe ser castigada de por sí. Debe haber excepciones a este principio cuando en un mercado este concentrado porque las empresas mayores son las más eficientes. En ese caso, preferir un número mayor

de empresas puede resultar en mayores costos y por lo tanto en un menor nivel de bienestar general. El objetivo de la legislación antimonopólica debe ser la maximización del bienestar general y el gobierno debe preocuparse por defender los intereses de los consumidores. El problema que generan los monopolios y oligopolios se basa en la reducción en la cantidad ofrecida al mercado por quienes poseen una posición dominante, ello tiene un impacto sobre los precios que perjudica a los consumidores y genera una pérdida de eficiencia económica. El gobierno interviene en este contexto para evitar estas consecuencias negativas y asegurar una solución competitiva. Las leyes antimonopolios se basan en dos principios:

1. Asegurar el poder del mercado y
2. limitar el dominio que ejercen las empresas líderes.

El poder del mercado depende del número de empresas, de la facilidad de entrada y de la existencia de bienes sustitutos. El dominio que puede ejercer una empresa líder depende de su tamaño absoluto, de su grado de integración con sus proveedores y de su habilidad para determinar la viabilidad económica de sus competidores.

### **Oligopolio y barreras a la entrada.**

En el oligopolio existe un equilibrio cooperativo en distintos oferentes del mercado. Para que sean eficaces los oligopolios generalmente buscan generar barreras a la entrada al mercado para otros productos de otras empresas que pudiera competir con ellos. Para que estas barreras sean eficaces deben ser consistentes intertemporalmente, es decir, que cuando una empresa nueva desea probar la barrera quienes están en el mercado tienen un incentivo para desatar una guerra de precios para castigarla. Existen dos alternativas posibles que son consistentes: **Las inversiones hundidas y la reputación**. En el caso de las inversiones hundidas la empresa que ya está en el mercado tiene la posibilidad de reducir sus precios hasta el nivel de los costos variables y desalentar la entrada de nuevos actores que a esos precios no tienen ningún incentivo para ingresar. La estrategia es consistente porque el costo de oportunidad de las inversiones hundidas luego de que fueron realizadas es cero. En este contexto, los sectores que presenten importantes inversiones hundidas como es la existencia de costos fijos muy elevados o un contenido de publicidad para posicionarse en el mercado, serán a priori las que puedan tener mayores problemas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las inversiones hundidas tienden a dificultar la entrada en los mercados pero también su salida. Haciendo más difícil el desplazamiento de los competidores existentes algunas cuestiones, por ejemplo el de publicidad, se deprecian con relativa rapidez y por lo tanto pueden dejar de ser relevantes como barrera.

En el caso de la **reputación** una empresa puede ganarse la reputación de hacer guerra de precios si actúa en varios mercados diferentes. Cuando se produce la entrada en uno de ellos y a pesar que no le convenga mirando únicamente ese mercado la empresa desata una guerra de precios para hacer quebrar a quienes intentaron entrar. La idea es que de ese modo la empresa se gana una reputación que desalienta la entrada en otros mercados y ello le permite recuperar las pérdidas realizadas en el primer mercado donde se observó la entrada o el ingreso. El problema con este tipo de análisis es que no es muy aplicable en la

práctica porque no existen muchas empresas que actúen en varios mercados y a la vez tengan capacidad de fijar precios en ellos.

Ahora bien, aún cuando tenga problemas serios en el mundo real. Una empresa que se expande lo hace generalmente porque ha logrado alguna reducción de costos globales incluyendo costos de producción o de comercialización o de información y ha desarrollado productos mejores. **Atacar la concentración como objetivo es un error, porque puede significar una penalización para quienes invirtieron para lograr reducciones de costos o mejores productos.** Los mercados se concentran por las economías de escala u otras ganancias de eficiencia de empresas más eficaces que terminan aumentando su participación en el mercado.

Los **carteles de productores** tienen una debilidad intrínseca. Para poder aumentar los precios por encima de los valores de competencia es necesario que se acuerde una restricción de las cantidades producidas para cada empresa oferente. Pero luego de **concretada la suba de precios cada empresa tiene un incentivo a violar el acuerdo aumentando su producción** por encima de lo que hubieran realizado en condiciones competitivas ya que el precio es mayor. La clave para la permanencia de cualquier cartel pasa por encontrar mecanismos que permitan disciplinar a las empresas participantes. Generalmente para esto se utiliza la ayuda del Estado. Para determinar si un acuerdo de productores es factible deben darse algunas condiciones que podríamos mencionar.

1. Pocos vendedores. Cuanto menor sea el número de oferentes mayor posibilidad de concretar un cartel exitoso.
2. Producto homogéneo. Si el producto es homogéneo es más fácil detectar eventuales descuentos realizados por los integrantes del cartel para captar un mayor volumen de ventas.
3. Mayor elasticidad de la demanda. Cuanto menor sea la elasticidad de la demanda mayor será el beneficio de la cartelización.
4. Mayor porcentaje de ventas al gobierno. Si se vende un porcentaje importante al gobierno es más difícil reducir los precios sin que ello sea detectado porque en general los precios de venta del sector público figuran explícitamente en las licitaciones.
5. Alta variabilidad de las condiciones de mercado. Si las condiciones del mercado varían mucho es más difícil detectar los que violan el acuerdo.
6. Situaciones de recesión en el sector. Si el sector está en recesión y las empresas enfrentan riesgo de quiebra el beneficio potencial de llegar a un acuerdo cartelizador es muy elevado.

Los gobiernos tienden a castigar los acuerdos horizontales cuando se trata de convenios de precios.<sup>471</sup> En cambio tienen una posición más generosa cuando se refieren a otras variables, por ejemplo cuando se establecen límites territoriales de venta para cada empresa que forme parte del acuerdo, cuando hay acuerdos que distribuyen grupos de consumidores, o en el caso de fusiones de empresas. Es posible sin embargo encontrar argumentos en favor de los acuerdos horizontales de precios, como es el caso de la

---

<sup>471</sup> FIEL, LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL EN LA ARGENTINA. BUENOS AIRES. 1996. P. 233.

reducción de costos de búsqueda por los consumidores al eliminarse la variación de precios, y también porque favorecen las economías de escala. Pero aparece como razonable que se los trate en forma más preventiva que a otros potenciales problemas. Sin embargo no hay coincidencia sobre si conviene prohibirlos. Una prohibición tiene la ventaja que reduce los costos legales, pero tiene un costo debido a las eventuales ganancias de eficiencia que se hubieran logrado de habérselos tratado con un criterio caso por caso. En los hechos este último, el criterio caso por caso fue el objetivo central de la primera ley anti monopolio en los Estados Unidos, la ley *Sherman*. La ley fue exitosa en reducir la cartelización privada de precios y en general fue beneficiosa a pesar de haber fomentado la competencia vía precios y desalentado otras maneras de competir.

En relación con los acuerdos horizontales, que no se centran en los precios, la principal característica son las **fusiones de empresas**. Un criterio es evaluar si la fusión se parece a un acuerdo de precios o es el producto del crecimiento interno de empresas eficientes. Se trataría del primer caso cuando las empresas fusionadas mantienen el control de su planta de producción, elaboran bienes con marcas propias diferentes y se acuerdan en forma centralizada los precios pero no otras variables, como es el caso de la calidad o los costos. En el segundo caso, que es opuesto, no debería penalizarse ya que las empresas integrarían sus procesos productivos y su administración replicando el proceso de expansión que hubiera seguido una empresa exitosa.

## Los derechos electorales.

### *Sistemas electorales y partidos políticos.*

Pueden darse razones para la existencia de un régimen de partidos políticos, entre ellas históricas, ideológicas, de distribución del ingreso y también regionales o lingüísticas. Intentaré señalar que el régimen electoral crea incentivos que influyen directamente en el sistema de partidos y que en el caso argentino han sido determinantes en su conformación y evolución en el tiempo.

La decisión se tomó en 1962. No fue largo el debate, había pasado el gobierno de Arturo Frondizi, que luego de un golpe de estado había sido reemplazado por el presidente del Senado José María Guido quien disolvió el Congreso. Se recordaba que la aplicación crítica del sistema de la ley Sáenz Peña había llevado a que hubiera mayorías inmensas de más de dos tercios del partido gobernante en la Cámara de Diputados. Además de todo el Senado. Única excepción la de Alfredo Palacios como senador por la capital, único opositor en todo el recinto electo en el año 1961. El debate electoral tiene lugar durante todo el siglo XX y su primera reforma curiosamente también lo había tenido de testigo a Palacios cuando en 1904 había sido electo diputado gracias a las circunscripciones uninominales. Después de eso el gobierno conservador cambió de política y volvió al sistema de lista completa, no había lugar a opositores quien ganaba se llevaba todo. Ese fue el fracaso de las circunscripciones uninominales. Tal es el sistema de la ley Sáenz Peña de 1912 que establecía que quien ganaba la elección del distrito se llevaba dos tercios de los diputados y quien perdía el tercio restante.

En el debate de la ley Sáenz Peña hubo quienes se opusieron al sistema de lista incompleta en favor de las circunscripciones uninominales. Sin duda existía en aquella época una gran información en los sistemas con tradición democrática, en particular la Cámara de representantes de los Estados Unidos y el parlamento del Reino Unido. Tomemos el ejemplo del discurso del diputado Nicolás Calvo quien fuera un publicista traductor y comentarista del derecho público de los Estados Unidos quien dijo en palabras premonitorias: *"con la lista incompleta recorreremos el mismo y llegaremos al mismo fin que con tanta elocuencia ha fustigado el señor ministro del Interior. Considero estos inmensos distritos una verdadera tentación para los gobiernos. Consideremos, por ejemplo, la provincia de Buenos Aires. Un candidato que surge en Bahía Blanca es completamente anónimo para la Magdalena, para el Azul, para San Nicolás, etc. entonces, señor, lo que ocurre en ganar alguna gran fuerza para mover esa inmensa mole, esto es, el cuerpo electoral tan diseminado. Y esa fuerza la compone el gran elector. ¿Quién es el gran elector? El que tiene las policías y las municipalidades. ¿Qué sucede entonces? Que desde mucho tiempo atrás, sabemos con anticipación quiénes, más o menos, son los que van a venir, quienes van a resultar electos, y sucede también que cuanto más decente, cuanto más caballero sea el candidato mayor consecuencia tiene que observar con aquella fuerza poderosa. Quiere decir, entonces, que las inspiraciones del gobernador son las que vienen a tener más fuerza aquí, a pesar de todas las teorías que hemos oído de que el diputado por el distrito es un diputado de la nación y no de tal o cual provincia. En la práctica, equivocación profunda, ... Esto lo sabemos todos, no es un misterio ni un secreto. Bien, pues, mi voto será por las circunscripciones, que creó un molde mejor para forjar diputados."*<sup>472</sup>

<sup>472</sup> DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, 1911, T. III, PP, 178/80.



El régimen de lista incompleta duró y tuvo consecuencias graves, en 1946 Perón gana las elecciones por poca diferencia de votos pero se benefició de la lista completa existente para el colegio electoral, y de la lista incompleta que le permitió tener dos tercios en la Cámara de Diputados y todo el Senado, los dos senadores de Corrientes no pudieron incorporarse porque eran obviamente contrarios a la necesidad de uniformidad del partido oficial. En 1951 por la ley 14.032 se restablece sistema de circunscripciones uninominales. Pero como trampa para dibujar las circunscripciones de tal forma que los votos de amplias minorías no tuvieran prácticamente representación en la Cámara de Diputados.<sup>473</sup> Recordemos que en 1949 se había variado el plazo de duración de los mandatos legislativos, y que más adelante se realizarían las elecciones bajo el régimen de guerra interno. Por esa práctica electoral de circunscripciones deformadas la oposición aparecía con mermada perspectiva. Esto desprestigió el sistema de circunscripciones uninominales y se buscó el restablecimiento de la lista incompleta de la ley Sáenz Peña donde el existía la garantía de que el más numeroso de sus partidos, en cada distrito, conquistaría el tercio de los diputados nacionales lo que equivalía a más de cincuenta bancas. Esa posibilidad se cerró con la reforma que determinaba la elección por circunscripciones. De allí que el sistema mayoritario por circunscripciones se transformaría mala palabra en la política constitucional argentina.

El sistema representación proporcional D'Hondt fue establecido en 1957 por la Revolución Libertadora, y fue propuesto por Juan Antonio González Calderón un conocido profesor de derecho constitucional que había escrito un tratado entre 1917 y 1930, había ocupado la cátedra entre 1917 y 1946 y había sido diputado conservador.

González Calderón fue parte de la Comisión de estudios constitucionales conjuntamente con Sebastián Soler y Carlos Sánchez Viamonte. La comisión propuso formalmente el sistema de representación proporcional pero el González Calderón es quien en un informe separado propuestas del gobierno militar sostiene *"la ley electoral que debe dar al país el gobierno de la Revolución Libertadora... ha de ser una ley que traduzca, con la mejor y justa exactitud, la verdadera opinión pública, la voluntad popular expresada por los diversos partidos y sectores políticos que la representan, la difunden en sus programas y campañas proselitistas y la encarnan en sus hombres preferidos. Al ser una ley que no adjudique exclusivamente a tan sólo dos partidos políticos la totalidad de la representación parlamentaria o de los electores del Poder Ejecutivo. Ha de ser una ley, en pocas palabras, que facilite al pueblo representarse en los cuerpos legislativos colegios electores tal cual es, tal como son sus intereses, sus finalidades, sus orientaciones democráticas, sus programas de gobierno y sus hombres dirigentes."* González Calderón hace una ajustada historia de los procesos electorales en la Argentina.

Continúa diciendo: *¿cómo se elegirán los miembros de la convención reformadora? ¿Qué sistema electoral se empleará ese efecto?... no debe ser el de la ley Sáenz Peña tan luego para la reforma de ley suprema y fundamental, sino uno de representación proporcional de los partidos y sectores en que se expresa la opinión"*.<sup>474</sup>

---

<sup>473</sup> EL FENÓMENO DE DIBUJAR LAS CIRCUNSCRIPCIONES PARA DILUIR LOS VOTOS OPOSITORES SE LLAMA 'GERRYMANDERING' POR EL GOBERNADOR DE MASSACHUSETTS, ELBRIDGE GERRY QUE INICIÓ LA PRÁCTICA EN 1812. LOS DISTRITOS TENÍAN LA FORMA DE UNA SALAMANDRA, DE ALLÍ EL NOMBRE.

<sup>474</sup> REPÚBLICA ARGENTINA. COMISIÓN DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. MATERIALES PARA REFORMA CONSTITUCIONAL. II OPINIONES E INICIATIVAS DEL DOCTOR JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN. BUENOS AIRES 1957, PÁGINAS 11 Y SS.

Finalmente, la Comisión de estudios constitucionales propone el sistema proporcional: "la decisión anunciada por vuestra excelencia de adoptar la representación proporcional para la elección de convencionales, hace de rigor la determinación del procedimiento mediante el cual se la hará efectiva. A la mayor simplicidad del procedimiento llamado del "cuociente", se opone el inconveniente de que deja la asignación de las bancas residuales a la aplicación de criterios que resulta más o menos arbitrarios. Este inconveniente se encuentra resuelto matemáticamente por el sistema de d'Hondt, adoptado en Bélgica por primera vez en 1899, que asegura las diversas corrientes políticas una representación proporcional al número su voto, en la forma más exacta posible. La circunstancia apuntada mueve la Comisión a recomendarlo,..."<sup>475</sup> luego la comisión de juristas describe el sistema belga de d'Hondt ya que en ese momento no era conocido.

Con lo cual, la principal reforma política que tuvo la Argentina en los últimos tiempos provino de una idea surgida entre un grupo de juristas durante el gobierno militar después de 1955 que estaban preocupados de la necesidad que hubiera una representación en el Congreso que asegurara la participación de pequeños partidos políticos, que habían sido excluidos de la actividad durante los años entre 1946 y 1955. Éste sistema fue consolidado por decreto ley de 1962 y continúa hasta el presente con las consecuencias señaladas.

En 1957 se llama la convocatoria de convencionales constituyentes, el deseo del gobierno era incorporar a todos los partidos políticos posibles en este debate y se aceptó un sistema proporcional traído desde Bélgica, el sistema del cuociente variante D'Hondt. Éste sistema permitió que hubiera representantes muy variados en la constituyente no sólo los bloques mayoritarios de los radicales divididos, sino también los socialistas en sus dos vertientes, los partidos de centro generalmente llamados conservadores, e inclusive el Partido Comunista argentino. Pero en 1958 para la elección presidencial se vuelve al sistema de la ley Sáenz Peña y las consecuencias fueron la de un presidente débil aunque con basta mayorías parlamentarias. Curiosamente su fortaleza era su debilidad, ya que el debate que no podía realizarse en el Congreso se hacía en gran medida fuera de él y los resultados fueron dramáticos para el sistema democrático incipiente. Entonces en 1962 por distintas razones, en el caso del partido de gobierno, la UCRI, pensaba en atenuar las posibilidades de una derrota electoral, los partidos provinciales y otros de poca representación pero de larga tradición política, comenzaron a presionar para una reforma electoral.

Pero del sistema representación proporcional utilizando, la variante D'hondt no fue producto de un debate similar al efectuada al aprobarse la ley Sáenz Peña. Muy por el contrario, fue establecido por el decreto-ley N° 7164 de 1962, que adoptó el sistema que había sido experimentado en los comicios para convencionales constituyentes de 1957. En los considerandos de este decreto dijo: *"Que la institución del régimen de representación proporcional se plantea actualmente con una exigencia ineludible impuesta por las circunstancias por que atraviesa la República. Que importantes sectores de la opinión pública se han pronunciado en sentido favorable a esa reforma de nuestro sistema electoral y ésta constituye una de las bases esenciales del plan político acordado por el gobierno... Que ante la notoria imposibilidad de que el H. Congreso<sup>476</sup>137 cumpla las funciones legislativas que le competen, el poder Ejecutivo se ven la absoluta precisión de autorizar con fuerza de ley la modificación del régimen electoral en el sentido expresado, ejerciendo atribuciones que sin duda le corresponden frente a exigencias vitales que hacen a la paz y la seguridad internas de la Nación,"*

---

<sup>475</sup> REPÚBLICA ARGENTINA. COMISIÓN DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. MATERIALES PARA REFORMA CONSTITUCIONAL. I INFORME ACERCA DE LA CONVOCATORIA LA CONVENCION. BUENOS AIRES 1957, PÁGINA 35.

<sup>476</sup> EL EUFEMISMO UTILIZADO SE REFERÍA A QUE EL CONGRESO HABÍA SIDO DISUELTO.

Otra paradoja más en la realidad argentina fue que este sistema electoral que tendría consecuencias profundas en nuestra organización política y de la estructura federal, fue establecida por decreto ley cuando el Congreso estado disuelto. La introducción del sistema D'Hondt fue en gran medida solicitada por los pequeños partidos, y por los partidos regionales que consideraban que la adopción de sistemas de lista incompleta podría dejarlo pudiera del Congreso como había ocurrido durante los años pasados del gobierno de Perón.

Como señala con razón Natalio Botana, los sistemas electorales de lista completa y lista incompleta comportan nuestra tradición electoral más fuerte, sin duda hasta la instalación definitiva de la representación proporcional en 1962. El sufragio uninominal establecido en la reforma electoral de 1900 rigió en las elecciones presidenciales y legislativas de 1904, en las cuales todos los distritos quedaron divididos en 120 circunscripciones, en cada una de las cuales se eligió un diputado y los electores para Presidente. Derogado en 1905, el sistema reapareció a comienzos de la década del '50, cuando el trazado de las circunscripciones adquirió curiosas formas que únicamente se explicaban por el propósito de favorecer al peronismo en el gobierno.<sup>477</sup>

Los sistemas electorales determinan la forma en que los sufragios de los votantes se transforman en cargos públicos y según sus características afectan el comportamiento de la organización política. También determinan si el elector vota o por listas presentadas por los partidos políticos o por personas, en el primer caso se trata de sistemas proporcionales y en segundo de sistemas mayoritarios. En los sistemas mayoritarios el candidato victorioso es el único en ganar la elección, en cambio, en los proporcionales, la victoria electoral es compartida y para participar en la distribución se debe alcanzar un número mínimo de sufragios.

Los sistemas mayoritarios y proporcionales se excluyen entre sí. Un sistema electoral es mayoritario si la votación es, habitualmente, por un solo representante de la circunscripción, el candidato victorioso es el único en ganar o donde el número de representantes por la minoría está determinado de antemano, por ejemplo, dos por la mayoría y uno por la minoría. Independientemente del número de votos que cada lista hubiera obtenido. Inversamente, llamamos proporcional al sistema electoral en el que la votación ocurre en una elección de más de dos legisladores presentados en una lista y la cantidad elegida de cada partido es en relación al número de votos. En nuestro Congreso se eligen dos cámaras, de diputados y el Senado, que tienen dos sistemas electorales diferentes, uno proporcional y el otro mayoritario.

Los sistemas mayoritarios no tienen como objetivo que una cámara legislativa refleje la distribución de los sufragios de la población, sino que buscan un vencedor definido. Los sistemas mayoritarios favorecen generalmente a la minoría principal y la erigen en mayoría. Si el sistema es de circunscripciones uninominales resulta electo exclusivamente el más votado. En el sistema mayoritario llamado de lista incompleta como en la ley Sáenz Peña, se otorgaba dos tercios de los candidatos por la lista ganadora y un tercio a la lista perdedora, sin tener en cuenta las diferencias de votos, y sin otorgar representación a otras listas de candidatos. Como en el caso de las circunscripciones, la ley Sáenz Peña al excluir a los otros partidos llevaba al bipartidismo. Una corrección del sistema mayoritario es la que emplea un sistema de dos turnos de votación, en la que se admite en el segundo turno de la

---

<sup>477</sup> NATALIO BOTANA, LAS LEYES ELECTORALES. 'LA NACIÓN', 11 DE ENERO DE 1983. P. 7.

votación solamente los dos candidatos más votados en el primero. Este sistema asegura el triunfo por mayoría absoluta del candidato más votado en el segundo turno.<sup>478</sup> El sistema de doble vuelta tiende a la existencia de hasta cuatro partidos con participación parlamentaria.

Los sistemas mayoritarios también pueden establecer una representación fija de las minorías. Como es el caso del sistema de lista incompleta de la Ley Sáenz Peña que fuera utilizado en la Argentina hasta 1962.<sup>479</sup> Este sistema era muy distorsivo ya que concedía mayorías parlamentarias demolidoras a los partidos que hubieran ganado las elecciones aún por pocos votos de diferencia. Al mismo tiempo establecían un rígido bipartidismo. Otro sistema aún más gravemente distorsivo es cuando al sistema de lista incompleta se le incorpora un sistema mixto, es decir que quién gana la elección, independientemente del número de votos recibe los dos tercios de la representación, el otro tercio es entonces distribuido proporcionalmente entre los partidos minoritarios.<sup>480</sup> Sistemas mixtos de este tipo existen en algunas provincias argentinas y **son inconstitucionales por ser contrarios a la cláusula de garantía del artículo 5°** que impone a las constituciones provinciales el establecimiento de la forma representativa republicana.

Los sistemas mayoritarios crean un incentivo a la conformación de alianzas, porque de lo contrario los pequeños partidos no alcanzarán la representación parlamentaria. Pueden entonces estimular procesos de integración política, ya que la concurrencia a las elecciones mediante alianzas impide a los partidos que la integran a competir entre sí, y si la alianza es triunfadora llevaría a la conformación de gobiernos de coalición. Ello presenta un problema si los partidos, luego de la elección en la que alianza electoral obtiene la mayoría, revirtiesen a sus posiciones originales.<sup>481</sup> Esta situación lleva a la inestabilidad política, que ha sido un grave inconveniente de los sistemas parlamentarios. En los sistemas presidenciales el riesgo es menor debido a la mayor estabilidad de la figura presidencial. Al mismo tiempo si no existiese una alianza que pudiera obtener la mayoría, la ventaja que concede el sistema electoral al partido vencedor en la elección presidencial crea un incentivo a la existencia de un partido dominante.

### ***Los sistemas proporcionales.***

Los sistemas proporcionales pretenden traducir los votos en una cantidad equivalente de representantes. Intentan que la legislatura sea un mapa aproximado de los sufragios emitidos. Varían en su grado de proporcionalidad y ello no es exclusivamente debido a las fórmulas adoptadas para traducir votos en representantes, sino que también está determinada por la **dimensión del universo electoral**.

---

<sup>478</sup> EN LA TERMINOLOGÍA HABITUAL SE UTILIZA LA EXPRESIÓN FRANCESA 'BALLOTAGE'.

<sup>479</sup> SI BIEN LA LEY SÁENZ PEÑA ES DE 1912, EL SISTEMA DE LISTA INCOMPLETA TUVO REFORMAS DE BREVE DURACIÓN, CON EL SISTEMA DE CIRCUNSCRIPCIONES UNINOMINALES EN 1952 HASTA 1955, Y EL DE CUOCIENTE D'HONDT EN 1957 EN LA ELECCIÓN PARA CONVENCIONALES CONSTITUYENTES.

<sup>480</sup> ESTE SISTEMA FUE ESTABLECIDO EN EL PARAGUAY DURANTE LA DICTADURA DE STROESSNER CON EL OBJETO DE ELIMINAR A LA OPOSICIÓN POLÍTICA.

<sup>481</sup> EN ITALIA UNA PRÁCTICA HABITUAL ERA LA DE FIRMAR UN CONTRATO DE GOBIERNO ENTRE LOS PARTIDOS DE UNA COALICIÓN ANTES DEL VOTO DE INVESTIDURA DE UN CONSEJO DE MINISTROS.

Es decir que el principal factor de determinación sobre el grado de proporcionalidad de un sistema electoral es la dimensión del universo electoral, medido por el número de representantes electos por distrito. Independientemente de las particularidades de cada sistema, cuanto mayor es el universo electoral, hay una mayor tendencia a la proporcionalidad. Los grandes distritos son los que se aproximan a la proporcionalidad pura, por ejemplo la Provincia de Buenos Aires elige 70 diputados, renovables por mitades de 35 cada dos años, es el distrito electoral donde hay una mayor posibilidad de representación de pequeños partidos. Inversamente cuanto menor es el universo electoral, menor la proporcionalidad, en las provincias que eligen cinco diputados, donde la renovación es de dos o tres legisladores según el año, la tendencia es a bipartidismo, e inclusive al partido dominante.

La mayor proporcionalidad favorece el multipartidismo, la menor proporcionalidad penaliza los partidos menores y eventualmente los elimina. Ya que cuanto menor es el universo electoral, mayor es el desperdicio de votos, es decir el número de votos que se pierden por estar debajo del cociente electoral, o del número mínimo necesario para tener representación electoral. Los sistemas proporcionales requieren de distritos con más de un representante y se basan en listas de nombres que se proponen a los electores, generalmente tantos nombres como representantes son elegidos por el distrito. Las listas de los partidos pueden ser **cerradas**, cuando los candidatos son electos en el orden determinado por el partido; o **abiertas**, cuando los candidatos son presentados por los partidos en un orden determinado pero los electores tienen la posibilidad de manifestar una preferencia o más, cambiando el orden de los nombres o agregando nombres de otras listas.<sup>482</sup>

Los sistemas proporcionales tienden a un número excesivo de partidos ya que crean un incentivo a quienes son minoría en un partido político a ir directamente a las elecciones creando un nuevo partido u alianza. Las legislaciones electorales buscan medios para impedir la fragmentación partidaria. Una alternativa es el de fijar límites mínimos para la representación electiva, de esta manera la Argentina tiene un nivel mínimo de admisión del 3% de los votos válidos.<sup>483</sup>

### ***Las consecuencias de la representación proporcional.***

La representación proporcional incorpora y promueve la traducción más amplia de los sufragios en bancas en el Legislativo. Su mérito es el de la **equidad en la representación política**. Se le pueden hacer dos críticas importantes, una es que **provoca la fragmentación** excesiva de partidos, llegando al extremo que muchos pierden su identidad, a través de una continua movilidad de nombres y candidatos. La segunda es que **no es sensible al requisito de gobernabilidad**, es decir la existencia de un partido de gobierno efectivo y uno o un grupo de partidos de oposición igualmente efectiva. En un sistema de división de poderes, puede **tender a un partido de gobierno que rodea al presidente y una dispersión de los partidos de oposición**. Una

---

<sup>482</sup> DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY SÁENZ PEÑA SE PERMITÍA EL CAMBIO EN EL ORDEN DE NOMBRES, LLAMADAS TACHADURAS, Y TAMBIÉN LOS AGREGADOS DE OTROS NOMBRES.

<sup>483</sup> COMO LA CLÁUSULA BARRERA ES MUY BAJA EN NUESTRO PAÍS SOLO ES INFERIOR A LA CIFRA REPARTIDORA EN LOS GRANDES DISTRITOS, FUNDAMENTALMENTE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

limitación es hacer más impura la representación proporcional, ya sea disminuyendo el tamaño de los distritos electorales, o al establecer un nivel mínimo de admisión elevado.

En estas circunstancias, la aplicación del sistema de **dobles vueltas para la elección presidencial consolida al pluripartidismo** ya que el votante tendrá una mayor amplitud de elección en el primer turno y solamente tomará una decisión estratégica en el segundo turno. En cambio, en los sistemas de simple pluralidad, donde el que saca más votos en el único turno electoral gana la elección, la decisión estratégica del votante ocurre desde el inicio.<sup>484</sup> El sistema argentino de mayorías atenuadas que permiten obtener la victoria en la primera vuelta electoral, limita este efecto, ya que el votante deberá tomar una decisión estratégica en el primer turno si considera que hay un partido dominante que puede ganar inmediatamente frente a una oposición fracturada.

### ***La elección presidencial en dos vueltas.***

La Argentina adoptó en 1994 un sistema inusual de doble vuelta en la elección presidencial. Fue un sistema imaginado para favorecer a un partido dominante que no contaba con una mayoría estable superior al 50 % de los votos. Es un sistema que favorece a un partido dominante particularmente si el resto de la representación popular está fracturada. Una segunda cláusula constitucional lleva a que ante la fractura de la oposición el partido dominante vea a su candidato elegido en primera vuelta con el 40% de los sufragios. El sistema de dos turnos permite a los electores votar dos veces con un intervalo no mayor de treinta días.<sup>485</sup> Ello supone que los electores pueden reorientar sus decisiones teniendo en cuenta los resultados de la primera vuelta. En nuestro país se ha dispuesto para la elección del presidente y vicepresidente de la Nación. Sus consecuencias en relación al sistema de elección de legisladores es de favorecer la proporcionalidad ya que limita el efecto arrastre que causa la elección presidencial en las elecciones de legisladores. Al mismo tiempo, el sistema de dos vueltas atenúa el bipartidismo al que tiende el sistema de elección directa del Presidente. En el primero de las vueltas los electores se conducen como dentro de la representación proporcional, manifestando libremente su primera preferencia dentro de las otras opciones. Esto tiene consecuencias particularmente en la elección de legisladores donde consolidará la proporcionalidad del sistema.

En el sistema original francés a raíz de la reforma constitucional de 1962 <sup>486</sup> se estableció la exigencia de la mayoría absoluta para que el candidato más votado fuera electo en el primer turno. De esta manera, en la segunda vuelta de elección del Presidente, solamente compiten los dos candidatos que en la primera tuvieron las mejores votaciones. Este sistema ha servido a la Quinta República para reducir la fragmentación del sistema político, que

---

<sup>484</sup> LA VOTACIÓN ESTRATÉGICA ES TAMBIÉN LLAMADA 'VOTO ÚTIL' Y ES CUANDO EL ELECTOR DECIDE APOYAR A SU SEGUNDA PREFERENCIA ANTES QUE PERMITIR QUE EL CANDIDATO MENOS DESEADO SE ELECTO POR DISPERSIÓN DEL VOTO OPOSITOR.

<sup>485</sup> SEGÚN EL ARTÍCULO 96 DE LA CONSTITUCIÓN: LA SEGUNDA VUELTA ELECTORAL, SI CORRESPONDIERE, SE REALIZARÁ ENTRE LAS DOS FÓRMULAS DE CANDIDATOS MÁS VOTADAS, DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS DE CELEBRADA LA ANTERIOR.

<sup>486</sup> REFORMA CONSTITUCIONAL REALIZADA POR REFERÉNDUM DEL 28 DE OCTUBRE DE 1962 QUE SUSTITUYÓ LA ELECCIÓN DE PRESIDENTE POR COLEGIO ELECTORAL POR LA ELECCIÓN POR SUFRAGIO UNIVERSAL A DOBLE VUELTA.

había causado la debilidad e inestabilidad de las III y IV Repúblicas y estableció una tendencia hacia el bipartidismo.

Luego de la reforma de 1994 se estableció el sistema de doble vuelta para la elección del presidente y vicepresidente de la Nación pero sin la exigencia de la mayoría absoluta.

*Artículo 97. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.*

*Artículo 98. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación.*

La alternativa establecida en el artículo 98 crea un incentivo a la conformación de alianzas previas a la elección presidencial para de esta manera evitar que dos o más partidos minoritarios individualmente pudieran ser vencidos por un tercero que tuviera el cuarenta por ciento de los votos válidos. El instituto de la doble vuelta no ha tenido utilización hasta el presente.

### ***La Ley de Duverger.***

Algunos sistemas políticos, Gran Bretaña y los Estados Unidos son los primeros que vienen a la mente, tienen partidos mayoritarios dominan los cargos públicos y se alternan en el poder. Otros países son pluripartidistas. Además de la tradición cultural y la historia, **es fundamentalmente el sistema electoral el que determina el número de partidos.**

Cuando hay **sistemas mayoritarios** como en el caso de las circunscripciones uninominales donde el ganador toma todo, el candidato que recibe la mayor cantidad de votos en una elección única gana el cargo. Si los votos fueron divididos entre tres candidatos en las siguientes proporciones hipotéticas: que primero saca el 40%, el segundo el 31% y el tercer el 29% el candidato que reciba el 40% gana el cargo. En una elección mayoritaria donde no existe segunda vuelta entre los dos candidatos con mayores votos no existe representación proporcional ni otros sistemas que disminuyan la influencia de la elección mayoritaria este sería el resultado. **Los países que tienen sistemas fuertemente mayoritarios, donde el que gana con cualquier tipo de mayoría toma el cargo tienden a tener dos partidos dominantes.**

Esta propuesta ha sido suficientemente comprobada para ser llamada una ley aunque puede haber excepciones donde hay minorías muy importantes o conjuntamente con la existencia de estados de grandes territorios. La regla en cuestión se llama la ley Duverger por el jurista francés que la desarrolló en una obra llamada “La República de los Ciudadanos”<sup>487</sup>. **La ley de Duverger dice que la regla del ganador toma todo tiende a eliminar a los pequeños partidos y a crear un sistema de dos partidos dominantes. Pero también que los sistemas proporcionales tienden al multipartidismo.** De esta manera se ha dicho que Duverger propone dos leyes:

1. la primera que **los sistemas mayoritarios tienden al bipartidismo** y

---

<sup>487</sup> MAURICE DUVERGER. LA RÉPUBLIQUE DES CITOYENS. EDITIONS RAMSAY PARIS. 1982. P. 223 Y SS. PARTICULARMENTE EN EL CAPÍTULO ‘ELECCIONES SIN TRAIÇÃO’.

2. la segunda que **la representación proporcional tiende al multipartidismo**, es decir que tiene un efecto multiplicador de la representación política.

La teoría de la **elección colectiva**<sup>488</sup> explica la razón por la cual votantes racionales producirán este resultado. Señala que con varios candidatos los ciudadanos votarán en forma estratégica. Tomemos el caso que un votante tiene un candidato preferido pero con pocas posibilidades de victoria. Entonces el votante optará por su segunda mejor opción. Bajo la regla del ganador toma todo, los ciudadanos tienden a votar por candidatos que consideran que los demás votarán también por ellos, es decir por candidatos que consideran tienen mayores posibilidades de triunfo, y este comportamiento comprime el número de partidos viables en dos.

Que el ganador gane todo o el sistema mayoritario es un método amplio de reglas de votación utilizado en sistemas democráticos. El otro gran grupo de sistemas electorales es la **representación proporcional** en la cual cada partido político recibe asientos en la legislatura en proporción al número de votos que ha recibido en la elección. En un análisis preliminar debemos recordar que **los sistemas mayoritarios tienden a consolidar a los partidos y tienden al bipartidismo**, en cambio **los sistemas de representación proporcional fragmentan a la representación política**. La consolidación lleva al votante a elegir al preferido de dos partidos aún si ninguno de esos partidos refleja cercanamente las preferencias políticas del votante. Por el contrario, la fragmentación permite a cada votante elegir un partido que se acerque mucho más a sus preferencias. Por lo tanto, los partidos consolidados tienden a formar sistemas de gobiernos estables, mientras que los partidos fragmentados tienden a formar gobiernos inestables.

### ***La relación entre legisladores y votantes.***

Los ciudadanos eligen a los legisladores y los legisladores hacen la ley, pero los legisladores tienen intereses propios y pueden no coincidir con los intereses de los ciudadanos. De alguna manera **la Constitución puede intentar unificar los intereses de los legisladores y de los ciudadanos**. Si los ciudadanos se están viendo representados, entonces los acuerdos entre los legisladores satisfacen las preferencias de los ciudadanos. Pero si los ciudadanos no están bien representados, los acuerdos entre los legisladores satisfacen los intereses de los legisladores y frustran los intereses de los ciudadanos. La doctrina pluralista sostiene que los diferentes segmentos de la sociedad se organizan exitosamente para negociar entre sí e influir en la política. **El pluralismo supone que cada grupo de ciudadanos elige representantes para que negocien por ellos**. Los representantes idealmente tienen influencia política en proporción al número de personas que representan. En la realidad, algunos ciudadanos tienen mejor representación que otros, y algunos representantes tienen un poder desproporcionado. La **teoría negociadora** de la democracia explica estas diferencias sobre la calidad de la representación y el poder de los representantes. **La información desigual es la causa de la representación desigual**. En términos generales, la negociación impide el control sobre los legisladores porque en general los votantes prefieren posiciones principistas a

---

<sup>488</sup> EN INGLÉS (*PUBLIC CHOICE*) Y SOSTIENE QUE LOS ACTORES POLÍTICOS SON MAXIMIZADORES DE SUS INTERESES PERSONALES.



posiciones de legisladores que aparecen negociando. Votar claramente por cada proyecto de ley hace que el legislador aparezca en la lista de votos y por lo tanto sea relativamente sencillo interpretar y determinar cómo ha votado el legislador, pero el intercambio de votos oscurece la información y requiere un análisis más detallado si ha tenido éxito en sus negociaciones y ha obtenido la mejor legislación que deseaban sus representantes.

### ***Las candidaturas políticas.***

Las candidaturas políticas son presentadas por partidos políticos, hay sistemas de partidos fuertes en los que el candidato responde a cierta disciplina partidaria y es incluido en la lista de candidatos por las autoridades del partido y debe responder a sus instrucciones. Hay sistemas de partidos débiles y descentralizados donde o por la personalidad del candidato, o porque cuenta con recursos propios, le permiten cierta independencia de estructuras partidarias débiles.

Para asegurar que la selección de candidatos se realiza dentro de estructuras democráticas se establece la selección de candidatos a través de elecciones internas reguladas legalmente. Es la situación planteada por las llamadas elecciones internas de candidatos.<sup>489</sup> Un debate es determinar si en esas elecciones pueden participar solamente los afiliados al partido o si se permite la participación de los no afiliados.

Esta cuestión fue analizada por la Corte Suprema de EEUU en el **caso Tashjian**<sup>490</sup> donde el partido Republicano de Connecticut atacó la ley local que prohibía a los independientes votar en las elecciones internas del partido Republicano. El Partido sostuvo que la ley limitaba su libertad fundamental de asociación y afectaba sus posibilidades de éxito electoral a aumentar la base de su apoyo popular. Plantea la estrategia que existe detrás de las internas abiertas. Declara inconstitucional la ley que prohibía a un partido permitir votar a independientes. **La estrategia de dejar votar al independiente en la interna es acercar al votante medio a elegir un candidato que votará en el general.**

El control partidario sobre la selección y elección de sus candidatos es mayor cuando las listas son cerradas, es decir, cuando el orden de las listas ni mucho menos su integración no puede ser variada por el elector. Sin embargo, si el sistema electoral es proporcional, la disciplina partidaria tiende a debilitarse en los grandes distritos, ya que candidatos derrotados en las elecciones internas o primarias pueden integrar la lista de otros partidos o crear nuevos partidos. Pueden existir limitaciones legales a este tipo de cambios pero solamente en un lapso breve.

### ***Efectos inesperados de los sistemas electorales.***

Los sistemas electorales tienen una **gran rigidez**, no son elaborados deliberadamente ni alterados libremente. Sus variaciones son particularmente difíciles, ya sea porque la legislación dificulta su reforma,<sup>491</sup> o porque habitualmente una legislatura electa con un sistema electoral rara vez lo reformaría para establecer uno diferente en la que las posibles

---

<sup>489</sup> EN LA TERMINOLOGÍA BASADA EN LA DE LOS ESTADOS UNIDOS SE LAS LLAMA 'PRIMARIAS'.

<sup>490</sup> **TASHJIAN V. REPUBLICAN PARTY OF CONNECTICUT. 479 U.S. 208 (1986).**

<sup>491</sup> POR EJEMPLO EL ARTÍCULO 99 INCISO 3, PROHÍBE EXPRESAMENTE EL DICTADO DE DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA SOBRE MATERIA ELECTORAL.

reelecciones de sus miembros se transformaran en inciertas. Debido a ello los sistemas electorales perduran en el tiempo y tienen una señalada influencia en el sistema político.

Los sistemas electorales tienen un doble efecto, sobre el elector y sobre el número de partidos. Si bien el efecto sobre los electores es restrictivo y limitativo en cuanto a la expresión de sus preferencias, los sistemas varían. Los sistemas mayoritarios son fuertemente restrictivos ya que el elector se encuentra generalmente frente a listas cerradas realizadas por los partidos teniendo en cuenta su prestigio endógeno, y con una alternativa limitada porque se encuentra probablemente frente a un sistema bipartidista. En cambio, en una representación proporcional pura la restricción es menor ya que tiene una oferta mucho más amplia y con posibilidades que el partido o candidato de su preferencia tenga posibilidades de ser elegido ya que hay una menor posibilidad de votos perdidos.

Con respecto a los partidos políticos el sistema mayoritario tiene un efecto reductor ya que votar por partidos políticos que no tendrán representación torna al voto ineficaz.

Un partido puede convertirse en irrelevante cuando continúa siendo superfluo a lo largo del tiempo, en el sentido que nunca será considerado necesario o utilizado como componente de una coalición política. Inversamente, un partido menor debe ser considerado como relevante si se encuentra en una posición de determinar a lo largo del tiempo, o al menos en algún momento como conformando una coalición de gobierno.

Un partido es también relevante cuando su existencia, o su aparición en la contienda electoral, afectan la táctica de los que compiten por el gobierno y particularmente cuando altera el sentido de la competencia de los partidos que se orientan hacia el gobierno.

1. La primera regla se denomina la **potencialidad de coalición**, y
2. la segunda regla es la **potencialidad de extorsión**.<sup>492</sup>

Si bien estas reglas han sido desarrolladas para gobiernos parlamentarios, donde las negociaciones para la conformación de un gobierno se realizan en el parlamento, también se aplican a los sistemas de división de poderes. En estos casos la negociación de los partidos en el Congreso es en el llamado **juego de la legislación**, es decir en los acuerdos necesarios para aprobar tanto el presupuesto de gastos y recursos como las leyes necesarias para el gobierno.

Podemos sintetizar los efectos de los sistemas electorales sobre los sistemas de partidos señalando algunas tendencias:

1. los sistemas electorales **mayoritarios** o de pluralidad de sufragios, tienden a un formato **bipartidario**.
2. los sistemas mayoritarios tienden a causar la **eliminación de los partidos situados debajo del nivel de la pluralidad**, es decir aquellos que no son electos ni pueden serlo por el sistema electoral. Pero no pueden impedir la existencia de partidos, por encima de los dos mayoritarios, cuando la distribución geográfica permita concentraciones importantes.
3. en los sistemas de representación **proporcional**, cuanto mayor es la impureza de la representación, generalmente por el **tamaño del distrito electoral**, **mayor es el costo de ingreso de los pequeños partidos en el sistema**. Inversamente cuanto menores sean las impurezas de la proporcionalidad el sistema no tendrá efecto reductor del multipartidismo.

---

<sup>492</sup> CF. GIOVANNI SARTORI, PARTIES AND PARTY SYSTEMS: A FRAMEWORK OF ANALYSIS. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, PP. 122-23. HAY VERSIÓN CASTELLANA PARTIDOS Y SISTEMAS DE PARTIDOS, 1. ALIANZA UNIVERSIDAD. MADRID 1980.

4. si la representación proporcional es **pura**, o cercana a la pureza, es decir sin limitaciones sistémicas, es decir con un costo igual (o casi igual) para el ingreso de cada partido en el sistema, **el número de partidos podrá ser tan grande como lo permita la cuota mínima existente**. Es decir, en el sistema D'hondt, tantos como lleguen a la cifra repartidora.

### ***Los sistemas electorales y los impuestos.***

El sistema electoral influye en los incentivos de los gobernantes, representantes y políticos en general. De tal manera que la manera en que son elegidos determinará qué actitud tienen frente gasto público, los impuestos, la búsqueda de rentas políticas y la corrupción. Analicemos entonces como los sistemas electorales influyen en la composición del gasto gubernamental.

En los sistemas de representación proporcional los votantes deben elegir entre listas presentada por los partidos esta forma de elección puede diluir los incentivos de los representantes elegidos para actuar en defensa de los intereses de los votantes. Las consecuencias políticas de esta diferencia entre los sistemas mayoritarios donde el legislador electo es único y visible y la representación proporcional, es que en la última los políticos individuales pueden extraer rentas personales del proceso político. Dentro del modelo Persson- Tabellini se disminuye la posibilidad en la representación proporcional que los políticos progresen en sus carreras y por lo tanto aumenten sus posibilidades de reelección, construyendo una reputación de competencia entre votantes informados en forma imperfecta. Estos políticos se encuentran entre incentivos en conflicto, por un lado la extracción de rentas tienen beneficio directo pero por el otro surge el costo de una reputación que disminuye. De esta manera, votar por listas partidarias está asociado con una mayor extracción de rentas que votar a individuos, porque la preocupación por la carrera, es decir por la reelección, no puede equilibrar al deseo de extracción de rentas. El contacto individual entre el representante elegido dentro de una lista y el votante es muy reducido. La lista electoral presentada por el partido hace que los representantes sean responsables colectivamente y no individualmente, lo que disminuye las posibilidades de control individual y hace difusas a las responsabilidades. La lista es redactada por los dirigentes partidarios y es a ellos a quienes va dirigida la lealtad del representante y no hacia los votantes que no pueden castigar al político desleal.

Específicamente cuando los votantes eligen entre listas, los incentivos de los políticos se diluyen por dos efectos. El primero es que existe un problema de polizón (*free rider*) entre los políticos de la misma lista. La razón es que bajo el sistema de representación proporcional el número de bancas depende de los votos obtenidos por el partido, y no por los votos que cada candidato individual que se encuentra en la lista. De esta manera, el esfuerzo del político es el de estar dentro de la lista y luego tiene un ligero incentivo para participar activamente en la campaña, particularmente si se encuentra en lugares que aseguran su elección. Segundo, si la lista es cerrada y los votantes no pueden elegir su candidato preferido las condiciones individuales de reelección depende del lugar en la lista y no en el desempeño individual en la elección. Si las listas son confeccionadas por los dirigentes partidarios, como es habitualmente el caso aún cuando haya elecciones internas, la ubicación en las listas refleja criterios que no tienen relación con la capacidad que tienen los candidatos en proveer beneficios a los votantes, sino por el contrario están basados a la lealtad al partido y a los esfuerzos que realizan dentro del partido antes que la función

gubernamental. Por lo tanto los incentivos individuales para actuar bien en relación con los intereses de los votantes son más débiles. De acuerdo este modelo se puede predecir que existirán rentas políticas y una mayor corrupción cuanto menor sea la proporción de representantes elegidos individualmente a través de elecciones frente a los elegidos por las listas presentadas por los partidos. Es decir habrá una mayor búsqueda de rentas y corrupción en los sistemas proporcionales que en los mayoritarios. Más aún, la renta será más elevadas si la lista es cerrada, es decir si los votantes no tienen la posibilidad de cambiar el orden de los candidatos en la lista.<sup>493</sup>

Existe una marcada influencia del sistema electoral en la presión tributaria, los sistemas de elección mayoritaria tienen una menor presión tributaria, un menor gasto público y un sistema de estado de bienestar más acotado. Estudios empíricos realizados al efecto indican que un cambio que pase de un sistema electoral proporcional a un sistema electoral mayoritario reduciría el gasto gubernamental en un 5% del producto bruto y el gasto en asistencia social entre el dos al 3% del producto. De esta manera, las normas electorales surgen como uno de los determinantes primarios de la política fiscal en las democracias modernas. Más aún del crecimiento mundial en gastos de asistencia social en general de gastos gubernamentales entre los años 70 y 80 fue mucho más pronunciado en los países con sistemas proporcionales que con sistemas mayoritario. De esta manera, los sistemas mayoritarios cumplen un ciclo electoral más profundo ya que los políticos se enfrentan a incentivos individuales más fuertes que en los proporcionales. Las elecciones entonces son más importantes y con mayores consecuencias en los sistemas mayoritarios en los sistemas proporcionales las elecciones se suceden sin mayores sorpresas.

Una interpretación posible de los gobiernos bajo una regla electoral proporcional tienen fuertes incentivos para buscar la reelección a través de amplias coaliciones de votantes y por lo tanto, los incentivos a ampliar el gasto público llegan a su pico inmediatamente antes en las elecciones. Al mismo tiempo, la expansión del gasto en forma adicional en los años posteriores a las elecciones puede ser causada por las promesas efectuadas durante el proceso electoral que tienen que ser cumplida luego de que no indican expansión más importante que antes de las mismas.

En el caso de las rentas políticas y la corrupción podemos decir que existe una mayor responsabilidad (*Accountability*) producto del control más eficaz que ejercen los sistemas mayoritarios, lo que reduce tanto la corrupción como el gasto público improductivo. Los distritos electorales amplios donde existe un mayor control individual directo por el votante promueven una mayor productividad a través de políticas que protegen mejor los derechos de propiedad. Existe un conflicto en el diseño de las normas electorales entre responsabilidad (*Accountability*) y representación, los sistemas electorales mayoritarios y en particular donde existe la regla de la pluralidad, es decir donde gane el que tiene mayor número de votos sin un segundo proceso electoral, los resultados del comicio son más sensibles a los cambios marginales en la distribución de votos. Esto crea incentivos más fuertes para que los políticos no utilicen su oficio en beneficio personal, produciendo rentas y corrupción. Por otro lado los gobiernos elegidos por un sistema proporcional dejarán que el gasto aumente como porcentaje del producto en los momentos en que haya alguna forma de recesión pero no lo disminuirán cuando existan periodos de crecimiento, de esta manera

---

<sup>493</sup> TORSTEN PERSSON Y GUIDO TABELLINI, *POLITICAL ECONOMICS: EXPLAINING ECONOMIC POLICY*, CAMBRIDGE, MIT PRESS. 2000. VER CAPITULO 9.

los sistemas de elecciones proporcionales tienden a un aumento prácticamente incontrolado del gasto público.<sup>494</sup>

Es por estas razones que en la Argentina no solamente los legisladores no legislan, ya que dependen de sus jefes políticos para la reelección debido al sistema electoral, sino que además debemos sufrir una alta carga tributaria.<sup>495</sup>

---

<sup>494</sup> TORSTEN PERSSON Y GUIDO TABELLINI. THE ECONOMIC EFFECTS OF CONSTITUTIONS. MIT PRESS, 2005. P. 273

CF. ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE AND LOYALTY, RESPONSES TO DECLINES IN FIRMS, ORGANIZATIONS AND STATES. HARVARD UNIVERSITY PRESS. 1970, VER PAG. 106 PARA SU APLICACIÓN AL SISTEMA POLÍTICO.

<sup>495</sup>

## **El Poder Judicial.**

### ***La Corte Suprema es un regulador.***

El sistema de control judicial en el cuál un juez, cualquier juez, puede analizar la constitucionalidad de las leyes, permite una mayor influencia judicial en la regulación económica. Por el contrario, si el control judicial fuera concentrado por cuál la decisión sobre la constitucionalidad de normas fue dejada a un único tribunal constitucional, éste resolvería relativamente pocos casos, y actuaría con una cierta autolimitación para evitar ser acusado de co-legislador. Es esta actividad judicial en el análisis de constitucionalidad de normas lo que permite al juez transformarse en el regulador final. Es la situación fue prevista originalmente por Tocqueville en el capítulo sobre el poder judicial en la "Democracia en América". Sostiene que si el juez y hubiera podido atacar las leyes de una manera teórica y general; si hubiera podido tomar la iniciativa de censurar al legislador, hubiera ingresado en la escena política con estruendo, se hubiera transformado en el campeón o en el adversario de un partido, hubiera atraído todas las pasiones que dividen a un país al tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, si en parte la importancia del ataque frente a la visión pública. Su decisión no tiene como objetivo golpear un interés de particular, la ley se encuentra herida solamente por azar.<sup>496</sup>

De esta manera cuando un juez es convocado por una parte para resolver la constitucionalidad o razonabilidad de un reglamento, y lo reforma con su decisión. De una duradera si es el tribunal apropiado. No existe una percepción inmediata si ha habido una reforma definitiva en la legislación, sino aparece la conciencia de una decisión jurídica y por lo tanto oscura, cuya influencia cotidiana no es evidente. Esto permite a las partes acudir habitualmente en busca de una decisión judicial que reforme la reglamentación económica, sin que haya una trascendencia pública del cambio ocurrido.

La mayor parte del tiempo un tribunal regula o reglamenta las actividades gubernamentales. Revé las decisiones de las otras dos ramas del gobierno y establece una decisión que será definitiva. De la misma manera que el gobierno aumenta en sus funciones de reglamentación de la actividad de los particulares, es decir del sector privado, la Corte Suprema aumenta también su función como control del gobierno que establece esas normas y de alguna manera las funciones de la Corte aumentan en forma más que proporcional. En una visión tradicional la función de la Corte Suprema era la de árbitro de las diferencias o de los litigios entre particulares. En la actualidad la Corte también cumple una función de resolver disputas originadas en la actividad de un órgano del gobierno que participa en la reglamentación de la actividad de los particulares, esas disputas tienen ya mucho más que ver con el control de la actividad gubernamental de reglamentación que en una función estrictamente de árbitros. Existe por lo tanto un conjunto de principios unificadores de todas las decisiones de la Corte Suprema que influyen en las normas que regulan la actividad económica. Estas normas han tenido un gran cambio desde las

---

<sup>496</sup> LIBRO I CAPÍTULO VI 'DU POUVOIR JUDICIAIRE AUX ETATS UNIES ET SON ACTION SUR LA SOCIETE POLITIQUE.' OEUVRES. T. II, BIBLIOTHEQUE DE LA PLEIADE. P. 109 Y SS.

primeras decisiones de la Corte reconociendo el aumento, iniciado en la década del 30<sup>497</sup>, del poder de policía por parte de las otras dos ramas del gobierno. Las decisiones judiciales tienen cada vez en forma más amplia una influencia considerable en la actividad económica.

Los jueces tienen dificultades en manejar casos que se refieran a la esfera económica. Estas dificultades parten en principio, de la estructura de la resolución de conflictos y también debido, a veces, a la falta de un entrenamiento apropiado para percibir la influencia de los incentivos que crean las normas jurídicas sobre el sistema económico. Asimismo la esfera judicial está muy influida por el discurso constitucional que distinguió entre libertades económicas y libertades individuales que han de alguna manera limitado la protección constitucional de las primeras y en cambio han profundizado la protección o resguardo de los últimos.

### **Los jueces resuelven litigios y también crean normas.**

Generalmente imaginamos que la creación de normas es un subproducto o producto accesorio a la resolución del conflicto. Si un tribunal debía decidir un caso y para resolverlo efectúa una interpretación constitucional que reconoce la existencia de un derecho que hasta ese momento no habrá sido determinado, el resultado efectivo es la creación de una norma. El procedimiento habitual es que el tribunal o la Corte Suprema al resolver el caso y exponer los fundamentos de la decisión debe evitar que se afecte la regla de la igualdad y con los fundamentos anuncia una norma que gobernará los casos futuros. La decisión un caso concreto impone entonces la creación de una nueva norma que es una norma constitucional. La Corte Suprema tiene una jurisdicción en gran medida discrecional, ya que si bien está reglada por el artículo 14 de la ley 48, debido a las reformas posteriores, a la práctica establecida en mucho tiempo y en gran medida por influencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el procedimiento de certiorari de alguna manera elige los casos en los cuales podrá crear normas para casos futuros. En gran medida una Corte Suprema trata de evitar dictar sentencias en casos que puede haber una variación de las normas. La tendencia es a consolidar las normas existentes en sus propios precedentes y abrir recursos para analizar casos que planteen cuestiones constitucionales novedosas. De lo contrario se transformaría a la Corte Suprema en una tercera vía procesal y se correría el grave riesgo de una jurisprudencia errática.<sup>498</sup> Esto nos enfrenta a las dos visiones que debe tener un Juez de la Corte Suprema en la solución de un caso. La primera es la resolución de la disputa lo cual supone una **visión ex post** de la cuestión, es decir, posterior a que hayan ocurrido las circunstancias del caso. La segunda visión, **ex ante**, es la necesaria para establecer un precedente eficaz, que como toda creación supone una predicción de los efectos de la norma creada hacia el futuro. En toda perspectiva ex post el juez conoce a las partes y generalmente conoce los hechos. En la creación de normas, el juez al dictar el precedente, no conoce las partes que intervendrán en los casos que de lugar la aplicación de la jurisprudencia de ese caso y tiene una información muy incompleta de los hechos futuros que solo puede predecir. Por lo tanto, el Juez se encuentra ante el dilema de por una parte buscar la mejor solución para el caso, es decir, la solución más justa o más de acuerdo a derecho, o que aumente el bienestar de las partes y, al mismo tiempo, debe analizar las

---

<sup>497</sup> ES UN AMPLIO CONJUNTO NORMATIVO QUE VA DESDE EL CASO AVICO C/DE LA PESA HASTA EL CASO ARCENIO PERALTA.

<sup>498</sup> VÉASE EN ESTE SENTIDO LO EXPRESADO POR LA APLICACIÓN DEL TEOREMA GENERAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE ARROW A LAS DECISIONES JUDICIALES.

consecuencias de la norma que crea. Un precedente nuevo puede crear beneficios para ciertas personas en el futuro o alterar el comportamiento de las personas de lo que tendrían con la norma existente, hasta el momento. Este es un riesgo que enfrenta la Corte Suprema, que en cada caso que resuelve se enfrenta con la situación de crear normas para el futuro. La presión para utilizar casos concretos como ocasión para la creación de normas aumenta en forma continua. Y en cada nuevo caso la Corte Suprema muchas veces decide muchas cuestiones constitucionales que tendrán consecuencias sobre situaciones futuras.

En una decisión judicial la Corte Suprema establece reglas o normas constitucionales que influyen tanto a los jueces inferiores que deberán aplicarlas en casos similares y también influye en el comportamiento de los que están fuera del sistema judicial. El Congreso dictará normas que deberán cumplir con las cuestiones constitucionales resueltas por el tribunal. Las fuerzas de seguridad deberán cumplir con las normas de garantías establecidas por los tribunales y los funcionarios públicos deberán cumplir con las garantías establecidas para los actos administrativos. También las visiones constitucionales de la Corte afectan la conducta de los actores económicos dentro de la sociedad, ya que puede crear por sus decisiones incentivos inclusive incentivos de alto poder para los actores económicos dentro de la sociedad. Existe esta paradoja con los fallos de la Corte Suprema, estrictamente las decisiones de la Corte son obligatorias para las partes y los argumentos dados para esa decisión son lo secundario para las partes del proceso, y sin embargo para los casos futuros lo central de la decisión de la Corte no es el decisorio concreto que solo interesa estrictamente a las partes del proceso sino los argumentos dados. Esos argumentos, fundamentos constitucionales son los que reconocerán la existencia de normas constitucionales establecidas a través de los precedentes que la Corte determine.

Como la mayor parte de los abogados los jueces de la Corte utilizan la analogía, es decir, un juez extrae de decisiones anteriores las características que considera pertinentes y determina si la disputa contemporánea tiene puntos en común con las decisiones anteriores. Sin embargo el concepto de la analogía es imperfecto cuando se deben regular decisiones que afectan a los actores económicos de una sociedad, y cuando me refiero a actores económicos son todas las personas que deciden sobre su actividad económica o cualquier decisión que tenga una influencia sobre la distribución de recursos escasos. En ese sentido todos los habitantes son actores económicos en gran medida y su comportamiento está regulado por sus propias decisiones y por las decisiones de la administración. En estos casos la analogía es una solución imperfecta ya que los casos que tienen consecuencias económicas requieren del Juez que resuelva cuestiones que no son estrictamente las que una situación similar en un caso anterior pueda resolver ya que los incentivos o subsidios que pueda crear una decisión pueden variar con las situaciones de casos anteriores.

Las decisiones del Juez influyen en el mercado directamente aunque no de forma evidente. Es decir que un Juez sin probablemente saberlo pueda tomar una decisión que produzca ganancias y pérdidas y muchas veces los resultados sean que las ganancias van a los más ineficientes y las pérdidas a los más eficientes. Al mismo tiempo las reglas de mercado no se aplican a los jueces, es decir, el mercado establece premios y castigos para un inversor que invierte erróneamente o para el administrador que no analiza claramente su sistema de costos o premia a los que ofrecen productos mejores y más baratos que los consumidores desean y buscan. No ocurre esto con la decisión judicial aunque si de alguna manera ocurre en el mercado político.

Las partes litigan porque esperan obtener con ello ciertos beneficios económicos. Uno es que los jueces tomen decisiones eficientes, es decir que pongan a las partes en una situación



mejor de la que estaban antes. La otra alternativa es que una de las partes o las partes utilicen el proceso judicial como un comportamiento oportunista, es decir para no cumplir un contrato, para producir un lapso de tiempo mayor para el cumplimiento de una obligación y de esa manera reducir el precio que corresponde pagar, o también porque consideran que la decisión judicial va a ser tomando las características de la dilación en el cumplimiento una situación que pone a una de las partes en una mejor situación que la que estaría si cumpliera una obligación en el momento de resolverla o que debe cumplirla. También puede ser que las partes ingresen a un proceso porque no tienen otra manera de resolver una cuestión. En general las personas utilizan el proceso judicial para atacar las normas que consideran incorrectas, es decir porque esperan que puedan ganar más por la sustitución de esa norma por otra norma. En este sentido una declaración de inconstitucionalidad de una norma establece que esa norma aplicable no estará en vigencia y por lo tanto será sustituida por otra. También es el caso de la doctrina de la razonabilidad en cuanto a la no aplicación de una norma considerada irrazonable ya que en este caso no solo se trata de la norma en sí que pudiera considerar inconveniente sino también la forma en que es aplicada por la administración. Existe en este tema el debate constitucional que se produce en la Facultad de Derecho que transmite una cultura jurídica a los jueces, tanto al inicio de sus carreras como a través de los argumentos utilizados por las partes en el proceso y también por los argumentos dados por los juristas en publicaciones especializadas.

El debate jurídico en general está muy influido por el concepto de la falla del mercado. En general los abogados tienden a analizar la legislación que el Estado ha dictado para reemplazar la autonomía de las partes o la actividad del mercado por las situaciones que podríamos llamar de falla del mercado. Luego del abandono en gran medida de las doctrinas de falla del mercado por intervención gubernamental sobre todo a partir de la obra de Coase aparece una revalorización de la autonomía de las partes y del comportamiento económico de los que deciden normas que influyen sobre la actividad económica. Otro de los temas de análisis a considerar es la influencia de los grupos de interés en la legislación y la función judicial como una forma de exponer el carácter que alguna legislación tiene por influencia de los grupos de interés que han influido en ella. De alguna manera el Juez interviene en el conflicto entre los intereses de los grupos y lo que podríamos llamar el interés general. El Juez en general está en la mejor situación para defender el interés general de las otras ramas del poder político.

### ***La explosión de la actividad jurisdiccional.***

Esta es la razón que la principal crisis financiera que sufrió el país que se inició con el *corralito* y continuó con la llamada *pesificación asimétrica* fuera resuelta en cientos de miles de causas judiciales. En la Corte Suprema el camino fue tortuoso desde el caso inicial Smith, pasando por Provincia de San Luis hasta Bustos que solitariamente confirmó la pesificación de los depósitos. La gran final fue el caso Massa: donde la Corte con pragmatismo judicial sostiene que el monto de depósitos pesificados más los intereses caídos es equivalente a un depósito en dólares sin intereses y resuelve que las sumas son equivalentes. La solución es ingeniosa y diría Coasiana, ya que la Corte hace suya una solución a la que las partes hubieran llegado por negociación si los costos de transacción hubieran sido muy bajos. El Tribunal ha 'imitado al mercado' asume el resultado de una negociación que hubiera

podido realizarse.<sup>499</sup> Podemos pronosticar que los principales conflictos sociales serán resueltos por decisión judicial, ya que los costos de transacción para hacerlo son bajos y la decisión alternativa del Congreso improbable.

### ***¿Quién es un juez?***

La principal virtud de un juez es su independencia, que no pueda ser influido en sus decisiones por el gobierno o por grupos de interés poderosos. Su principal fortaleza para asegurar la independencia es su estabilidad en el cargo, no pueden ser removidos mientras dure su buena conducta. Ahora imaginemos jueces sin estabilidad, jueces que son designados por el Consejo de la Magistratura y cumplen funciones mientras se esperan su designación definitiva. Saben que si sus sentencias disgustan al gobierno no serán nombrados definitivamente en el cargo. Tienen entonces el fuerte incentivo de favorecer al gobierno en sus decisiones, y el gobierno tiene también un incentivo decisivo a mantener a estos jueces sin designación ni estabilidad.

Los jueces subrogantes son el equivalente de los decretos de necesidad y urgencia para el poder judicial. Jueces que no lo son formalmente y que desean ser nombrados por lo que harán lo que el gobierno quiera hasta su designación.

En el fallo *Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación*, la Corte Suprema se plantea dos preguntas, la primera es ¿Qué requisitos constitucionales debe tener el nombramiento de un juez? Porque más allá de los requerimientos establecidos en la Constitución existía una práctica algo confusa que admitía la existencia de jueces no designados constitucionalmente pero con sus mismas competencias. En gran medida, este desconcierto provenía del comportamiento del Consejo de la Magistratura. Si bien sus competencias están claramente determinadas en la Constitución, existían prácticas que podrían originarse en sus antecedentes europeos, donde existen jueces de una carrera profesional muy estricta y reglada, pero sin el ejercicio del control de constitucionalidad. De esta institución incorporada en 1994 podía provenir una práctica inconveniente. Un precedente era necesario para aclarar este galimatías, particularmente porque la actividad alcanzaba extremos de gravedad institucional.

El precedente señala la incompatibilidad entre el modo de designación establecido en la Constitución y la práctica instalada. No podía ignorar las graves consecuencias que aceptar esta praxis tendría para la división de poderes y la independencia del poder judicial. Si el Presidente no elige jueces, propuestos en ternas y en su lugar se designan jueces sustitutos, con las mismas funciones, que pueden ser removidos, surge un incentivo a no nombrar jueces permanentes y dejar a los transitorios. Porque un juez sin independencia sería un magistrado fácilmente influenciado para torcer sus sentencias. La estabilidad es requisito de la independencia.

Esta operación tenía también un elemento contrario a la igualdad para el ingreso a los cargos judiciales. La designación de una persona como juez subrogante lo ponía prácticamente en funciones cuando todavía se encontraba en competencia por el cargo, en los concursos organizados por el Consejo de la Magistratura. Además de ir contra la idoneidad como único requisito requerido para el ingreso en cualquier cargo público, suponía que podría crearse un favoritismo permanente a favor de ciertos candidatos. Para

---

<sup>499</sup> LA EXPRESIÓN EN INGLÉS ES 'MIMIC THE MARKET' EN ESTE CASO EL DERECHO DE PROPIEDAD APLICABLE INICIALMENTE PARA HACER APLICABLE EL TEOREMA DE COASE ERA EL PRECEDENTE DEL CASO SMITH.

quienes creen que existe alguna forma de carrera judicial en la que algunas personas ascienden en los cargos por el simple paso del tiempo en funciones judiciales, esta era una práctica de alguna manera aceptable. Por el contrario, para quienes consideramos que la principal virtud del Consejo de la Magistratura ha sido la de permitir la transparencia en las designaciones judiciales, estos manejos enturbian la ya muy vapuleada situación de estos nombramientos.

### ***Los Jueces y la división de poderes***

Si la principal virtud de un juez es su independencia, ésta solo puede lograrse por el mantenimiento de la división de poderes. No es ocioso recordar que el régimen presidencial surgió como paradigma ‘separación de poderes’ y de ‘frenos y contrapesos’ para incorporarse al derecho constitucional argentino. De esta manera, cada una de las funciones de gobierno, la ejecutiva, la legislativa y la judicial, deben ser realizadas por órganos independientes con un control mutuo. Si bien la división de poderes tiene un fundamento en la obra de Montesquieu<sup>500</sup> su definición aparece en la obra de la Constituyente de Filadelfia y su difusión en los Papeles Federalistas, obra de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay. Quienes redactaron la Constitución de los Estados Unidos concibieron al conflicto de poderes como la garantía de la libertad, con lo cual se alejaron de la tradición política de un poder absoluto cuyas limitaciones provenían de la doctrina del derecho natural. En lugar de concentrar la autoridad en una institución, pensaron en dispersarla en tres ramas independientes de gobierno, concediendo a quienes encabezaran cada uno de esos poderes ***‘los medios constitucionales y motivos personales necesarios para resistir las usurpaciones de los otros’***<sup>501</sup>. Es decir que se institucionalizó al conflicto como base de la libertad y de la especialización en la función gubernativa. Los constituyentes norteamericanos tenían una concepción de la mecánica newtoniana y la trasladaron al gobierno, crearon una ‘máquina que anduviera por sí misma’ según la expresión utilizada en el momento. El sistema de frenos y contrapesos limitaba el autoritarismo. El establecimiento de un equilibrio entre quienes ejercían el poder, de tal manera que si una rama de gobierno era muy potente las demás se coaligaban para evitar el abuso, es un mecanismo que ha permitido a esa Constitución sobrevivir hasta el presente. Al mismo tiempo del desarrollo del sistema presidencial apareció el predominio de otro poder que consolidó el sistema de frenos y contrapesos. Fue la creación del control judicial de constitucionalidad por el fallo *‘Marbury vs. Madison’*.

**La circunstancia de compartir el poder entre un número de personas y la necesidad de consultar a muchas más, es una garantía de frente al error y al autoritarismo.** Al mismo tiempo, la división de las funciones de gobierno entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, aumenta los costos de transacción de la actividad gubernativa. Una gestión de gobierno efectiva requiere de la actividad conjunta de las tres ramas, por lo tanto la separación crea una situación análoga a la de un oligopolio. Pero la división de poderes también puede reducir los costos de transacción del gobierno, no solamente al aumentar la deliberación, sino también al permitir una mejor división del trabajo. Si la estabilidad de los jueces estuviera supeditada a las vicisitudes de la política

---

<sup>500</sup> CHARLES DE SECONDAT, BARÓN DE MONTEQUIEU (1689-1755) EN EL CAPÍTULO 6 DEL LIBRO XI, DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES DESCRIBE LA CONSTITUCIÓN DE INGLATERRA, A UNA VERSIÓN IDEALIZADA DEL SISTEMA DE DIVISIÓN DE PODERES QUE SERÁ TOMADA POR LOS AUTORES DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA.

<sup>501</sup> CF, EL FEDERALISTA N° 51.

legislativa sería muy difícil atraer a personas capacitadas a una carrera judicial y como consecuencia el derecho vigente sería aún más inestable de lo que es en la actualidad, ya que cambiaría con las opiniones o deseo de los legisladores poderosos. De esta manera la calidad de la justicia provista por los tribunales dependientes sería baja en los casos en que la legislatura, o en su caso el Presidente, tuvieran interés. La especialización en las tareas hace que cada rama cumpla con su función de una manera más eficiente. Esto no quiere decir que cada poder no intente cumplir con algunas tareas de los demás, como es el caso de la legislación y adjudicación por el Ejecutivo como es el caso de los reglamentos en todas sus formas y las decisiones de tribunales administrativos cualesquiera fuera el nombre que este tipo de organismos tome.

Al mismo tiempo el investir diferentes funciones gubernamentales en ramas diferentes e independientes pone límites al crecimiento del gobierno. Porque la capacidad de cada rama de crecer en poder sin control está fuertemente limitada. Este fallo nos recuerda la importancia la designación de los jueces tiene en mantener la forma republicana de gobierno y el sistema de frenos y contrapesos. Solo pueden ser independientes los jueces designados sin influencias políticas y que tengan estabilidad en sus cargos. Un juez transitorio corre un serio riesgo de perder su independencia, se lo pone en una situación en la que puede sufrir presiones insuperables.

### ***Las causas de la inestabilidad de las decisiones judiciales.***

La propuesta del Teorema General de la Imposibilidad ha puesto en tela de juicio la estabilidad y transitividad de las decisiones judiciales. Kenneth Arrow examinó si un sistema de votación podía agregar los órdenes individuales de preferencias dentro de un orden social que tuviera las siguientes características.<sup>502</sup>

- (i) **Unanimidad** o postulado de Pareto. Si las preferencias de un individuo no son opuestas por las de otro miembro del grupo, estas preferencias serán respetadas por el orden social. Esto es, el orden social preferirá cualquier cambio que mejore al menos a una persona sin empeorar la situación de otra.
- (ii) **No dictadura.** Ninguna preferencia individual será la preferencia del orden social si es opuesta por los otros individuos. Ningún individuo podrá dictar la elección de la sociedad sin importar lo importante que fuera el tema para él.
- (iii) **Extensión.** Los individuos podrán alternar el orden que prefieran, **no hay restricciones a los órdenes posibles.**
- (iv) **Independencia de alternativas irrelevantes.** Las elecciones de los individuos entre dos alternativas están basadas solamente en sus preferencias relativas para esas alternativas y no en sus opiniones en otras alternativas irrelevantes que no son votadas en ese momento. Esta condición es establecida en parte para asegurar que los individuos por motivos estratégicos no representen erróneamente sus preferencias para influir el voto en las elecciones siguientes.
- (v) **Transitividad.** El orden social producido por la votación es un orden estable y consistente de todas las alternativas. El orden es transitivo y no puede

---

<sup>502</sup> VER KENNETH J. ARROW. ELECCIÓN SOCIAL Y VALORES INDIVIDUALES. PLANETA AGOSTINI. 1994. P. 110.

cambiarse, si el arte es preferido al fútbol y el fútbol al cine, entonces el arte es preferible al cine. Cuando el orden social es intransitivo los sistemas de votación producen sistemas inestables de ciclo.

Arrow demostró que existe **una imposibilidad de crear un orden social** de preferencias basadas en los órdenes individuales **que cumplan todas las cinco** características anteriores. De allí el nombre del **teorema general de la imposibilidad**.

La descripción que Arrow hace del Teorema General de la Imposibilidad es:

*Si excluimos la posibilidad de hacer comparaciones interpersonales de utilidad, entonces los únicos métodos para pasar de los gustos individuales a preferencias sociales, que sean satisfactorios y que estén definidos para un amplio campo de conjuntos de ordenaciones individuales, serán impuestos o dictatoriales.<sup>503</sup>*

La aplicación de Arrow es particularmente útil en el caso de decisiones judiciales ya que demuestra que las **preferencias individuales de los jueces de tribunales colegiados no pueden trasladarse en forma transitiva. Es decir, que las decisiones de tribunales colegiados tienen a ser intransitivas, es decir inestables y contradictorias. La primera solución para evitar este grave problema es limitar la cantidad de sentencias, ya que cuando mayor sea la cantidad, mayor será la posibilidad de decisiones inestables y contradictorias. La otra es la aplicar estrictamente el Stare Decisis y utilizar decisiones impuestas, por los precedentes existentes.**

Esta situación es grave en las decisiones de tribunales colegiados que toman sus decisiones en votaciones cerradas y presentan la decisión del tribunal en su conjunto. Pero **las decisiones son aún mucho más inestables en el caso que los jueces de tribunales colegiados tomen sus decisiones por votos separados**, es decir un juez que vota primero y luego los demás en un orden establecido por sorteo. En estos casos, los precedentes, es decir las normas creadas por los fundamentos de las sentencias, son fuertemente inestables, porque las decisiones que pueden ser coincidentes en el resultado tienen fundamentos diferentes según el orden de la votación. **En la resolución de casos sucesivos se llegará a decisiones similares pero con fundamentos diferentes según el orden de la votación de los jueces. Es decir, que los decisivos son similares pero los precedentes no.** De allí, que determinar los precedentes sea muy complejo en tribunales que toman las decisiones por votos sucesivos.

---

<sup>503</sup> ARROW. OP.CIT. P. 110.

## Los procesos constitucionales.

### *El derecho como un orden espontáneo.*

El economista austriaco, Friedrich von Hayek sostuvo que media que el derecho era un orden espontáneo de la misma manera que el orden espontáneo del mercado.

El fundamento de sus principios liberales de la justicia y de la economía política, fue su noción del orden espontáneo. Los órdenes espontáneos son patrones sociales que surgen de los resultados de la acción humana pero no del diseño humano. Esto es de abajo hacia arriba a través de las acciones de los individuos dirigidas a obtener sus propios objetivos. El orden social espontáneo no es planificado en el sentido que no está diseñado por una inteligencia superior o algún planificador central. La razón por la que el orden puede surgir de las acciones dirigidas a sí mismas de los individuos, es que los actores individuales no solamente tienen objetivos sino que también siguen las normas. Es este comportamiento de cumplir con las normas de los seres humanos lo general el orden que hace posible a la sociedad. Más aún el orden social espontáneo es un proceso evolutivo en que las normas que hacen a la sociedad posible resultan de un mecanismo de selección que premia a los grupos que cumplen las normas más exitosas. Estas normas consisten en el derecho, las costumbres y los hábitos, las instituciones del orden social, que emerge como una consecuencia inintencionada de la acción individual.

Esto no suponía sino pudiera existir un derecho legislado, u organizado de una manera centralizada. El mismo se encargó de aclararlo: *El mensaje fundamental que he intentado transmitir a lo largo de mi argumentación queda reflejado en mi insistencia en el carácter meramente espontáneo de las normas que facilitan la formación de estructuras que disponen de la capacidad de auto-organizarse. No deseo, sin embargo, que el énfasis puesto en la espontaneidad que debe caracterizar a estos órdenes induzca a pensar que las organizaciones de tipo deliberado no tienen ningún papel fundamental que desempeñar en esta clase de órdenes. El macro-orden espontáneo comprende, no sólo las decisiones económicas tomadas a nivel individual, sino también las que adoptan cualquier organización que haya sido deliberada y voluntariamente establecido. De hecho, un esquema amplio de convivencia favorece el establecimiento de asociaciones voluntarias a las que, desde luego, debe negárseles todo tipo de poder coactivo. Ahora bien, a medida que el proceso avanza, se incrementa el tamaño de dichas asociaciones y se acentúa la tendencia a que ciertos elementos abandonen sus iniciativas económicas a nivel personal para constituirse en empresas, asociaciones o cuerpos administrativos. Por tal razón, entre las normas que caracterizan la formación de los órdenes espontáneos extensos, algunas pueden propiciar la formación de organizaciones voluntarias de rango intermedio. Debe destacarse, sin embargo, que muchas de estas organizaciones, orientadas a la consecución de específicos objetivos, sólo son admisibles en la medida en que queden englobadas en ese más extenso orden espontáneo, resultando inapropiadas en un orden general deliberadamente organizado.*<sup>504</sup>

---

<sup>504</sup> LAW, LEGISLATION AND LIBERTY. A NEW STATEMENT OF THE LIBERAL PRINCIPLES OF JUSTICE AND POLITICAL ECONOMY. FIRST PUBLISHED IN 1973 BY ROUTLEDGE & KEGAN PAUL LTD. 4<sup>A</sup> THE CHANGING CONCEPT OF LAW.

la instauración de la acción de amparo por el caso Siri en 1957 cuando se estableció que existía una acción sumarísima expedita para revocar actos gubernamentales contrarios a la ley y a la Constitución, por medio de una decisión judicial. Por la posterior decisión en el caso Kot, que aceptó la acción de amparo para actos de particulares que afectaran un derecho constitucional, en ese caso el derecho de propiedad, el procedimiento se extendió a cuestiones que iban más allá de la doctrina de la acción de estado.

La cuestión planteo un complejo debate cuando se dictó la ley de amparo en la cual se prohibía en su artículo segundo la utilización de este medio procesal sumarísimo para solicitar una declaración de inconstitucionalidad. El argumento sostenido para aplicación de esta norma, que fue mantenido en muchos casos por alguna doctrina y por precedentes en la Corte Suprema, era que una acción sumarísima no permitiría el suficiente y necesario debate para conocer en una inconstitucionalidad. En defensa de la utilización del procedimiento sumarísimo para el análisis de cuestiones de constitucionalidad se sostuvo la aplicación de la doctrina de la inconstitucionalidad manifiesta, que se aplicaría en los casos en que existieron evidencia incontestable de la ilegitimidad constitucional de la norma atacada. Sólo se reservaría la necesidad de un debate profundo cuando hubiera normas que pudieran tener "color de constitucionalidad". Siguiendo la doctrina de alguna manera resumida por Richard Posner en el sentido que un conflicto de constitucionalidad es en realidad, un conflicto entre discursos jurídicos que compiten, podemos señalar que no existen constitucionalidades o inconstitucionalidades evidentes, ya que si una cuestión plantea un conflicto tan complejo requiere la determinación de un discurso jurídico que la defiende o la ataque.<sup>505</sup> Es decir, que finalmente el juez deberá decidir entre discursos jurídicos complejos e incompatibles, frente a los cuales no existe nada evidente. En el mismo sentido es la posición de Jürgen Habermas que señala que el derecho es un sistema dialógico, es decir producto de un diálogo entre las partes que concluye en un precedente judicial, que en los casos constitucionales constituye una norma para solución de casos similares en el futuro.<sup>506</sup>

---

<sup>505</sup> RICHARD A. POSNER, *THE SUPREME COURT, 2004 TERM A POLITICAL COURT*. 119 HARV. L. REV'

<sup>506</sup> JÜRGEN HABERMAS, *BETWEEN FACTS AND NORMS. CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY*. MIT PRESS. PP. 267 Y SS.

## ***El cumplimiento de los precedentes constitucionales.***

### **El Stare decisis.**

Bajo el principio del ***stare decisis*** - del latín dejar que la decisión esté - una vez que la Corte Suprema ha tomado la decisión de seguir esa decisión en casos futuros y no derogarla salvo en condiciones excepcionales. En El federalista N° 78 Alexander Hamilton dijo "*para evitar una discreción arbitraria de los tribunales es indispensable que estén obligados por reglas estrictas y precedentes que sirvan para definir y señalar su tarea en cada caso particular que le fuera planteado*".

Política judicial de cumplir con los precedentes y no cambiar con un punto de derecho. Doctrina que cuando un tribunal ha establecido un principio de derecho como aplicable a una situación de hecho, se mantendrá en esa posición y la extenderá a todos los casos futuros cuando los hechos sean sustancialmente los mismos. La consecuencia del precedente es la *stare decisis* que significa adherir a los casos decididos, es la doctrina de los tribunales de no variar en un punto de derecho que ya ha sido decidido previamente en una causa similar. Cuando una cuestión de derecho ha sido establecida por una decisión y forma un precedente el cual no se debe variar por el mismo tribunal o por un tribunal inferior a menos que ello fuera necesario para reivindicar obvios principios de derecho o remediar una injusticia continua. La doctrina se encuentra limitada a determinaciones con respecto a cuestiones litigadas y decididas necesariamente pero no es aplicable a los *obiter dicta*.<sup>507</sup>.

La obligatoriedad de los precedentes de la Corte y de la manera que estos deben cumplirse ha sido reiterado en el caso **Cooper c/ Aarón** de 1958.

Las ventajas del *stare decisis* son la necesidad de consistencia, estabilidad y confianza en sistema jurídico que de otra manera se perdería frente a decisiones que fueran inestables o circulares o finalmente intransitivas. La pregunta es, qué ocurre cuando esos objetivos son contrarios a la necesaria evolución de la interpretación constitucional. En este sentido debe tenerse presente que el precedente puede ser también cambiado por una decisión de la Corte Suprema, aunque es conveniente que esas variaciones sean en respuesta a cambios excepcionales o que ocurran a través de largos períodos de tiempo.

**La doctrina de Marbury** es que la Constitución es la ley suprema de la Nación y que es interpretada por los jueces, esta opinión interpretada a su vez por la de **Cooper** es que los precedentes de la Corte Suprema son obligatorios para las otras ramas del Gobierno Federal y al mismo tiempo para los gobiernos locales. Esta doctrina puede tener algún conflicto contra mayoritario, en el sentido de que nueve jueces no electos y vitalicios puedan imponer su autoridad sobre los funcionarios elegidos democráticamente. En una de las primeras obras sobre el tema Alexander Bickel reconoció que el tribunal podía salirse

---

<sup>507</sup> CF. BLACK'S P. 1578.



de lo que podríamos llamar una interpretación estricta del texto y al mismo tiempo declarar inválida la legislación aprobada por el Congreso.<sup>508</sup>

Kornhauser y Sager<sup>509</sup> sostienen que en los jueces hay una jerarquía que establece una división de trabajo entre **jueces contenciosos que establecen los hechos en una causa y jueces de alzada que determinan la ley.**

Proponen un *stare decisis* vertical estricto en que los jueces de tribunales inferiores cumplirán siempre con las decisiones de los jueces de tribunales superiores. Con respecto al **sistema difuso** consideran que **es más eficiente la selección por los litigantes de las causas que deben ser consideradas por un tribunal superior, para determinar la norma aplicable a casos similares futuros, que establecer un sistema centralizado de control de constitucionalidad.**

El *stare decisis* es también un remedio a las decisiones circulares tomadas por los tribunales, tal como lo demuestra la aplicación del **Teorema de la imposibilidad de Arrow.** El *Stare decisis* supone menos decisiones por los tribunales superiores y por lo tanto un riesgo menor de decisiones circulares o intransitivas.<sup>510</sup>

La Corte Suprema ha establecido luego de una larga evolución que sus precedentes deben ser aplicados tanto por ella misma como por los tribunales inferiores.

Por ejemplo en el caso **Lucero**,<sup>511</sup> *La Corte debe, como regla fundamental de funcionamiento, seguir sus propios precedentes. Y aunque este proceder no sea decisivo para pronunciarse en la totalidad de los supuestos que puedan presentarse, resulta conveniente, habida cuenta que se encuentra orientado a consagrar la permanencia y la estabilidad de la jurisprudencia del Alto Tribunal, valores que se ven actualizados en el respeto de la solución alcanzada con anterioridad, cuando se tengan que decidir iguales planteos sobre la misma cuestión.*

---

<sup>508</sup> THE LEAST DANGEROUS BRANCH : THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS. 1962

<sup>509</sup> LEWIS A. KORNHAUSER & LAWRENCE G. SAGER, UNPACKING THE COURT YALE LAW JOURNAL, NOVEMBER, 1986

<sup>510</sup> PARA LA APLICACIÓN DEL TEOREMA GENERAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE ARROW A LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA, VER EASTERBROOK, WAYS OF CRITICIZING THE COURT. HARVARD LAW REVIEW, 95:802. 1982.

<sup>511</sup> LUCERO, ROBERTO ANÍBAL C/ CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN DE LA INDUSTRIA, COMERCIO Y ACTIVIDADES CIVILES. S/ SENTENCIA DEL 31 DE MARZO DE 1999.

## ***La decisión mínima***

Cuando un juez constitucional en una causa quiere evitar el análisis de reglas amplias de interpretación o la utilización de teorías abstractas y trata de concentrarse en lo que es absolutamente necesario para decidir un caso particular aplica la doctrina de la decisión mínima. Busca así no crear un precedente que sea abarcativo en sus consecuencias. De esta manera, en una decisión judicial de este tipo, se evitan todos los argumentos teóricos posibles en el análisis de una decisión, se utilizan solamente los precedentes más cercanos y estrictos y se evita la mención de casos hipotéticos e incluso el desarrollo de *obiter dicta*. Son también decisiones algo lacónicas que permiten llegar a un consenso entre los jueces.

Los que sostienen la decisión mínima evitan la creación de normas amplias dentro del derecho judicial. Una posición extrema es inaplicable, la jurisdicción constitucional supone que los temas tratados tienen una gran relevancia social y que las decisiones de las cortes constitucionales deben tener ejemplaridad para asegurar una correcta aplicación de la Constitución y al mismo tiempo evitar que se revisen circularmente en los tribunales los mismos casos con elementos constitucionales. Pero esto es solamente una parte del análisis de las cuestiones constitucionales. Los jueces que prefieren en ciertos casos una decisión mínima quieren evitar el desarrollo de principios constitucionales demasiado amplios en cuestiones no totalmente analizadas, y al mismo tiempo evitar la comisión de errores. Puede ocurrir que una decisión amplia tenga consecuencias erróneas en casos de consideración con otras instancias. Puede ocurrir que una decisión que establezca un principio amplio sea muy difícil de establecer. En estos casos, lo mejor es una decisión que sea lo más estrecha posible en cuanto a las consecuencias constitucionales que pudiera tener.

## ***La participación en el debate constitucional.***

La **legitimación** es la aptitud o capacidad exigida para acceder a la jurisdicción constitucional.

La pregunta que plantea la legitimación es saber quién puede instar el control judicial de constitucionalidad y de esta manera participar en el debate que incorpora al ordenamiento una nueva norma constitucional. Una primera respuesta es que los sujetos habilitados para reclamar por la inconstitucionalidad de una norma o acto son los agraviados por ellos. Quién tenga interés legítimo en el problema puede formular en juicio el planteo de inconstitucionalidad. Cuando el control de constitucionalidad es de la actividad del gobierno el número de sujetos legitimados se amplía sensiblemente, así ocurre con la acción de hábeas corpus que puede ser asimilada a una ‘acción popular’ dado que prácticamente cualquiera puede entonces presentar una petición de hábeas corpus en pro de quién haya sido arrestado en violación del artículo 18 de la Constitución<sup>512</sup>. En el artículo 43 dice sobre el hábeas corpus: *..la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor..*

En el mismo sentido la Constitución en el artículo 43 expresa que *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista un medio judicial más idóneo..* En el caso de amparo en defensa de los ‘intereses difusos’ de la sociedad dice el mismo artículo 43: *Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.* De la misma manera el artículo 41 habla de *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano..* y de el artículo 42 dice *Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo..* Es decir que en todos estos artículos se plantea una ampliación de la legitimación para solicitar el control judicial de constitucionalidad hacia los titulares de derechos difusos y también por el medio procesal escogido en el hábeas corpus y en el amparo.

Por lo tanto, el control constitucional es en razón de los sujetos impugnantes amplio. Quién sufre el agravio puede plantear la declaración de inconstitucionalidad e instarla controlando el curso del proceso respectivo. A él se agregan los que tienen un interés en la libertad física o de locomoción de una persona, en la protección de un derecho constitucional por el amparo y finalmente los que exijan el respeto de derechos difusos.

---

<sup>512</sup> CF. SAGÜES, N. P. *RECURSO EXTRAORDINARIO. OP. CIT. TOMO I. P. 105.*

Este requisito de gravamen o perjuicio constitucional es más amplio que en otras instancias procesales ya que la vigencia de la supremacía de la Constitución requiere una facilitación mayor que en pleitos judiciales corrientes entre particulares. Se trata del interés para recurrir y concierne a uno de los aspectos principales para acudir en el control judicial de constitucionalidad ante los jueces y finalmente ante la Corte Suprema.

En la práctica americana la legitimación se llama *standing*. Se distingue entre el *first party standing* que es la legitimación del titular del derecho controvertido de la de un tercero habilitado para sostener la impugnación referida al derecho del otro.

### **Los amicus curiae.**

Dentro de la noción del *standing* está la de *amicus curiae* por el que son admitidos grupos o individuos que quieren dar a conocer sus puntos de vista sobre el tema en consideración en una apelación extraordinaria. De esta manera dentro del modelo dialógico de creación de precedentes esta institución permite la ampliación de participantes en el debate. Cuanto mayor se la participación de ideas en el debate constitucional mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y al mismo tiempo se cumplirá con el fundamento democrático que las normas son auto impuestas y de allí obligatorias y legítimas.

La expresión *Amicus Curiae* del latín **amigo de la corte**, se refiere a la autorización que se da a alguien para proveer información en un caso concreto aun cuando no esté directamente incluida en juicio en cuestión. Generalmente esta participación se realiza con la presentación de un memorial. El tribunal puede dar a los argumentos expresados en el memorial del *amicus curiae* la importancia que le parezca pertinente, incluso puede desecharlos.

Los memoriales de *amicus curiae* se presentan tanto en el momento en que se analiza la apertura del recurso (*writ of certiorari*) como en el momento de considerar los méritos de la causa. Se ha notado una relación positiva entre la cantidad de memoriales presentados en apoyo a la apertura del recurso y su concesión por la Corte Suprema. En general se trata de alguien que no es parte del litigio pero que considera que la decisión de la Corte puede afectar sus intereses.<sup>513</sup> Algunas organizaciones, generalmente no gubernamentales presentan memoriales como *amicus* con el fin de “lobby” frente a la Corte Suprema y lograr de esta manera la atención de la prensa o impresionar a los miembros del Tribunal.

El *amicus curiae* fue incorporado al derecho argentino por acordada de la Corte Suprema del 14 de julio del 2004. El nombre adoptado en su reglamentación es una traducción del latín *Amigos del tribunal*, y su organización tiene como principal diferencia con el de la Corte de los Estados Unidos en que para su presentación se debe solicitar autorización al tribunal y no a las partes. Se trata de una incorporación extremadamente útil para el desarrollo futuro del control judicial de constitucionalidad, en particular porque permitirá una mayor

---

<sup>513</sup> REHNQUIST, WILLIAM H., THE SUPREME COURT, PAGE 89.

trascendencia en los debates de los casos ante la Corte y dará una amplia legitimidad a sus decisiones.

## ***EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD***

Existe una evolución entre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, desde la posición original que la norma original no producía efectos jurídicos, hasta formas más flexibles sobre sus efectos. Desde el caso *Marbury vs. Madison* se planteó la situación de un tribunal frente a una norma inconstitucional, la primera respuesta es la negativa a aplicar dicha norma en el caso concreto. La expresión de Marshall es *'null and void'* que podríamos traducir como nula de nulidad absoluta. Esta tradición fue mantenida en el precedente **Norton vs. Shelby County, 118 U.S. 425** de 1886 que dio una respuesta estricta: Planteada la duda sobre la validez de los efectos de actos de funcionarios de facto dijo el Juez Field,

*Es difícil darle una respuesta por otro argumento que no sea el siguiente: Un acto inconstitucional no es una ley, no confiere derechos; no impone obligaciones; no concede protección; no crea una función pública; es, en su aspecto jurídico, tan inoperante como si nunca hubiera sido aprobado.*<sup>514</sup>

Gerald Gunther define esta decisión como una exageración (*overstatement*) y recuerda que la Corte misma se ha encargado de señalar que el problema es más sutil y complejo que lo que palabras declarando la nulidad absoluta podrían indicar. En el caso **Chicot County Drainage District vs. Baxter State Bank, 308 US 371 (1940)** fue el Chief Justice Charles Evans Hughes quien indicó la doctrina correcta,

*Los tribunales inferiores han procedido sobre la base de la teoría que una ley del Congreso, que ha sido considerada inconstitucional no es una ley; que era inoperante, que no confiere derechos ni impone obligaciones y por lo tanto no ofrece base en contra del derecho atacado, (Norton vs. Shelby County, 118 U.S. 425, 442). Es muy claro, sin embargo, que enunciados tan amplios sobre los efectos de una determinación de inconstitucionalidad deben ser tomados con calificaciones. La existencia efectiva de una ley anterior a esa determinación es un hecho operativo y tiene consecuencias que no pueden ser ignoradas con justicia. El pasado no puede siempre ser borrado por una declaración judicial. El efecto de la decisión subsiguiente sobre la invalidez debe ser considerado en varios aspectos, con respecto a las relaciones particulares, individuales, o societarias y la conducta particular privada y oficial. Cuestiones sobre reclamaciones de derechos adquiridos, sobre estado, sobre determinaciones previas determinadas a tener finalidad y sobre las que se ha actuado en consecuencia, sobre el orden público y a la luz de la naturaleza tanto de la ley, como de su aplicación previa, requieren ser examinadas. Estas cuestiones están entre las más difíciles de las que son traídas a la atención de los tribunales, tanto locales como federales, y es evidente por numerosas que sean que una decisión que contenga un principio de absoluta retroactividad de la invalidez, no puede justificarse.*<sup>515</sup>

---

<sup>514</sup> CF. JUAN VICENTE SOLA. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. 2ª ED. LEXIS NEXIS, BUENOS AIRES. 2006, P. 222. EN EL MISMO SENTIDO GERALD GUNTHER. CONSTITUCIONAL LAW. 11TH. ED. 1985, P. 28.

<sup>515</sup> CF. JUAN VICENTE SOLA. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. 2ª ED. LEXIS NEXIS, BUENOS AIRES. 2006. P. 223.

## ***Habeas Corpus, Amparo y el Habeas Data.***

### **EL HABEAS CORPUS**

#### **La protección de la libertad física o de locomoción.**

El habeas corpus es una garantía que protege la libertad física o de locomoción a través de un proceso judicial sumario. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 18 cuando establece que *nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente*. Está mencionado expresamente en el párrafo 4º y final del artículo 43:<sup>516</sup>

*Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.*

Este artículo confirma la acción de habeas corpus tanto en el caso de restricción de la libertad física que ha sido su vigencia tradicional, pero amplía a los siguientes casos:

1. en el caso de amenaza actual e inminente, un habeas corpus preventivo.
2. en el caso de una agravación ilegítima de las condiciones de detención,
3. en el caso de la alteración o molestias a la libertad física, como son los acosos o vigilancias indebidas.
4. Finalmente en el caso de la desaparición forzada de personas, cuya inclusión producto de nuestra trágica historia reciente.

El habeas corpus se encuentra legislado ampliamente en la ley 23098 que admite además de lo afirmado en la Constitución, el control judicial en el caso concreto de las limitaciones de la libertad producidas en virtud de la vigencia del estado de sitio, artículo 4º ya citado. El sistema se estructura sobre la base del contacto directo del juez con los intervinientes, se asegura así la concentración y continuidad sin desmedro de la oportunidad de audiencia y prueba limitada de las partes. Se asegura al habitante la tutela de la libertad ambulatoria, se garantiza la oportunidad de recurrir al juez las 24 horas y se dota de elementos para defenderse aún en supuesto de emergencia constitucional. Los jueces podrán decretar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional. El habeas corpus corresponde solamente para actos de funcionarios públicos y no para actos de particulares, por aplicación del principio de la acción de Estado.

#### **El habeas corpus preventivo.**

Está legislado en el artículo 3.1 de la ley 23.098.

---

<sup>516</sup> INCORPORADO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.

**Art. 3° - Procedencia.** *Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:*

*1. Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.*

En el caso del hábeas corpus preventivo la Corte Suprema lo reconoció por la acción intimidatoria de agentes de policía, en el caso **Cafassi** Fallos 311:308... La Corte Suprema subraya que la amenaza debe ser también contemporánea (acto u omisión "de funcionario o autoridad pública que amenace "en la actualidad..."), pero realiza, a todas luces, una singular apertura en cuanto la óptica judicial para meritar la existencia o no de amenaza. La presencia de 2 personas requiriendo información sobre la conducta del ocupante de un departamento, presumiblemente policías, es causa suficiente para dar curso a la acción de hábeas corpus. Es evidente que este fallo es mucho más elástico que los reseñados precedentemente, sobre la acreditación de la presencia de la "amenaza".

### **El hábeas corpus correctivo.**

Esta modalidad de hábeas corpus se emplea cuando se producen actos de agravamiento arbitrario o ilegal respecto de las formas o condiciones en que se cumplan las penas de privación de libertad. Está legislado en el artículo 3.2 de la ley 23,098.

*2. Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.*

En el caso Haro, Eduardo M. Fallos Corte: 330:2429 la Corte Suprema dijo:

*8°) Que en tales condiciones, el a quo convalidó un pronunciamiento que desvirtuó el procedimiento del habeas corpus tomando inoperante esta garantía en el caso. Ello fue así, porque se rechazó la denuncia en los términos del art. 10 de la ley una vez fenecida la etapa procesal oportuna y sin que se le diese al amparado la oportunidad de ser oído, como hubiese ocurrido de haberse observado el procedimiento aplicable, cuyo carácter sumarísimo no podía ser empleado en perjuicio de la garantía de defensa en juicio del interesado (Fallos: 307:1039).*

### **Legitimación procesal y trámite del hábeas corpus.**

La legitimación procesal para interponer el habeas corpus es amplia.

*ARTICULO 5. - La denuncia de hábeas corpus podrá ser interpuesta por la persona que afirme encontrarse en las condiciones previstas por los artículos 3 y 4 o por cualquier otra en su favor.*

La ley admite expresamente la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de un acto contrario a la Constitución.

*ARTICULO 6. - Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad, cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.*



A pesar de tratarse de una ley federal ya que es aplicación del artículo 43 de la Constitución, que establece el mínimo que deben cumplir las provincias, establece normas de procedimiento, para asegurar la garantía constitucional aún en los tribunales locales.

*ARTICULO 11. - Cuando se tratare de la privación de la libertad de una persona, formulada la denuncia el juez ordenará inmediatamente que la autoridad requerida, en su caso, presente ante él al detenido con un informe circunstanciado del motivo que funda la*

*medida, la forma y condiciones en que se cumple si ha obrado por orden escrita de autoridad competente, caso en el cual deberá acompañarla, y si el detenido hubiese sido puesto a disposición de otra autoridad a quien, por qué causa, y en qué oportunidad se efectuó la transferencia.*

*Cuando se tratare de amenaza actual de privación de la libertad de una persona el juez ordenará que la autoridad requerida presente el informe a que se refiere el párrafo anterior:*

*Si se ignora la autoridad que detenta la persona privada de su libertad o de la cual emana el acto denunciado como lesivo, el juez librará la orden a los superiores jerárquicos de la dependencia que la denuncia indique.*

*La orden se emitirá por escrito con expresión de fecha y hora salvo que el juez considere necesario constituirse personalmente en el lugar donde se encuentre el detenido caso en el cual podrá emitirla oralmente, pero dejará constancia en acta.*

*Cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia o inferior administrativo, político o militar y que es de temerse sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus, pueden*

*expedirlo de oficio, ordenando a quien la detiene o a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.*

*ARTICULO 12. - La autoridad requerida cumplirá la orden de inmediato o en el plazo que el juez determine de acuerdo con las circunstancias del caso.*

*Si por un impedimento físico el detenido no pudiere ser llevado a presencia del juez la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser*

*cumplida. El juez decidirá expresamente sobre el particular pudiendo constituirse donde se encuentra el detenido si estimare necesario realizar alguna diligencia y aún autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia.*

*Desde el conocimiento de la orden el detenido quedará a disposición del juez que la emitió para la realización del procedimiento.*

*ARTICULO 13. - La orden implicará para la autoridad requerida citación a la audiencia prevista por el artículo siguiente, a la que podrá comparecer representada por un funcionario de la repartición debidamente autorizado, con derecho a asistencia letrada.*

*Cuando el amparado no estuviere privado de su libertad el juez lo citará inmediatamente para la audiencia prevista en el artículo siguiente, comunicándole que, en su ausencia, será representado por el defensor oficial.*

*El amparado podrá nombrar defensor o ejercer la defensa por sí mismo siempre que ello no perjudique su eficacia, caso en el cual se nombrará al defensor oficial.*

*En el procedimiento de hábeas corpus no será admitida ninguna recusación, pero en este momento el juez que se considere inhabilitado por temor de parcialidad así lo declarará, mandando cumplir la audiencia ante el juez que le sigue en turno o su subrogante legal, en su caso.*

Establece un procedimiento oral en una audiencia con las siguientes características:

*ARTICULO 14. - La audiencia se realizará en presencia de los citados que comparezcan. La persona que se encuentra privada de su libertad deberá estar siempre presente. La presencia del defensor oficial en el caso*

*previsto por los párrafos 2 y 3 del artículo 13 será obligatoria.*

*La audiencia comenzará con la lectura de la denuncia y el informe. Luego el juez interrogará al amparado proveyendo en su caso a los exámenes que correspondan. Dará oportunidad para que se pronuncien la autoridad requerida y el amparado, personalmente o por intermedio de su asistente letrado o defensor.*

Se admite la apertura a prueba de oficio o a pedido de parte.

*ARTICULO 17. - Terminada la audiencia el juez dictará inmediatamente la decisión, que deberá contener:*

- 1. Día y hora de su emisión.*
- 2. Mención del acto denunciado como lesivo, de la autoridad que lo emitió y de la persona que lo sufre.*
- 3. Motivación de la decisión.*
- 4. La parte resolutive, que deberá versar sobre el rechazo de la denuncia o su acogimiento, caso en el cual se ordenará la inmediata libertad del detenido o la cesación del acto lesivo.*
- 5. Costas y sanciones según los artículos 23 y 24.*
- 6. La firma del juez.*

*Si se tuviere conocimiento de la probable comisión de un delito de acción pública, el juez mandará sacar los testimonios correspondientes haciendo entrega de ellos al ministerio público.*

## ***El amparo.***

### **El Artículo 43 de la Constitución.**

El artículo 43 otorga jerarquía constitucional a la acción de amparo y al habeas corpus, incorporando en la misma norma al habeas data. Es una acción expedita y rápida, y podrá deducirse siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Esta acción puede dirigirse contra autoridades públicas o contra particulares, y es una acción (preventiva o reparatoria, no indemnizatoria), que procede frente a acciones u omisiones que agraven derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes. Dicha norma admite también la declaración en la misma acción de amparo, de la inconstitucionalidad de la norma agravante. El amparo sólo procede en los casos en que la violación del derecho se haya realizado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Es decir que corresponde cuando para calificar el acto u omisión como arbitrario o ilegal, la investigación que deba realizarse, sea evidente o requiera de una prueba sumamente abreviada. La idoneidad exigida por el artículo 43 tiene una doble significación: para el actor, significa que frente a la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, necesita de una decisión judicial rápida que no permita la subsistencia de la conducta agravante, y para el demandado significa que se encuentra protegido por la garantía del debido proceso, requiriendo una defensa amplia de sus derechos. En el amparo, no exige agotar previamente la instancia administrativa. En cuanto a la legitimación para accionar, el amparo puede ser planteado por la persona física o jurídica afectada que es la persona que ha sufrido el daño.

Además del afectado, la norma incorporó a otros legitimados cuando se trate de derechos de incidencia colectiva. Para estos casos la norma creó dos legitimados especiales: el Defensor del Pueblo (artículo 86 Constitución Nacional) y las asociaciones de protección. Pero dicha legitimación especial debe interpretarse con carácter restrictivo, en el sentido que ninguno de ellos puede sustituir al titular directo del derecho agraviado, cuando no esté en juego un derecho de incidencia colectiva, y el titular del mismo cuente con los medios para su propia defensa. En particular es conveniente utilizar la práctica del derecho comparado en las acciones de clase.

La ley 16986 había establecido dos prohibiciones que **han sido derogadas** por la nueva redacción del artículo 43 primera parte:

1. la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de normas en un juicio de amparo (art. 2 inc. d) y
2. el plazo de caducidad que no hacía lugar a la acción si ‘La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse’.

El artículo 43 establece una mayor amplitud del amparo tal como había sido originalmente imaginado con gran sencillez y brevedad en los casos Siri y Kot, que los imaginaba como

una herramienta útil para la protección de los derechos. La protección de los derechos constitucionales no puede estar sujeta a un plazo de caducidad que impida a los jueces restablecer la vigencia de la Constitución y de las leyes.

## **El Caso Ángel Siri s- Habeas corpus.**

El caso Siri tuvo su origen en un pedido formulado por Ángel Siri en su carácter de director propietario del diario Mercedes para que se dejase sin efecto su clausura y se levantara la consigna policial que se mantenía frente al respectivo local el actor sostuvo como fundamento que la medida vulneraba la libertad de expresión y de trabajo. Durante la tramitación de la causa, y a pesar de los informes requeridos por el juez a diversas reparticiones oficiales, no se logró establecer ni la autoridad que había dispuesto la medida ni las causas a que ella obedecía. El juez de primera instancia rechazó dos veces la petición, la primera por considerar que la acción de hábeas corpus "sólo protege la libertad física o corporal de las personas"; la segunda por qué de un informe posterior de la comisaría local se habría comprobado la cesación de la medida lo que privaba de "actualidad y fundamento" a la acción. La Cámara de apelación de Mercedes confirmó la resolución, por lo cual el señor Siri planteó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia.<sup>517</sup>

<sup>518</sup>Una vez radicada la causa de la Corte Suprema se requirieron informes sobre si subsistía la clausura del diario a lo que el comisario de la localidad respondió afirmativamente. Comprobada la existencia y vigencia de la clausura del diario y la ausencia de orden de autoridad competente que justificara dicha restricción, la Corte Suprema entendió que el accionante ante no había interpuesto un hábeas corpus sino que se había limitado a invocar la garantía de la libertad de expresión y de trabajo que asegura la Constitución.

Señaló la Corte:  
*El escrito de fs. 1 sólo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción.*

***Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer "en qué caso y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación", como dice el art. 18 de la Constitución a propósito de una de ellas.***

---

<sup>517</sup> NO EXISTÍA EN LA ÉPOCA LA LIMITACIÓN ESTABLECIDA POR EL PRECEDENTE STRADA, DE LO CONTRARIO HUBIERA TENIDO QUE IR ANTE LA SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. CON LO CUAL EL RESULTADO HUBIERA SIDO PROBABLEMENTE DIFERENTE.

<sup>518</sup> AUGUSTO MORELLO Y CARLOS VALLEFÍN. EL AMPARO, RÉGIMEN PROCESAL. LIBRERÍA EDITORIAL PLATENSE. LA PLATA. 2000. P. 3.

## **El caso KOT, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares.)**

El caso Kot se originó a raíz de un conflicto laboral donde los operarios de una fábrica textil lo ocuparon paralizando sus actividades. El socio gerente de la empresa planteó una denuncia por usurpación ante la comisaría de la localidad y reclamó la entrega del inmueble, por lo que se inició el correspondiente sumario. El juez en lo penal de la ciudad de La Plata resolvió sobreseer definitivamente la causa y no hacer lugar al pedido desocupación fundándose en que la ocupación por parte de los empleados obedecía exclusivamente la extensión conflicto laboral y no tenía por objeto el despojo de la posesión en los términos del artículo 2351 del Código Civil. Dicha sentencia fue confirmada por la Cámara tercera de apelaciones en lo penal de La Plata. El mismo día de la sentencia de la Cámara, aunque antes de que éste fuera dictada, el apoderado de la empresa se presentó ante tribunal planteando un recurso de amparo, el que fue desestimado en la errónea interpretación de que se había interpuesto un hábeas corpus. La causa llegó a conocimiento de la Corte Suprema por el recurso extraordinario planteado contra esta última sentencia.

Señaló la Corte que el recurrente había interpuesto una acción

*‘de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución. Esta Corte lo ha declarado así en la sentencia de fecha 27 de diciembre del año próximo pasado en la causa "Siri Angel" (Fallos, 239:459), con fundamentos que se dan aquí por reproducidos en todo lo pertinente.*

*Que si bien en **el precedente citado la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional.** Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Constitución Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas. Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerte no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la ley suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que **la protección de los llamados "derechos humanos" - porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad.** Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada - que es, desde luego, la del "hábeas corpus" y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.- por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos **Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que***

***aparezca ella amparando realmente no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos.***

### **La inconstitucionalidad y el amparo.**

Asimismo y pese a que **el artículo 43 admite expresamente el control de constitucionalidad en el amparo**, existen casos que se limita el control de constitucionalidad citando un decreto ley de un gobierno dictatorial<sup>519</sup>. La Corte Suprema ha señalado que esta norma no debe aplicarse estrictamente:

*El art. 2º, inc. d), de la ley 16.986 halla su quicio en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando al momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger, e Impedir este análisis en el amparo es contrariar las disposiciones legales que lo fundan como remedio para asegurar la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, explícitos o implícitos, así como la función esencial de la Corte, de preservar la supremacía constitucional (arts. 31 y 117 Constitución Nacional). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-*

---

<sup>519</sup> EL ARTÍCULO 2 DEL DECRETO LEY 16986.

## ***EL HABEAS DATA.***

### **El conocimiento sobre los datos que nos afectan.**

El art. 43, referido al amparo, dice en su tercer párrafo.

*"Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".*

Esta norma tiene origen en el derecho público provincial en las últimas reformas constitucionales. Ha tenido origen e importante aplicación en los Estados Unidos en el "Freedom of information Act",

La Constitución de Portugal establece un criterio amplio para la protección de la intimidad frente a los registros informáticos, incluyendo la prohibición de un número de registro único,

*Artículo 35.*

*Utilización de la informática*

*1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización.*

*2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos.*

*3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos.<sup>520</sup>*

El habeas data es un proceso constitucional por el cual se asegura el derecho a la intimidad, tiene su fundamento en el respeto integral de las acciones privadas protegidas de la acción pública por el artículo 19. Es una consecuencia de la gran difusión de registros informáticos gubernamentales y privados que en muchos casos tienen difusión generalizada o que se ponen en venta.

El término *habeas data* realiza una asociación con el de *habeas corpus*, en lugar de "tened el cuerpo" se dice "tened la información o los datos". Se ha asociado esta garantía con el derecho a la intimidad, ya que evita que ciertos datos sobre una persona no tengan una publicidad innecesaria. Sin embargo nos parece que el bien protegido es mucho más amplio, ya que la divulgación de información puede causar daños patrimoniales o profesionales. Particularmente en el caso de la divulgación de información falsa que puede

dañar el patrimonio, prestigio, y futuro profesional o empresario de una persona en algunos casos en forma irreparable.

Puede iniciar el amparo *toda persona*, para *tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad*, y en su caso luego de conocerlos exigir *la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización* de esos datos si fueran falsos o discriminatorios.

La protección que da esta garantía es amplia ya que incluye todos los bancos de datos públicos y también los privados en los casos que éstos se dediquen a proveer informes. La norma distingue en cuanto a las características de los bancos de datos, la protección es amplísima cuando quién tiene la información es el Estado, no admite el artículo excepciones, ni siquiera en los casos que puedan estar en peligro la seguridad nacional. Es probable que en estos casos el juez interviniente analice la información y la forma en que pueda ser comunicada sin vulnerar la garantía constitucional.

En los casos de que los bancos de datos sean privados se establece la limitación para el ejercicio de la garantía de que éstos tengan la función de proveer informes es decir, la habitualidad en la obtención de información con el fin de difundirla. Es una práctica común en la actividad financiera que existan entidades a proveer información sobre la situación patrimonial de personas o empresas. Existen también empresas que obtienen información sobre la contratación de personal. La norma se aplica a todos estos casos y también a los casos de empresas que obtengan y diseminen información sin que ésta fuera su tarea principal. En los casos de tratarse de empresas prestatarias de servicios públicos debe aplicarse el régimen de los bancos de datos oficiales, ya que de otra manera el Estado podría fácilmente burlar la norma con la privatización del servicio.

En ningún caso puede afectarse el secreto de las fuentes de información periodística, prohibición que protege el secreto profesional de los medios de comunicación. Esta es una norma que ha producido un importante debate en el derecho comparado.

La protección incluyen a todas las personas, físicas y jurídicas, habitantes o transeúntes y se refiere tanto a la intimidad como a cuestiones puramente patrimoniales. Es decir, protege situaciones tan diversas como el caso del funcionario que quiere saber la información que sobre él se tiene en los archivos de datos públicos, como a la empresa que busca conocer la información que sobre ella se distribuye en medios financieros. Es una saludable arma contra la difamación y los errores de información.

El derecho de acceso a los datos personales se encuentra reglamentado en la ley N° 25.326

- a) el titular tiene derecho de acceder a sus datos personales;
- b) el responsable o usuario tiene la obligación de proporcionarlos en un plazo de 10 días;
- c) el acceso es gratuito;
- d) los herederos de las personas fallecidas tienen derecho de acceder a los datos del causahabiente;
- e) los titulares tienen derecho a solicitar la rectificación, actualización o supresión de los datos;
- f) hecho el reclamo, el responsable o usuario debe acceder al mismo en un plazo de 5 días hábiles;



g) el incumplimiento de acceder al reclamo habilita la acción de protección de datos personales.

### **Las obligaciones de los bancos de datos.**

Los registros de datos personales se han incrementado y diversificado en su objeto. Han tenido un mayor desarrollo, los registros destinados a recoger y suministrar información crediticia y financiera. El artículo 53 de la ley 25.065 de tarjetas de crédito dispone que las entidades emisoras de tarjetas de crédito, bancarias o crediticias, tienen prohibido informar a las bases de datos, antecedentes financieros y personales sobre la morosidad de los titulares y beneficiarios de extensiones de tarjetas de crédito, sin perjuicio de la obligación de informar lo que correspondiere al Banco Central.

## **La acción declarativa y el control de constitucionalidad.**

El objetivo de una acción declarativa es obtener directamente una sentencia que declare la existencia o inexistencia de una relación jurídica concreta o sobre sus consecuencias, o de la autenticidad o falsedad de un documento. En general, las sentencias declarativas son las que estiman la demanda del actor cuando solicita que sea declarada la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno. Son decisiones destinadas a dar certidumbre y para ello deben interpretar y esclarecer el contenido de una relación jurídica existente determinando su objetivo y la modalidades de cómo debe ser cumplida. Es decir fundamentalmente prestan seguridad al declarar sobre los alcances y contenidos de una relación jurídica.

Estas acciones son muy antiguas se elevaban tradicionalmente "acción de jactancia" que eran acordadas contra toda persona capaz de ser demandada y que fuera del juicio si hubiera atribuido derechos propios a bienes que constituyen del patrimonio de un tercero. La doctrina de la acción de jactancia tuvo una importante evolución de ser una acción utilizada fundamentalmente en el derecho privado frente a quienes alegaban un derecho que no tenían, a un procedimiento que se aplica activamente en el derecho público federal. Como en el caso del amparo, y la acción de clase en nuestro medio ha sido producto del orden espontáneo del derecho.<sup>521</sup> Esta evolución es reseñada en la evolución de los precedentes de la Corte Suprema. En cuanto sus requisitos, la acción busca resolver un caso concreto, por lo que la pretensión no puede ser dogmática o consultiva, ni importar una indagación meramente especulativa. La acción debe tener por finalidad evitar las consecuencias de un acto constitucionalmente legítima y establecer las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto. La acción declarativa de inconstitucionalidad sólo se ejercita en causas de carácter contencioso ya que en virtud de la necesidad del debate de toda cuestión constitucional no puede utilizarse para obtener una declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos. No existe en nuestro país un control judicial abstracto sobre la constitucionalidad de normas o actos se requieren todos los casos el debate entre las partes en un caso concreto, lo cual es correcto en virtud del carácter dialógico del derecho.

Aún cuando se debata la constitucionalidad de una norma no existe impedimento para el dictado de medidas cautelares, como sería la suspensión de la aplicación de la norma cuestionada.

Los requisitos para la utilización de la acción declarativa de certeza en cuestiones constitucionales, son los mismos que tiene la acción meramente declarativa establecida en el artículo 322 del Código procesal.

*“Art. 322.—Acción meramente declarativa. Podrá deducirse la acción que tiende a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o*

---

<sup>521</sup> LA EXPRESIÓN EL DERECHO COMO ORDEN ESPONTÁNEO SE ENCUENTRA EN HAYEK EN SU OBRA LAW, LEGISLATION AND LIBERTY. VOL. I CAP. 4 PÁGINA 72.

*modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.*

Para su procedencia el artículo 322 requiere:

1. que exista un estado de incertidumbre que pueda provocar un eventual perjuicio,
2. un daño directo, siempre que
3. el actor no dispusiera de otro medio legal para ponerle término de inmediato.

La resolución del estado de incertidumbre busca dar a la solución acción declarativa de certeza un marco de decisión que no sea abstracto. El segundo elemento es subsidiario ya que la declaración que se persigue busca eliminar los efectos dañinos de la inseguridad jurídica. Sin embargo permite analizar la posibilidad de procesos alternativos que pudieran resolver la pretensión de una manera más eficaz. La exigencia de un perjuicio asegura también que la cuestión no se trata de de una forma de consulta encubierta. En la interpretación de la Corte Suprema la acción declarativa requiere de:

1. un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta, es decir que al dictarse el fallo se hayan producido todos los presupuestos derecho en que se apoya la declaración;
2. que enajenante tenga interés jurídico suficiente, en el sentido de que la falta de certeza le pueda producir un perjuicio o lesión actual, actualidad que no depende de la eventualidad de la relación jurídica; y
3. que haya un interés específico en el uso de esta vía, lo que sólo ocurrirá cuando que no disponga de otro medio legal para ponerle fin inmediatamente.<sup>522</sup>

En la redacción de artículo 322 se encontró en la manera en la que se pudiera analizar la declaración de derechos, de los derechos que surgían de un reglamento o una ley, frente a los derechos que surgían de la Constitución o de los tratados internacionales. Al ser un conflicto entre derechos no tenía problemas complejos de prueba pero sí de interpretación jurídica, quedaba claro que esta acción permitiría un debate entre distintos discursos constitucionales incompatibles entre sí. La importancia de la acción meramente declarativa es que se trata de un juicio ordinario y no de un juicio sumarísimo como el amparo. Ello transformaba en inaplicables los argumentos planteados frente al amparo, de que se trataba de un procedimiento sumarísimo que impedía el debate constitucional profundo que se consideraba previo a la declaración de inconstitucionalidad de una norma. La acción declarativa era entonces el medio más fácilmente utilizable para analizar una cuestión federal y resolverla. Sin duda, esto se alejaba profundamente de la práctica habitual de la antigua acción de jactancia, ya que en principio estas acciones estaban dirigidas frente al gobierno, frente al Estado. Esta idea suponía imaginar que los funcionarios al dictar una norma de contenido inconstitucional se jactaran de poseer un derecho que en realidad no tenían.

La explosión de las acciones declarativas ha cambiado en gran medida el control de constitucionalidad y ha suplido muchas de sus falencias, tal como eran imaginadas por

---

<sup>522</sup> CORTE SUPREMA. CASO GOMER S.A. C. PROVINCIA DE CÓRDOBA. T. 310, P. 142. SI BIEN EL CASO HACE UNA DESCRIPCIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN DECLARATIVA, DESECHÓ UNA ACCIÓN SOBRE IMPUESTOS, LA DOCTRINA JUDICIAL HA TENIDO UNA IMPORTANTE EVOLUCIÓN EN EL TEMA.

quienes sostenían que la aplicación al caso concreto de inconstitucionalidad era un camino muy estrecho que impedía la verdadera vigencia de las normas constitucionales y la estabilidad de los precedentes.

Debemos analizar ahora sí esta acción declarativa nos acerca un sistema concentrado o aún abstracto. La respuesta obviamente negativa, ya que por tratarse de un sistema difuso de la cuestión constitucional es analizada por el juez competente en cualquier jurisdicción, además siempre la acción se ejerce en un caso concreto, debe tratarse de un juicio donde se planteo un conflicto de derecho. El gran mérito de la acción declarativa de certeza es utilizar un procedimiento ordinario para permitir el mayor debate de cuestiones constitucionales por los jueces que tiene jurisdicción constitucional, pero siempre dentro de un caso concreto y utilizando las reglas procesales tradicionales en materia de legitimación activa.

En el **dictamen del Procurador General** Eduardo Marquadt en el caso **‘Hidronor S.A. c/Pcia. de Neuquen Fallos 307:1387** consideró que no existían obstáculos de índole constitucional para que se admitiera el carácter de causa que inviste el **ejercicio de las acciones declarativas** regladas por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incluso **cuando con ellas se persiguiera la declaración de la invalidez de una ley local frente a los preceptos de la Constitución**, ya que sobre la base de la naturaleza efectiva de la función jurisdiccional corresponde otorgar, a los afectados por normas inconstitucionales, una vía apta que les permita asegurar la certeza en sus relaciones jurídicas y prevenir actos ilegítimos, con la consiguiente economía en tiempo y posibilidad de evitar la lesión material del derecho invocado.

Uniendo estas ideas con los medios del control constitucionalidad vigentes en nuestro país, el dictamen mencionado concluyó que nuestro sistema de control impedía que se dictaran sentencias cuyo efecto fuera privar de valor **‘erga omnes’** a las normas impugnadas, que se refirieran a agravios meramente conjeturales e hipotéticos y que, en tales condiciones, la **acción declarativa debía ser iniciada en orden a un interés sustancial concreto** y definido, con **efecto limitado a una declaración válida únicamente ‘inter partes’**, resultando comprensiva tanto de las relaciones jurídicas de derecho público como privado. De esta manera luego de destacar la necesidad de la **existencia de ‘caso’ o ‘controversia’** que la demanda declarativa debe encontrar sustento:

- a) en una acción que afecta sustancialmente los intereses legales de alguna persona,
- b) que la actividad cuestionada alcance al peticionario en forma suficientemente directa y
- c) que ella haya llegado a una concreción suficiente.

En el caso **Abud**<sup>523</sup>, la Corte Suprema reiteró que el control de constitucionalidad efectuado por una acción declarativa no supone un control diferente al efectuado en todos los demás casos contenciosos.

---

<sup>523</sup> **ABUD, JORGE HOMERO Y OTROS C/ PCIA. DE BUENOS AIRES S/DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LEY 10.542 FALLOS 314:1186.**

## **Finalidad Preventiva, el amparo y la acción declarativa.**

De la misma manera que el amparo la acción declarativa tiene una finalidad preventiva y no requiere de un perjuicio consumado. A pesar que el texto del artículo 322 del Código Procesal pudiera un requisito más estricto en el tema, ya que habla de ‘perjuicio o lesión actual’, el artículo 43 de la Constitución establece que el amparo se aplica ante un acto u omisión actual o **‘inminente’**. Esa norma no solo se aplica al amparo como garantía procesal, sino también a los demás procedimientos judiciales que tuvieran el fin de proteger adecuadamente los derechos individuales. De esta manera, una interpretación estricta del artículo 322 que impidiera la finalidad preventiva de la acción declarativa sería inconstitucional.

La Corte Suprema estableció la analogía entre la acción declarativa y el amparo, en el caso *Agueera*,<sup>524</sup> al reconocer a la acción declarativa como una garantía procesal amplia para la protección de los derechos constitucionales. En este fallo se plantea la similitud entre el amparo y la acción declarativa como medio para cumplir con los objetivos del artículo 43 de la Constitución. Gordillo señala que este fallo además admite el uso de la acción declarativa para plantear acciones de clase. En primer lugar, que los derechos de incidencia colectiva previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional son una institución vigente del derecho argentino, y dan lugar por ende a acciones de clase (*class actions*), las que pueden ser iniciadas por asociaciones de usuarios en defensa del universo de usuarios.<sup>525</sup>

En segundo lugar la Corte Suprema, con igual acierto resuelve que tales derechos de incidencia colectiva no se ejercitan solamente por la vía del amparo sino también, por ejemplo, por la acción declarativa aquí intentada por una asociación de usuarios.

En tercer lugar, la Corte Suprema avanza un paso más y aclara también que dicha acción y dicha defensa puede también intentarse por otros procesos abreviados que permitan conocer la constitucionalidad del acto impugnado. Aunque el fallo no lo dice, cabe sin duda incluir las acciones sumarias y sumarísimas en defensa del consumidor previstas en la ley 24.240 (*Adla*, LIII-D, 4125)<sup>526</sup>

*5. Que, tal como lo señala el Procurador General en su dictamen de fs. 223/227, la circunstancia de que la actora haya demandado por la vía prevista en el art. 322 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación no constituye un óbice para la aplicación de este precepto, en virtud de la analogía existente entre esa acción y la de amparo.*

*Tal analogía ha sido advertida por esta Corte al señalar que el pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente ha admitido como medio idóneo --ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional-- para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional (Fallos: 310:2342 y su cita; sentencia del 6 de octubre de 1994 en la causa R.55.XXIX "Ravaglia y otros c. Provincia de Santa Fe s/ amparo --LA LEY, 1994-E, 492--").*

---

<sup>524</sup> ASOCIACIÓN DE GRANDES USUARIOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (AGUEERA) c/BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTRO S/ACCIÓN DECLARATIVA” FALLOS CORTE: 320:690

<sup>525</sup> LAS ACCIONES DE CLASE SERÍAN DESCRIPTAS MÁS TARDE EN EL CASO HALABI.

<sup>526</sup> AGUSTÍN GORDILLO. LAS ASOCIACIONES DE USUARIOS Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA - (ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD). LA LEY 1997-C, 322

*La similitud entre ambas acciones también se desprende de la doctrina de diversos precedentes en los cuales se consideró evidente que la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos (Fallos: 307:1379, consid. 7º del voto de la mayoría y del voto concurrente del juez Petracchi --LA LEY, 1986-C, 117--).*

## **Los derechos de incidencia colectiva y las acciones de clase.**

### ***El Artículo 43 de la Constitución.***

La inclusión en la reforma del '94 de "derecho a un ambiente sano" y de los derechos de consumidores y usuarios<sup>527</sup>, así como la mención de los derechos de incidencia colectiva cuando se legisla sobre el amparo, han iniciado un debate sobre la aplicación de los de incidencia colectiva en la Constitución. Dentro de ese debate se ha comentado la **utilidad de las acciones de clase para una eficaz defensa de esos derechos**. Una "acción de clase" es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, solo una minoría de ellos pueden ser certificados como perteneciendo a una misma clase. Sin embargo, si existe un número importante de actores o lo que es menos habitual de demandados, con cuestiones similares para resolver en un pleito el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Se transforma esta acción en una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran cientos o aun miles de demandas en un solo juicio, de esta manera que puedan afrontar los costos del proceso. Al mismo tiempo el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la incertidumbre es mucho mayor. Para la administración de justicia la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares y con la posibilidad de resultados diferentes, introduciendo de este modo una sensible mejora en el nivel de seguridad jurídica.

### ***Las acciones de clase.***

Una técnica utilizada para promover la eficiencia en la solución judicial de conflictos son las acciones de clase, entre sus variadas utilidades se incluye el control judicial de la regulación económica.

Una "acción de clase" es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, solo una minoría de casos pueden ser certificados como perteneciendo a una misma clase. Sin embargo si existe un número importante de actores o lo que es menos habitual de demandados, con cuestiones similares para resolver en un pleito el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Cuando es posible la acción de clase es una alternativa eficiente a muchos juicios individuales, se concentran ciento o aun miles de demandas en un solo juicio, de esta manera los que integran la clase pueden afrontar los costos del

---

<sup>527</sup> ARTS. 41 Y 42 DE LA CONSTITUCIÓN.

proceso y el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la falta de certeza en estos puntos es mucho mayor. Al mismo tiempo para la administración de justicia la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes juzgados y con la posibilidad de resultados diferentes.

Las acciones de clase es una de las más importantes innovaciones en materia de responsabilidad civil. La razón de su presencia tan amplia está basada en su versatilidad. Son fundamentalmente un procedimiento que permite agregar pretensiones separadas que por sus propias características no están unidas por ninguna teoría sustantiva. En teoría permiten unir números muy grandes de pretensiones de individuos separados independientemente del tema a que se refieren. Fundamentalmente están asociados a temas como defensa de la competencia, derecho societario, derecho de mercados de capitales, derechos reales y fundamentalmente responsabilidad civil. En Estados Unidos también se han utilizado en temas de discriminación ya sea por la raza o por el sexo. En la medida en que los litigios son cada vez más complejos la capacidad de actores individuales de asumir los costos de caso disminuyen en forma correlativa. Las oportunidades de ganancias sin embargo permanecen sustanciales de tal manera que este vacío está cubierto por estudios de abogados con capacidad empresarial que esperan obtener los beneficios de organizar una clase de actores potenciales y de poder llevar esta acción conjunta a un resultado exitoso.

Existe una tensión real entre la función apropiada de la acción de clase y algunas aplicaciones. La teoría de la acción de clase es tomar una señal débil y amplificarla agregándole muchas pretensiones pequeñas que de otra manera no podrían ser perseguidas individualmente. De esta manera se bajan los costos de cada reclamo individual. En la práctica muchas acciones de clase hacen más que amplificar el status quo ante. Muchas veces se distorsionan los resultados al imponer responsabilidades que son mucho más onerosas que las que ocurrirían si se aplicara una regla simple de multiplicación entre los casos individuales. El mecanismo básico es el de redactar la ley sustantiva de tal manera que haga casos individuales complejos aplicables a la litigación por acción de clase. Estos cambios están dirigidos hacia la simplificación de los casos lo que permitiría un aumento en el número de cuestiones comunes que facilitan la certificación de una clase.

### **Autonomía o integración forzada.**

En términos constitucionales se plantea siempre el principio del autogobierno o de la autonomía de la voluntad. Cada persona puede decidir hacer cierto tipo de transacciones o concluir acuerdos o contratos o negarse a ello. Autonomía individual permite a cada individuo una suerte de inmunidad frente a la agresión externa. De esta manera se le permite disponer y usar de su propiedad, puede vender su trabajo de la manera que lo considere satisfactorio. Ejemplo básico de la autonomía de la voluntad es la libertad de contratar. Esta libertad se hace visible cuando alguna otra persona no cumple o impide la obligación asumida o asumida por otro. Ahora bien, la acción de clase es una excepción a



la regla de la autonomía de la voluntad de la libertad de contratar porque nos presenta una situación similar a la de un contrato de adhesión.

¿Cuáles son las razones en que lo impensable, un proceso impuesto, aparece como posible por un cambio en las circunstancias? En términos generales es cuando aparecen tres situaciones básicas la primera es que el número de individuos situados en forma similar con respecto a un tema demandado común es muy grande. Es decir un gran número de actores. El segundo elemento es que la pérdida sufrida por cada uno de los actores sea relativamente pequeña. El tercero es que los costos tanto administrativos como judiciales para cada acción individual sean relativamente altos.

En estas circunstancias podemos ver las consecuencias de una norma que permita a cada parte agraviada a iniciar su acción individualmente. Simplemente el posible actor no iniciará un juicio si los costos del litigio son mayores de lo que puede recuperar de él. Esto es perfectamente imaginable debido a los altos costos de letrados y de la producción de la prueba. En este caso la solución a esta situación es que todos los individuos que se encuentran en esta circunstancia unifiquen sus reclamos para que de esta manera puedan beneficiarse de lo que serían economías de escala. Esta sería la solución planteada por el litis consorcio, pero con una breve reflexión vemos que no es sencillo que este litis consorcio pueda tener éxito. La esperanza de las partes en un litis consorcio es que el costo del juicio crecerá menos rápidamente que el valor de todos los reclamos unificados, de esta manera que la unión les traerá la fuerza. Pero normalmente las negociaciones para lograr un litis consorcio de muchos actores son difíciles porque obtener un acuerdo en la división de los costos y del resultado obtenido para saber cuanto debe aportar cada actor y cuanto recibirá en el caso de tener éxito es extremadamente difícil. Puede ocurrir que una persona no acepte su parte en los costos y en los posibles beneficios. Es posible que algún individuo por un comportamiento oportunista extorsione a los demás para obtener una mayor participación de las ganancias o un menor costo en el inicio del proceso. Puede ocurrir que los actores tengan una valuación diferente de su daño con respecto a los demás y que de esa manera no puedan ponerse de acuerdo en cuanto a los costos del proceso y a la distribución de los posibles beneficios. Puede ocurrir que una vez iniciado el pleito y producida la prueba otros quieran ingresar en el caso posteriormente y de esa manera tener facilitado el camino. La ruptura de negociaciones es muy probable en estas circunstancias.

También podemos pensar en el demandado. Podría ocurrir que el demandado quisiera resolver de una buena vez las posibilidades que tiene de ser demandado por el daño y tener una idea final de los costos a los que puede sufrir en el proceso. De lo contrario puede ser demandado reiteradamente por nuevos actores que aparezcan cálculos de cuanto sería el precio para la solución final del problema sería muy importante o dilatada en el tiempo.

El fracaso de los acuerdos o de los litis consorcio es lo que lleva a explicar la existencia de las acciones de clase. Si la situación fuera de por ejemplo los accionistas de una compañía, supongamos de una compañía que se cotiza en bolsa y que tiene una multitud de accionistas y que debieran litigar contra el comportamiento de los organismos de gobierno corporativo porque han cometido alguna falta que pudiera ser resarcible. Podría ocurrir que algunos accionistas decidieran hacer un free ride en los esfuerzos de los otros. En ese caso no tendrían ninguno de los costos de asumir el litigio, lo que incluye el riesgo de

fracasar y tener que asumir las costas. Al mismo tiempo se beneficiarían del resultado ya que por la acción de los accionistas la sociedad se recuperaría de la pérdida de algún bien. En esas circunstancias el daño que sufrían los accionistas era la disminución del valor de sus acciones derivadas del hecho de una conducta incorrecta por parte de los organismos de gobierno de la sociedad que hubiera reducido el valor del capital social. Este tipo de daño es sufrido en común por todos los accionistas de acuerdo con su interés proporcional en la sociedad. El juicio de los accionistas tiene por objeto permitir a uno de los accionistas o a cada accionista corregir los daños que pueda sufrir una sociedad en su total debido a problemas en la dirección de la empresa. Ese tipo de daños no que pueden ser corregidos por la dirección de la empresa debido a que hay falta de interés o conflicto de interés o negligencia.

Las acciones de clase son **declarativas o normativas cuando buscan obtener la invalidez o reforma de una norma sin pedir necesariamente un resarcimiento, también son llamadas remediales. Son en cambio reparatoras cuando obtienen un resarcimiento para toda la clase que sufrido, generalmente, un daño masivo.**

### **La organización de una acción de clase**

Las acciones de clase tienen un representante de la clase que es generalmente el abogado principal de la demanda, él es quien representa los intereses de todos los miembros de la clase aun cuando no tenga un mandato de ellos. Integran la clase todos los que tengan agravios similares contra un demandado, la determinación de la similitud de los agravios deben ser apreciados por el juez que certifica la clase, lo cual no es una tarea sencilla ya que la extensión del daño recibido puede variar en cada actor. Todos los que integran la clase están obligados por la decisión aun cuando no sean parte del proceso. Generalmente solo un número reducido de actores integran la demanda, los abogados especializados buscan los casos más representativos o que tienen todas las variedades posibles que se presentan en el caso. Los otros integrantes de la clase esperan en forma pasiva el resultado del proceso y están obligado por él. Quien no desee integrar la clase debe presentarse ante el juez interviniente y expresamente excluirse del proceso. Este es el caso de quien tiene un agravio mayor o diferente al resto de los miembros de la clase y prefiere una acción individual.

En general las acciones de clase están referidas a cuestiones de responsabilidad civil, el accidente masivo es el caso más evidente, también el de daño ecológico. También cuestiones de derecho societario, como son los casos que enfrentan a los accionistas de sociedades, particularmente si cotizan en bolsa, con los órganos de gobierno corporativo. Las cuestiones de discriminación y las de derechos humanos también tienen una participación creciente. Las acciones de clase requieren estudios jurídicos especializados en ellas, preparados para la producción de prueba compleja y generalmente costosa. Puede imaginarse un conflicto con la garantía del debido proceso ya que participan en los efectos de la decisión quienes no son parte en juicio. La ventaja es que se agregan muchos pequeños reclamos que serían impracticables individualmente. **Erróneamente se ha señalado que la sentencia de la acción de clase tiene efecto 'erga omnes'. Esto no es así, la sentencia se aplica a todos los miembros de la clase, aunque**

**estos fueran inicialmente indeterminados, pero no a quienes no son parte de ella.**

Requieren este tipo de acciones una organización previa importante y una certificación judicial. En una acción típica hay muchos miembros de la clase, hasta miles en ciertos casos, que han sufrido un perjuicio relativamente pequeño. El daño requiere una prueba sobre la responsabilidad de la demandada que es de difícil obtención porque generalmente de es un menoscabo sufrido durante años.

En la acción de clase los litigantes representan a los ausentes. Los ausentes quedan vinculados por la decisión y se les aplica la regla de cosa juzgada y no puede ser planteada la cuestión en una nueva causa. Los participantes en una acción de clase no tienen control ni conocimiento estricto de la acción es por ello que los jueces deben ejercer un control sobre los letrados para que informen a los miembros de la clase.

La actitud del integrante de la clase difiere de la del actor individual ya que el primero no participa en el proceso, el abogado representante de la clase ofrece la prueba y el asesoramiento letrado con un número generalmente reducido de actores que participan en el proceso y puede negociar un acuerdo en nombre de la clase. Los elementos tradicionales del proceso adversativo y del debido proceso tienen una aplicación diferente en el caso de las acciones de clase ya que alguien puede estar vinculado a una decisión judicial por pertenecer a una clase pero sin tener participación personal en el proceso.

La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente unas acciones separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serían impracticables si se litigaran individualmente. La acción de clase permite la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuye los costos del litigio y permite traer mayores recursos y un asesoramiento jurídico especializado y de alto nivel. Al mismo tiempo la acción de clase fortalece la posición negociadora del actor. En este tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea este una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción de clase al extender el caso a todos los afectados equilibra las partes en el proceso, esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba. Evitan también las negociaciones para la formación de un litis consorcio, hacer asambleas de posibles actores y unificar la participación en la demanda supone un costo muchas veces insuperable. Las acciones individuales hacen imposible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos.

Para los demandados tiene la gran ventaja que se concentran las demandas en un caso y permite asumir todas las consecuencias financieras en un pleito. Permite también ofrecer bases de conciliación más amplias ya que no es necesario hacer reservas para futuros pleitos sobre la misma cuestión. Reduce también al demandado los costos procesales ya que no requiere contratar letrados para representarlo en múltiples foros y en diferentes casos, todos con producción de prueba y razonamientos jurídicos.

En los Estados Unidos los requisitos para las acciones de clase establecen que uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como representante si

- (i) la clase es tan numerosa, que unir a todos los miembros en demandas individuales es impracticable,
- (ii) si hay cuestión de derecho o de hecho comunes a la clase,
- (iii) si las pretensiones o las defensas de los representantes son típicas de las pretensiones o defensas de las clases y
- (iv) si los representantes protegerán justa y adecuadamente (*fairly and adequately*) los intereses de la clase.

Para mantener la acción colectiva el juez debe establecer que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los actores predominan sobre las cuestiones que afectan a los miembros individuales y que la acción de clase sea superior a todos los otros medios existentes para una decisión justa y eficiente de la controversia. Las materias pertinentes para llegar a esta conclusión incluyen:

- (i) el interés de los actores para poder controlar la pretensión o defensa en controversias separadas.
- (ii) La extensión y naturaleza de cualquier litigio existente que sea concerniente a la controversia iniciada por los actores.
- (iii) Si es deseable o no que se concentre el litigio de estas pretensiones en un foro determinado y
- (iv) las dificultades que pudieran aparecer en la administración de una acción de clase.

Dentro de las medidas que puede tomar el tribunal en las acciones colectivas están las de evitar la repetición indebida de pruebas o de argumentos; el requerimiento de protección de los miembros de la clase, esto incluye la consulta a los miembros de la clase para saber si son tratados equitativa y adecuadamente. También puede el juez eliminar referencias a los hechos alegados a personas que no están presentes en el juicio.

**En el caso *Amchem products, Inc. v. Windsor* 521 U.S. 591** la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el objetivo central de la acción de clase es

*“es superar el problema que los recuperos pequeños no proveen un incentivo a la acción individual de perseguir sus derechos. Una acción de clase resuelve este problema al hacer un agregado los recuperos potenciales relativamente escuálidos y transformándolo que valga trabajo de alguien, (generalmente el abogado.)”*

*...la clase puede tener un alto grado de cohesión y la conducción de la acción a través de representantes puede ser casi inobjetable, o los montos en juego de los individuos pueden ser tan pequeños que los juicios separados pueden ser impracticables.*

*El interés en el control individual puede ser elevado cuando lo que cada miembro individual tiene en juego es importante y su voluntad y habilidad para controlar sus asuntos es fuerte; pero el interés puede ser solamente teórico cuando el interés individual es tan pequeño que hace una acción separada impracticable. Cada actor en una demanda relativa al resarcimiento por lesiones personales y muerte, tiene un interés significativo en controlar individualmente el impulso de su caso, cada uno tiene un interés sustancial en tomar las decisiones individuales sobre si debe o no conciliar el juicio.*

El Justice Breyer, mencionó la importancia de un acuerdo dentro de una acción de clase que incluía a millones de personas. Dijo:

*Creo que la mayoría no percibe la importancia del acuerdo llegado en este caso. Entre 13 y 21 millones de trabajadores han sido expuestos al amianto en sus lugares de trabajo en los últimos 40 o 50*

*años..aprobar el acuerdo mejoró las posibilidades de compensación de los actores y redujo los costos de honorarios y otros costos de transacción en un monto considerable. Bajo el sistema anterior [sin acciones de clase] las víctimas más enfermas quedan habitualmente sin compensación a pesar que fondos importantes iban a otros que sufrían una enfermedad de amianto suave.*

**El Caso Halabi, Ernesto c. P.E.N. ley 25.873 dto. 1563/04. Fallos Corte: 332:111.**

En el caso *Halabi* la Corte introduce las acciones de clase, este caso es fundacional en cuanto al establecimiento de este tipo de acciones que permiten la garantía de los derechos de incidencia colectiva y pone en plena vigencia al artículo 43 de la Constitución. En este tema la Corte tomó una decisión máxima, es decir, en un caso establece una doctrina general referida a las formas procesales que permiten la garantía de los derechos incidencia colectiva<sup>528</sup>. Este procedimiento es el adecuado cuando el Tribunal busca establecer un procedimiento nuevo en nuestro derecho y para el cual se requiere de amplia información para quienes lo utilicen en el futuro. Al mismo tiempo se trata de un procedimiento que ha tenido una vasta práctica en el derecho comparado como la Corte Suprema indica en el mismo fallo, por lo cual el principal argumento en contra de las decisiones máximas, la falta de información, no es aplicable al caso.

*12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.*

*En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.*

Esta definición podría referirse a las acciones colectivas normativas, y excluir a las acciones que busquen una reparación patrimonial, hasta que se sancione la ley correspondiente. La Corte Suprema manifiesta el deseo que esta norma procesal de dicte pero no considera su ausencia un obstáculo insalvable.

*13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.*

*El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.*

*El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.*

---

<sup>528</sup> SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE 'DECISIÓN MÁXIMA' QUE ESTABLECE UNA DOCTRINA INTEGRAL SOBRE UNA CUESTIÓN Y LA 'DECISIÓN MÍNIMA' QUE DEJA CUESTIONES SIN DECIDIR ESPERANDO CASOS FUTUROS EN LOS CUALES SE OBTENGA MAYOR INFORMACIÓN VER. CASS SUNSTEIN. ONE CASE AT A TIME. HARVARD UNIVERSITY PRESS. CAMBRIDGE MASSACHUSSETS 1999, PART. I.

*Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.*

Finalmente en el párrafo 17 la Corte Suprema remite al derecho comparado, cita expresamente el derecho federal de los Estados Unidos en particular el artículo 23 de las Federal Rules of Civil Procedure, aunque deberían mencionarse las normas procesales de los Estados donde también existe una práctica muy desarrollada<sup>529</sup>.

---

<sup>529</sup> LA BIBLIOGRAFÍA SOBRE ACCIONES DE CLASE EN LOS ESTADOS UNIDOS ES MUY EXTENSA, PARA UNA REFERENCIA GENERAL VER FRIEDENTHAL, MILLER, SEXTON & HERSHKOFF. CIVIL PROCEDURE. NINTH ED. THOMSON WEST. 2005. PP. 659 Y SIGTES.

## **El control judicial de la administración.**

### ***Del control formal al control de razonabilidad.***

La doctrina del ‘control judicial suficiente’ fue establecida por el precedente de **Fernández Arias c/Poggio**. En este caso luego de justificar la existencia de órganos administrativos con facultades para determinar derechos de particulares pero no como decisiones similares a las de la justicia, se consideró necesaria la intervención del poder Judicial. La negación de esta revisión acarrearía *un agravio constitucional por privación de justicia* y para remediarlo no bastaba con la posible facultad de interponer un recurso extraordinario ante la Corte Suprema. En el fallo se distingue al debido proceso administrativo como distinto que el que se desenvuelve en el Poder Judicial.

En este caso la Corte Suprema adhiere a lo que se ha llamado la ‘teoría de la subsanación’ en la que se admite una revisión posterior y en sede judicial de los vicios y omisiones que vulneran los derechos constitucionales. Considera que los desaciertos realizados por los órganos administrativos contra el derecho de defensa de los administrados pueden ser subsanados en una instancia posterior de revisión judicial.

En la doctrina administrativa hay quienes consideran que se puede asegurar el respeto de los derechos constitucionales a través de un sistema de procedimientos administrativos y que luego sería controlado en una sede judicial. Esta posición es tomada del derecho continental europeo donde no existe un control judicial de constitucionalidad por los jueces y donde hay una tradición de un proceso administrativo inquisitivo y con fuerte preeminencia de legitimidad de la Administración.

Sin embargo, el artículo 109 de la Constitución establece una estricta prohibición al presidente de ejercer funciones judiciales, lo que prohíbe a la administración tomar decisiones de contenido jurisdiccional que solamente tengan una revisión judicial limitada.

*Artículo 109. En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.*

Esta posición fue sostenida en la disidencia del fallo *Fernández Arias* que establece el camino correcto a seguir. El *holding* del caso establece la revisión judicial suficiente de todas las decisiones administrativas y establece un recurso directo a ese efecto. Este precedente ha tenido una gran ejemplaridad y termina con la visión del Estado administrador existente a partir de los años ’30, donde existían tribunales administrativos sin control judicial alguno como es el que planteó este caso. Si bien el fallo reconoce validez a los tribunales administrativos, les impone un control judicial posterior. Es sin duda un paso inicial hacia el pleno estado de derecho, pero el camino futuro está, sin duda, orientado por la disidencia.

## ***La administración y la declaración de inconstitucionalidad.***

Se plantea la pregunta ¿Si la Constitución es suprema sobre el resto del ordenamiento jurídico, pueden los funcionarios administrativos declarar la inconstitucionalidad? Es decir, si existe una norma inconstitucional ¿están obligados los funcionarios a aplicarla? La respuesta en el Caso San Martín del Tabacal es que sólo los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de normas inferiores. Este caso llegó al extremo de insistir en este punto aún cuando se trataba de un conflicto entre la Constitución de Salta y las leyes tributarias de esa provincia. Sostuvo que en todos los casos una declaración administrativa de la inconstitucionalidad sería contraria a la separación de poderes, norma fundamental de nuestro sistema constitucional, a la cual las provincias están obligadas por el artículo 5º de la Constitución.

Debe hacerse, sin embargo, una distinción entre declarar una norma inconstitucional de no aplicar una norma ya declarada inconstitucional. Es decir, en el primer caso corresponde a los jueces exclusivamente esa declaración, pero **una vez que ya existe un precedente judicial al respecto, la administración debe cumplirlo.**

## ***Es constitucional el agotamiento de la instancia administrativa.***

El agotamiento de la instancia administrativa como acto previo para el ejercicio del control judicial es un viejo privilegio gubernamental que inexplicablemente sobrevive.<sup>530</sup> Este principio señala que el Poder Judicial puede revisar la legitimidad de las decisiones administrativas, pero para que ello ocurra debe haberse agotado el proceso administrativo que la ley respectiva establece. La explicación que se ha dado para la aplicación de este criterio es la división de poderes, es decir que el poder judicial no podría interferir en las decisiones o procesos de otro poder, en este caso el poder ejecutivo.<sup>531</sup> Sin olvidar que este razonamiento es contrario a las normas de control de constitucionalidad, fundamentalmente la cláusula de supremacía, artículo 31 y la competencia de los tribunales federales para entender todas las causas referidas a la Constitución artículo 116, el mismo

---

<sup>530</sup> BIANCHI, ALBERTO B. ¿TIENE FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA? LA LEY 1995-A, 397.

<sup>531</sup> VER CASO SERRA, FERNANDO H. Y OTRO C. MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, FALLOS CORTE: 316:2454; 26/10/1993: NUESTRO SISTEMA SE ASIENTA SOBRE LA BASE DE UNA AMPLIA REVISIÓN POR PARTE DEL PODER JUDICIAL DE LOS ACTOS EMANADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, AUNQUE SOMETIDA A CIERTAS CONDICIONES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN --HABILITACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL POR EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA, INTEGRADA CON EL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN O RECURSO DE QUE SE TRATE-- QUE PRETENDEN ASEGURAR QUE SEA LA MISMA ADMINISTRACIÓN --TAMBIÉN POSITIVAMENTE SOMETIDA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO, COMO CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVA-- QUIEN RESUELVA SUS CONFLICTOS JURÍDICOS, CUMPLIENDO ASÍ CON UN ASPECTO NECESARIO DE SU COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE ADMINISTRAR CONFORME CON EL MISMO ORDENAMIENTO, Y QUE EL CUESTIONAMIENTO JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NO LLEVE --POR LA NATURAL EXTENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN-- A LA INSEGURIDAD DE LA EFECTIVA EJECUCIÓN DE LOS COMETIDOS ADMINISTRATIVOS. CUANDO SE OPERA LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA PROCESAL ADMINISTRATIVA, LA CUESTIÓN QUEDA INCLUIDA DENTRO DE LA ZONA DE RESERVA DE LOS OTROS PODERES Y SUSTRAÍDA AL CONOCIMIENTO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.



constituye además un sofisma. En efecto, si debe agotarse la instancia administrativa por deferencia a la división de poderes, ¿por qué es constitucional revisar los actos cuando ésta vía está agotada? ¿Es que acaso el paso del tiempo permite un mayor conocimiento de la causa? No es ese el caso ya que las partes podrían presentar prueba y alegar derecho en los primeros pasos del procedimiento. El objetivo del agotamiento de la instancia administrativa es obligar los ciudadanos o habitantes agraviados por la actividad administrativa que asuman los costos de transacción de tener que enfrentar a la maquinaria administrativa durante un largo período hasta que ésta tome una decisión. Luego con gran rapidez, ya que los términos son breves, acudir a la justicia a través de las estrechas vías jurisdiccionales existentes. Todo este procedimiento da un inmenso privilegio a los funcionarios de la administración de imponer su voluntad sobre el ciudadano. Particularmente de los que tienen pocos recursos para contratar abogados especializados.

Para la obtención del acto que permite el reclamo judicial, el procedimiento administrativo ha restablecido una doble vía compuesta de:

- (a) un sistema de reclamo administrativo llamado vía reclamativa o reparatoria y
- (b) un sistema de recursos llamado vía recursiva o impugnatoria.

Sin embargo, en 1900 se sancionó dictado de la ley 3952 dice en su artículo 1°:

*"Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber producido la reclamación de derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste".*

*Art. 2°."Si la resolución de la administración demorase por más de seis meses después de inicio el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales, acreditándose el transcurso de dichos plazos"*

Esta norma que se encuentra vigente, buscaba superar la prohibición de poder demandar a la Nación y de tener que solicitar la autorización en cada caso. La ley 11.634 amplió la reclamación a los casos en que la Nación actuara como poder público, con lo que se produjo la eliminación total de la exigencia de la venia legislativa.

El decreto ley de procedimientos administrativos estableció el reclamo administrativo previo en arts. 30, 31 y 32. Creó con ello una confusión en los sistemas que se ha mantenido hasta el presente a pesar que los fundamentos ideológicos del decreto ley se encuentran desacreditados.<sup>532</sup> Considero que la ley 3952 se encuentra plenamente vigente y que el decreto ley de procedimientos administrativos no podría derogarla por dos limitaciones básicas. La primera es su origen, se trata de un decreto al que un gobierno de facto le dio contenido legislativo, eso no basta para considerarlo inexistente pero si para

---

<sup>532</sup> HE SEÑALADO YA QUE SE TRATABA DE UN DECRETO QUE UN GOBIERNO AUTORITARIO LE DIO CONTENIDO DE LEY, SU ORIGEN ERA LA NORMA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ESPAÑA BAJO EL GOBIERNO DE FRANCO Y SU AUTOR ERA UN MARINO AUDITOR. INCLUSIVE LA MISMA NORMA EXCLUYE SU APLICACIÓN A LOS ORGANISMOS MILITARES Y DE SEGURIDAD CON LO QUE PRETENDE DARLES A ÉSTOS UN PRIVILEGIO.

señalar su dudosa constitucionalidad. Esta doctrina fue establecida por Dictamen de la Procuración del Tesoro.<sup>533</sup>

La segunda es mucho más grave y es que impone una limitación contraria a la Constitución, en los artículos 31 (clausula de supremacía), 109 (prohibición a la administración de ejercer funciones judiciales) y 116 (competencia judicial para resolver todas las causas referidas a la Constitución.) El decreto ley puede reglamentar el procedimiento administrativo ya que la administración puede autolimitarse en sus competencias, pero no limitar los derechos de ciudadanos y habitantes para reclamar judicialmente.

La vía impugnatoria fue desarrollándose paralelamente al sistema de agotamiento por vía de reclamo, fue gestándose a través de recursos que deben ser interpuestos contra decisiones formales de la Administración hasta llegar al dictado del acto administrativo que cause estado.

A la pregunta sobre cuando se aplica cada vía, la práctica señala que cuando se desea obtener la revocación, anulación o modificación de un acto administrativo, debe acudirse a la vía recursiva; si por el contrario se pretende obtener de la Administración un pronunciamiento en ausencia de un acto administrativo, debe emplearse el reclamo administrativo. Esta distinción surge del art. 30 del Decreto Ley que impone la presentación del reclamo administrativo *"salvo cuando se trate de la impugnación de actos administrativos de alcance individual o general"*.

El ciudadano o habitante debe tener la alternativa de utilizar el procedimiento administrativo u optar el procedimiento judicial. En el primer caso, lo hará en circunstancias de poca importancia, o porque crea que por tratarse de una cuestión técnica tendrá mejores posibilidades que su derecho sea reconocido en sede administrativa. En cambio, cuando desee una instancia independiente preferirá la decisión judicial. Esta elección la Constitución la pone en manos del habitante y no puede ser coartada por normas de origen administrativo.

Si bien nuestro sistema de control de constitucionalidad tiene raigambre en el de los Estados Unidos, la influencia del derecho administrativo europeo, fundamentalmente italiano y español, que no cuentan con un control constitucional difuso, han colmado de inconsistencias nuestro derecho público. Creo que no podemos salir de ellas volviendo estrictamente al sistema norteamericano, que cuenta con un sistema de debido proceso administrativo que asegura la independencia de la decisión y requiere el agotamiento del agotamiento de la instancia administrativa. Creo que la solución supone el abandono de las prácticas administrativas europeas, particularmente la que provienen de legislación de periodos autoritarios y concentrarnos en una amplia revisión judicial. Es el cumplimiento

---

<sup>533</sup> VER DICTAMEN 'PRESIDENCIA DE LA NACIÓN' EN DICTÁMENES DE LA PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, AÑO II, N°3. DICE: LOS DECRETOS LEYES CONSTITUYEN UNA FORMA ANÓMALA DE LEGISLAR MEDIANTE DECRETOS DEL PODER EJECUTIVO SOBRE MATERIAS RESERVADAS AL LEGISLATIVO POR EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL... EN CONSECUENCIA, UN DECRETO LEY DESTINADO A REGIR UNA VEZ SUPERADA LA SITUACIÓN DE NECESIDAD, CARECE DEL APOYO IMPRESCINDIBLE PARA SU RECONOCIMIENTO, Y SU VIGENCIA RESULTA TAMBIÉN ILEGÍTIMA NO PUDIENDO EXTENDERSE MÁS ALLÁ DEL TIEMPO DURANTE EL CUAL EL GOBIERNO DE FUERZA DISPUSO EFECTIVAMENTE DEL PODER.'

del mandato constitucional del artículo 109 que prohíbe al presidente y por lo tanto a toda la administración ejercer funciones judiciales.

# La Competencia de la Corte Suprema

## El recurso extraordinario.

El fundamento normativo del recurso extraordinario se encuentra en el artículo 31 de la constitución, en los tres casos mencionados en el artículo 14 de la ley 48 y en el artículo 280 del Código procesal. A esto debe agregarse los precedentes de la Corte Suprema que son normas que organizan el procedimiento con mayor trascendencia y detalle que cualquier otra fuente y en sus acordadas, particularmente la 04/ 07. En todos los casos siempre ha de resolverse una cuestión federal por lo tanto quedan excluidas de su ámbito material de aplicación el análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ya que son materia propia del juez de la causa y ajena por naturaleza a la instancia del artículo 14 de la ley 48.<sup>534</sup>

El recurso extraordinario no tiene límites en cuanto al monto de litigio, así como tampoco existen restricciones en materia penal respecto de la entidad de la pena. Porque la solución de la cuestión constitucional planteada es independiente de la importancia monetaria de la pretensión o de la sanción impuesta. Debe diferenciarse el monto de litigio o la importancia de la sanción penal del requisito establecido en el artículo 280 sobre cuestiones federales intrascendentes. Una cuestión federal es intrascendente si su solución no tiene importancia constitucional, pero puede ocurrir que juicios de poca monta plantea en cuestiones federales importantes. Más aún, puede ocurrir en casos que lleven al planteo de acciones de clase, que el reclamo individual sea insignificante pero que la trascendencia constitucional sea de la mayor importancia. La inversa no siempre del caso, en general los juicios que incluyen montos importantes tienen generalmente una expectativa social que hace que la cuestión federal planteada deba ser analizada. Esta situación difiere de algunos recursos extraordinarios locales que son más limitativos, ya que existen montos mínimos o sanciones de cierta importancia en materia penal. En estos casos si conjuntamente con el recurso extraordinario provincial queda planteada la reserva de una cuestión federal, el superior tribunal de provincia deberá abrir el recurso para analizar la cuestión federal planteada. Porque de lo contrario coartaría el ejercicio del recurso extraordinario federal.

A diferencia del recurso ordinario ante la Corte Suprema, el recurso extraordinario no da subordinado a la calidad personal de los litigantes, en particular el estado no cuenta con ningún privilegio para que su recurso sea tratado con alguna forma de preferencia.

---

<sup>534</sup> FALLOS: 323:2879.

## **Interposición del recurso.**

El recurrente debe deducir y fundar el recurso en un mismo escrito que deberá presentar ante el tribunal que dictó la sentencia cuestionada. Es decir que el tribunal superior de la causa, el mismo que dictó la sentencia que se apela, es quien debe jugar el cumplimiento de los requisitos exigibles al recurso en el momento de decidir su concesión o denegación. En este caso el tribunal deberá analizar el cumplimiento de los requisitos comunes, propios y formales del recurso al decidir sobre su exigibilidad. El tribunal superior de la causa no puede ejercer el certiorari negativo y positivo con que cuenta la Corte Suprema según el artículo 280 del Código procesal. Existe en la doctrina una distinción entre admisibilidad y procedencia del recurso. De esta manera la admisibilidad sería el cumplimiento con los requisitos formales imprescindibles para el planteo. En cambio la procedencia estaría referida al resultado que anula o revisa la sentencia impugnada. Esta distinción puede tener alguna importancia en cuanto a que un recurso admisible ya que cumple con los requisitos comunes propios y formales pueda no ser procedente ya que incluye una cuestión federal intrascendente. Es decir que podría aplicarse un certiorari negativo a una cuestión federal planteada en un recurso admisible.

Si el tribunal superior de la causa declara inadmisibile al recurso, el recurrente puede presentar la queja por denegación de recurso extraordinario directamente ante la Corte Suprema la que decidirá sobre la admisibilidad y procedencia el recurso. Éste es también denominado recurso directo o recurso de hecho.

El artículo 280 estableció el certiorari en nuestro derecho. Si bien su redacción es algo confusa establece un criterio similar a los establecidos en las normas de procedimiento de la Corte Suprema Estados Unidos que señalan que la concesión de un *writ of certiorari* es una cuestión discrecional y no reglada. Nuestro derecho establece tres condiciones por las cuales un recurso extraordinario puede ser rechazado:

1. la falta de agravio federal suficiente;
2. cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales
3. cuando estas cuestiones fueran carentes de trascendencia.

Una lectura muy estricta de este artículo llevó a definir esta situación como de certiorari negativo. Sin embargo las normas del artículo 280 son fundamentalmente ejemplos. Existe un pleno certiorari ya que la Corte Suprema podrá abrir causas cuando tengan un agravio federal suficiente, planteen cuestiones federales sustanciales, o cuando resultaren de trascendencia institucional. En estos casos se ha hablado de un certiorari positivo. Creo más prudente sin embargo, señalar que el artículo 280 ha establecido un *writ of certiorari* similar al que existe en los Estados Unidos.

## **El writ of certiorari.**

El *writ of certiorari* es el procedimiento que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos para abrir su instancia de apelación extraordinaria. Está establecido en el artículo 10 de sus normas de procedimiento.

Rule 10. Consideraciones que gobiernana el Writ de Certiorari.

***El recurso en un writ de certiorari no es una cuestión de derecho sino de discreción judicial. Una petición para un writ de certiorari será concedido solamente cuando existan razones apremiantes (compelling).*** Los siguientes motivos, aunque no controlen ni midan plenamente la discreción de la Corte, indican el carácter de las razones que considera la Corte:

(a) una Cámara de apelaciones de los Estados Unidos ha tomado una decisión en conflicto con la decisión de otra Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos en la misma e importante materia, ha decidido una cuestión federal importante de una manera que entra en conflicto con una corte estadual de última instancia; o se ha separado del procedimiento judicial aceptado y habitual, o ha justificado esa separación por un tribunal inferior, de tal manera que sea necesario ejercer el poder de supervisión de esta Corte.

(b) una corte estadual de última instancia ha decidido una cuestión federal importante de una manera que entra en conflicto con la decisión de otra corte estadual de última instancia o con una Cámara de apelaciones de los Estados Unidos.

(c) una corte estadual o una Cámara de apelaciones de los Estados Unidos ha decidido una cuestión importante de derecho federal que no ha sido, pero que debería ser, resuelta por esta Corte, o ha decidido una cuestión federal importante de manera que entra en conflicto con las decisiones relevantes de esta Corte.

Una petición de writ de certiorari es raramente concedida cuando el error alegado consiste de cuestiones de hecho erroneas o de una mala aplicación de una regla de derecho debidamente establecida.

Rule 11. Certiorari a una Cámara de apelaciones de los Estados Unidos antes de la sentencia.

*Si una petición para un writ de certiorari para revisar un caso pendiente de una Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos, es presentada ante ese tribunal y previo a la sentencia, solo será concedida si se demuestra que el caso es de tal importancia pública imperativa como para justificar una desviación de la práctica de apelación normal y que requiera la determinación inmediata de esta Corte.*

En la Argentina se incorporó este procedimiento en el artículo 280 del Código Procesal tomado en forma muy exacta del procedimiento en los EE.UU. Su redacción es algo más breve aunque sus términos son similares.

*ARTICULO 280.- llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario.*

*Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, **según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.***

Esto supone establecer una sencilla regla: las cuestiones constitucionales o federales importantes deberán ser **consideradas cuando hayan llegado a su madurez**, es decir cuando haya concluido el necesario debate constitucional. Esta varía en las distintas cuestiones, ya que en algunas puede haber **necesidad de un debate constitucional previo en otras instancias. Las cuestiones que no sean importantes, no deben ser consideradas nunca por la Corte Suprema.**

## Requisitos del recurso extraordinario.

Tradicionalmente este tema se ha prestado a debates en razón de la vaguedad de ciertos requisitos y de la utilización de argumentos similares para admitir o rechazar el recurso. El tema no es nuevo en 1915 Enrique García Merou señalaba que el recurso extraordinario es *"un resorte misterioso dentro del mecanismo judicial, cuyos profundos arcanos están fuera de la preparación forense vulgar, lo que hace que en cada caso ocuriente la procedencia recurso dependa, parece que lo deduce, que causas insospechadas, cuya revelación le produce siempre sorpresa y a menudo irritación."*<sup>535</sup> Los motivos para este comentario que no ha perdido actualidad son que muchas veces los argumentos dados por la corte para aceptar o rechazar un recurso son extremadamente genéricos, y no establecen los verdaderos motivos o fundamentos de la decisión. En los Estados Unidos este tipo de prácticas fue criticada por la escuela realista del derecho, que consideraba que los verdaderos motivos de la decisión judicial no eran los expresados en la sentencia. Si bien realista del derecho perdió influencia partir de la década del 40, tuvo una gran influencia en convencer a jueces y abogados de expresar con la mayor claridad los verdaderos fundamentos de la decisión. En nuestro país realizó jurídico tuvo como consecuencia una gran dedicación a las formas exteriores del proceso utilizado para hacer cumplir las normas constitucionales. Esta dedicación extrema a las formalidades procesales nos ha llevado en muchos casos a olvidar que lo importante en el recurso extraordinario es el de analizar y resolver las cuestiones federales y establecer precedentes estables y comprensibles que puedan ser aplicados a casos similares por los jueces de tribunales inferiores a la Corte. Es probable que por aplicación del certiorari establecido en el artículo 280 no sea necesario en el futuro utilizar argumentos equívocos para no tratar una cuestión federal. de esta manera, a pesar que la Corte Suprema tenga una mayor discrecionalidad en sus decisiones al admitir rechazar o recursos, podrá concentrarse en cuestiones federales trascendentes resolver las con precedentes precisos y estables.

Los requisitos del recurso extraordinario forman tradicionalmente tres grupos: requisitos comunes, propios y formales

Los requisitos comunes son los relativos a la calidad de apelación que reviste recurso extraordinario. Éstos son:

1. intervención anterior de un tribunal de justicia,
2. que es intervención haya tenido lugar en un juicio,
3. en ese juicio será resuelto una cuestión justiciable,
4. que la resolución causa gravamen,
5. que los requisitos mencionados subsisten el momento en que la Corte Suprema dicta sentencia.

Los requisitos propios son aquellos referentes a la índole excepcional del recurso extraordinario. Son:

1. la existencia de una cuestión federal,
2. que la cuestión federal sea suficiente, sustancial y trascendente;

---

<sup>535</sup> EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. BUENOS AIRES, CONI, 1915, P. 63. EN HOCKL, MARÍA CECILIA Y DUARTE, DAVID. COMPETENCIAS Y ATRIBUCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LEGIS. BUENOS AIRES. 2006.

3. que exista una relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia del juicio,
4. que la resolución haya sido contraria al derecho federal invocado,
5. que la sentencia sea definitiva,
6. que haya sido dictada por el tribunal superior de la causa.<sup>536</sup>

Los requisitos formales son aquellos de carácter procesal, referidos a la introducción temprana de la cuestión federal, quien puede introducir la, forma y oportunidad de hacerlo, y mantenimiento de la cuestión. También son requisitos formales la interposición del recurso extraordinario, quienes pueden hacerlo, de qué forma en que plazos.

En algunas circunstancias el recurso extraordinario incluye situaciones que no cumplen estos requisitos, ellas son:

1. la gravedad institucional,
2. el salto de instancia o *per saltum*, y
3. el certiorari positivo.

Existe también la situación de las sentencias arbitrarias. A diferencia de los otros casos que son una simplificación del procedimiento en razón de la importancia de la cuestión federal planteada, las sentencias arbitrarias son un procedimiento que ha creado la Corte Suprema para corregir sentencias que se descalifican como acto procesal.

## ***Un Juicio y cuestiones justiciables***

### **La existencia de un caso.**

El control judicial de constitucionalidad supone la necesidad de un juicio. Juicio son todos los procedimientos que según la ley o práctica judicial se pueden instruir en los tribunales a los efectos del cumplimiento de administrar justicia (**537**). Esta definición clásica de Imaz y Rey es algo circular ya que menciona a la práctica judicial y a la justicia para definir un juicio. El concepto de Marshall es de una contienda entre partes, pleito de derecho instituido con arreglo a un curso regular de procedimiento. El control constitucional concreto supone que el tribunal de la causa asume jurisdicción para dar certeza a una situación jurídica controvertida y su pronunciamiento tiene por objeto inmediato reconocer el derecho de una de las partes en litigio frente a otra. La Corte no puede invalidar un acto sobre la base de agravios conjeturales y sin que las objeciones formuladas demuestren la

---

<sup>536</sup> CON UNA GRAN SIMETRÍA IMAZ Y REY, HABLAN DE CINCO REQUISITOS COMUNES, CINCO PROPIOS Y CINCO FORMALES. PROBABLEMENTE POR UNA DESCONFIANZA NATURAL HACIA LA SIMETRÍA HE PREFERIDO LA TIPOLOGÍA EFECTUADA POR HOCKL Y DUARTE, EN SU OBRA COMPETENCIAS Y ATRIBUCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA... OP. CIT. P.355.

<sup>537</sup> IMAZ, E. - REY, R., El Recurso Extraordinario, 2ª ed., Nerva, Buenos Aires, 1962, pág. 28.



existencia de una situación real y definida que haga perceptible el interés concreto y actual del reclamante (538).

La necesidad de un caso excluye la posibilidad de una acción directa de inconstitucionalidad.

### **Las cuestiones justiciables.**

Probablemente el límite más importante a la función jurisdiccional de control de la constitucionalidad son las doctrinas sobre la cuestión justiciable. La cuestión justiciable determina qué materias los tribunales federales pueden oír y decidir y cuáles deben ser desechadas. Específicamente la justiciabilidad incluye la prohibición contra opiniones consultivas, la capacidad activa y pasiva en el proceso, la madurez (*ripeness*), y que la cuestión no sea abstracta y finalmente que no se trate de una cuestión política. Todas estas doctrinas fueron creadas y articuladas en principio por la Corte Suprema de los Estados Unidos y luego por nuestra Corte Suprema. Se puede decir que toda la doctrina sobre el control de constitucionalidad tiene un fundamento doctrinario de derecho judicial y no legislativo. Es ínfimo lo que se encuentra legislado. Ni siquiera el texto de la Constitución ni ninguno de los constituyentes mencionaron siquiera alguna de estas limitaciones al Poder Judicial. En el caso de la Corte de los Estados Unidos se estableció la limitación entre requerimientos constitucionales y los “prudenciales”. Todos los requerimientos para la decisión de los tribunales federales han sido creados judicialmente, en el caso de la Corte de Estados Unidos distinguió dos fuentes diferentes para estas normas. Primero, la Corte declaró que algunas de las doctrinas de justiciabilidad eran la consecuencia de la interpretación del artículo III de la Constitución que habla de *casos y de controversias*; la Corte Suprema ha reiterado que los requerimientos para que se traten *casos y controversias* imponen una limitación constitucional sustancial para el ejercicio de la jurisdicción federal.

La Corte de Estados Unidos indicó también que algunas doctrinas de justiciabilidad están derivadas, no de la Constitución pero de lo que se podría llamar una administración judicial prudente. En otras palabras, a pesar de que la Constitución permite el ejercicio de la jurisdicción federal la Corte decidió que en algunas circunstancias una política prudente estaba en contra de la decisión jurisdiccional. Este tipo de doctrinas sobre la justiciabilidad han sido llamadas “de prudencia”.

Esta distinción entre constitucional y prudencial en cuanto a los límites de la jurisdicción es importante porque el Congreso puede cambiar las restricciones que podíamos llamar de prudencia pero no las constitucionales. Debe insistirse en que tanto los límites constitucionales como los de prudencia, que hacen a una cuestión justiciable o no, son el producto de las decisiones de la misma Corte Suprema. Lo cual puede llevar a alguna confusión ya que algunos componentes pueden tener elementos de los dos u otros, por ejemplo acerca de las cuestiones políticas, en ningún caso la Corte Suprema ha indicado si la limitación es fundamentalmente constitucional o simplemente de prudencia.

---

<sup>538</sup> Fallos, 294:315, citado por GUASTAVINO, E., Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad, t. I pág. 235.

Las doctrinas sobre qué es una cuestión justiciable están basadas en algunas preocupaciones importantes; primero estas doctrinas están particularmente asociadas a la idea de la separación de poderes como dijo el *chief justice* Earl Warren “las palabras (*cases and controversies*) definen la función asignada al Poder Judicial en una distribución tripartita del poder para asegurar que los tribunales federales no sean intrusos en áreas dentro de la competencia de las otras ramas del gobierno” (539).

Las cuestiones justiciables definen la función judicial, determinan cuándo es apropiado para los tribunales federales o para otros tribunales revisar una cuestión y cuándo es necesario referirla a otras ramas del gobierno.

Segundo, las doctrinas de justiciabilidad conservan los recursos judiciales permitiendo a los tribunales concentrar su atención en temas que son más propios del control judicial. Por ejemplo la doctrina de la cuestión abstracta conserva los recursos judiciales para permitir a los tribunales rechazar casos cuando no existe una controversia vigente. Como algunos han comentado en este caso<sup>540</sup>, el Poder Judicial no sólo tiene límites determinados tanto en tiempo como en dinero, sino que también tiene un capital político limitado ya que dependen de las otras ramas del gobierno para que cumplan las órdenes judiciales y en esta aquiescencia depende la credibilidad de la justicia. Las doctrinas de la justiciabilidad permiten que los jueces inviertan su capital político solamente cuando es necesario y no lo despilfarran en materias que podrían ser inapropiadas para la revisión judicial.

Tercero, las doctrinas de la justiciabilidad tienen la intención de mejorar la toma de decisiones de los jueces al proveer a los tribunales con controversias concretas que están mejor capacitadas de obtener una resolución judicial eficaz. La Corte Suprema de Estados Unidos comentó que este requerimiento “limita la actividad de los tribunales federales a cuestiones presentadas en un contexto adversativo y de una forma históricamente posible como capaz de resolución a través del proceso judicial” (541).

La Corte Suprema emplea por lo general la expresión recurso extraordinario y ha aclarado que si bien ni en la Constitución ni en las leyes 48 y 4055 figura tal expresión; una reiterada jurisprudencia la emplea para denominar el recurso que excepcionalmente se acuerda ante ella para asegurar la supremacía de la Constitución y determinar la inteligencia de los tratados, las leyes federales y de las comisiones ejercidas en nombre de la autoridad nacional (542).

En forma tautológica se afirma que las cuestiones justiciables son las que pueden ser decididas por los jueces en el ejercicio de su jurisdicción y aquellas que en el orden normal de las instituciones corresponden a los jueces en el ejercicio de su función específica.

---

<sup>539</sup> Cfr. “*Flast vs. Cohen*”, 392 US 83, 95 en 1968.

<sup>540</sup> **JESSE CHOPER OP. CIT., PÁGS. 55-59 Y ALEXANDER BICKEL OP. CIT., PÁGS. 201-268**

<sup>541</sup> Cfr. “*Flast vs. Cohen*”, 392 US 83, 95.

<sup>542</sup> Cfr. Fallos, 213:317.

## **Las acciones privadas.**

El artículo 19 de la Constitución excluye de la jurisdicción y de la administración las acciones privadas de los hombres y mujeres.

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

## **Las consultas**

El control judicial no puede ejercerse en cuestiones abstractas, académicas y meras consultas jurídicas. Tampoco como forma de consulta para resolver conflictos futuros. los tribunales deben evitar todo pronunciamiento que signifique una opinión anticipada sobre cuestiones cuyo juzgamiento y decisión les pueden ser requeridos ulteriormente.

La jurisprudencia de la Corte es estricta en esta posición.

*“La jurisdicción de la Corte Suprema no es de consulta ni tiene por objeto asesorar a los que acuden a ella acerca del alcance de sus decisiones o suplir su desconocimiento del derecho. “Corresponde aplicar la sanción de apercibimiento a la letrada patrocinante (art. 18, dec.-ley 1285/58) que no ha cumplido con la misión de suplir el desconocimiento del derecho de la parte” (543).*

## ***El gravamen en el control de constitucionalidad***

El gravamen es el menoscabo y desconocimiento del interés afectado por la resolución recurrida. Se refiere a la argumentación que demuestra la violación a la supremacía constitucional. El gravamen se encuentra entre los requisitos comunes a todos los recursos, entre ellos, a la apelación extraordinaria. Pero su existencia es central para la comprensión del control jurisdiccional difuso de constitucionalidad.

El gravamen debe ser concreto, efectivo, actual e irreparable. Debe ocurrir en una causa que requiera la decisión de una cuestión federal o constitucional. No corresponde a la Corte Suprema emitir pronunciamientos inoficiosos, inútiles, abstractos o innecesarios.

La idea de que el gravamen sea concreto encuentra su límite en la defensa de los intereses difusos, donde el gravamen puede ser muy reducido o de prueba muy compleja. La legitimación para accionar puede ser ampliada por el legislador a grupos de interés como los usuarios de servicios públicos. El Defensor del Pueblo puede suplir la falta de legitimación del administrado. Subsiste, sin embargo el requisito constitucional de la causa o controversia. Una solución efectiva al problema de la defensa de los intereses difusos son las acciones de clase.

---

<sup>543</sup> CSJN, 26-VI-1990, “Tarditti, Elso Miguel Alfredo c/Nelso José Marini y Juan María Cruz Aparicio s/recurso de hecho”.

## **Tribunal de justicia.**

La apelación prevista en el art. 14 de la ley 48 sólo procede contra los pronunciamientos de tribunales de justicia, carácter que es propio de los que integran el Poder Judicial de la Nación y de las provincias.

## **Las Cuestiones Políticas.**

### **Motivos para una abstención judicial.**

Los tribunales han promovido **la abstención judicial** estableciendo el principio de que no decidirán **“cuestiones políticas”**. Estas cuestiones no debieran ser resueltas judicialmente aún cuando se refieran a temas de interpretación constitucional dentro de un litigio. Su definición es imprecisa, el Juez Learned Hand dijo que se trataba de cuestiones que causaban *‘pestilencia en los olfatos de los interpretes estrictos’*. Felix Frankfurter manifestó su inquietud por la línea a veces muy fina entre los casos en que la Corte Suprema se abstuvo de decidir por su naturaleza política. Sin embargo, todo lo que la doctrina de las cuestiones políticas puede implicar es que los tribunales están llamados a decidir si la Constitución ha otorgado a otro órgano del gobierno, diferente del poder Judicial para que tome una decisión autónoma de la cuestión planteada. En Frankfurter está asociada a la idea de la auto limitación judicial, y condenó el *“Descuido de límites inherentes en el ejercicio efectivo del Poder Judicial”* de la Corte los cuales *“no solamente presagian la inutilidad de la intervención judicial”* sino que bien pueden menoscabar *“la posición de la Corte”* y *“la autoridad de la Corte”*.<sup>544</sup>

El primer precedente argentino es el caso ***Cullen c. Llerena de 1893, que como su antecedente Luther vs. Borden*** se refiere al tema de la cláusula de garantía y a la intervención federal. Se trataba de determinar si las palabras ‘sistema representativo republicano’ mencionadas en el artículo 5º de nuestra Constitución y en su fuente el artículo IV (4) de la Constitución de los Estados Unidos, presentaban una cuestión justiciable. En los dos precedentes se sostuvo que la determinación de la forma republicana en un gobierno provincial era una cuestión política no justiciable. Sin embargo, en un *obiter dicta* más reciente, la juez O’Connor ha dicho *‘la Corte ha sugerido que probablemente no todos los reclamos sobre la cláusula de garantía (federal) presentan cuestiones no justiciables.’*<sup>545</sup>

Richard Posner considera a la Corte Suprema como un tribunal que resuelve cuestiones políticas, lo considera como un cuerpo político aunque de ninguna manera partidario.<sup>546</sup> Pero ejerciendo un discrecionalidad comparable a una legislatura. Debido, a que por las dificultades existentes para reformar la Constitución la Corte ejerce un poder superior cuando decide cuestiones constitucionales a que cuando resuelve cuestiones referidas al derecho común. Asimismo, la Constitución tiende a considerar las cuestiones fundamentales y por lo tanto hay en ellas una mayor tensión social que en las cuestiones de derecho legislado, estas emociones influyen en el comportamiento de los jueces. Finalmente,

---

<sup>544</sup> SOBRE LA POSICIÓN DE FRANKFURTER VER CITA EN CASO WEST VIRGINIA VS. BARNETTE.

<sup>545</sup> CF. EL CASO NEW YORK VS. UNITED STATES, DE 1992.

<sup>546</sup> Richard A. Posner, The Supreme Court, 2004 Term A Political Court. 119 Harv. L. Rev.<sup>3</sup>

las cuestiones fundamentales en contexto constitucional son temas políticos, son temas referidos al gobierno, a los valores, a los derechos y al poder. Como además los textos son antiguos y con una gran vaguedad, las normas constitucionales deben ajustarse a circunstancias cambiantes, lo que resulta algo embarazoso, ya que supone hacerle decir a las normas algo que no estaba en absoluto en la intención de los constituyentes. Como en las sociedades existen consensos ideológicos estos temas no se plantean en las decisiones judiciales habituales. Pero en los casos ante la Corte Suprema, han atravesado toda la jerarquía judicial debido en gran medida a que son altamente controvertidos, lo que significa que están en la intersección de ideologías conflictivas.

El deber de la Corte no es el de asesorar a legislativos o ejecutivos o ser un foro siempre abierto para la solución de todos los agravios que requieran del apoyo de la Constitución. El deber es el de decidir en un caso concreto y de decidir de acuerdo con la ley, con todo lo que ello implica sobre la insistencia rigurosa de satisfacer los requisitos procesales y jurisdiccionales.

Es cierto que los tribunales han considerado a ciertas cuestiones como “políticas”, señalando con esta expresión que no deben ser resueltas judicialmente, aun cuando se refieren a temas de interpretación constitucional y surgen durante un litigio. Para Learned Hand debido a que la extensión y límites de estas cuestiones son indefinidas, las calificó de “pestilencia en los olfatos de los intérpretes estrictos” (*strict constructionists*). Frankfurter señaló la inquietud que plantea la línea a veces muy fina entre los casos en que la Corte se sintió compelida a abstenerse de la adjudicación en un caso por su naturaleza “política”. La línea que separa las decisiones sobre cuestiones políticas de las demás es fina realmente, pero puedo sugerir que es más fina de lo que debería ser. Todo lo que la doctrina de las cuestiones políticas puede implicar es que los tribunales están llamados a decidir si la Constitución ha otorgado la competencia a otro órgano del gobierno, diferente del Poder Judicial, para que tome una decisión autónoma de la cuestión planteada. Ésta es una decisión que en sí misma requiere de interpretación (547).

Gargarella (548) sostiene que los casos de control constitucional de la Corte Suprema deberían agruparse en dos áreas principales:

- (i) casos concernientes a los procedimientos de la discusión democrática, y
- (ii) casos concernientes a la protección de la autonomía individual.

Dentro de la primera categoría están las cuestiones políticas. El control de constitucionalidad tendría que concentrarse en la protección de las condiciones del debate democrático. Para ello, deberían escrutarse muy cuidadosamente las acciones de los órganos políticos porque son los que se encuentran en mejor posición para distorsionar o corromper el proceso de discusión colectiva. Las cuestiones políticas están destinadas a excluir del control de constitucionalidad a esta causa que es una de las que deberían estar más vigiladas.

### **Una solución para las cuestiones políticas el caso Baker vs. Carr.**

---

<sup>547</sup> Citado por WECHSLER, *op. cit.*, pág. 8.

<sup>548</sup> *Op. cit.*, pág. 238.

Este caso significó en gran medida el fin de las cuestiones políticas como cuestiones no justiciables, ya que en él se estableció el precedente de los requisitos que debe tener una cuestión para ser justiciable. En 1962 la Suprema Corte consideró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Tennessee que establecía los distritos electorales.<sup>549</sup> La cuestión constitucional planteada era saber si este tema de distribución de bancas constituía una cuestión política. En el voto mayoritario el Juez Brennan señaló que el simple hecho que en el juicio se buscara protección para un derecho político, no implicaba que se tratara de una cuestión política. Rechazó el argumento de que los casos de distribución de distritos electorales únicamente podían constituir cuestión federal sobre la base de la cláusula constitucional que garantiza la forma republicana de gobierno de los Estados y cuya aplicación había sido considerada insistentemente por la Corte como cuestión no justiciable. Sostuvo en cambio que la cuestión federal surgía sobre la base de la privación de la igualdad ante la ley, que la cuestión era perfectamente justiciable, aunque se refiriera a derechos políticos. Pero al mismo tiempo, la incertidumbre acerca de la doctrina de las cuestiones políticas imponían la necesidad de examinarla, el Juez Brennan señaló las variaciones, excepciones y contradicciones en la aplicación de la doctrina, destacando que la única característica que las unía era la relación entre el poder judicial y los demás poderes pero nunca la relación del poder Judicial con los distintos Estados.

En 1962, la Suprema Corte decidió el caso “*Baker vs. Carr*”, en el que se demandaba la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Estado de Tennessee sobre prorrato distrital. Con una nueva composición —ya que de los jueces que suscribieron las sentencias pronunciadas en los casos anteriores, solamente cuatro permanecían en el tribunal y de ellos dos, Black y Douglas, habían disentido— la Suprema Corte, con el voto mayoritario del juez Brennan, que fue así la decisión del tribunal, revocó la decisión del tribunal inferior, al que devolvió los autos para su prosecución, enunciando tres fundamentos principales: a) que el tribunal inferior poseía jurisdicción en la materia objeto del juicio; b) que la cuestión planteada por los recurrentes era justiciable, correspondiendo conceder el adecuado amparo judicial; y c) que los recurrentes tenían personería para discutir la validez de las leyes de prorrato actual de Tennessee. El juez Brennan comenzó estableciendo en su voto la tesis de que el simple hecho de que en el juicio se buscara protección para un derecho político; no implicaba que el mismo entrañara una cuestión política. Una objeción semejante, dijo, sería “un simple juego de palabras”. Rechazó el argumento de que los casos de prorrato distrital únicamente podían constituir cuestión federal sobre la base de la cláusula constitucional que garantiza la forma republicana de gobierno en los Estados, y cuya aplicación ha sido considerada insistentemente por la Corte como cuestión no justiciable. Sostuvo, en cambio, que la cuestión federal surgía sobre la base de la privación de la igualdad ante la ley, y que la cuestión era perfectamente justiciable aunque se refiriera a derechos políticos. De todos modos, la complejidad del caso y la incertidumbre existente acerca de la doctrina de las cuestiones políticas imponían la necesidad de examinar la famosa doctrina y demostrar que, ni individual ni colectivamente estudiados los casos en que ella se había empleado, podrían forzar la conclusión de que el caso considerado de prorrato distrital, era no justiciable. Al examinar las diferentes situaciones en que la Corte se negó a entender bajo el argumento de que la causa era no justiciable por ser cuestión

---

<sup>549</sup> EN LOS ESTADOS UNIDOS EL SISTEMA ELECTORAL ES POR CIRCUNSCRIPCIONES UNINOMINALES. LA DISTRIBUCIÓN DE LAS BANCAS DE REPRESENTANTES SE HACE POR LEY ESTADUAL.

política, el juez Brennan hizo patentes las variaciones, excepciones y contradicciones con que la doctrina fue aplicada en aquellos supuestos, destacando que la única característica común a todos ellos, y que dio lugar a la utilización de la doctrina, fue la relación entre el Poder Judicial y los demás poderes del gobierno federal, pero nunca la relación del Poder Judicial federal con los distintos Estados. El análisis del juez Brennan, si bien pone de manifiesto que lo que siempre aparecía comprendido en el caso era un problema vinculado con la separación de los poderes del gobierno federal, esta idea general no podía ni debía por sí sola continuar cerrando las puertas de la justicia federal a los más candentes asuntos. Afirmó el juez Brennan que “en la faz de cualquier caso reputado de implicar una cuestión política, se ha de divisar en forma prominente la atribución de la cuestión a uno de los poderes políticos, dispuesta literalmente por la Constitución; o la falta de pautas judicialmente descubribles o manejables para resolverla; o la imposibilidad de decidirla, sin la previa adopción de una determinada política cuya índole escapase claramente a la discreción judicial; o la imposibilidad del tribunal de acometer una decisión independiente sin manifestar falta del debido respeto hacia los otros poderes del gobierno; o una inusitada necesidad de indiscutida adhesión a una decisión de carácter político ya adoptada; o la probabilidad de dificultades debidas a pronunciamientos diferentes de los diversos poderes acerca de una misma cuestión. A menos que una de estas formulaciones se halle presente en forma inextricable en el caso a resolverse, éste no debe desecharse como no justiciable, bajo el pretexto de que en él aparece una cuestión política”. El juez Brennan hizo notar que en el caso “*Baker vs. Carr*”, ninguna de las indicadas circunstancias especiales que excluirían la justiciabilidad de la causa habían surgido; por lo que las alegaciones contenidas en la demanda, acerca de la denegación a los actores del derecho de igualdad ante la ley, conformaban una causa constitucionalmente justiciable, en la cual los apelantes se hallaban plenamente autorizados para obtener debido proceso y sentencia.

## **Los requisitos propios del recurso extraordinario**

### **La cuestión federal**

De todas estas cuestiones la central para nuestro análisis es el concepto de cuestión federal o cuestión constitucional que es el que permite que se asegure la supremacía de la Constitución por medio del control judicial.

La definición más tradicional es la que llama cuestiones federales a las que versan sobre la interpretación de normas federales o de actos federales de autoridades de la Nación o acerca de los conflictos entre la Constitución nacional y otras normas o actos de autoridades nacionales o locales (550). Existe una cuestión federal cuando para resolver la causa hay que considerar necesariamente normas o actos de derecho federal, invocadas por alguna de las partes en apoyo de su pretensión. En particular hay una cuestión federal cuando se requiere la interpretación de la Constitución. Ya se trate de un derecho invocado con fundamento en alguna cláusula constitucional o de resolver si normas o actos de autoridades de la Nación o de las provincias están en conflicto con normas constitucionales, en todos los casos habrá una cuestión federal que permite el control judicial a través del

---

<sup>550</sup> IMAZ, E. - REY, R., *El Recurso...*, cit., pág. 63.

recurso extraordinario. El control se ejerce también para asegurar el cumplimiento de los tratados internacionales, de las leyes federales y de los reglamentos, por lo que la cuestión federal puede referirse a aspectos no constitucionales del derecho federal. El origen del término proviene de los precedentes americanos que utilizan las palabras *federal questions* para referirse a las situaciones procesales que permiten la aplicación del control de constitucionalidad.

El carácter federal de las normas o actos permite delimitar la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema. Es éste un requisito establecido por la ley 48 que al establecer el recurso extraordinario constituye la reglamentación de la cláusula de supremacía, de todo el derecho federal, el artículo 31 de la Constitución. La Corte Suprema ha establecido reiteradamente las características de la cuestión federal o constitucional **(551)**.

“El presupuesto necesario para que surta la competencia federal de primer grado en razón de la materia estriba en que el derecho que se pretende hacer valer esté directa e inmediatamente fundado en un artículo de la Constitución, de la ley federal o de un tratado.

“Una causa no es de las ‘especialmente’ regidas por la Constitución a las que alude el artículo 2, inciso 1° de la ley 48, si no está en juego la inteligencia de una cláusula constitucional. Es decir que lo medular de la disputa debe versar sobre el sentido y los alcances de uno o más preceptos de la Ley Fundamental de la Nación, cuya adecuada hermenéutica resultará esencial para la justa solución del litigio.

“Si las cuestiones que plantea la demanda remiten a considerar si los actos de la asociación profesional que se impugnan infringieron o no disposiciones que, o pertenecen al derecho común o al estatutario que regula la actividad interna de la demandada, el hecho de que alguna de esas reglas se relacionen mediatamente con algún precepto de la Carta Magna no basta para hacer surtir la competencia federal *ratione materiae*.

“Quien invoca la jurisdicción federal tiene como carga ineludible el deber de demostrar los extremos necesarios para hacerla surgir (art. 332, Cód. Proc., cuya fuente es el art. 2, ley 50)”.

### **Clasificación de las cuestiones federales**

La utilidad de las clasificaciones es relativa, éstas tienen un fin docente pero no agregan al conocimiento. Lo útil es determinar la cuestión federal y que ésta se resuelva en cumplimiento de la supremacía constitucional. Me limito a reiterar la clasificación tradicional que fuera la utilizada por el *Digesto de Fallos de la Corte Suprema* y reiterada en la obra liminar de Imaz y Rey *El Recurso Extraordinario*.

De esta manera las cuestiones federales se dividen en dos grandes grupos:

1. Cuestiones federales simples;

---

<sup>551</sup> CSJN, 15-IX-1988, “Hinojosa, Hilda y otros c/A.T.E. s/amparo interlocutorio”.



## 2. Cuestiones federales complejas, que a su vez se distinguen en directas e indirectas.

Se consideran cuestiones federales simples las que recaen sobre la interpretación de la Constitución Nacional, tratados internacionales, reglamentaciones de leyes federales o actos federales de las autoridades de la Nación (552). Esta definición, a pesar de su larga tradición, es equívoca en cuanto supone que existe una interpretación sin un conflicto, lo cual no es cierto, ya que al pronunciarse la Corte Suprema sobre la cuestión federal ésta supondrá el estudio de la compatibilidad de la norma federal con la anterior decisión de un tribunal lo que constituye un conflicto de normas.

Las cuestiones federales complejas pueden ser directas e indirectas. En esta clasificación se denominan cuestiones federales complejas a las que versan sobre la compatibilidad de una norma o acto, nacional o provincial, con la Constitución Nacional. Se denominan *complejas* porque existe una confrontación o conflicto entre la Constitución y una norma de menor jerarquía. Entre las cuestiones federales complejas, se distinguen las *directas*, que se refieren a los conflictos planteados directamente entre la Constitución y un tratado internacional, o una ley nacional, de otra norma nacional (como reglamentos, actos administrativos, decisiones administrativas, resoluciones ministeriales), actos no normativos de autoridades nacionales, o normas provinciales (constituciones de provincia, leyes, reglamentos, actos administrativos), o actos no normativos de autoridades de provincia, o finalmente normas o actos de autoridades locales, como las de las municipalidades.

Las cuestiones federales complejas indirectas se refieren a los conflictos de inconstitucionalidad entre una norma o acto incompatible con otra norma o acto que según la Constitución tiene preeminencia o jerarquía jurídica superior. Esta clase de cuestiones surge con motivo de una colisión entre normas o actos de diferentes autoridades nacionales o locales. El conflicto se resuelve al darle preeminencia a la norma o acto que según la Constitución tiene mayor jerarquía jurídica. Se las ha denominado *indirectas* ya que la discusión no se produce inmediatamente entre la Constitución y una norma inferior a ella, sino entre una norma superior, que no es la Constitución pero que establece esa jerarquía, y una norma o acto inferior.

La cuestión federal compleja se plantea aun en el caso en que la que cree el conflicto entre la Constitución o leyes y actos federales sea una Constitución provincial (553).

### **Gravedad institucional**

La Corte Suprema ha dado varias definiciones de gravedad institucional. Hay una visión minimalista en la cual la Corte considera que la presencia de la gravedad institucional permite superar la falta de cumplimiento de los requisitos formales. Pero también la Corte reconoce que la gravedad institucional es *una alta tarea de política judicial, impuesta por la firme defensa del orden constitucional*. Esta visión más realista es la que permite comprender que la gravedad institucional es una forma de cuestión federal de tal importancia que supera los demás requisitos del recurso extraordinario.

---

<sup>552</sup> IMAZ, E. - REY, R., *El Recurso...*, cit., pág. 73.

<sup>553</sup> CSJN, 27-IX-1988, "Monferrán, Elda E. Pereyra Capdevila de c/Estado Provincial s/recurso de hecho".

La gravedad institucional tuvo su origen en el caso **Penjerek, Norma Mirta Fallos Corte: 257:132**. Se trataba de la recusación de un juez de primera instancia cuestión ajena al recurso extraordinario pero debido a la enorme trascendencia de este homicidio la Corte Suprema resuelve conceder el recurso extraordinario.

*4º) Que esta exigencia cobra carácter prevalente cuando las cuestiones sometidas a juicio superan los intereses de los partícipes en la causa, de tal modo que ella conmueve a la comunidad entera, en sus valores más sustanciales y profundos, como sin duda ocurre en el proceso por rapto y homicidio en que se ha planteado la incidencia. En tales condiciones, tampoco es dable la demora en la tutela del derecho comprometido que requiere, en cambio, consideración inmediata, como oportuna y adecuada a su naturaleza.*

### ***La relación directa e inmediata.***

Se cita tradicionalmente la relación directa e inmediata de la cuestión federal con la materia del litigio como un requisito propio del recurso que permite el control de constitucionalidad. Está expresamente establecido en el artículo 15 de la ley 48. Esta norma dice que la apelación extraordinaria del artículo 14 se deberá deducir “de tal modo que su fundamentación aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, tratados o comisiones en disputa”. Este artículo está basado en la sección 25 de la *Judiciary Act* de 1789 en la que en forma negativa se dice que no se tomará en cuenta el error para la revocación de un acto “sino aquellos que aparezcan de la fase de los autos y que tengan referencia inmediata a las cuestiones mencionadas de validez o interpretación”.

Los casos de inexistencia de relación directa inmediata son de tres tipos:

1. cuando se invocan normas federales extrañas al juicio,
2. cuando existen en la sentencia recurrida fundamento no federales que le confieren adecuado sustento, y
3. cuando existe consentimiento por el recurrente de los fundamentos existentes en el fallo impugnado que estén basados en cuestiones federales.

### ***Resolución contraria al derecho federal.***

En la lectura del artículo 14 de la ley 48 se menciona la necesidad de la resolución contraria al derecho federal invocado. Éste es tradicionalmente mencionado como uno de los requisitos propios del recurso extraordinario y por lo tanto del control de constitucionalidad por la Corte Suprema.

El artículo 14 de la ley de jurisdicción y competencia del año 1863 ha sido tomado de la ley americana del 24 de septiembre de 1789, *Judiciary Act*, Sección 25, Capítulo 50, y tanto la jurisprudencia nacional, como la de aquel país, han reconocido que la procedencia de ese recurso extraordinario exige: primero, que se haya debatido en el pleito una cuestión

federal; segundo, que la decisión haya sido contraria al derecho fundado en la Constitución, tratado o ley nacional invocados, dicen Imaz y Rey (554). Y eso se explica desde que la remoción excepcional de una causa desde el superior tribunal de una provincia, o los que indica el artículo 6° de la ley 4055, al más elevado del orden nacional, se funda en la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución, tratados y leyes nacionales, consagrada por el artículo 31. Así pues, continúan diciendo, cuando el tribunal ante el cual se ha debatido una cuestión federal ha consagrado la supremacía del precepto legal, el artículo 14 de la ley 48 carece de aplicación.

Expresado de esta manera la expresión “resolución contraria” es redundante ya que supone que se aplica solamente si la supremacía constitucional no se respeta. Pero el fundamento del control de constitucionalidad es asegurar el respeto de la Constitución, y para asegurarlo existe un sistema de acciones y recursos que llegan hasta la Corte Suprema, pero si la Constitución se respeta y su supremacía se reconoce no es necesario el control judicial. Al mismo tiempo para saber si la supremacía constitucional se respeta se debe conocer el caso y para ello el juez lo debe considerar. Aún la Corte Suprema debe analizarlo para rechazar el recurso.

### ***La sentencia definitiva.***

La sentencia definitiva es un requisito de una de las formas que toma el control judicial difuso de constitucionalidad, que es el recurso extraordinario ante la Corte Suprema. La idea de una apelación extraordinaria basada en una cuestión constitucional supone que ésta haya sido considerada en una instancia judicial anterior. La sentencia es definitiva cuando dirime la controversia y pone fin al pleito o hace imposible su continuación.

### **La necesidad de completar el debate constitucional.**

La característica del control judicial de constitucionalidad es que haya un debate entre las partes y el juez sobre la constitucionalidad de una norma o acto; el juicio en el que se ventila una situación concreta de derecho y donde surge una cuestión constitucional es el requisito del control judicial. Este juicio es una forma estructurada de diálogo constitucional. Para llegar al control final de la constitucionalidad de formas o actos, el recurso ante la Corte Suprema, ésta requiere que haya habido ya un debate constitucional previo y una decisión fundada para resolverlo. El ejemplo tradicional es el caso de un juicio ordinario en el que después de agotada su tramitación se dicta una sentencia dirimiendo la controversia. Esta sentencia definitiva debe resolver todas las cuestiones de hecho y prueba y también todas las cuestiones de derecho común o local. Es decir que concluidas todas las etapas anteriores del debate jurídico se concentra en la Corte Suprema la dilucidación final del debate constitucional. Para este último diálogo deben servir de base las argumentaciones de las partes y los fundamentos de la sentencia sobre la cuestión federal. La Corte Suprema como intérprete final resolverá el caso federal y creará el precedente constitucional que servirá de norma para el futuro en casos semejantes.

---

<sup>554</sup> IMAZ, E. - REY, R., *El Recurso...*, cit., pág. 190. Donde se citan autores clásicos del tema como Espil y García Merou.

El concepto se amplía a situaciones judiciales que impidan un debate constitucional previo o que lo retarden creando un gravamen irreparable. En estos casos en que el pleito no puede continuar o cuando la sentencia crea un perjuicio de imposible o insuficiente reparación posterior y se priva al recurrente de medios legales para obtener la tutela de sus derechos o le impide el replanteo de la cuestión en otro juicio, la Corte Suprema considera a esta decisión judicial con el mismo carácter de una sentencia definitiva a los efectos de la apertura del recurso.

En la Corte Suprema de Estados Unidos se ha abandonado en gran parte el requisito de la sentencia definitiva al establecerse el *writ of certiorari*, por el cual la Corte asume el debate constitucional central a la cuestión, sin necesidad de que se haya concluido en instancias inferiores. Esta institución permite que la Corte establezca el precedente constitucional cuando no existe uno en ese tipo de cuestiones y deje definitivamente saldada la cuestión para el caso y para casos futuros sin necesidad de pasos procesales que pueden ser onerosos.

En principio, si la cuestión es o pudo ser discutida en instancias ulteriores, la decisión no es definitiva. El recurso es también extemporáneo cuando se lo deduce con anterioridad al pronunciamiento de la sentencia definitiva. En cambio, si el pronunciamiento pone fin a la cuestión debatida en forma tal que ésta no se puede renovar es una sentencia definitiva ya que existe una imposibilidad jurídica de replanteo de la controversia.

La necesidad del debate constitucional previo supone la participación de la totalidad de los tribunales competentes, esto supone un ahorro de energías procesales ya que estos tribunales podrán aplicar los precedentes constitucionales existentes y hacer innecesario recurrir a la apelación extraordinaria en la Corte Suprema. Al mismo tiempo, aun si se trata de acciones procesales sumarísimas como el amparo, la sentencia que lo rechaza desconociendo un derecho constitucional puede ser considerada si constituye un gravamen irreparable. Esto es de particular importancia ya que el amparo por la propia definición constitucional es una *“acción expedita y rápida... contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”*. El mandato constitucional requiere un debate amplio aun en un proceso sumarísimo y es por ello que la decisión puede convertirse en definitiva aun cuando hubiese alternativas procesales ordinarias de reparación.

## **Lo definitivo de una sentencia y el gravamen irreparable**

La determinación de lo que es definitivo en una sentencia puede ser conjetural a menos que en el caso se hayan cumplido todas las etapas del proceso. La expresión gravamen irreparable o “agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior”, según aparece mencionado en los fallos de la Corte Suprema, introduce un concepto difuso y que sólo la casuística puede definir. Esta discrecionalidad con que cuenta la Corte Suprema para permitir la apertura del recurso extraordinario no está demasiado alejada del *writ of certiorari*.

## ***Tribunal Superior de la Causa***

### **La Corte Suprema como instancia definitiva.**

Entre los requisitos tradicionales para la procedencia del recurso extraordinario ante la Corte Suprema se requiere también que la sentencia apelada haya sido dictada por el tribunal superior de la causa (art. 14, ley 48). Imaz y Rey sostienen que no deben confundirse los conceptos de sentencia definitiva y de tribunal superior. Una decisión puede provenir del tribunal superior llamado a entender en la causa y no ser, sin embargo, una sentencia definitiva ni equiparable a tal (555).

La sentencia definitiva dirime la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación, y se equiparan a ella las que producen gravamen irreparable. Todo con prescindencia del tribunal que las haya dictado. En cambio, es tribunal superior aquel cuyo fallo acerca de la cuestión federal en disputa es irrevisible por otro, dentro de la respectiva organización procesal. Si hubiera un tribunal facultado para revisarlo, el que lo dictó no sería el superior de la causa.

En cuanto al control de constitucionalidad el requisito de tribunal superior es consecuencia de la necesidad de ampliar el debate constitucional. La característica del control difuso es que todos los tribunales federales o locales tienen la facultad de controlar la constitucionalidad de normas o actos. Esta facultad debe ejercerse plenamente porque de lo contrario se transformaría en un sistema de control jurisdiccional concentrado. Las ventajas del sistema difuso son de incorporar la mayor cantidad de voces al diálogo constitucional y mantener las variedades de interpretación por jueces locales del derecho constitucional provincial y de las normas de derecho común. Sólo excepcionalmente participa la Corte Suprema en este debate. En principio, los tribunales provinciales conservan la plena jurisdicción de derecho constitucional provincial y también de interpretar los códigos y normas de derecho común, en esto puede haber matices de interpretación. De la misma manera los superiores tribunales de provincia deben interpretar la Constitución Nacional y también los precedentes de la Corte Suprema asimilándolos a realidades locales. Sólo cuando cualquiera de estos fallos sea contrario a la Constitución Nacional, leyes federales y tratados, es que la Corte Suprema conocerá el caso. En el contenido dialógico del control judicial difuso es conveniente que en las diferentes etapas se plantee y se agote la cuestión constitucional. Esta necesidad de que los jueces locales interpreten y apliquen la Constitución, leyes y tratados internacionales es reconocida en el caso “Di Mascio” ya mencionado.

El requisito del tribunal superior puede considerarse también un intento de aliviar la labor de la Corte Suprema ya que las cuestiones federales se despejarían en tribunales inferiores que aplicarían los precedentes constitucionales establecidos. De esta manera se exige al recurrente cumplir con todos los pasos procesales recursivos en forma previa a la apelación de la ley 48 y esto incluye llegar a la instancia judicial superior o máxima en la órbita jurisdiccional provincial. La exigencia del tribunal superior supone que en las distintas

---

<sup>555</sup> IMAZ, E. - REY, R., *El Recurso...*, cit., pág. 216.

instancias se resolverá la mayor parte de las cuestiones federales, y restará para la instancia final sólo los debates esenciales, aquellos que creen nuevos precedentes o los que confirmen precedentes existentes desconocidos totalmente en instancias anteriores. La situación de recargo en las funciones de la Corte Suprema se agravó por el auge de la doctrina de la arbitrariedad que es un factor federalizante de litigios locales.